

Lucien Müller

Aufgedrängte Fürsorge

«Paternalistisches» Staatshandeln
und die Bestimmung des eigenen Wohls

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung

DIKE 

Lucien Müller

Aufgedrängte Fürsorge

Lucien Müller
PD Dr. iur., Rechtsanwalt

Aufgedrängte Fürsorge

**«Paternalistisches» Staatshandeln
und die Bestimmung des eigenen Wohls**

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung

HABILITATIONSSCHRIFT DER UNIVERSITÄT ST. GALLEN

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

www.dike.ch

Text © Lucien Müller 2024

ISBN Hardback: 978-3-03891-592-8 (Dike Verlag AG, Zürich)

ISBN (PDF): 978-3-03929-043-7

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-043-7>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.



Für Isabelle, Claire und Seraphine

Danksagung

Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um die überarbeitete Fassung meiner Habilitationsschrift, die im Herbst 2021 von der Universität St. Gallen (HSG) angenommen wurde.

Die vorliegende Arbeit wäre ohne die Unterstützung zahlreicher Personen und Institutionen nicht möglich gewesen. Bedanken möchte ich mich zuerst bei Prof. Bernhard Ehrenzeller – dafür, dass er dieses Projekt unterstützt und gefördert hat, für seinen steten Zuspruch und die Erstellung des Gutachtens. Für die Erstellung der Gutachten möchte ich mich ebenfalls bei Prof. Giovanni Biaggini und Prof. Peter Hettich bedanken. Sie alle haben mir wertvolle Hinweise gegeben.

Mein Dank geht sodann an den Grundlagenforschungsfonds (GFF) der Universität St. Gallen, der das Projekt in seiner ersten Phase finanziell unterstützt hat. Beim Schweizerischen Nationalfonds (SNF) möchte ich mich für die Finanzierung meines Aufenthalts am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg sowie den grosszügigen Publikationskostenbeitrag bedanken. Prof. Armin von Bogdandy und Prof. Anne Peters sei für den lehrreichen und bereichernden Forschungsaufenthalt in Heidelberg gedankt. Ebenfalls bedanke ich mich beim Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis (IRP-HSG), an dem grosse Teile dieser Arbeit entstanden sind.

Ein unermesslicher Dank gebührt meiner Partnerin Isabelle und unseren beiden Kindern Claire und Seraphine. Ohne eure Unterstützung, euer Verständnis und die vielen schönen Zeiten neben und zwischen dem Schreiben wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen – euch ist dieses Buch gewidmet.

Zürich, im August 2023

Inhaltsübersicht

Danksagung	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungen	XXI
Literatur	XXXV
Materialien, Berichte und weitere Dokumente	XCIII
Teil 1 Einführung in die Paternalismusthematik	1
I. Gegenstand und Gang der Untersuchung	3
II. Präzisierungen zum staatlichen Paternalismus	28
Teil 2 Die Selbstbestimmung in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten	109
I. Vorbemerkungen	111
II. Menschenwürde als «Grenze» oder Garantie einer Selbstdefinition des eigenen Wohls?	126
III. Umfang der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung	175
IV. Grundrechtliche Kerngehalte und paternalistisches Staatshandeln	322
V. Objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension	334
Teil 3 Umfang und Grenzen der staatlichen Verantwortung bezüglich des individuellen Wohls	337
I. Vorbemerkungen	339
II. «Öffentliches» Interesse am «Schutz vor sich selbst»?	341
III. Die aufgedrängte Fürsorge im Blick weiterer Verfassungsgrundsätze	364
IV. Spezifische öffentliche Interessen und verfassungsrechtliche Schutzaufträge	396
Teil 4 Zur Verhältnismässigkeit und zu den (absoluten) Grenzen der Güterabwägung	561
I. Im Allgemeinen	563
II. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Güterabwägung	570
III. Der autonomieorientierte Paternalismus	609
Teil 5 Paternalismus in der Rechtsetzung und in der Rechtsanwendung: Vertiefungen	715
I. Bemerkungen zur gesetzgeberischen Ausgestaltung paternalistischer Normen	717
II. (Verfassungskonforme) Auslegung und Anwendung («hart»?) paternalis- tischer (?) Normen	745
III. Weitere Auswirkungen auf die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung	783
IV. Begründungspflichten und Rechtsschutz	788

Teil 6	Konsolidierung und Schlussthesen	793
I.	Allgemeine Feststellungen zum Paternalismusproblem aus verfassungsrechtlicher Sicht	796
II.	Verfassungswidrigkeit eines losgelöst von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängten Schutzes vor sich selbst	798
III.	Die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grenzen des «weichen» Paternalismus als Herausforderung	812
IV.	Wann <i>mus</i> s der Staat den Einzelnen vor nicht oder nur beschränkt «freiwilligem» Handeln schützen?	820
V.	Weitere Grenzen paternalistischen Staatshandelns	822
VI.	Folgerungen für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung	823
	Sachregister	829

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungen	XXI
Literatur	XXXV
Materialien, Berichte und weitere Dokumente	XCIII
Teil 1 Einführung in die Paternalismusthematik	1
I. Gegenstand und Gang der Untersuchung	3
A. Der Problembereich der «aufgedrängten Fürsorge» (Paternalismus, Schutz vor sich selbst)	3
B. Klarstellung: Fokussierung auf den <i>Schutz vor sich selbst</i> , nicht allgemein auf die «Freiheit» zur Selbstschädigung	11
1. Im Allgemeinen	11
2. Zur eigenständigen Relevanz der Paternalismusproblematik	12
C. Gang der Untersuchung	26
II. Präzisierungen zum staatlichen Paternalismus	28
A. Vorbemerkungen	28
B. Begriffselemente, Abgrenzungen und Formen paternalistischen Handelns	29
1. Erhöhung des individuellen Wohls	29
2. Handeln im Interesse des Betroffenen selbst und nicht im Interesse Dritter	31
a) Im Allgemeinen	31
b) Abgrenzung zu Drittinteressen	33
3. Paternalismus in Reinform? – Problem des «gemischten» Paternalismus	38
4. Konflikt mit der Selbstbestimmung	39
5. Problematik der Unterstellung von Schutzbedürfnissen	47
6. Schutz vor sich selbst auch bei der Involvierung Dritter?	48
7. Der «harte» Paternalismus	49
8. Der «weiche» oder «autonomieorientierte» Paternalismus	50
9. «Befähigung» und Stärkung in Kompetenzen	54
10. Der «libertäre» Paternalismus und die <i>Nudges</i>	54
11. Direkter und indirekter Paternalismus	64
12. Mittel und Instrumente paternalistischen Staatshandelns	65
C. Aktuelle Tendenzen paternalistischen Staatshandelns	66
D. Beispiele aus der schweizerischen Rechtsordnung	73

Teil 2 Die Selbstbestimmung in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten	109
I. Vorbemerkungen	111
II. Menschenwürde als «Grenze» oder Garantie einer Selbstdefinition des eigenen Wohls?	126
A. Grundproblematik	126
B. Freiheitsbegrenzende Wirkung der eigenen Würde?	130
1. Allgemeines	130
a) Aktualität und Relevanz der Problematik	130
b) Unterschiedliche Würdeverständnisse	135
2. Zum Würdeverständnis der Verfassung	141
a) Vorbemerkungen	141
i) Bestimmung des Würdegehalts «unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen» als Grund für ein kollektivistisches Würdeverständnis?	141
ii) Bedeutung der «Unverzichtbarkeit» der Würde	142
b) Zur Unzulässigkeit eines «Würdeschutzes gegen sich selbst»	143
i) Kein selbstverpflichtender Gehalt der Menschenwürde	143
ii) Selbstbestimmung als zentraler Gehalt der Menschenwürde	144
iii) Offenheit der Menschenwürde	148
iv) Schutz von Gleichheit und Gleichwertigkeit durch die Würde	150
v) Zur eingeschränkten Bedeutung der objektiv-rechtlichen Dimension der Menschenwürde/des Verfassungsprinzips Menschenwürde	151
vi) Sonderprobleme	153
(a) Würdeschutz gegen sich selbst in Extremfällen?	153
(b) Würdeschutz gegen sich selbst bei einer Involvierung Dritter?	157
3. Ergebnis: Individuelle Definitionsmacht über die eigene Würde – kein Würdeschutz gegen sich selbst ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite	157
C. Paternalistisches Staatshandeln und Respektierung der Würde	164
1. Mögliche Würdeverletzung trotz gut gemeinter Absicht	164
2. Enger Bezug zwischen der Würde und der Entscheidungsfreiheit bezüglich des eigenen Wohls	166
3. Dennoch: Schwierige Beurteilung paternalistischen Staatshandelns (allein) anhand der Menschenwürde	167
4. Leitlinien und Vorgaben für paternalistisches Staatshandeln	169
5. Zusammenfassende Bemerkungen	174
III. Umfang der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung	175
A. Grundsatz: Freiheit auch zur «unvernünftigen», «selbstschädigenden» Wahl	175
1. Im Allgemeinen	175
2. Zur Begründung im Einzelnen	178
3. Präzisierungen mit Blick auf paternalistisches Staatshandeln	193

4. Grundsätzliche Irrelevanz von Alter, Schwäche, Verletzlichkeit und Sonderstatusverhältnis	197
B. Anspruch auf staatliche Leistungen und Unterstützung?	199
C. Zugang zu Mitteln und Inanspruchnahme fremder Hilfe	205
1. Im Allgemeinen	205
2. Zur Problematik der Inanspruchnahme fremder Hilfe für das Sterben	210
D. Bestimmung des grundrechtlich geschützten Freiheitsumfangs mit Blick auf die Aussenwirkungen individuellen Verhaltens?	217
1. Vorbemerkungen	217
2. Gemeinwohl- und Verantwortungsbezüge in der Verfassung	218
3. Rechtsnormative Kraft der Verantwortungsbezüge	228
a) Im Allgemeinen	228
b) Insbesondere: Interpretation der grundrechtlich geschützten Freiheit mit Blick auf Drittinteressen und das «Gemeinwohl»?	234
4. Ergebnis	249
E. Freiheit in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten als eigenständige elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung?	249
1. Vorbemerkungen	249
2. Umfassender Schutz der Persönlichkeit vor einer paternalistisch motivierten Einmischung in das eigene Wohl	254
a) Allgemeines	254
b) Kriterien zur Bestimmung der «elementaren» Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung	258
c) Übertragung auf die Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Wohls in den eigenen Angelegenheiten	263
d) Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit	274
e) Ergebnis und offene Fragen	276
F. Schutz gegen nicht imperatives und autonomieorientiertes Handeln?	277
1. Vorbemerkungen	277
2. Sanfte paternalistisch motivierte «Beeinflussung» und Steuerung der Präferenzen	280
a) Schutz durch spezifische Grundrechte	280
i) Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV)	281
ii) Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)	285
iii) Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV)	290
iv) Informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV)	290
v) Geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV)	291
vi) Bedeutung von Art. 11 Abs. 1 BV	292
b) Grundrechtlicher Schutz von Verhaltensfreiheiten als Schutz (auch) vor Beeinflussungs- und Steuerungsversuchen?	295
3. Problematik des autonomieorientierten Paternalismus	300
a) Vorbemerkung	300
b) Abwehrrecht auch gegen «befähigende Fürsorge» (Erziehung, Bildung, Kompetenzstärkung)	300
c) Problematik der Korrektur von «Freiwilligkeitsdefiziten»: Anforderungen an die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung	302
i) Im Allgemeinen	302

	ii) Der Stellenwert der Urteilsunfähigkeit	313
	4. Zusammenfassende Bemerkungen	320
IV.	Grundrechtliche Kerngehalte und paternalistisches Staatshandeln	322
	A. Vorbemerkungen	322
	B. Grundsätzliche Irrelevanz der gut gemeinten Absicht	323
	C. Kerngehalte und weicher Paternalismus	325
	D. Grundrechtsübergreifender Kerngehalt?	329
	1. Im Allgemeinen	329
	2. Aber: Wann liegt eine freiverantwortliche Freiheitsausübung vor?	332
	E. Zusammenfassende Bemerkungen	333
V.	Objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension	334
Teil 3	Umfang und Grenzen der staatlichen Verantwortung bezüglich des individuellen Wohls	337
I.	Vorbemerkungen	339
II.	«Öffentliches» Interesse am «Schutz vor sich selbst»?	341
	A. Vorbemerkungen und Abgrenzungen	341
	B. Kein grundsätzlicher Widerspruch zwischen Paternalismus und «öffentlichem» Interesse	342
	C. Präzisierungen	356
	1. Rechtlicher Nachweis und Aktualität eines öffentlichen Interesses am Schutz vor sich selbst	356
	2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des öffentlichen Interesses	361
	D. Ergebnis	363
III.	Die aufgedrängte Fürsorge im Blick weiterer Verfassungsgrundsätze	364
	A. Subsidiaritätsprinzip und «Eigenverantwortung»	364
	1. Subsidiaritätsprinzip	364
	2. Zum Stellenwert der «Eigenverantwortung»	377
	B. Objektivität, Sachlichkeit und Transparenz des staatlichen Handelns/ Handeln nach Treu und Glauben	383
	C. Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot	386
	1. Rechtsgleichheitsgebot	386
	2. Diskriminierungsverbot	387
IV.	Spezifische öffentliche Interessen und verfassungsrechtliche Schutzaufträge	396
	A. Vorbemerkungen	396
	B. «Grundrechtsschutz gegen sich selbst»?	396
	1. Allgemeine Bemerkungen	396
	2. Grundrechtsschutz und -verwirklichung unabhängig von Defiziten in der Selbstbestimmung?	402
	a) Im Allgemeinen	402

b)	Zum Stellenwert der objektiv-rechtlichen Dimension	
	im Besonderen	407
c)	Sonderfragen	409
	i) Keine Schutzberechtigung trotz Involvierung Dritter	409
	ii) Keine Schutzberechtigung bei blosser «Inkaufnahme» einer Schädigung	410
	iii) Irrelevanz der Schwere der Folgen	410
	iv) «Kompetenzfördernder» und «befähigender» Paternalismus . .	414
	v) Kinder und Jugendliche	414
	vi) Besonderes Rechtsverhältnis	418
	vii) Grundrechtsschutz gegen sich selbst im direkten Verhältnis zum Staat?	424
	(a) Im Allgemeinen	424
	(b) Stellenwert der Menschenwürde und der Kerngehalte . . .	426
	(c) Grenzen aus dem Recht auf Leben?	429
	(d) Differenzierungen zur Vermeidung von Missverständnissen	432
	d) Schlussfolgerungen	433
3.	Autonomieorientierte Schutzpflichten	436
	a) Vorbemerkungen	436
	b) Die Problematik der «Freiwilligkeit»	437
	c) Abhängigkeit der Schutzberechtigung von den Umständen des Einzelfalls	440
	d) Schutzberechtigung bedeutet nicht automatisch Schutzpflicht	442
	e) Umfang der Schutzpflicht	444
	f) Ergebnis	447
C.	Öffentliche Sicherheit (und Ordnung)	448
	1. Vorbemerkungen	448
	2. Die «freiwillige» Selbstgefährdung	456
	a) Vorbemerkungen	456
	b) Bedingte Relevanz unter dem Aspekt des Schutzes der objektiven Rechtsordnung	456
	c) Irrelevanz unter dem Aspekt des Individualgüterschutzes	457
	i) Nicht tangierte Reservefunktion des Individualgüterschutzes . .	457
	ii) Zielt das Allgemeininteresse am Schutz der öffentlichen Sicherheit auf einen Schutz vor «freiwilligen» Selbstgefährdungen?	458
	3. Das Problem der «unfreiwilligen» Selbstgefährdung	467
	4. Zusammenfassende Bemerkungen und Abgrenzungen	470
D.	Paternalismus und der Schutz der «Moral» (öffentliche Sittlichkeit, gute Sitten)	472
	1. Grundsätzliche Bemerkungen	472
	2. Komplexe Verbindungslinien zwischen dem Schutz der Moral und dem Schutz vor sich selbst	476
	3. Trennung zwischen Paternalismus und dem Schutz der Moral	480
	a) Zunächst: Interpretation der «Sittlichkeit» unter Berücksichtigung der (verfassungs-)rechtlichen Werte	480

b)	Trennung zwischen dem Schutz der Moral und dem (paternalistischen) Schutz vor Selbstgefährdungen	484
i)	Gefährdung in der individuellen «Moral»	484
ii)	Bemerkungen zur zivilrechtlichen Sittenwidrigkeit der übermässigen Bindung	485
c)	Problematik der Grenzbereiche zwischen dem Schutz der Moral und dem Schutz vor sich selbst	487
i)	Liegt überhaupt ein Konflikt mit der öffentlichen Moral vor?	487
ii)	Erfordernis einer Interessenabwägung	491
4.	Ergebnis	496
E.	Fürsorge und Eigenverantwortung im Sozialstaat	496
1.	Sozialstaatsgedanke und Paternalismus im Allgemeinen	496
a)	Grundsätzliche Bemerkungen	496
b)	Differenzierungen nach Erscheinungsarten paternalistischen Staatshandelns	503
2.	Reichweite spezifischer (zumindest <i>auch</i> sozialpolitisch motivierter) Schutz- und Förderungsaufträge	507
a)	Vorbemerkungen	507
b)	Geldspiele	508
c)	Schutz, Förderung, Bildung und Erziehung von Kindern und Jugendlichen	509
d)	Schutz und Förderung der Gesundheit	522
i)	Vorbemerkungen	522
ii)	Artikel 41 Absatz 1 Buchstaben b und g, Artikel 117a Absatz 1 Satz 1 und Artikel 117b Abs. 1 BV	524
iii)	Artikel 118 BV	526
(a)	Absatz 1	526
(b)	Absatz 2	527
iv)	Artikel 105 Satz 2 BV	529
v)	Artikel 117 Absatz 1 BV	530
vi)	Ergebnis	531
e)	Konsumentenschutz	531
f)	Arbeitnehmer- und Mieterschutz	536
g)	Versicherungspflicht in der Sozialversicherung	537
h)	Chancengleichheit	537
i)	Besondere Aspekte	540
i)	Forschung am Menschen	540
(a)	Im Allgemeinen	540
(b)	Artikel 118b Absatz 2 Buchstaben a und c BV als Ausdruck eines weichen Paternalismus	542
(c)	Artikel 118b Absatz 2 Buchstaben b und d BV: Harter oder «bloss» weicher Paternalismus?	544
ii)	Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich	548
iii)	Transplantationsmedizin	551

iv) Richterliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren	552
v) Gleichstellung von Frau und Mann	554
3. Zusammenfassende Bemerkungen	559
Teil 4 Zur Verhältnismässigkeit und zu den (absoluten) Grenzen der Güterabwägung	561
I. Im Allgemeinen	563
II. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Güterabwägung	570
A. Unzulässigkeit der gegen die Freiheit (als solche) gerichteten Intervention . .	570
1. Im Allgemeinen	570
2. Präzisierungen	573
B. Zwingendes Erfordernis einer Erhöhung des (subjektiven) Wohls	592
1. Im Allgemeinen	592
2. Massgeblichkeit der subjektiven Perspektive bezüglich des eigenen Wohls	593
3. Problematik individueller «Verzerrungen» bezüglich der Bestimmung des eigenen Wohls	602
C. Folgerung: Keine aufgedrängte Fürsorge ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite	605
III. Der autonomieorientierte Paternalismus	609
A. Im Allgemeinen: Andere Ausgangslage bei Freiwilligkeitsdefiziten	609
1. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit weich paternalistischen Handelns . .	609
2. Problematik des autonomieorientierten Paternalismus	612
B. Charakterisierung des Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungsdefizits . . .	615
1. Vorbemerkungen	616
a) Das Selbstbestimmungsdefizit muss sich nachteilig auswirken	616
b) Beurteilung mit Blick auf die konkrete Entscheidungssituation . . .	617
2. Inkaufnahme eines Risikos bedeutet kein Freiwilligkeitsdefizit	617
3. Unbeständigkeit von Präferenzen	618
4. Wissen um die Möglichkeit einer «unklugen» Wahl	618
5. Trennung zwischen Selbstbestimmungsdefizit und der «objektiv vernünftigen» oder «besten» Wahl	619
6. Beeinflusste, finanziell motivierte und unter «Druck» gebildete Ziele sind nicht zwingend «defizitär»	622
7. Verfolgung der kurzfristigen anstelle der langfristigen Präferenzen bedeutet für sich genommen kein Selbstbestimmungsdefizit	627
8. Problematik der «Willensschwäche»	627
9. Stellenwert von «Verhaltensanomalien» und Rationalitätsdefiziten . . .	628
10. Schwächezustände, Verwundbarkeit, Verletzlichkeit und Minderjährigkeit	629
11. Relevanz einer «Mitverantwortung» des Staates für die Ursachen selbstgefährdenden Verhaltens?	630
12. Problematische Trennung zwischen Freiwilligkeit und «materieller Richtigkeit»	630

C. Zumutbarkeitsprüfung	631
1. Im Allgemeinen	631
2. Präzisierungen	631
a) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Massnahme	631
b) Beurteilung der Zumutbarkeit einzig aufgrund der Art und Schwere des Selbstbestimmungsdefizits?	642
i) Vorbemerkungen	642
ii) Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB	642
(a) Schwelle zwischen Selbst- und Fremdbestimmung?	642
(b) Bemerkungen zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit	645
iii) Andere Selbstbestimmungsdefizite?	647
iv) Zusammenfassende Bemerkungen	651
c) Aufrechnung der Wohlfahrtsgewinne gegen die «Kosten» der Intervention	651
i) Vorbemerkungen	651
ii) Gesichtspunkte zur Beurteilung der Intensität	658
d) Ergebnis: Komplexität der Abwägung	667
3. Umgang mit Unsicherheit	669
a) Grundsätzliche Zulässigkeit eines paternalistischen Schutzes trotz Unsicherheiten über dessen Zumutbarkeit	669
b) Begründungsanforderungen	670
c) Differenzierungen mit Blick auf das Bestehen von Freiwilligkeits- defiziten	675
i) Abklärung der Freiwilligkeit	675
ii) Ausnahmsweiser Verzicht auf den Nachweis eines tatsächlich vorhandenen Selbstbestimmungsdefizits?	679
d) Zusammenfassende Bemerkungen	683
4. Diskussion	684
a) Beispiele	684
i) Suizidverhinderung	684
ii) Bemerkungen zur Tötung auf Verlangen	688
iii) Zwangsbehandlungen	690
(a) Im Allgemeinen	690
(b) Vertiefung: Zwangsernährung des hungerstreikenden Strafgefangenen	692
iv) «Zwangsversicherungen»	695
v) Bedenkfristen	697
vi) Aufklärung, Warnungen, Empfehlungen	698
vii) Helm- und Gurtrtragpflichten	703
viii) Beschränkung von Auskunft und Akteneinsicht	704
ix) Lenkungsabgaben	708
b) Der libertäre Paternalismus und die Nudges im Besonderen	709

Teil 5 Paternalismus in der Rechtsetzung und in der Rechtsanwendung:	
Vertiefungen	715
I. Bemerkungen zur gesetzgeberischen Ausgestaltung paternalistischer Normen	717
A. Anforderungen an Normstufe und Normdichte	717
B. Zur Problematik einer generell-abstrakten Regelung des Schutzes vor sich selbst	721
1. Im Allgemeinen	721
2. Grundsatz: Erfordernis einer nach individuellen Schutzbedürfnissen differenzierten/differenzierbaren Regelung	724
3. Verzicht auf einen nach individuellen Schutzbedürfnissen differenzierten/differenzierbaren Schutz?	726
4. Zusammenfassende Bemerkungen	735
C. Die Interessen Dritter als Grenze einer paternalistischen Politik	736
D. Sonderfragen	742
1. Polizeiliche Generalklausel	742
2. Sonderstatusverhältnis	743
II. (Verfassungskonforme) Auslegung und Anwendung («hart»?) paternalistischer (?) Normen	745
A. Im Allgemeinen	745
B. Einzelne Problemfelder	748
1. Ist überhaupt ein «Schutz vor sich selbst» bezweckt?	748
a) Beispiel «Impfobligatorium»	748
b) Beispiel «Raucherclubs»	750
c) Beispiel therapeutische Massnahmen (Art. 56 StGB)	754
2. Welche «Art» von Paternalismus ist beabsichtigt?	756
3. Auslegung und Handhabung undifferenzierter paternalistischer Normen	758
a) Problematik	758
b) Beispiele	760
i) «Mediatisierte» Auskunftserteilung/Akteneinsicht	760
ii) Notwendige Verteidigung im Strafverfahren	762
iii) Erwachsenenschutzrecht: Problematik des Anknüpfens an «Schwächezustände»	768
iv) Waffenerwerb	777
v) Polizeiliche Ingewahrsamnahme und Fesselung	780
vi) Nichtigkeit von Rechtsgeschäften/Problematik der Urteilsfähigkeit	781
III. Weitere Auswirkungen auf die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung	783
IV. Begründungspflichten und Rechtsschutz	788
A. Sorgfältige Begründung des paternalistischen Schutzes	788
B. Bemerkungen zum Rechtsschutz	789

Teil 6	Konsolidierung und Schlussthesen	793
I.	Allgemeine Feststellungen zum Paternalismusproblem aus verfassungsrechtlicher Sicht	796
II.	Verfassungswidrigkeit eines losgelöst von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängten Schutzes vor sich selbst	798
A.	Zunächst: Kein verfassungsrechtlicher Auftrag zum Schutz vor sich selbst ohne Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits	798
B.	Eine paternalistisch motivierte Intervention ist nur bei Selbstbestimmungsdefiziten verfassungskonform, ...	804
1.	... weil sich der Staat ansonsten in einen Widerspruch zur (grundrechtlich geschützten) Freiheit setzen würde ...	804
2.	... und/oder weil der Staat den Einzelnen nicht in seinem (primär nach subjektiven Kriterien zu bestimmenden) Wohl schmälern darf ...	809
3.	... und unabhängig von diesen (absoluten) Grenzen: Weil sich ohne Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung und -umsetzung die Verhältnismässigkeit eines paternalistischen Schutzes nicht überzeugend begründen lässt	810
III.	Die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grenzen des «weichen» Paternalismus als Herausforderung	812
IV.	Wann <i>must</i> der Staat den Einzelnen vor nicht oder nur beschränkt «freiwilligem» Handeln schützen?	820
V.	Weitere Grenzen paternalistischen Staatshandelns	822
VI.	Folgerungen für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung	823
	Sachregister	829

Abkürzungen

a	alt (frühere Fassung der betreffenden Bestimmung oder des betreffenden Erlasses)
a.A.	anderer Ansicht
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (AS 1875 1)
a.E.	am Ende
AG	Kanton Aargau
aGumG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen (AS 2007 635; <i>aufgehoben per 1. Dezember 2022</i>)
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AlkG	Bundesgesetz vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (Alkoholgesetz, SR 680)
a.M.	am Main
Änd.	Änderung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AR	Kanton Appenzell Ausserrhoden
ArG	Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
ATSG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1)
Aufl.	Auflage

BAG	Bundesamt für Gesundheit
Bayer. VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayV	Verfassung des Freistaates Bayern in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1998 (GVBl. S. 991, 992, BayRS 100-1-I)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter – Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band/Bände
BE	Kanton Bern
Begleitber.	Begleitbericht
BehiG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, SR 151.3)
BehiV	Verordnung vom 19. November 2003 über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsverordnung, SR 151.31)
Bem.	Bemerkungen
Ber.	Bericht
BetmG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, SR 812.121)
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Deutsches Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, SR 173.110)
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGS	Bundesgesetz vom 29. September 2017 über Geldspiele (Geldspielgesetz, SR 935.51) Bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Solothurn Systematische Sammlung des Kantons Zug
bGS	bereinigte Gesetzessammlung des Kantons Appenzell Auser Rhoden

Biomedizin- konvention	Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin, SR 0.810.2)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BL	Kanton Basel Landschaft
BLV	Base législative vaudoise
Botsch.	Botschaft
BR	Bundesrat/Bündner Rechtsbuch
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen
BRK	Übereinkommen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (Behindertenrechtskonvention, SR 0.109)
BS	Kanton Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVerfG	(deutsches) Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	(deutsches) Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des (deutschen) Bundesverwaltungsgerichts
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (SR 831.40)
BVGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung
BWIS	Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (SR 120)
bzw.	beziehungsweise

CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (Übereinkommen vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, SR 0.108)
CF	Constitution fédérale de la Confédération suisse
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CHRB	Convention on Human Rights and Biomedicine (= Biomedizinkonvention)
CPP	Code de procédure pénale suisse
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution
Cst.-NE	Constitution de la République et Canton de Neuchâtel du 24 Septembre 2000 (RSN 101)
Cst.-VD	Constiution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (BLV 101.01)
ders.	derselbe
Der Staat	Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht
d.h.	das heisst
dies.	dieselbe/n
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DR	Decisions and Reports (Decisions et rapports), Entscheidsammlung der EKMR (1975–1998)
DSG	Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, SR 235.1)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
d. Verf.	der Verfasser
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Eidg.	Eidgenössische
Einf.	Einführung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

EJRR	European Journal of Risk Regulation
EKMR	Europäische Menschenrechtskommission (bis 1998)
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EpG	Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, SR 818.101)
EpV	Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienverordnung, SR 818.101.1)
Erl.	Erläuterungen
et al.	et alii (-ae, -a) (und andere)
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU-Grundrechtecharta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (ABl. C 83/389 vom 30. März 2010)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
evtl.	eventuell
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
FamPra.ch	Die Praxis des Familienrechts
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FHB	Fachhandbuch
FIDLEG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, SR 950.1)
FMedG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, SR 810.11)
Fn.	Fussnote
FR	Kanton Freiburg
Fr.	Schweizer Franken
GE	Kanton Genf
GER	Grundsätzliche Entscheide des Regierungsrates (Kanton Solothurn)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)
GR	Kanton Graubünden

GumG	Bundesgesetz vom 15. Juni 2018 über genetische Untersuchungen beim Menschen (SR 810.12)
Habil.	Habilitationsschrift
HarmoS-Konkordat	Interkantonale Vereinbarung vom 14. Juni 2007 über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (z.B. BSG 439.60-1)
HAVE	Haftung und Versicherung
Herv.	Hervorhebung(en)
Herv. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
HFG	Bundesgesetz vom 30. September 2011 über die Forschung am Menschen (Humanforschungsgesetz, SR 810.30)
HGG-BE	Gesetz vom 4. November 1992 über Handel und Gewerbe (BSG 930.1), <i>Kanton Bern</i>
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
hill	Health Insurance Liability Law
HMG	Bundesgesetz vom 15. Dezember 2000 über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, SR 812.21)
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/erausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
i.B.	im Breisgau
i.c.	in casu
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinn
IKT	Informations- und Kommunikationstechnik
insb.	insbesondere
Ip.	Interpellation
i.S.	in Sachen/im Sinne
i.S.v.	im Sinne von
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn

JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JU	Kanton Jura
JZ	JuristenZeitung
Kap.	Kapitel
KassGer	Kassationsgericht
KDSG-BE	Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (BSG 152.04), <i>Kanton Bern</i>
KGer	Kantonsgericht
KKG	Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (SR 221.214.1)
KOKES	Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz
Komm.	Kommentar
Kriminalistik	Unabhängige Zeitschrift für kriminalistische Wissenschaft und Praxis
KritV	Kritische Vierteljahresschrift
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
Kt.	Kanton
KV	Kantonsverfassung
KV-AR	Verfassung des Kantons Appenzell A.Rh. vom 30. April 1995 (bGS 111.1)
KV-BE	Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1)
KV-BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SG 111.100)
KV-FR	Verfassung des Kantons Freiburg vom 16. Mai 2004 (SGF 10.1)
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (SR 832.10)
KV-GR	Verfassung des Kantons Graubünden vom 14. September 2003 (BR 110.100)
KV-SG	Verfassung des Kantons St. Gallen vom 10. Juni 2001 (sGS 111.1)
KV-SH	Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SHR 101.000)
KV-SO	Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (BGS 111.1)
KV-SZ	Verfassung des Kantons Schwyz vom 24. November 2010 (SRSZ 100.100)
KV-ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101, SR 131.211)

LeGes	Gesetzgebung & Evaluation, Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG) und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (SEVAL)
Lfg.	Lieferung
LMG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2014 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, SR 817.0)
LPol-GE	Loi sur la police du 9 septembre 2014 (F 1 05), <i>Kanton Genf</i>
LProst-GE	Loi sur la prostitution du 17 décembre 2009 (RSG I 2 49), <i>Kanton Genf</i>
LS	Zürcher Loseblattsammlung
LTF	Loi sur le Tribunal fédéral
LU	Kanton Luzern
m.E.	meines Erachtens
m.H.	mit Hinweis(en)
Mo.	Motion
MSchG	Bundesgesetz vom 28. August 1992 über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben (Markenschutzgesetz, SR 232.11)
MStG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Nationalrat
n	neues
NaP	Natrium-Pentobarbital
NE	Kanton Neuenburg
NEK-CNE	Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJWE-FER	NJW-Entscheidungsdienst Familien- und Erbrecht
No.	Number
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungsreport
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OFK	Orell Füssli Kommentar
OGer	Obergericht

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
Organhandelskonvention	Übereinkommen des Europarats vom 25. März 1957 gegen den Handel mit menschlichen Organen (SR 0.810.3)
Ottawa-Charta	Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung, 1986
PaRG	Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen (SR 818.31), <i>inoffizieller Kurztitel</i>
ParLG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, SR 171.10)
PatG-ZH	Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2014 (LS 813.13), <i>Kanton Zürich</i>
PatV-AG	Verordnung vom 11. November 2009 über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten (Patientenverordnung, SAR 333.111), <i>Kanton Aargau</i>
plädoyer	Magazin für Recht und Politik
Po.	Postulat
PolG-AG	Gesetz vom 6. Dezember 2005 über die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit (Polizeigesetz, SAR 531.200), <i>Kanton Aargau</i>
PolG-BE	Polizeigesetz vom 27. März 2018 (BSG 551.1), <i>Kanton Bern</i>
PolG-SG	Polizeigesetz vom 10. April 1980 (sGS 451.1), <i>Kanton St. Gallen</i>
PolG-ZH	Polizeigesetz vom 23. April 2007 (LS 550.1), <i>Kanton Zürich</i>
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
PrOVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Preussischen Oberverwaltungsgerichts
RB	Rechenschaftsbericht/Rechtbuch Kanton Thurgau
RDAF	Revue de droit Administratif et de droit Fiscal
Rec.	Recommendation
Rec. 1418 (1999)	Council of Europe – Parliamentary Assembly, Recommendation 1418 (1999), «Protection of the human rights and dignity of the terminally ill and the dying»
Res.	Resolution
Res. 1859 (2012)	Council of Europe – Parliamentary Assembly Resolution 1859 (2012) «Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients»
resp.	respektive

Rev.	Revision
RKUV	Kranken- und Unfallversicherung, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis
RSDS/SZG	Revue suisse de droit de la santé/ Schweizerische Zeitschrift für Gesundheitsrecht
RSG	Recueil systématique genevois
RSJU	Recueil systématique de la législation de la République et Canton du Jura
RSN	Recueil systématique de la législation neuchâteloise
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (SR 784.40)
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SÄZ	Schweizerische Ärztezeitung
SBG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, AS 2000 677), <i>aufgehoben</i>
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, hrsg. von Heinrich Koller et al., Basel ab 1996
SEV	Sammlung der Europaratsverträge
SG	Kanton St. Gallen/Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGF	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Freiburg
SGK	St. Galler Kommentar
sGS	Gesetzessammlung des Kantons St. Gallen, Neue Reihe, systematische Ordnung
SGS	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft/ des Kantons Wallis
SH	Kanton Schaffhausen
SHK	Stämpfli Handkommentar
SHR	Schaffhauser Rechtsbuch
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SO	Kanton Solothurn

sog.	sogenannte(n)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
SRL	Systematische Rechtssammlung des Kantons Luzern
SRSZ	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Schwyz
Sterilisationsgesetz	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (SR 211.111.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
Stn.	Stellungnahme
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0)
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
SZ	Kanton Schwyz
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
TabPG	Bundesgesetz vom 1. Oktober 2021 über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (Tabakproduktegesetz, BBl 2021 2327 und BBl 2023 1479; <i>noch nicht in Kraft</i>)
TG	Kanton Thurgau
Totalrev.	Totalrevision
TxG	Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz, SR 810.21), <i>inoffizieller Kurztitel</i>
u.a.	unter anderem
UNO	United Nations Organization (Organisation der Vereinten Nationen)
UNO-Pakt I	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2)
unpubl.	unpublizierte
URP	Umweltrecht in der Praxis
usw.	und so weiter

u.U.	unter Umständen
UVG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung (SR 832.20)
UVV	Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (SR 832.202)
VD	Kanton Waadt
VdS	Verfassungsrecht der Schweiz
VE	Vorentwurf/Vernehmlassungsentwurf
VE 77	Verfassungsentwurf der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung
VerfBlog	Verfassungsblog
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VIG	Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz, SR 172.061)
Vol.	Volume (Band)
Vorbem.	Vorbemerkungen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz vom 2. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
VZV	Verordnung vom 27. Oktober 1976 über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr (Verkehrszulassungsverordnung, SR 741.51)
WAK-N	Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates
WG	Bundesgesetz vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition (Waffengesetz, SR 514.54)
WHO-Verfassung	Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946 (SR 0.810.1)
WMA Declaration of Malta	WMA Declaration of Malta on Hunger Strikers, November 1991 (Stand: Oktober 2017), abrufbar unter: www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-malta-on-hunger-strikers
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZeugSV	Verordnung vom 7. November 2012 über den ausserprozessualen Zeugenschutz (SR 312.21)
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Kanton Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, SR 272)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen

Literatur

Die einzelnen Werke werden – wo nicht anders angegeben – mit Autorennamen und Seitenzahl bzw. Randziffer zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich im Text. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt im Juli 2023 besucht.

- ABO YOUSSEF OMAR/TÖNDURY ANDREA (Hrsg.), *Der Schutz polizeilicher Güter – Entwicklungen und Spannungsfelder*, Zürich/St. Gallen 2011
- ACH JOHANN S. (Hrsg.), *Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin*, Münster 2013
- ACH JOHANN S./SCHÖNE-SEIFERT BETTINA, *Motor- und Handbremse – Die antipaternalistischen Ressourcen konsequentialistischer Ethik*, in: KÜHLER/NOSSEK, 89 ff.
- ACHERMANN URS, *Privatisierung im öffentlichen Verkehr – Voraussetzung der Privatisierung und Steuerung des privatisierten Vollzugs am Beispiel des öffentlichen Verkehrs*, Diss., Zürich 2008
- AEBI-MÜLLER REGINA E., *Perpetuierte Selbstbestimmung? – Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht*, ZBJV 2013, 151 ff.
- AFFOLTER KURT, *Kinderschutz zwischen Elternhaus und Schule*, ZVW 2000, 175 ff.
- ALBERT LOTHAR, *Kindeswohl und Kindeswille*, PÄD-Forum: unterrichten erziehen 2009, 179 ff.
- ALBRECHT PETER, *Bemerkungen zu BGer 6P.25/2006 und 6S.53/2006*, AJP 2007, 116 ff. (zit. Bem. zu BGer 6P.25/2006 und 6S.53/2006)
- ALBRECHT PETER, *Stämpflis Handkommentar – Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19–28I BetmG)*, 3. Aufl., Bern 2016 (zit. SHK BetmG-ALBRECHT)
- ALEMANNO ALBERTO/SIBONY ANNE-LISE (Hrsg.), *Nudge and the Law – A European Perspective*, Oxford/Portland, Oregon 2015
- ALEMANNO ALBERTO/SIBONY ANNE-LISE, *Epilogue: The Legitimacy and Practicability of EU Behavioural Policy Making*, in: ALEMANNO/SIBONY, 325 ff.
- ALEMANNO ALBERTO/SPINA ALESSANDRO, *Nudging legally: On the checks and balances of behavioral regulation*, *International Journal of Constitutional Law* 2014, 429 ff.
- ALEXY ROBERT, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, *Der Staat* 1990, 49 ff. (zit. Grundrechte)
- ALEXY ROBERT, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1994 (zit. Theorie)
- ALKAN-MEWES KENAN, *Suizid auf (Waffen)Schein?*, *Kriminalistik* 2018, 124 ff.
- AMELUNG KNUT, *Einwilligungsfähigkeit und Rationalität*, *Juristische Rundschau* 1999, 45 ff.
- ANDERHEIDEN MICHAEL et al. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, Tübingen 2006
- ANDORNO ROBERTO/THIER MARKUS (Hrsg.), *Menschenwürde und Selbstbestimmung – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich*, Zürich/St. Gallen 2014

- ANNER MICHEL, Das Prinzip der Natürlichkeit?, in: Helena Zaugg/Lea Schläpfer (Hrsg.), Recht und Gesundheit, Zürich 2013, 239 ff.
- ARNESON RICHARD J., Mill versus Paternalism, *Ethics* 1980, 470 ff. (zit. Mill versus Paternalism)
- ARNESON RICHARD J., Paternalism, Utility and Fairness, *Revue Internationale de Philosophie* 1989, 409 ff. (zit. Paternalism)
- ARNET RUTH, «Form folgt Funktion» – Zur Bedeutung der öffentlichen Beurkundung im Immobiliarsachenrecht, *ZBJV* 2013, 391 ff. (zit. Beurkundung)
- ARNET RUTH, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss – Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit, *Habil.*, Bern 2008 (zit. Freiheit und Zwang)
- ARNOLD KATJA, Die grundrechtliche Schutzbereichsbegrenzung, *Diss.*, Frankfurt a.M. 2011
- ARZT GUNTHER, Standesrechtliche Bestimmungen der Ärzteschaft zur Sterbehilfe im Lichte der Gesamtrechtsordnung, in: PETERMANN, *Sterbehilfe*, 69 ff. (zit. Sterbehilfe)
- ASSY RABEEA, *Injustice in Person – The Right to Self-Representation*, Oxford 2015
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel etc. 1987–1996 (zit. *Komm. aBV/Komm. zu Art. [...] aBV*)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS, *Droits et devoirs de l'homme et du citoyen, une symétrie?*, *RDAF* 1997, 1 ff. (zit. *Droits et devoirs*)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich 2003 (zit. *BEARBEITER, Petit Comm., Art. [...] Cst.*)
- AUBRY GIRARDIN FLORENCE et al., *Commentaire de la LTF*, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. *Commentaire LTF-BEARBEITER/IN*)
- AUER ANDREAS, Die rechtliche Zulässigkeit einer Lenkungsabgabe auf Zweitwohnungen am Beispiel der Landschaft Davos, *Rechtsgutachten vom 4. März 2008* (zit. *Lenkungsabgabe Zweitwohnungen*)
- AUER ANDREAS, Le droit face à la political correctness: la constitutionnalité de l'initiative populaire genevoise «Fumée passive et santé», *AJP* 2006, 3 ff. (zit. *Political Correctness*)
- AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), *VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, *Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. *Komm. VwVG Komm.-BEARBEITER/IN*)
- BACHER BETTINA, *Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz – Zivilrechtliche Auswirkungen der Lösung eines Grundrechtskonflikts*, *Diss.*, Basel 2015
- BÄCKER MATTHIAS, *Polizeiaufgaben und Regelungsmuster des polizeilichen Eingriffsrechts*, in: Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich, *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl., München 2021, Kap. D, 229 ff.

- BADURA PETER, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, DVBl 1982, 861 ff.
- BALDWIN ROBERT, From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree, *The Modern Law Review* 2014, 831 ff.
- BARCZAK TRISTAN, Staatliche Gesundheitssteuerung zwischen Nachwächterstaat und Nanny-State – Grundsatzfragen der Rechtsfindung und Rechtsetzung in einem ethischen und rechtlichen Graubereich, in: ACh, 65 ff.
- BARTHE CAROLINE, Zur Informationstätigkeit der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes, Diss., Basel 1993
- BASEL JÖRN/MEIER MARCO S., Nudging: rechtliche Grauzonen und moralische Fallstricke, Jusletter vom 21. September 2020
- BAUMANN ANDREAS, Aargauisches Polizeigesetz – Praxiskommentar, Zürich 2006 (zit. Komm. zu § [...] PolG-AG)
- BAUMANN FELIX, Das Grundrecht der persönlichen Freiheit in der Bundesverfassung – unter besonderer Berücksichtigung der geistigen Unversehrtheit, Diss., Zürich 2011 (zit. Persönliche Freiheit)
- BAUMANN MERET, Das Solidaritätsprinzip im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Diss., Zürich 2008 (zit. Solidaritätsprinzip)
- BAUMANN-MAISSEN CHRISTA, Der versicherungsrechtliche Status in der Invalidenversicherung, Diss., Zürich 2011
- BAUMGARTEN MARK-OLIVER, The Right to Die? – Rechtliche Probleme um Sterben und Tod, Diss., 2. Aufl., Bern 2000
- BAUMGARTNER ALOIS, «Jede Gesellschaftstätigkeit ist ihrem Wesen nach subsidiär» – Zur anthropologischen und theologischen Begründung der Subsidiarität, in: NÖRR/OPPERMANN, 13 ff.
- BAYERDÖRFER MANFRED, Polizeirecht, in: Kurt Eichenberg et al. (Hrsg.), *Handbuch des Staats und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt*, Basel/Frankfurt a.M. 1984, 655 ff.
- BAYERTZ KURT (Hrsg.), Verantwortung – Prinzip oder Problem?, Darmstadt 1995
- BEAUCHAMP TOM L., Paternalism and Biobehavioral Control, *The Monist* 1/1997, 62 ff. (zit. Paternalism and Biobehavioral Control)
- BEAUCHAMP TOM L., The Concept of Paternalism in Biomedical Ethics, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2009, Berlin/New York 2009, 77 ff. (zit. Concept of Paternalism)
- BELSER EVA MARIA, Die Aufregung um die Beschneidung von Knaben – Und warum dafür wenig Anlass besteht, in: Alexandra Rumo-Jungo et al. (Hrsg.), *Une empreinte sur le Code Civil – Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, 81 ff. (zit. Beschneidung)
- BELSER EVA MARIA, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Diss., Freiburg 2000 (zit. Vertragsrecht)
- BELSER EVA MARIA/EGLI SANDRA, Das Recht auf einen selbstbestimmten Tod – Grundrechtliche Erwägungen de *lege lata et ferenda*, ZBJV 2020, 379 ff.

- BELSER EVA MARIA/RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Einmal volle Lippen, bitte! Vom Traum des massgeschneiderten Körpers und den Schwierigkeiten des Rechts mit dem Mass, den Schneidern und den Körpern, in: NIGGLI/HURTADO POZO/QUELOZ, 555 ff.
- BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte I – Allgemeine Grundrechtslehren/Grundrechte II – Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit. Grundrechte I bzw. II)
- BERGMANN JAN MICHAEL, Das Menschenbild der Europäischen Menschenrechtskonvention, Diss., Baden-Baden 1995
- BERKA WALTER, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55, Berlin/New York 1996, 48 ff.
- BERLIN HILKE, Kinder- und Jugendrechte in der Schweiz – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der neuen Bundesverfassung, Diss., Münster 2011 (zit. Kinder- und Jugendrechte)
- BERLIN ISAIAH, Two Concepts of Liberty, in: Isaiah Berlin, Four Essay on Liberty, London etc. 1969, 118 ff. (zit. Liberty)
- Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Art. 1–352 und Art. 400–406 ZPO, Band I, Art. 1–149 ZPO, Bern 2012 (zit. BK ZPO-BEARBEITER/IN).
- BERNHART CHRISTOF, Handbuch der fürsorglichen Unterbringung, Basel 2011
- BERTHEL TONI/GALLEGO SILVIA, Mässigung: Das elfte Gebot, SuchtMagazin 4/2014, 19 ff.
- BERTSCHI MARTIN/GÄCHTER THOMAS, Schöne Worte? Zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns, in: GÄCHTER/BERTSCHI, 3 ff.
- BERTSCHI NORA, Leihmutterchaft – Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien, Diss., Bern 2014
- BESSON SAMANTHA, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux. Un essai en dogmatique comparative, ZSR 2003 I, 49 ff.
- BETHGE HERBERT, Der Grundrechtseingriff, in: VVDStRL 57, Berlin/New York 1998, 7 ff. (zit. Grundrechtseingriff)
- BETHGE HERBERT, Die verfassungsrechtliche Problematik der Grundpflichten, JA 1985, 249 ff. (zit. Grundpflichten)
- BEUSCH MICHAEL, «Massnahmen zur Verminderung des Verbrauchs gebrannter Wasser zu Trinkzwecken» – eine Auslegeordnung, Jusletter vom 28. Januar 2013
- BEYLEVELD DERYCK/BROWNSWORD ROGER, Human Dignity in Bioethics and Biolaw, Oxford 2001
- BEZGOVSEK ROK, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und das steuerrechtliche Verfahren, Diss., Zürich 2002
- BIAGGINI GIOVANNI, Bemerkungen zu BGer 2C_132/2014 und 2C_133/2014, ZBl 2015, 652 ff. (zit. Bem. zu BGer 2C_132/2014 und 2C_133/2014)

- BIAGGINI GIOVANNI, Bemerkungen zu BGer 2C_485/2010, ZBl 2012, 665 ff. (zit. Bem. zu BGer 2C_485/2010)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI)
- BIAGGINI GIOVANNI, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht – Versuch einer Standortbestimmung zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 18. April 1999, ZBl 2010, 1 ff. (zit. Entwicklungen)
- BIAGGINI GIOVANNI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, 239 ff. (zit. «Notrecht»)
- BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz, in: Armin von Bogdandy/Christoph Grabenwarter/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VI – Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen, Heidelberg 2016, § 105, 573 ff. (zit. Verfassungsgerichtsbarkeit)
- BIAGGINI GIOVANNI, Wie sind Kinderrechte in der Schweiz geschützt? – Tragweite, Umsetzung und Durchsetzung des Übereinkommens in der Schweiz, Bedeutung des «Kinderschutz-Artikels» (Art. 11) der neuen Bundesverfassung, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN, 25 ff. (zit. Kinderrechte)
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: Staatsrecht)
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: Staatsrecht [2. Aufl.]
- BIRNBACHER DIETER, Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 11 ff.
- BLÄSI LINDA, Der Zeitpunkt der Bestellung der notwendigen Verteidigung, Diss., Zürich 2019
- BLECKMANN ALBERT, Grundrechtsschutz gegen sich selbst – Zur Verfassungskonformität des zwingenden Arbeitsrechts, Recht der Arbeit (RdA) 1988, 332 ff. (zit. Grundrechtsschutz)
- BLECKMANN ALBERT, Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4. Aufl., Köln etc. 1997 (zit. Staatsrecht II)
- BLICKLE PETER/HÜGLIN THOMAS O./WYDUCKEL DIETER (Hrsg.), Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft, Berlin 2002
- BLUMENTHAL JEREMY A., A psychological defense of paternalism, in: COONS/WEBER, 197 ff. (zit. Psychological Defense)
- BLUMENTHAL JEREMY A., Expert Paternalism, Florida Law Review 2002, 721 ff. (Expert Paternalism)
- BLUMENTHAL-BARBY J.S., Choice Architecture: A Mechanism for improving decisions while preserving liberty?, in: COONS/WEBER, 178 ff.
- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Bleibt die Menschenwürde unantastbar?, in: Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, 1216 ff. (zit. Menschenwürde)

- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff. (zit. Grundrechtstheorie)
- BÖCKENFÖRDE ERNST-WOLFGANG, Recht, Staat, Freiheit – Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt a.M. 1991 (zit. Recht, Staat, Freiheit)
- BOENTE WALTER, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Der Erwachsenenschutz – Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Art. 360–387 ZGB, Zürich 2015 (zit. ZK ZGB-BOENTE)
- BOHNET FRANÇOIS et al. (Hrsg.), Commentaire Romand – Code de procédure civile, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPC-BEARBEITER/IN)
- BOLZ MARCEL, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, Diss., Zürich 1991
- BOMMER FELIX, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2010, ZBJV 2015, 350 ff.
- BOSSART PETER, Persönliche Freiheit und administrative Versorgung, Diss., Winterthur 1965
- BOSSHARD GEORG/KIESEWETTER MARTIN/RIPPE KLAUS PETER/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Urteilsfähigkeit von Menschen mit psychischen Störungen und Suizidbeihilfe, SJZ 2015, 53 ff. (1. Teil) und 81 ff. (2. Teil)
- BOSWORTH STEVEN/BARTKE SIMON, Implikationen von Nudging für das Wohlergehen von Konsumenten, Wirtschaftsdienst 2014, 774 ff.
- BOTHE MICHAEL, Erziehungsauftrag und Erziehungsmassstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 54, Berlin/New York 1995, 7 ff., 30
- BRÄGGER BENJAMIN F., Der Staat muss den Sterbewillen respektieren, plädoyer 1/14, 22 f. (zit. Sterbewillen)
- BRÄGGER BENJAMIN F., Sterben hinter Gittern – Eine Analyse des rechtlichen Rahmens zur Frage des Ablebens im Freiheitsentzug, Schweizerische Zeitschrift für Kriminologie (SZK) 2/2018, 3 ff. (zit. Sterben)
- BRÄGGER BENJAMIN F., Zwangsernährung im Strafvollzug – Replik zu «Hungerstreik und Strafvollzug» von Markus Müller, Jusletter vom 16. August 2010 (zit. Hungerstreik)
- BRANDENBERG MANUEL, Sekteninformation durch Behörden, Diss., Zürich 2002
- BREITENMOSEER STEPHAN, Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK, in: PETERMANN, Sterbehilfe, 167 ff.
- BREITSCHMID PETER, Über die Urteilsunfähigkeit des Urteilsfähigen und die Urteilsfähigkeit des Urteilsunfähigen – Thesen zur Urteilsfähigkeit aus rechtlicher Sicht, in: PETERMANN, Urteilsfähigkeit, 91 ff. (zit. Urteilsunfähigkeit)
- BREITSCHMID PETER, Wer ist wann urteilsfähig? Und wer ist wann nicht (mehr) urteilsfähig? Und wird er es allenfalls je wieder? Ist man in Haft urteilsfähig?, in: TAG/GROSS, 143 ff. (zit. Urteilsfähig)

- BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN)
- BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-BEARBEITER/IN)
- BRENNCKE, MARTIN, Regelung der Werbung im Bank- und Kapitalmarktrecht, Diss., Zürich 2013
- BRIDLER RENÉ, Patientenverfügung und Zwangsernährung, SÄZ 2011, 714 ff.
- BROCK DAN, Paternalism and Promoting the Good, in: SARTORIUS, Paternalism, 237 ff.
- BRÜCKNER CHRISTIAN, Die Rechtfertigung des ärztlichen Eingriffs in die körperliche Integrität gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB, ZSR 1999 I, 451 ff.
- BRUDERMÜLLER GERD et al. (Hrsg.), Forschung am Menschen – Ethische Grenzen medizinischer Machbarkeit, Würzburg 2005
- BRUNHÖBER BEATRICE, Darf der Staat die Technisierung des eigenen Körpers beschränken?, in: Eric Hilgendorf (Hrsg.), Robotik im Kontext von Recht und Moral, 151 ff.
- BRUNNER ALEXANDER/GASSER DOMINIK/SCHWANDER IVO (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO – Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit. ZPO Kommentar-BEARBEITER/IN)
- BRUTTEL LISA V./STOLLEY FLORIAN, Ist es im Interesse der Bürger, wenn ihre Regierung Nudges implementiert?, Wirtschaftsdienst 2014, 767 ff.
- BUBLITZ JAN CHRISTOPH, Der echte, vernünftige oder letzte Wille? Authentizität und rational choice als implizite Voraussetzungen der Urteils- und Testierfähigkeit, in: PETERMANN, Urteilsfähigkeit, 37 ff.
- BUCHANAN ALLEN E., Medical Paternalism, in: SARTORIUS, Paternalism, 61 ff.
- BUCHER EUGEN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht. 2. Abteilung: Die natürlichen Personen. 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993 (zit. BK ZGB-BUCHER)
- BUCHER EUGEN, Das Horror-Konstrukt der «Zwangsmedikation»: zweimal (ohne Zuständigkeit) ein Ausflug ins juristische Nirwana – Zu BGE 126 I 112–121 und BGE 127 I 6–30, ZBJV 2001, 764 ff. (zit. Zwangsmedikation)
- BUCHER EUGEN, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (zit. OR AT)
- BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch – Die natürlichen Personen, Art. 11–19d ZGB, Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017 (zit. BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER)
- BÜCHLER ANDREA et al. (Hrsg.), FamKommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-BEARBEITER/IN)

- BÜCHLER ANDREA, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung – Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, ZSR 2016 II, 349 ff. (zit. Reproduktive Autonomie)
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, Basel, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KuKo ZGB-BEARBEITER/IN)
- BÜCHLER ANDREA/RÜTSCHKE BERNHARD (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG), Bern 2020 (zit. SHK FMedG-BEARBEITER/IN)
- BÜHLMANN-ESCHMANN BARBARA, Der Konsumentenschutzartikel der Bundesverfassung im Rahmen der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, Diss., Zürich 1991
- BUMKE CHRISTIAN, Ausgestaltung von Grundrechte, Tübingen 2009
- BUNG JOCHEN/VALERIUS BRIAN/ZIEMANN SASCHA (Hrsg.), Normativität und Rechtskritik, ARSP Beiheft 114, Stuttgart 2007
- BURCH STEPHANIE, Gesundheitszwang – Eine kritische Würdigung der aktuellen Präventionsbemühungen des Bundes am Beispiel der Tabak- und Adipositasprävention, in: ABO YOUSSEF/TÖNDURY, 221 ff. (zit. Gesundheitszwang)
- BURCH STEPHANIE, Staatliche Gesundheitsförderung und Prävention – Rechtliche und staats-theoretische Aspekte verhaltenslenkender Informationsverbreitung am Beispiel des Übergewichts, Diss., Basel 2014 (zit. Gesundheitsförderung)
- BURG BENEDICT, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung – Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, Diss., Zürich 2013
- BÜRGIN MATTHIAS TILL/BÜRKLI PETER/GÖTZ MARTIN, Sind Ethikkommissionen Ausdruck staatlichen Paternalismus?, in: ANDERHEIDEN et al., 285 ff.
- BUSER DENISE, Streiflichter auf die baselstädtische Kantonsverfassung und neuere Totalrevisionen, BJM 2006, 173 ff.
- BUSER DENISE/HAFNER FELIX, Fundamente der Rechtsordnung – Welches Menschenbild steht hinter einer Rechtsordnung?, AJP 1998, 362 ff.
- BÜTLER MONIKA/JAEGER FRANZ/ENGLER MONIKA/HÖPPL THOMAS, Die 2. Säule der schweizerischen Altersvorsorge im Wandel – Eine wissenschaftlich fundierte Erörterung einiger politisch und ökonomisch relevanter Kernfragen im Zusammenhang mit der Diskussion um ein neues BVG, St. Gallen, März 2011, abrufbar unter: www.asip.ch/de/dienstleistungen/hintergrundinformationen/4-die-2-saule-der-schweizerischen-altersvorsorge-im-wandel
- BUYX ALENA M., Freiwillige Selbstversklavung – eine extreme Form der Kommerzialisierung, in: Jochen Taupitz (Hrsg.), Kommerzialisierung des menschlichen Körpers, Berlin/Heidelberg 2007, 267 ff.
- CALABRESI GUIDO/MELAMED A. DOUGLAS, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 1972, 1089 ff.
- CALLIESS CHRISTIAN, Subsidiaritätsprinzip und Solidaritätsprinzip als rechtliches Regulativ der Globalisierung von Staat und Gesellschaft – Dargestellt am Beispiel von EU und WTO, in: BLICKLE/HÜGLIN/WYDUCKEL, 371 ff.

- CAMERER COLIN/ISSACHAROFF SAMUEL/LOEWENSTEIN GEORGE/O'DONOGHUE TED/
RABIN MATTHEW, Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for
Asymmetric Paternalism, *University of Pennsylvania Law Review* 2003, 1211 ff.
- CAPPUCCIO AMEDEO FRANCESCO, Article 10 and Restrictions on Pornography: Shifting the
Rationale from Protection of Morals to Cultural Harm, *Queen Mary Law Journal* 2/2012,
1 ff.
- CASSANI URSULA, Les représentations illicites du sexe et de la violence, *ZStrR* 1993, 428 ff.
- CHEN ZHUOLI, Verzicht auf Verfahrensrechte durch die beschuldigte Person im Schweizer-
schen Strafprozess, Diss., Zürich 2014
- CHINNOW DENNIS, Die Menschenwürde im Fernsehen – Zur Problematik der Definition und
des Verzichts in Konsenssituationen, *DVBf* 2014, 74 ff.
- CHRISTENSEN BIRGIT, Schwangerschaft als Dienstleistung – Kind als Ware? Eine rechtliche
Annäherung an das komplexe Phänomen der sogenannten Leihmutterchaft, *hill* 2013
Nr. 86
- CLÉMENT THIERRY, Privation de liberté pour grave état d'abandon et Convention européenne
des droits de l'homme – L'arrêt H.M. contre Suisse, *Un aérolythe dans la jurisprudence de
la Cour?*, *RSDS/SZG* 2003, 5 ff.
- CONINX ANNA, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand – Zufall, rationale Entscheidung
und Verteilungsgerechtigkeit, Diss., Bern 2012
- CONINX ANNA/SCHIEDEGGER NORA, Gewaltpornografie und moderne Sexualmoral,
ZBJV 2022, 339 ff.
- CONLY SARAH, *Against Autonomy – Justifying Coercive Paternalism*, Cambridge 2013
- COONS CHRISTIAN/WEBER MICHAEL (Hrsg.), *Paternalism – Theory and Practice*, Cam-
bridge 2003
- COONS CHRISTIAN/WEBER MICHAEL, Introduction: Paternalism – Issues and trends, in:
COONS/WEBER, 1 ff.
- COTTIER THOMAS, Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 4 BV) – Standortbestimmung
und Perspektiven, *recht* 1984, 1 ff. und 122 ff.
- CUENI RAPHAELA, EGMR Lacatus gegen die Schweiz vom 19. Januar 2021, *Jusletter* vom
19. April 2021
- DE HALLER JACQUES, Zwischen Auftrag und Gewissen, in: TAG/GROSS, 71 f.
- DEMKO DANIELA/SEELMANN KURT/BECCHI PAOLO (Hrsg.), *Würde und Autonomie*, ARSP
Beiheft 142, Stuttgart 2015
- DENNINGER ERHARD, Polizeiaufgaben, in: Matthias Bäcker/Erhard Denninger/Kurt Graulich,
Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl., München 2018, Kap. D, 217 ff.
- DEPENHEUER OTTO, *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*, in:
VVDSStRL 55, Berlin/New York 1996, 90 ff.

- DETTENBORN HARRY, Kindeswohl und Kindeswille – Psychologische und rechtliche Aspekte, 6. Aufl., München 2021 (zit. Kindeswohl und Kindeswille)
- DETTENBORN HARRY, Kindeswohl, in: Renate Volbert/Max Steller (Hrsg.), Handbuch der Rechtspsychologie, Göttingen etc. 2008, 574 ff. (zit. Kindeswohl)
- DIETLEIN JOHANNES, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Diss., 2. Aufl., Berlin 2005
- DI FABIO UDO, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informations-tätigkeit, JZ 1993, 689 ff.
- DIGGELMANN OLIVER, Der liberale Verfassungsstaat und die Internationalisierung der Politik – Veränderungen von Staat und Demokratie in der Schweiz, Habil., Bern 2005 (zit. Verfassungsstaat)
- DIGGELMANN OLIVER, Grundrechtsschutz der Privatheit, in: VVDStRL 70, Berlin 2011, 50 ff. (zit. Privatheit)
- DIGGELMANN OLIVER, Präventionsstaat und Grundrechtsdogmatik, ZSR 2005 I, 328 ff. (zit. Grundrechtsdogmatik)
- DIGGELMANN OLIVER, Wohin treibt der Präventionsstaat, in: Christine Abbt/Oliver Diggelmann (Hrsg.), Zweifelsfälle, Bern 2007 (zit. Präventionsstaat)
- DIGGELMANN OLIVER/HERTIG RANDALL MAYA/SCHINDLER BENJAMIN, Verfassungsrecht der Schweiz, Band I: Grundlagen Demokratie Föderalismus und Band II: Rechtsstaatlichkeit Grund- und Menschenrechte, Zürich 2020 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: VdS 2020, Bd. I bzw. II)
- DITTMANN ARMIN, Erziehungsauftrag und Erziehungsmassstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 54, Berlin/New York 1995, 47 ff. (zit. Erziehungsauftrag)
- DITTMANN VOLKER, Einschätzung der Urteilsfähigkeit – psychologische und psychopathologische Grundlagen, in: HAFNER/SEELMANN/WIDMER LÜCHINGER, 39 ff. (zit. Urteilsfähigkeit)
- DONATSCH ANDREAS (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar – Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG, AIG und OBG, 21. Aufl., Zürich 2022 (zit. OFK StGB/JStG-BEARBEITER/IN)
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III – Delikte gegen den Einzelnen, 11. Aufl., Zürich etc. 2018 (zit. Strafrecht III)
- DONATSCH ANDREAS/LIEBER VIKTOR/SUMMERS SARAH/WOHLERS WOLFGANG, Zürcher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO, 3. Aufl., Zürich 2020 (zit. ZK StPO -BEARBEITER/IN)
- DONATSCH ANDREAS/JAAG TOBIAS/ZIMMERLIN SVEN (Hrsg.), Kommentar zum Polizeigesetz des Kantons Zürich, Zürich 2018 (zit. Komm. PolG ZH-BEARBEITER/IN)
- DONZEL VALÉRIE, Les redevances en matière écologique, Diss., Zürich 2002

- DÖRR OLIVER/GROTE RAINER/MARAUHN THILO (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Band I, Kapitel 1–19, 3. Aufl., Tübingen 2022 (zit. EMRK/GG Konkordanzkommentar-BEARBEITER/IN)
- DREIER HORST (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I: Präambel, Artikel 1–19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. BEARBEITER/IN, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I)
- DREIER HORST, Bedeutung und systematische Stellung der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz, in: SEELMANN, Menschenwürde, 33 ff. (zit. Menschenwürde)
- DREIER HORST, Subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte, Jura 1994, 505 ff. (zit. Grundrechtsgehalte)
- DREIER HORST, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Ulfrid Neumann/Lorenz Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, Stuttgart 2000, 9 ff. (zit. Verantwortung)
- DRERUP JOHANNES, Paternalismus, Perfektionismus und die Grenzen der Freiheit, Paderborn 2013
- DREWS BILL/WACKE GERHARD/VOGEL KLAUS/MARTENS WOLFGANG, Gefahrenabwehr – Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl., Köln etc. 1986
- DROESE LORENZ, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss., Zürich 2008
- DÜBER DOMINIK, Selbstbestimmung und das gute Leben im demokratischen Staat – Der Paternalismus-Einwand gegen den Perfektionismus, Diss., Münster 2016 (zit. Selbstbestimmung)
- DÜBER DOMINIK, Überzeugen, Stupsen, Zwingen – Die Konzeption von Nudge und Libertärem Paternalismus und ihr Verhältnis zu anderen Formen der Verhaltenssteuerung, Zeitschrift für Praktische Philosophie 2016, 437 ff. (zit. Nudge)
- DUBÉY JACQUES, Droits fondamentaux – Volume II: Libertés, garanties de l'Etat de droit, droits sociaux et politiques, Basel 2018 (zit. Droits fondamentaux II)
- DUBÉY JACQUES/ZUFFEREY JEAN BAPTISTE, Droit administratif général, Basel 2014
- DU BOIS-PEDAIN ANTJE, Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 33 ff.
- DUPUIS MICHEL et al. (Hrsg.), Petit commentaire Code pénal, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. PC CP)
- DÜRIG GÜNTER, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 1956, 117 ff.
- DÜRIG GÜNTER/HERZOG ROMAN/SCHOLZ RUPERT (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, begründet von Dr. Theodor Maunz und Dr. Günter Dürig, München 1958 (zit. BEARBEITER/IN, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Kommentar)
- DUTTGE GUNNAR, Die «Sakralität» des Menschen, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 145 ff.

- DUVANEL-DONZEL VALÉRIE, La fiscalité écologique à la lumière des principes généraux du droit, URP 2007, 37 ff.
- DWORKIN GERALD, Defining paternalism, in: COONS/WEBER, 25 ff. (zit. Defining paternalism)
- DWORKIN GERALD, Moral Paternalism, Law and Philosophy 2005, 305 ff. (zit. Moral Paternalism)
- DWORKIN GERALD, Paternalism, The Monist 1972, 64 ff. (zit. Paternalism)
- DWORKIN GERALD, Paternalism: Some Second Thoughts, in: SARTORIUS, Paternalism, 105 ff. (zit. Second Thoughts)
- DWORKIN GERALD, Paternalism, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/win2005/entries/paternalism> (zit. Paternalism – Stanford Encyclopedia)
- DWORKIN RONALD, Taking Rights Seriously, London/New York 2013 (zit. Rights)
- ECKHOFF ROLF, Der Grundrechtseingriff, Diss., Köln etc. 1992
- EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss., Zürich 2002 (zit. Drittwirkung)
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN)
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV [3. Aufl.]-BEARBEITER/IN)
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. SGK BV [2. Aufl.]-BEARBEITER/IN)
- EHRENZELLER BERNHARD, Das Elternrecht auf religiöse Erziehung der Kinder im Spannungsfeld von staatlichem Bildungsauftrag und Kindeswohl am Beispiel des Sexualkundeunterrichtes, in: Liechtenstein Institut (Hrsg.), Beiträge zum liechtensteinischen Recht aus nationaler und internationaler Perspektive, Festschrift zum 70. Geburtstag von Herbert Wille, Schaan 2014, 201 ff. (zit. Elternrecht)
- EHRENZELLER BERNHARD, Politische Fragen vor Verwaltungsgerichten, ZBl 2016, 3 ff. (zit. Politische Fragen)
- EICHENBERGER KURT, Verfassung des Kantons Aargau – Textausgabe mit Kommentar, Aarau etc. 1986 (zit. Komm. zu § [...] KVAG)
- EICHENBERGER KURT, Zur Problematik der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten, ZBl 1990, 517 ff. (zit. Aufgabenverteilung)
- EICKER ANDREAS, Einverständliche Fremdgefährdung und Einwilligung ins Risiko – Eine strafrechtsdogmatische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung von BGE 134 IV 26, recht 2009, 143 ff.
- EIDENMÜLLER HORST, Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Diss., 3. Aufl., Tübingen 2005

- EIDENMÜLLER HORST, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814 ff. (zit. Paternalismus)
- EISNER BEAT, Die Aufklärungspflicht des Arztes – Die Rechtslage in Deutschland, der Schweiz und den USA, Diss., Bern 1992
- ELEGANTI MARIAN, «Tod im Gefängnis»: Ein Kommentar, in: TAG/GROSS, 123 ff.
- ELGER BERNICE S., Paternalismus in der Medizin: Der Respekt vor der Patientenautonomie als ethische und rechtliche Herausforderung, in: HAFNER/SEELMANN/WIDMER LÜCHINGER, 23 ff.
- ELLSCHIED GÜNTER, Recht und Moral, in: HASSEMER/NEUMANN/SALIGER, Kap. 4, 201 ff.
- ENDERLEIN WOLFGANG, Rechtspaternalismus im Vertragsrecht, Habil., München 1996
- ENDERS CHRISTOPH, Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung – zur Dogmatik des Art. 1 GG, Habil., Tübingen 1997 (zit. Menschenwürde)
- ENDERS CHRISTOPH, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, in: VVDStRL 64, Berlin 2005, 7 ff. (zit. Sozialstaatlichkeit)
- ENGEL CHRISTOPH et al. (Hrsg.), Recht und Verhalten – Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Tübingen 2007
- ENGI LORENZ, Die religiöse und ethische Neutralität des Staates, Habil., Zürich 2017 (zit. Neutralität)
- ENGI LORENZ, Neuere Entwicklungen im Menschenwürdeschutz – Unter besonderer Berücksichtigung der möglichen Grundrechtsqualität von Art. 7 BV, AJP 2006, 911 ff. (zit. Entwicklungen)
- ENGI LORENZ, Recht und Moral – Herkunft und Aktualität einer Unterscheidung, SJZ 2005, 565 ff. (zit. Recht und Moral)
- ENGI LORENZ, Was heisst Menschenwürde? – Zum Verständnis eines Verfassungsbegriffs, ZBl 2008, 659 ff. (zit. Menschenwürde)
- ENGI LORENZ, Zum Prinzipienbegriff im öffentlichen Recht, ZBl 2017, 59 ff. (zit. Prinzipienbegriff)
- ENGLERTH MARKUS, Behavioral Law and Economics – eine kritische Einführung, in: ENGEL et al., 60 ff. (zit. Behavioral Law and Economics)
- ENGLERTH MARKUS, Vom Wert des Rauchens und der Rückkehr der Idioten – Paternalismus als Antwort auf beschränkte Rationalität?, in: ENGEL et al., 231 ff. (zit. Wert des Rauchens)
- ENTENZA HECTOR, Déterminations sur l'arrêt Gross, SZIER 2014, 347 ff.
- ERRASS CHRISTOPH, Zum Verhältnis von Recht und Ethik in der Verfassungsbestimmung über die Gentechnologie im Ausserhumanbereich, ZSR 2002 I, 313 ff.
- EUGSTER GEBHARD, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, in: Hans-Ulrich Stauffer/Basile Cardinaux (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2018

- FACINCANI NICOLAS/SUTTER RETO, Stämpflis Handkommentar zum Waffengesetz (WG), Bern 2017 (zit. SHK WG-BEARBEITER/IN)
- FALK JOHANNA, Freiheit als politisches Ziel – Grundmodelle liberalen Denkens bei Kant, Hayek und Böckenförde, Diss., Frankfurt a.M. 2012
- FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutz, Zürich 2012
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Die Einwilligung in die Lebendorganspende – Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, Diss., München 2008 (zit. Lebendorganspende)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Dresscodes: Verhüllungsverbote im liberalen Rechtsstaat, recht 2017, 225 ff. (zit. Dresscodes)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Fortpflanzungsmedizinengesetz (FMedG), in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil J, 935 ff. (zit. FMedG)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Grenzen des weichen Paternalismus – Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: FATEH-MOGHADAM/SELLMAIER/VOSSENKUHL, 21 ff. (zit. Grenzen)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN, Religiös-weltanschauliche Neutralität und Geschlechterordnung, Strafrechtliche Burka-Verbote zwischen Paternalismus und Moralismus, in: Barbara Stollberg-Rilinger (Hrsg.), «Als Mann und Frau schuf er sie» – Religion und Geschlecht, Würzburg 2014, 181 ff. (zit. Burka-Verbote)
- FATEH-MOGHADAM BIJAN/GUTMANN THOMAS, Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of «Soft Paternalism», Ethical Theory and Moral Practice 2014, 383 ff.
- FATEH-MOGHADAM BIJAN/SELLMAIER STEPHAN/VOSSENKUHL WILHELM (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010
- FEINBERG JOEL, Legal Paternalism, in: SARTORIUS, Paternalism, 3 ff. (zit. Legal Paternalism)
- FEINBERG JOEL, The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 3: Harm to Self, New York 1989 (zit. Harm to Self)
- FEINBERG JOEL, The Moral Limits of the Criminal Law: Volume 2: Offense to Others, New York 1988 (zit. Offense to Others)
- FELDMAN DAVID, Human Dignity as a Legal Value – Part I, Public Law 1999, 682 ff. und Human Dignity as a Legal Value – Part II, Public Law 2000, 61 ff. (zit. Human Dignity I bzw. II)
- FELLMANN WALTER, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: KUHN/POLEDNA, 103 ff.
- FENNER DAGMAR, Gibt es überhaupt den «freien» oder «Bilanzsuizid»? , in: PETERMANN, Sterbehilfe, 249 ff.
- FINK CLAUDIA, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker), Diss., St. Gallen 2008

- FIOLKA GERHARD, «Big Brother»: zwischen Menschenwürde und Lotteriegesetzgebung – Fernsehgewinnspiele mit langfristiger Kandidatenbindung im schweizerischen Lotterierecht, AJP 2000, 813 ff. (zit. «Big Brother»)
- FIOLKA GERHARD, Das Rechtsgut, Bd. 2 – Besonderer Teil – Das Rechtsgut in Aktion, Diss., Basel 2006 (zit. Rechtsgut)
- FISCHER KAI, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Diss., Frankfurt a.M. 1997
- FLANIGAN JESSICA, Can Social Costs Justify Public Health Paternalism, in: SCHRAMME, Paternalism, 233 ff.
- FLEINER THOMAS et al. (Hrsg.), BV-CF 2000 – Die neue schweizerische Bundesverfassung, Basel 2000 (zit. BV-CF 2000)
- FLEINER-GERSTER THOMAS, Die Rechte der Eltern gegenüber der Schule, AJP 1993, 666 ff.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, Gouverner par des coups de pouce (nudges): instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de legiferer?, Les cahiers de droit 2018, 199 ff.
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich etc. 2016 (zit. BEARBEITER/IN, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht)
- FREY BRUNO S./GALLUS JANA, Beneficial and Exploitative Nudges, in: MATHIS/TOR, 11 ff.
- FRIEDRICHSEN JANA/HAGEN KORNELIA/WAGNER LILO, Stupsen und Schubsen (Nudging): Ein neues verhaltensbasiertes Regulierungskonzept?, in: Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 1/2018, 5 ff.
- FROWEIN JOCHEN A./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009 (zit. Frowein/Peukert-BEARBEITER)
- FÜHR MARTIN, Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat, Habil., Berlin 2003
- FUNK LOTHAR, Sanfter Paternalismus und verhaltensökonomisch fundierte Ordnungspolitik im Verbraucherschutz, Wirtschaftsdienst 2014, 787 ff.
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR AT-BEARBEITER/IN)
- GABRIEL KARL, Das Subsidiaritätsprinzip in «Quadragesimo anno», Zur ideenpolitischen Genese eines Grundbegriffs der katholischen Soziallehre, in: RAUSCHER, 13 ff.
- GÄCHTER THOMAS, Grundstrukturen des schweizerischen Rechts der Sozialen Sicherheit, ZSR 2014 II, 5 ff. (zit. Grundstrukturen)
- GÄCHTER THOMAS, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Habil., Zürich 2005 (zit. Rechtsmissbrauch)
- GÄCHTER THOMAS, Selbstverantwortung als verfassungsrechtliche Grundannahme – Bedeutung, Ausprägungen, Schranken, SZS 2018, 693 ff. (zit. Selbstverantwortung)

- GÄCHTER THOMAS/BERTSCHI MARTIN (Hrsg.), Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung, Zürich 2000
- GÄCHTER THOMAS/RÜTSCHKE BERNHARD, Gesundheitsrecht, 4. Aufl., Basel 2018
- GÄCHTER THOMAS/TREMP DANIA, Arzt und seine Grundrechte, in: KUHN/POLEDNA, 1 ff.
- GAUCH PETER/THÜRER DANIEL (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Zürich etc. 2002
- GEDDERT-STEINACHER TATJANA, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Diss., Berlin 1990
- GEIGER THEODOR, Über Moral und Recht – Streitgespräch mit Uppsala, Berlin 1979
- GEIS MAX-EMANUEL, Anspruchsdenken – Exzessive Inanspruchnahme von Grundrechten, in: RILL, 27 ff.
- GEISER THOMAS, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung?, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Familie und Recht – Festgabe für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, 289 ff. (zit. Freiheitsentziehung)
- GEISER THOMAS, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, 91 ff. (zit. Zwangsmassnahmen)
- GEISER THOMAS, Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus juristischer Sicht, in: HAFNER/SEELMANN/WIDMER LÜCHINGER, 3 ff. (zit. Selbstbestimmungsrecht)
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN)
- GEISER THOMAS/VON KAENEL ADRIAN/WYLER RÉMY (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 2005 (zit. SHK ArG-BEARBEITER/IN)
- GERBER JENNI REGULA/HAUSAMMANN CHRISTINA (Hrsg.), Die Rechte des Kindes – Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel 2001
- GERMANN MICHAEL, Der menschliche Körper als Gegenstand der Religionsfreiheit, in: Bernd-Rüdiger Kern/Hans Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt a.M. 2010, 35 ff.
- GERT BERNARD/CULVER CHARLES M., The Justification of Paternalism, Ethics 1979, 199 ff.
- GERTSCH GABRIEL, Die grundrechtlichen Kerngehalte als materielle Schranke der Verfassungsrevision?, Jusletter vom 17. November 2014
- GETH CHRISTOPHER/MONA MARTINO, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen?, ZSR 2009 I, 155 ff.
- GKOUNTIS IOANNIS, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, Diss., Berlin 2011
- GLAESER EDWARD L., Paternalism and Psychology, The University of Chicago Law Review 2006, 133 ff.
- GLOD WILLIAM, How not to Argue against Paternalism, Reason Papers 30 (Fall 2008), 7 ff. (zit. Paternalism)

- GLÖD WILLIAM, How Nudges Often Fail to Treat People According to Their Own Preference, *Social Theory and Practice* 2015, 599 ff. (zit. Nudges)
- GMÜR MARIO, Suizidbeihilfe und Urteilsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht, in: PETERMANN, *Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung*, 25 ff.
- GONIN LUC, *Droit constitutionnel suisse*, Genf/Zürich 2021
- GÖTZ VOLKMAR, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: *VVDStRL* 41, Berlin/New York 1983, 7 ff.
- GÖTZ VOLKMAR/GEIS MAX-EMANUEL, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 17. Aufl., München 2022
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7. Aufl., München 2021
- GRAMM CHRISTOF, Rechtsfragen der staatlichen Aids-Aufklärung, *NJW* 1989, 2917 ff.
- GRIMM DIETER, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M. 1991
- GROSS JOST, Die Persönliche Freiheit des Patienten – Zur öffentlichrechtlichen Normierung des medizinischen Behandlungsverhältnisses, *Diss.*, Bern 1977
- GRUBERSKI THOMAS, Das Entgeltlichkeitsverbot für Organe, Gewebe und Zellen im schweizerischen Transplantationsgesetz, *recht* 2008, 192 ff. (zit. Entgeltlichkeitsverbot)
- GRUBERSKI THOMAS, Das Kommerzialisierungsverbot im Bereich der Organspende – Dargestellt am Beispiel der Regelung im schweizerischen Transplantationsgesetz, *Diss.*, Basel 2011 (zit. Kommerzialisierungsverbot)
- GRUNERT FRANK, Paternalismus in der politischen Theorie der deutschen Aufklärung – Das Beispiel Christian Wolf, in: ANDERHEIDEN et al., 9 ff.
- GRÜNE-YANOFF TILL, Old Wine in new casks: libertarian paternalism still violates liberal principles, *Social Choice and Welfare* 2012, 635 ff.
- GUILLOD OLIVIER, Le consentement éclairé du patient – Autodétermination ou paternalisme?, *Diss.*, Neuenburg 1986
- GUILLOD OLIVIER/SPRUMONT DOMINIQUE, Les contradictions du Tribunal fédéral face au jeûne de protestation, *Jusletter* vom 8. November 2010
- GÜNTHER KLAUS, Aufgaben- und Zurechnungsverantwortung, in: HEIDBRINK/HIRSCH, 295 ff. (zit. Zurechnungsverantwortung)
- GUSY CHRISTOPH, Grundpflichten und Grundgesetz, *JZ* 1982, 657 ff. (zit. Grundpflichten)
- GUSY CHRISTOPH, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 10. Aufl., Tübingen 2017 (zit. Polizei- und Ordnungsrecht)
- GUSY CHRISTOPH, Sittenwidrigkeit im Gewerberecht, *DVBf* 1982, 985 ff. (zit. Sittenwidrigkeit)
- GUT WALTER, Zum Dualismus von Staat und Gesellschaft, *ZSR* 1990 I, 17 ff.
- GÜTH WERNER/KLIEMT HARTMUT, Nudging: Obrigkeitsdenken und Verwaltungsfreude in neuem Gewande?, *Wirtschaftsdienst* 2014, 771 ff.

- GUTMANN THOMAS, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, Diss., München 2001 (zit. Freiwilligkeit)
- GUTMANN THOMAS, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, NJW 1999, 3387 ff. (zit. Grenzen)
- GUTMANN THOMAS, Paternalismus – eine Tradition deutschen Rechtsdenkens, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung 2005, 150 ff. (zit. Tradition)
- GUTMANN THOMAS, Paternalismus und Konsequentialismus, in: KÜHLER/NOSSEK, 27 ff. (zit. Konsequentialismus)
- GUTMANN THOMAS, Short cuts to happiness – Zu den rechtlichen Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin, in: ACH, 138 ff. (zit. Short cuts)
- GUTMANN THOMAS, Zur philosophischen Kritik des Rechtspaternalismus, in: Ulrich Schroth et al. (Hrsg.), Patientenautonomie am Beispiel der Lebendorganspende, Göttingen 2006, 189 ff. (zit. Kritik)
- GUTWALD REBECCA, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus – Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: FATEH-MOGHADAM/SELLMAEIER/VOSSENKUHL, 73 ff.
- GUTZWILLER PETER MAX, Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, AJP 2008, 1223 ff.
- GYGI FRITZ, Zum Polizeibegriff, in: Georg Müller et al. (Hrsg.), Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel – Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag, Basel/Frankfurt a.M. 1982
- HÄBERLE PETER, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl., Berlin 2008 (zit. Menschenbild)
- HABERSACK MATHIAS, Vertragsfreiheit und Drittinteressen – Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Diss., Berlin 1992
- HADORN NINA, Das Burka-Verbot im Licht des öffentlichen Interesses, in: ANDORNO/THIER, 108 ff.
- HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021
- HÄFELIN ULRICH, Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 241 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich etc. 2020
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, Zürich/St. Gallen 2020
- HAFKE BERNHARD, Drogenstrafrecht, ZStW 1995, 761 ff.
- HAFNER FELIX, Staatsaufgaben und öffentliche Interessen – ein (un)geklärtes Verhältnis?, BJM 2004, 281 ff.

- HAFNER FELIX/KÜHLER ANNE, Schuldifikationen zwischen Religionsfreiheit und «bürgerlichen Pflichten», AJP 2011, 913 ff.
- HAFNER FELIX/SEELMANN KURT/WIDMER LÜCHINGER CORINNE (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich etc. 2014
- HAGENSTEIN NADINE, O tempora, o mores! oder Keine Macht den Killerspielen, AJP 2010, 1293 ff.
- HAIMMAYER BARBARA, Das neue Widerrufsrecht im Telefonhandel, SJZ 2016, 1 ff.
- HALDEMANN FRANK, Verantwortung als Verfassungsprinzip – Die schweizerische Verfassungsordnung im Spannungsfeld der Verantwortungsethik, Diss., Zürich 2003
- HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, Allgemeines Staatsrecht, 6. Aufl., Zürich etc. 2020
- HÄNER ISABELLE, Privatisierung staatlicher Aufgaben (Finanzierungsprivatisierung) unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZBl 2001, 423 ff.
- HÄNER ISABELLE/RÜSSELI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007 (zit. BEARBEITER/IN, Komm. zu Art. [...] KV ZH)
- HANGARTNER YVO, Bemerkungen zu BGE 133 I 110, AJP 2007, 1583 ff. (zit. Bem. zu BGE 133 I 110)
- HANGARTNER YVO, Erziehungsauftrag und Erziehungsmassstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat – Länderbericht Schweiz, in: VVDStRL 54, Berlin/New York 1995, 95 ff. (zit. Erziehungsauftrag)
- HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts – Erster Band: Organisation, Zürich 1980/Zweiter Band: Grundrechte, Zürich 1982 (zit. Grundzüge Bd. I bzw. II)
- HANGARTNER YVO, Religionsfreiheit – Ein Überblick aus Anlass des neuen Art. 72 Abs. 3 BV (Verbot des Baus von Minaretten), AJP 2010, 441 ff. (zit. Religionsfreiheit)
- HANGARTNER YVO, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe – Eine grundrechtliche Standortbestimmung, Zürich 2000 (zit. Sterbehilfe)
- HANGARTNER YVO, Verwaltungsgericht ZH, 3. Abteilung 15.7.1999, X. c. Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich; VB 99.00145. Beschwerde, Zusätzliche Bemerkungen, AJP 2000, 474 ff. (zit. Bem. zu VGer ZH VB.99.00145)
- HANGARTNER YVO, Zweckbindung der Freiheitsrechte?, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 377 ff. (zit. Zweckbindung)
- HÄNNI PETER/BELSER EVA MARIA, Die Rechte der Kinder – Zu den Grundrechten Minderjähriger und der Schwierigkeit ihrer rechtlichen Durchsetzung, AJP 1998, 139 ff.
- HANSEN PELLE GULDBORG/JESPERSEN ANDREAS MAALØE, Nudge and the Manipulation of Choice – A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy, EJRR 2013, 3 ff.
- HÄRLE WILFRIED, Welche Freiheiten braucht man zu einem menschenwürdigen Sterben?, in: TAG/GROSS, 129 ff.

- HART H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford 1963
- HÄRTEL INES, Die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder im Lichte des wohlgeordneten Rechts, in: DIES. (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt – Band I: Grundlagen des Föderalismus und der deutsche Bundesstaat*, Berlin/Heidelberg 2012, § 19, 527 ff.
- HASSEMER WINFRIED/NEUMANN ULFRID/SALIGER FRANK (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 9. Aufl., Heidelberg 2016
- HAUPT MARLENE, *Nudging im Bereich der Alterssicherung – warum und wie?*, Wirtschaftsdienst 2014, 784 ff.
- HAUS MICHAEL, *Kommunitarismus – Einführung und Analyse*, Wiesbaden 2003
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5. Aufl., Bern 2020 (zit. *Personenrecht*)
- HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Urteilsfähigkeit und Zwangsmassnahmen*, in: Wolfgang Wiegend/Thomas Koller/Hans Peter Walter (Hrsg.), *Tradition mit Weitsicht – Festschrift für Eugen Bucher zum 80. Geburtstag*, Bern 2009, 237 ff. (zit. *Urteilsfähigkeit*)
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., *Das neue Erwachsenen-schutzrecht*, 2. Aufl., Bern 2014
- HÄUSLER MARC/FERRARI-VISCA RETO, *Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs- und Verwaltungsjustizverfahren*, Jusletter vom 8. August 2011
- HAUSMAN DANIEL M./WELCH BRYNN, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, *The Journal of Political Philosophy* 2010, 123 ff.
- HAUSSENER STEFANIE, *Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion – Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis*, Diss., Zürich etc. 2017
- HAVERKATE GÖRG, *Rechtsfragen des Leistungsstaats – Verhältnismässigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*, Habil., Tübingen 1983
- HEATHWOOD CHRIS, *Desire Satisfactionism and Hedonism*, *Philosophical Studies* 2006, 539 ff.
- HEBEISEN WALTER MICHAEL, *Staatszweck, Staatsziele, Staatsaufgaben – Leistungen und Grenzen einer juristischen Behandlung von Leitideen der Staatstätigkeit*, Chur/Zürich 1996
- HECK SANDRA, *Paradigmenwechsel im Lebensmittelrecht: Vom speziellen Verbot zu Kontrollzwecken zum generellen Verbot mit edukatorischer Intention? – Rechtmässigkeit der Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel*, Diss., Taunusstein 2010
- HEIDBRINK LUDGER, *Grenzen der Verantwortungsgesellschaft: Widersprüche der Verantwortung*, in: HEIDBRINK/HIRSCH, 129 ff. (zit. *Verantwortungsgesellschaft*)
- HEIDBRINK LUDGER, *Verantwortung in der Zivilgesellschaft: Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips*, in: HEIDBRINK/HIRSCH, 13 ff. (zit. *Verantwortung*)

- HEIDBRINK LUDGER/HIRSCH ALFRED (Hrsg.), Verantwortung in der Zivilgesellschaft – Zur Konjunktur eines widersprüchlichen Prinzips, Frankfurt a.M. 2006
- HEIDBRINK LUDGER/KLONCHINSKI ANDREA, Nudges, Transparenz und Autonomie – Eine normativ gehaltvolle Kategorisierung von Massnahmen des Nudging, in: Vierjahrshefte zur Wirtschaftsforschung 1/2018, 15 ff.
- HEIMGARTNER STEFAN, Amtliche Mandate im Vorverfahren – Zürcher Praxis, forumpoenale 2012, 167 ff.
- HEINIG HANS MICHAEL, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, Habil., Tübingen 2008 (zit. Sozialstaat)
- HEINIG HANS MICHAEL, Gibt es eine Ethik des Nudging?, VerfBlog, 15. Dezember 2014, abrufbar unter: www.verfassungsblog.de/gibt-es-eine-ethik-des-nudging (zit. Nudging)
- HEINIG HANS MICHAEL, Paternalismus im Sozialstaat, in: ANDERHEIDEN et al., 157 ff. (zit. Paternalismus)
- HEINZL KATHRIN, Prostitution im Schweizer Strafrecht – Die Strafbarkeit von Prostituierten, Zuhältern und Freiern, Diss., Zürich 2016
- HEISS DOMINIK, Verantwortung in der modernen Gesellschaft – Grundzüge einer interaktionsökonomischen Theorie der Verantwortung, Diss., Freiburg i.B. 2011
- HENNETTE-VAUCHEZ STÉPHANIE, A human dignitas? Remnants of the ancient legal concept in contemporary dignity jurisprudence, International Journal of Constitutional Law 2011, 32 ff.
- HENSCHKE DETLEF, Vom Missbrauch eines ehrwürdigen Begriffes (Interview), in: NEUBAUER, 97 ff.
- HERMES GEORG, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Diss., Heidelberg 1986
- HERZIG CHRISTOPHE A., Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss., Zürich 2012
- HETTICH PETER, Kooperative Risikoversorge – Regulierte Selbstregulierung im Recht der operationellen und technischen Risiken, Habil., Zürich 2014
- HILL CLAIRE A., Anti-Anti-Anti-Paternalism, NYU Journal of Law & Liberty, 2007, 444 ff. (zit. Anti-Anti-Anti-Paternalism)
- HILL HERMANN, Abschied von der öffentlichen Ordnung im Polizei- und Ordnungsrecht, DVBl 1985, 88 ff. (zit. Abschied)
- HILLGRUBER CHRISTIAN, Das Prinzip Selbstverantwortung – Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: RIESENHUBER, Das Prinzip der Selbstverantwortung, § 8, 165 ff. (zit. Selbstverantwortung)
- HILLGRUBER CHRISTIAN, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, Diss., München 1992 (zit. Schutz)
- HILTI MARTIN, Die Gewissensfreiheit – Was sie ist und weshalb sie Beachtung verdient?, ZBl 2010, 353 ff. (Beachtung)

- HILTI MARTIN, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Diss., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Gewissensfreiheit)
- HINRICHS ULRIKE, «Big Brother» und die Menschenwürde, NJW 2000, 2173 ff.
- HOCHHEUSER CHRISTIN, Grundrechtsaspekte der zivilrechtlichen Kinderschutzmassnahmen und der kommenden jugendstrafrechtlichen Sanktionen, Diss., St. Gallen/Lachen 1997
- HOCHHUTH MARTIN, Grundrechte und Grundfreiheiten als Schutzpflichten, in: ANDERHEIDEN et al., 207 ff.
- HOENEN CHRISTIAN, Die notwendige Verteidigung im Basler Strafprozess, BJM 1988, 281 ff.
- HÖFFE OTFRIED, Politische Gerechtigkeit – Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat, Frankfurt a.M. 1987 (zit. Politische Gerechtigkeit)
- HÖFFE OTFRIED, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, Swiss Political Science Review 1997/3, 1 ff. (zit. Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip)
- HÖFFE OTFRIED, Subsidiarität als staatsphilosophisches Prinzip, in: NÖRR/OPPERMANN, 49 ff. (zit. Subsidiarität)
- HÖFLING WOLFRAM, Menschenwürde und gute Sitten, NJW 1983, 1582 ff. (zit. Menschenwürde)
- HÖFLING WOLFRAM, Rechtliche Mittel, Massstäbe und Schranken der staatlichen Beeinflussung des Ernährungsverhaltens, ZLR 2006, 121 ff. (zit. Ernährungsverhalten)
- HOFSTETTER DAVID, Das Verhältnismässigkeitsprinzip als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 Abs. 2 BV) – Ausgewählte Aspekte, Diss., Zürich 2014
- HOLLERBACH ALEXANDER, Selbstbestimmung im Recht – Vorgetragen am 11. November 1995, Heidelberg 1996
- HONSELL HEINRICH, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, 5 ff.
- HÖRDEGEN STEPHAN, Grundziele und -werte der «neuen» Bildungsverfassung, ZBl 2007, 113 ff.
- HÖRNLE TATJANA, Paternalismus in der Medizin – am Beispiel der Eizellenspende in der Reproduktionsmedizin, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 111 ff.
- HOTTELIER MICHEL, L'aide au suicide face aux droits de l'homme, in: PETERMANN, Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung, 85 ff.
- HUBER HANS, Die persönliche Freiheit, SJZ 1973, 113 ff. (zit. Persönliche Freiheit)
- HUBER HANS, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, Berlin 1966 (zit. Vertragsfreiheit)
- HUBER PETER M., Das Menschenbild im Grundgesetz, Jura 1998, 505 ff. (zit. Menschenbild)
- HUFEN FRIEDHELM, In dubio pro dignitate, Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, in: THIELE, 85 ff. (auch in: NJW 2001, 849 ff.) (zit. Selbstbestimmung)
- HUFEN FRIEDHELM, Staatsrecht II – Grundrechte, 8. Aufl., München 2020 (zit. Staatsrecht II)

- HUG-BEELI GUSTAV, Betäubungsmittelgesetz (BetmG) – Kommentar zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 3. Oktober 1951, Basel 2016 (zit. Komm. zu Art. [...] BetmG)
- HÜRLIMANN DANIEL, Recht und Medizin am Lebensende – Menschenrechtliche Anforderungen und Regulierungsvorschläge, Habil., Baden-Baden/Basel 2022
- HÜRLIMANN DANIEL/TRACHSEL MANUEL, Ist die fürsorgerische Unterbringung von Urteilsfähigen zulässig?, *Swiss Medical Forum* 2017, 214 ff.
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal – Partie générale, Genf etc. 2008 (zit. Droit pénal: Partie générale)
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal – Partie spéciale, Genf etc. 2009 (zit. Droit pénal: Partie spéciale)
- HURTADO POZO JOSÉ, Euthanasie active: vers un système plus soucieux de la liberté personnelle?, in: ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI, 211 ff. (zit. Euthanasie active)
- HUSAK DOUGLAS N., Legal Paternalism, in: Hugh LaFollette (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford 2003, 387 ff.
- HUSTER STEFAN, Grundfragen staatlicher Erziehungsambitionen, in: SCHUMANN, *Das erziehende Gesetz*, 193 ff. (zit. Erziehungsambitionen)
- HUSTER STEFAN, Individuelle Menschenwürde oder öffentliche Ordnung? – Ein Diskussionsbeitrag anlässlich «Big Brother», *NJW* 2000, 3477 ff. (zit. Menschenwürde)
- HUSTER STEFAN, Rechte und Ziele – Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Diss., Berlin 1993 (zit. Rechte und Ziele)
- HUSTER STEFAN, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit – Normative Aspekte von Public Health, Baden-Baden 2015 (zit. Selbstbestimmung)
- ISENSEE JOSEF, Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, *DÖV* 1982, 609 ff. (zit. Grundpflichten)
- ISENSEE JOSEF, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, *AöR* 2006, 173 ff. (zit. Menschenwürde).
- ISENSEE JOSEF, Subsidiarität – Das Prinzip und seine Prämissen, in: BLICKLE/HÜGLIN/WYDUCKEL, 129 ff. (zit. Subsidiarität)
- ISENSEE JOSEF, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht – Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Diss., 2. Aufl., Berlin 2001 (zit. Subsidiaritätsprinzip)
- ISENSEE JOSEF, Wer definiert die Freiheitsrechte? – Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates, Heidelberg/Karlsruhe 1980 (zit. Freiheitsrechte)
- ISENSEE JOSEF/KIRCHHOF PAUL (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Aufl., Heidelberg 2006 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HStR Bd. IV, § [...])

- ISENSEE JOSEF/KIRCHHOF PAUL (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HStR Bd. VII, § [...])
- ISENSEE JOSEF/KIRCHHOF PAUL (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HStR Bd. IX, § [...])
- IVANOV DANIELA, La proportionnalité des actes normatifs, Jusletter vom 24. Oktober 2016
- JAAG TOBIAS, Das Mofaverbot auf dem Schulweg aus rechtlicher Sicht, ZBl 1987, 410 ff. (zit. Mofaverbot)
- JAAG TOBIAS/RÜSSELI MARKUS, Schutz vor Passivrauchen: verfassungsrechtliche Aspekte, AJP 2006, 21 ff. (zit. Passivrauchen)
- JAAG TOBIAS/RÜSSELI MARKUS, Sterbehilfe in staatlichen Spitälern, Kranken- und Altersheimen, ZBl 2001, 113 ff. (zit. Sterbehilfe)
- JARASS HANS/PIEROOTH BODO, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, 17. Aufl., München 2022 (zit. Jarass/Pieroth-BEARBEITER)
- JEANNERET YVAN et al. (Hrsg.), Commentaire Romand – Code de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Basel 2019 (zit. CR CPP- BEARBEITER/IN)
- JENNI CHRISTOPH, Forschungskontrolle durch Ethikkommissionen aus verwaltungsrechtlicher Sicht Geschichte, Aufgaben, Verfahren, Diss., Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Forschungskontrolle)
- JOLLS CHRISTINE/SUNSTEIN CASS R./THALER RICHARD, A Behavioral Approach to Law and Economics, Stanford Law Review 1998, 1471 ff.
- JOOST NINE, Begrenzte Rationalität und ärztliche Aufklärungspflichten, Soll das Recht dem Risiko defizitärer Patientenentscheidungen entgegenwirken?, in: FATEH-MOGHADAM/SELLMAIER/VOSSENKUHL, 126 ff.
- JOSET ALAIN, Bemerkungen zu Eidgenössisches Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, Urteil vom 22.3.2001 (U 1P.103/2001) i.S. P.c. Psychiatrische Universitätsklinik Basel (PUK) und Psychiatrie-Rekurskommission Basel-Stadt, BGE 127 I 6, staatsrechtliche Beschwerde, AJP 2001, 1214 ff. (zit. Bem. zu BGE 127 I 6)
- JOSET ALAIN, Zwangsmedikation im Rahmen der fürsorglichen Freiheitsentziehung, AJP 2000, 1424 (zit. Zwangsmedikation)
- JOSITSCH DANIEL/CLAVUOT-JAKSIC KATARINA, Die Verteidigungstätigkeit im Rahmen der notwendigen Verteidigung, Jusletter vom 22. Februar 2021
- JOST ANDREAS, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, Diss., Bern 1975
- JOX J. RALF, Der «natürliche Wille» als Entscheidungskriterium: rechtliche, handlungstheoretische und ethische Aspekte, in: Jan Schildmann/Uwe Fahr/Jochen Vollmann (Hrsg.), Entscheidungen am Lebensende in der modernen Medizin: Ethik, Recht, Ökonomie und Klinik, Berlin 2006, 69 ff.

- KAHL WOLFGANG, Die Konkretisierung verwaltungsrechtlicher Sittlichkeitsklauseln, Verwaltungs-Archiv 2008, 451 ff. (zit. Sittlichkeitsklauseln)
- KAHL WOLFGANG, Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik – Von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas, AöR 2006, 579 ff. (Grundrechtsdogmatik)
- KAHNEMAN DANIEL/KNETSCH JACK L./THALER RICHARD H., Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias, The Journal of Economic Perspectives 1991, 193 ff.
- KAHNEMAN DANIEL/THALER RICHARD H., Anomalies – Utility Maximization and Experienced Utility, Journal of Economic Perspectives 2006, 221 ff.
- KÄLIN WALTER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009 – Rechtsgleichheit und Willkürverbot, ZBJV 2009, 725 ff.
- KANT IMMANUEL, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Wilhelm Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant – Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I, Werkausgabe Bd. XI, Frankfurt a.M. 1977 (zit. Über den Gemeinspruch)
- KAPPELER DIETRICH, La protection contre soi-même, in: Mélanges offerts à la Société suisse des Juristes, Genf 1976, 155 ff.
- KARLEN PETER, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz, Diss., Zürich 1988 (zit. Religionsfreiheit)
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht – Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018 (zit. Verwaltungsrecht)
- KAUFMANN FRANZ-XAVER, «Verantwortung» im Sozialstaatsdiskurs, in: HEIDBRINK/HIRSCH, 39 ff. (zit. «Verantwortung»)
- KERN MARKUS, Kommunikationsgrundrechte als Gefahrenvorgaben, Diss., Zürich 2012
- KIENER REGINA, Organisierte Suizidhilfe zwischen Selbstbestimmungsrecht und staatlichen Schutzpflichten, ZSR 2010 I, 271 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018
- KIENER REGINA/RÜTSCHÉ BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021
- KIENZERLE RUTH ANTHEA, Paternalismus im Strafrecht der Sterbehilfe, Diss., Baden-Baden 2021
- KIESER UELI, Heilmittelgesetz (HMG), in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil E, 445 ff. (zit. HMG)
- KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017 (zit. Sozialversicherungsrecht)
- KILLIAS MARTIN/BIBERSTEIN LORENZ, Der Schweizer Prostitutionsmarkt – Wie viel Zwang, wie viel Freiwilligkeit? Ergebnisse einer nationalen Erhebung, Kriminalistik 2016, 781 ff.

- KIND CHRISTIAN, Verhinderung des Todes um jeden Preis? Ärztliches Ethos und Zwangsernährung, in: TAG/GROSS, 83 ff.
- KINGREEN THORSTEN/POSCHER RALF, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 12. Aufl., München 2022
- KIRCHGÄSSNER GEBHARD, Sanfter Paternalismus, meritorische Güter, und der normative Individualismus, Discussion Paper no. 2012-17, Juli 2012
- KIRSTE STEPHAN, Harter und weicher Rechtspaternalismus – Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, JZ 2011, 805 ff. (zit. Rechtspaternalismus)
- KIRSTE STEPHAN, Idealismus und Paternalismus – Staatliche Freiheitssicherung zwischen Mündigkeit und Vernunftstaat, in: ANDERHEIDEN et al., 29 ff. (zit. Paternalismus)
- KIRSTE STEPHAN, Recht – Selbst – Bestimmung, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 65 ff. (zit. Recht)
- KLEINIG JOHN, Paternalism, Manchester 1983
- KLEMENT JAN HENRIK, Die Kumulation von Grundrechtseingriffen im Umweltrecht, AöR 2009, 35 ff. (zit. Kumulation)
- KLEMENT JAN HENRIK, Verantwortung – Funktion und Legitimation eines Begriffs im öffentlichen Recht, Diss., Tübingen 2006 (zit. Verantwortung)
- KLETT KATHRIN, Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, ZSR 1992 II, 1 ff.
- KLEY ANDREAS, Der Grundrechtskatalog der nachgeführten Bundesverfassung – ausgewählte Neuerungen, ZBJV 1999, 301 ff. (zit. Grundrechtskatalog)
- KLEY ANDREAS, Der wissenschaftliche Streit um die Drittwirkung der Grundrechte 1987–1989, in: ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI, 227 ff. (zit. Drittwirkung)
- KLEY ANDREAS, Freiheitsrechtskataloge als Garantie oder Gefahr für die Freiheit?, in: Daniel Brühlmeier/Hervé de Weck (Hrsg.), Freiheit in Gefahr? Terrorismusbekämpfung im Spannungsfeld von Sicherheit und Menschenrechten, Biel 2009, 127 ff. (zit. Freiheitsrechtskataloge)
- KLEY ANDREAS, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht, Diss., St. Gallen 1989 (zit. Grundpflichten)
- KLEY ANDREAS, Meinungsfreiheit und Werbeverbote, in: NIGGLI/HURTADO POZO/QUELOZ, 639 ff. (zit. Werbeverbote)
- KLEY ANDREAS, Menschenwürde als Rechtsprinzip? – Überlegungen zur Rolle der Menschenwürde als Argument in rechtlichen und politischen Verfahren, in: Rainer Christoph Schwings (Hrsg.), Universität im öffentlichen Raum, 259 ff. (zit. Menschenwürde)
- KLEY ANDREAS, Postliberales Leben, Schweizer Monat, März 2011, 41 ff. (zit. Postliberales Leben)
- KLEY ANDREAS/ZAUGG HELENA, Das Grundrecht auf Selbstbestimmung bei Personen mit eingeschränkten geistigen Fähigkeiten, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Urteilsfähigkeit – Referate der Tagung vom 31. Oktober in Zürich, St. Gallen 2014, 165 ff.

- KLIMPEL PAUL K., Bevormundung oder Freiheitsschutz – Kritik und Rechtfertigung paternalistischer Vorschriften über das Leben, den Körper und die Sexualität im deutschen Recht, Diss., Frankfurt a.M. 2003
- KNAPP BLAISE, Intérêt, utilité et ordre publics, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts – Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975
- KNEIHS BENJAMIN, Grundrechte und Sterbehilfe, Diss., Wien 1998
- KOCH MARKUS, Eigenverantwortung als staatsrechtliches Problem – Der Ruf nach mehr Eigenverantwortung und seine Bedeutung für die Zukunft des entfalteten Sozialstaates, Diss., Luzern 2006
- KOERING-JOULIN RENÉE, Public Morals, in: Mireille Delmas-Marty (Hrsg.), The European Convention for the Protection of Human Rights – International Protection versus National Restrictions, Dordrecht etc. 1992, 83 ff.
- KÖHLER MICHAEL, Die Rechtspflicht gegen sich selbst, in: B. Sharon Byrd/Joachim Hruschka/Jan C. Joerden, Jahrbuch für Recht und Ethik 2006, Berlin 2006, 425 ff.
- KOLBE FREDERIKE, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung – Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns, Diss., Baden-Baden 2017
- KOLLER HEINRICH, Die Aufnahme staatsgestaltender Grundsätze in die neue Bundesverfassung, in: Solothurnischer Juristenverein (Hrsg.), Solothurner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1998, 15 ff. (zit. Grundsätze)
- KOLLER HEINRICH, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, 675 ff. (zit. Subsidiarität)
- KOLLER HEINRICH/WYSS MARTIN PHILIPP, «Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ...» – Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Art. 11 Abs. 1 BV, in: Thomas Geiser et al. (Hrsg.), Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung – Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, 435 ff.
- KOLLER JANNICK, Defizite in der öffentlich-rechtlichen Regulierung der Sexarbeit in der Schweiz, ex/ante 1/2017, 13 ff. (zit. Sexarbeit)
- KOLLER-TUMLER MARLIS, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in: Ernst A. Kramer (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Basel 2008, 1 ff.
- Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Muster), Zürich/St. Gallen 2012 (zit. KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht)
- KOSLOWSKI PETER, Subsidiarität als Prinzip der Koordination der Gesellschaft, in: NÖRR/OPPERMANN, 39 ff.
- KRÄHENMANN ADRIAN/SCHWEIZER ANDREAS/TSCHUMI TOBIAS, Hungerstreik im Strafvollzug, Jusletter vom 10. Januar 2011 (zit. Hungerstreik)

- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband: Unterteilband 1a: Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Bern 1991 (zit. BK OR-KRAMER)
- KRAMER ERNST A., Funktionen allgemeiner Rechtsgrundsätze – Versuch einer Strukturierung, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg.), Im Dienste der Gerechtigkeit – Festschrift für Franz Bydliniski, Wien 2002, 197 ff. (zit. Funktionen)
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019 (zit. Methodenlehre)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), OR Kommentar – Schweizerisches Obligationenrecht, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. OFK OR-BEARBEITER/IN)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (OFK ZGB [3. Aufl.]-BEARBEITER/IN)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA et al. (Hrsg.), ZGB Kommentar – Schweizerisches Zivilgesetzbuch Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-BEARBEITER/IN)
- KRONMAN ANTHONY T., Paternalism and the Law of Contracts, The Yale Law Journal Volume 1983, 763 ff.
- KUBE HANNO, Rationalität und Paternalismus im Recht der Staatsfinanzierung, in: ANDERHEIDEN et al., 145 ff.
- KÜHLER ANNE, das Grundrecht der Gewissensfreiheit, Diss., Bern 2012 (zit. Gewissensfreiheit)
- KÜHLER MICHAEL, Einleitung, in: KÜHLER/NOSSEK, 9 ff. (zit. Einleitung)
- KÜHLER MICHAEL/NOSSEK ALEXA (Hrsg.), Paternalismus und Konsequentialismus, Münster 2014
- KUHN HANSPETER, Kommentar zum Beitrag von Markus Müller/Christoph Jenni, Hungerstreik und Zwangsernährung, SÄZ 2011, 287
- KUHN MORITZ/POLEDNA TOMAS (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007
- KUKK ALEXANDER, Verfassungsgeschichtliche Aspekte zum Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), Diss., Stuttgart 2000
- KUNZ KARL-LUDWIG/MONA MARTINO, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie – Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern 2015
- LAGODNY OTTO, Paternalistische Züge im Strafrecht am Beispiel Deutschlands und Österreichs, in: ANDERHEIDEN et al., 225 ff.
- LAIBSON DAVID/ZETTELMEYER JEROMIN, Psychologische Grundlagen der Ökonomie III – Die Neue Ökonomie der Ungeduld, Selbstbindung als Mittel zur Durchsetzung langfristiger Ziele, NZZ vom 26. Mai 2001, 29
- LANGER LORENZ, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 2017 I, 87 ff.
- LECHELER HELMUT, Das Subsidiaritätsprinzip – Strukturprinzip einer europäischen Union, Berlin 1993

- LEISTNER MATTHIAS, Behavioural Economics und Lauterkeitsrecht, Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2009, 3 ff. (zit. Behavioural Economics)
- LEISTNER MATTHIAS, Das Prinzip der Selbstverantwortung – Verhaltensökonomische Grundlagen, in: RIESENHUBER, Das Prinzip der Selbstverantwortung, § 5, 101 ff. (zit. Selbstverantwortung)
- LENDI MARTIN et al. (Hrsg.), In Dubio Pro Libertate – Festgabe für Hans Giger zum 65. Geburtstag, Bern 1994
- LENZ HANNAH, Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht – Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher und paternalistische Intentionen, Diss., Baden-Baden 2017
- LIENHARD ANDREAS/HÄSLER PHILIPP, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Sicherheitsrechts, in: SCHWEIZER, Sicherheits- und Ordnungsrecht Teil 1, Teil C, 95 ff.
- LINDNER JOSEF FRANZ, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Habil., Tübingen 2005
- LINK HEINZ-CHRISTOPH, Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, in: VVDStRL 48, Berlin/New York 1990, 7 ff.
- LIPP VOLKER, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Habil., Tübingen 2000
- LISKEN HANS, Freispruch für «Gurtmuffel» – ein Polizeiproblem?, NJW 1985, 3053 ff.
- LITWIN FRANK, Grundrechtsschutz gegen sich selbst – Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, Diss., Frankfurt a.M. 1993
- LOEWENSTEIN GEORGE/HAISLEY EMILY, The Economist as Therapist: Methodological Ramifications of «Light» Paternalism, in: Andrew Caplin/Andrew Schotter (Hrsg.), The Foundations of Positive and Normative Economics: A Hand Book, New York 2008, Kap. 9, 210 ff.
- LOHMANN GEORG, Was umfasst die «neue» Menschenwürde in den internationalen Menschenrechtsdokumenten?, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 15 ff.
- LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen – Eine Bestandesaufnahme unter Berücksichtigung der amerikanischen und deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, der Geschichte der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit sowie der heutigen bundesgerichtlichen Praxis, Diss., Zürich/St. Gallen 2011
- LUCHTERHANDT OTTO, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland – Geschichtliche Entwicklung und Grundpflichten unter dem Grundgesetz, Habil., Berlin 1988
- LÜDDECKE DIRK, Welche Freiheit des Subjekts? Freiheit, Pluralismus und die Grenzen der Begründung, in: Christoph Enders/Johannes Masing (Hrsg.), Freiheit des Subjekts und Organisation von Herrschaft, Berlin 2006, 9 ff.
- LÜDEMANN JÖRN, Edukatorisches Staatshandeln – Steuerungstheorie und Verfassungsrecht am Beispiel der staatlichen Förderung von Abfallmoral, Diss., Baden-Baden 2004 (zit. Edukatorisches Staatshandeln)

- LÜTHI ALINE, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext – Behandlungsbegrenzungen und Leidenslinderung, Ein strafrechtlicher Regelungsvorschlag, Diss., Zürich 2014
- MACALUSO ALAIN et al. (Hrsg.), Commentaire Romand – Code pénal II, Art. 111–392 CP, Basel 2017 (zit. CR CP II-BEARBEITER/IN)
- MÄCHLER AUGUST, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege: ausgewählte Fragen zum vertraglichen Handeln der Verwaltung und zum Einsatz des Vertrages in der Verwaltungsrechtspflege, Habil., Zürich 2005
- MADER LUZIUS, Die Sozial- und Umweltverfassung, AJP 1999, 698 ff.
- MAGNIN JOSIANNE, Die Polizei: Aufgaben, rechtsstaatliche Grenzen und Haftung, Diss., Zürich 2017
- MAHLMANN MATHIAS, Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, AJP 2013, 1307 ff. (zit. Menschenwürde)
- MAHLMANN MATTHIAS, Elemente einer ethischen Grundrechtstheorie, Habil., Baden-Baden 2008 (zit. Elemente)
- MAHLMANN MATTHIAS, Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders, in: Michel Rosenfeld/András Sajó (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, Oxford 2012, 370 ff. (zit. Dignity)
- MAHLMANN MATTHIAS, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 7. Aufl., Baden-Baden 2023 (zit. Rechtsphilosophie)
- MAHON PASCAL, Droit constitutionnel Vol. II – Droits fondamentaux, 3. Aufl., Basel/Neuenburg 2015 (zit. Droit const. II)
- MALACRIDA RALPH, Der Grundrechtsverzicht, Diss., Zürich 1992
- MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL/HERTIG RANDALL MAYA/FLÜCKIGER ALEXANDRE, Droit constitutionnel suisse, Vol. I: L'Etat/Vol. II: Les droits fondamentaux, 4. Aufl., Bern 2021 (zit. Droit const. I bzw. II)
- MANAÏ DOMINIQUE, Droits du patient et biomédecine, Bern 2013
- MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zürich etc. 2003
- MARTIN CÉLINE, Grundrechtskollisionen, Diss., Basel 2007
- MARX REINHARD, Subsidiarität – Gestaltungsprinzip einer sich wandelnden Gesellschaft, in: RAUSCHER, 35 ff.
- MASTRONARDI PHILIPPE, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz – Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte, Diss., Berlin 1978 (zit. Menschenwürde)
- MASTRONARDI, PHILIPPE, Strukturprinzipien der Bundesverfassung? – Fragen zum Verhältnis von Recht und Macht anhand des Wirtschaftsstaatsprinzips, Basel 1988 (zit. Strukturprinzipien)
- MASTRONARDI PHILIPPE, Verfassungslehre – Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, Bern 2007 (zit. Verfassungslehre)

- MATHIS KLAUS, Human Dignity as a Two-edged Sword, in: Winfried Brugger/Stephan Kirste (Hrsg.), Human Dignity as a Foundation of Law, ARSP Beiheft 137, Stuttgart 2013, 131 ff.
- MATHIS KLAUS/CATHRY IVO, Paternalismus und Menschenwürde, in: Malte-Christian Gruber/Sascha Ziemann (Hrsg.), Die Unsicherheit der Väter – Zur Herausbildung paternaler Bindungen, Berlin 2009, 261 ff.
- MATHIS KLAUS/TOR AVISHALOM (Hrsg.), Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics, Cham 2016
- MATTHES-WEGFRASS INES, Der Konflikt zwischen Eigenverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht – Eine kritische Untersuchung der gegenwärtigen Rechtsprechungspraxis zum Problembereich der Selbsttötung und Selbstgefährdung, Diss., Berlin 2013
- MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK DSG/BGÖ-BEARBEITER/IN)
- MAUSBACH JULIAN, Suizid im Gefängnis, in: TAG/GROSS, 151 ff.
- MAYR ERASMUS, Grenzen des weichen Paternalismus II – Zwischen Harm-Principle und Unvertretbarkeit, in: FATEH-MOGHADAM/SELLMAIER/VOSSENKUHL, 48 ff.
- MAYWALD JÖRG, Zum Begriff des Kindeswohls – Impulse aus der UN-Kinderrechtskonvention, IzKK-Nachrichten 1/2009, 16 ff., abrufbar unter: www.dji.de/fileadmin/user_upload/bibs/IzKK-Nachrichten_09-1.pdf
- MCCRUDDEN CHRISTOPHER, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, The European Journal of International Law 2008, 655 ff.
- MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte – Articles 360–456 CC, 2. Aufl., Genf 2022
- MEISTER MORITZ, Das System des Freiheitsschutzes im Grundgesetz, Diss., Berlin 2011
- MERTEN DETLEF, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55, Berlin/New York 1996, 7 ff. (zit. Bürgerverantwortung)
- MERTEN DETLEF, Der Grundrechtsverzicht, in: Hans Detlef Horn et al. (Hrsg.), Recht im Pluralismus – Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, 53 ff. (zit. Grundrechtsverzicht)
- MERTEN DETLEF, Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, BayVBl. 1978, 554 ff. (zit. Grundpflichten)
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg 2006 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HGR Bd. II/I, § [...])
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HGR Bd. III/II, § [...])
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band IV, Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte I, Heidelberg 2011 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HGR Bd. IV/I, § [...])

- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band V – Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, Heidelberg 2013 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HGR Bd. V/II, § [...])
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2, Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg etc. 2007 (zit. AUTOR/IN, Titel, in: HGR Bd. VII/2, § [...])
- MEYER-BLASER ULRICH, Einwirkungen der neuen Bundesverfassung auf das schweizerische Sozialrecht, in: GAUCH/THÜRER, 105 ff.
- MICHEL MARGOT, Der Fall Ashley oder von Grenzen und Masstäben elterlicher Entscheidungskompetenz, in: Bianka S. Dörr/Margot Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht. Herausforderungen – Entwicklungen – Perspektiven, Zürich 2007, 141 ff. (zit. Entscheidungskompetenz)
- MICHEL MARGOT, Rechte von Kindern in medizinischen Heilbehandlungen, Diss., Basel 2009 (zit. Rechte von Kindern)
- MICHEL MARGOT, Von der administrativen Versorgung zur fürsorglichen Unterbringung, Alles in Ordnung im neuen Recht?, FamPra.ch 2015, 797 ff. (zit. Versorgung)
- MICHEL MARGOT, Zwischen Autonomie und fürsorglicher Fremdbestimmung: Partizipationsrechte von Kindern und Jugendlichen im Bereich medizinischer Heilbehandlungen, FamPra.ch 2008, 243 ff. (zit. Autonomie)
- MILL JOHN STUART, On Liberty, Boston 1863
- MINELLI LUDWIG A., Das Recht auf den eigenen Tod, SJZ 1999, 575 ff. (zit. Recht auf den eigenen Tod)
- MINELLI LUDWIG A., Das Schopenhauer-Syndrom hat voll zugeschlagen, Jusletter vom 24. Februar 2014 (zit. Schopenhauer-Syndrom).
- MINELLI LUDWIG A., Unbegründete Kritik am Urteil Gross, SZIER 2014, 339 ff. (zit. Kritik)
- MISIC ALEXANDER, Der Grundrechtskatalog, in: FLEINER et al., BV-CF 2000, 71 ff. (Grundrechtskatalog)
- MISIC ALEXANDER, Verfassungsbeschwerde – Das Bundesgericht und der subsidiäre Schutz verfassungsmässiger Rechte (Art. 113–119 BGG), Diss., Zürich 2011 (zit. Verfassungsbeschwerde)
- MÖCKLI SILVANO, Der schweizerische Sozialstaat, Bern 1988 (zit. Sozialstaat)
- MOECKLI DANIEL, Bettelverbote: Einige rechtsvergleichende Überlegungen zur Grundrechtskonformität, ZBl 2010, 537 ff. (zit. Bettelverbote)
- MOHLER MARKUS H.F., Grundzüge des Polizeirechts in der Schweiz, Basel 2012
- MOLINARI EVA MARIA, Die Menschenwürde in der schweizerischen Bundesverfassung – Eine rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Untersuchung der subjektiv-rechtlichen Grundrechtsfunktion, Diss., Zürich etc. 2018
- MÖLLER KAI, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, Diss., Berlin 2005 (zit. Paternalismus)

- MÖLLER KAI, Selbstmordverhinderung im freiheitlichen Staat, KritV 2005, 230 ff. (zit. Selbstmordverhinderung)
- MONA MARTINO, Die Einwilligung im Strafrecht, Habil., Bern 2017 (zit. Einwilligung)
- MONA MARTINO, Einwilligung und Unfreiheit – Patientenautonomie im Strafvollzug zwischen Selbstbestimmung und Zwangsbehandlung, in: Franz Riklin/Bettina Mez (Hrsg.), Gefängnismedizin und Strafjustiz/Médecine pénitentiaire et justice pénale, Bern 2012, 25 ff. (zit. Unfreiheit)
- MOOR PIERRE, Intérêts publics et intérêts privés, in: Charles-Albert Morand, La pesée globale des intérêts – Droit de l’environnement et de l’aménagement du territoire, Basel 2006, 17 ff. (zit. Intérêts public)
- MOOR PIERRE, Réflexions autour du concept de constitution, ZSR 2008 I, 207 ff. (zit. Réflexions)
- MOOR PIERRE/FLÜCKIGER ALEXANDRE/MARTENET VINCENT, Droit administratif, Volume 1 – Les fondements généraux, 3. Aufl., Bern 2012
- MOREILLON LAURENT et al. (Hrsg.), Commentaire Romand – Code pénal I, Art. 1–110 CP, 2. Aufl., Basel 2021 (zit. CR CPI-BEARBEITER/IN)
- MORLOK MARTIN, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Habil., Tübingen 1993
- MÖSCHING FABIAN, Massnahmen zur Beschränkung von Zweitwohnungen, Diss., Bern 2014
- MUDERS SEBASTIAN, Autonomie als Würde? – Zur Bedeutung personaler Autonomie im Begriff der Menschenwürde, in: ANDORNO/THIER, 3 ff.
- MÜLLER GEORG, Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, ZBl 1972, 337 ff. (zit. Interessenabwägung).
- MÜLLER GEORG, Privateigentum heute – Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, ZSR 1981 II 1 ff. (zit. Privateigentum)
- MÜLLER GEORG, Quotenregelungen – Rechtssetzung im Spannungsfeld von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, ZBl 1990, 306 ff. (zit. Quotenregelung)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Demokratische Gerechtigkeit – Eine Studie zur Legitimität politischer und rechtlicher Ordnung, München 1993 (zit. Demokratische Gerechtigkeit)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Der politische Mensch – Menschliche Politik, Basel etc. 1999 (zit. Der politische Mensch)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss., Bern 1964 (zit. Grundrechte der Verfassung)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982 (zit. Grundrechtstheorie)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Ist die Gewissensfreiheit noch aktuell?, in: Andreas Auer et al. (Hrsg.), Aux confins du droit – Essais en l’honneur du Professeur Charles-Albert Morand, Basel etc. 2001, 293 ff. (zit. Gewissensfreiheit)

- MÜLLER JÖRG PAUL, Verfassung und Gesetz: Zur Aktualität von Art. 1 Abs. 2 ZGB, recht 2000, 119 ff. (zit. Verfassung und Gesetz)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV – Der Freiheit Chancen geben, Bern 2018 (zit. Verwirklichung)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Wann existiert ein demokratischer Staat?, ZSR 1998 I, 135 ff. (zit. Staat)
- MÜLLER JÖRG PAUL, Zur sog. subjektiv- und objektiv-rechtlichen Bedeutung der Grundrechte, Der Staat 29 (1990), 33 ff. (zit. Bedeutung)
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008
- MÜLLER LUCIEN, «Eigenverantwortung» am Beispiel der privaten Internetnutzung – Verfassungsrechtliche Aspekte, in: Lukas Gschwend et al. (Hrsg.), Recht im digitalen Zeitalter – Festgabe Schweizerischer Juristentag 2015, Zürich/St. Gallen 2015, 541 ff. (zit. Eigenverantwortung)
- MÜLLER MARKUS, darf der Staat Gefangene verhungern lassen?, plädoyer 5/13, 20 (zit. Gefangene)
- MÜLLER MARKUS, Das besondere Rechtsverhältnis – Ein altes Rechtsinstitut neu gedacht, Bern 2003 (zit. Rechtsverhältnis)
- MÜLLER MARKUS, Hungerstreik und Strafvollzug, NZZ vom 29. Juli 2010, 19 (zit. Hungerstreik)
- MÜLLER MARKUS, Hungertod in der Zelle, ZBl 2013, 293 f. (zit. Hungertod)
- MÜLLER MARKUS, Individuelle Selbstbestimmung und staatliche Fürsorge, ZSR 2012 I, 63 ff. (zit. Selbstbestimmung)
- MÜLLER MARKUS, Polizeiliche Generalklausel: klärende Worte des Bundesgerichts, ZBJV 2012, 220 ff. (zit. Klärende Worte)
- MÜLLER MARKUS, Überforderung im öffentlichen Recht, ZBJV 2010, 353 ff. (zit. Überforderung)
- MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit – Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013 (zit. Verhältnismässigkeit)
- MÜLLER MARKUS, Zwangsmassnahmen als Instrument der Krankheitsbekämpfung – Das Epidemien-gesetz und die persönliche Freiheit, Diss., Basel 1992 (zit. Zwangsmassnahmen)
- MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel – Ein Institut mit Reformbedarf, Sicherheit & Recht 2008, 4 ff. (zit. Generalklausel)
- MÜLLER MARKUS/JENNI CHRISTOPH, Hungerstreik und Zwangsernährung, SÄZ 2011, 284 ff. (zit. Hungerstreik)
- MÜLLER MARKUS/MÜLLER-GRAF THOMAS, Staatliche Empfehlungen – Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, ZSR 1995 I, 357 ff.
- MÜLLER ROLAND A./MADUZ CHRISTIAN, Kommentar ArG – Arbeitsgesetz, 8. Aufl., Zürich 2017 (zit. OFK ArG-MÜLLER/MADUZ)

- MURER ERWIN, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht – Eigenheit und Herkunft, Bern 2010 (zit. Sozialversicherungsrecht)
- MURER ERWIN, Stämpfli Handkommentar zum Invalidenversicherungsgesetz (Art. 1–27^{bis} IVG), Bern 2014 (zit. SHK IVG-MURER)
- MURER ERWIN, Vom Schutz des Starken im Schwachen, oder das Bild des Schwachen im Sozialversicherungsrecht, in: *L'image de l'homme en droit – Das Menschenbild im Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, 359 ff. (zit. Schutz)
- MURMANN UWE, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Habil., Heidelberg 2005
- MURPHY JEFFRIE G., Incompetence and Paternalism, ARSP 1974, 465 ff.
- Nationale Ethikkommission im Bereich Humanmedizin (NEK-CNE), Patientenverfügung, Ethische Erwägungen zum neuen Erwachsenenschutzrecht unter besonderer Berücksichtigung der Demenz, Stellungnahme Nr. 17/2011, Bern, Mai 2011, abrufbar unter: www.nek-cne.admin.ch/inhalte/Themen/Stellungnahmen/NEK-CNE_Patientenverfuegung.pdf (zit. NEK-CNE, Patientenverfügung)
- NETTESHEIM MARTIN, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und blosser Abwägungstopos, AöR 2005, 71 ff.
- NEUBAUER BERND (Hrsg.), Eigenverantwortung: Positionen und Perspektiven, Waake 1998
- NEUMANN ROBERT, Libertärer Paternalismus – Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur, Diss., Tübingen 2013 (zit. Libertärer Paternalismus)
- NEUMANN ULFRID, Die Menschenwürde als Menschenbürde – oder wie man ein Recht gegen den Berechtigten wendet, in: Matthias Kettner (Hrsg.), *Biomedizin und Menschenwürde*, Frankfurt a.M. 2004, 42 ff. (zit. Menschenbürde)
- NEUMANN ULFRID, Die Tyrannei der Würde, ARSP 1998, 153 ff. (zit. Würde)
- NIDA-RÜMELIN JULIAN, Über den Respekt vor der Eigenverantwortung des anderen (Interview), in: NEUBAUER, 31 ff. (zit. Eigenverantwortung)
- NIDA-RÜMELIN JULIAN, Verantwortung, Stuttgart 2011 (zit. Verantwortung)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK StPO-BEARBEITER/IN)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HURTADO POZO JOSÉ/QUELOZ NICOLAS (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich 2007
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Was schützt eigentlich Strafrecht (und schützt es überhaupt etwas)?, AJP 2011, 443 ff.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/PROBST THOMAS/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Basler Kommentar zum Strassenverkehrsgesetz (SVG), Basel 2014 (zit. BSK SVG-BEARBEITER/IN)

- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/IN)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK StGB I [3. Aufl.]-BEARBEITER/IN)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–136 StGB, und Strafrecht II, Art. 137–392 StGB, Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StGB I bzw. II-BEARBEITER/IN)
- NOLL THOMAS, Hungerstreik in U-Haft und Vollzug, *forum* poenale 2013, 369 ff.
- NORER ROLAND, Beratung statt Normierung?, in: Jürg-Beat Ackermann/Felix Bommer (Hrsg.), *Liber Amicorum für Dr. Martin Vonplon*, Zürich 2009, 261 ff.
- NÖRR KNUT WOLFGANG, Subsidiarität, privatrechtstheoretisch betrachtet, in: NÖRR/OPPERMANN, 239 ff.
- NÖRR KNUT WOLFGANG/OPPERMANN THOMAS, Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Tübingen 1997
- NOVENTA CORINA, Genomisierte Prävention in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, *hill* 2014 Nr. 196
- NOWLIN CHRISTOPHER, The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Human Rights Quarterly* 2002, 264 ff.
- NUSSBAUM MARTHA C., *Women and Human Development – The Capabilities Approach*, Cambridge 2000 (zit. *Women and Human Development*)
- NÜTZI PATRICK, *Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information, Strukturen – Zulässigkeit – Haftung*, Diss., Bern 1995
- OESCH MATTHIAS, *Differenzierung und Typisierung – Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung*, Habil., Bern 2008
- OHLY ANSGAR, «Volenti non fit iniuria» – Die Einwilligung im Privatrecht, Habil., Tübingen 2002
- OPPERMANN THOMAS, Subsidiarität im Sinne des Deutschen Grundgesetzes – Einige grundsätzliche Bemerkungen, in: NÖRR/OPPERMANN, 217 ff.
- OSWALD KATJA, Weicher Paternalismus und das Verbot der Teilnahme untergebrachter Personen an klinischen Arzneimittelprüfungen, in: FATEH-MOGHADAM/SELLMAIER/VOSSENKUHL, 94 ff.
- PABEL KATHARINA/SCHMAHL STEFANIE, *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Köln 1986- (zit. *IntKommEMRK-BEARBEITER/IN*)
- PAPAGEORGIU KONSTANTINOS A., *Schaden und Strafe – Auf dem Weg zu einer Theorie der strafrechtlichen Moralität*, Diss., Baden-Baden 1994

- PÄRLI KURT, Das Kreuz mit der Selbstverantwortung, SZS Sonderheft 2018, 707 ff. (zit. Selbstverantwortung)
- PÄRLI KURT, Die Auswirkungen des Grundrechts auf neuere Sozialhilfemodelle, in: TSCHUDI, Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, 95 ff. (zit. Auswirkungen)
- PÄRLI KURT, Zwangsmassnahmen in der Pflege, AJP 2011, 360 ff. (zit. Zwangsmassnahmen)
- PAYLLIER PASCAL, Hungerstreik und Zwangsernährung im Strafvollzug, in: Aargauischer Juristenverein (Hrsg.), Festschrift 75 Jahre Aargauischer Juristenverein 1936–2011, 301 ff. (zit. Hungerstreik)
- PAYLLIER PASCAL, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung – unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung, Diss., Zürich 1999 (zit. Aufklärung)
- PERRONE ROBERTO, Public Morals and the European Convention on Human Rights, Israel Law Review 2014, 361 ff.
- PERŠAK NINA, In den Nebengebieten des Strafrechts: Paternalistische Interventionen im Recht der Ordnungswidrigkeiten, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 173 ff.
- PETERMANN FRANK TH. (Hrsg.), Sterbehilfe – Grundsätzliche und praktische Fragen, St. Gallen 2006 (zit. Sterbehilfe)
- PETERMANN FRANK TH. (Hrsg.), Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung, St. Gallen 2010 (zit. Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung)
- PETERMANN FRANK TH. (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, St. Gallen 2014 (zit. Urteilsfähigkeit)
- PETERMANN FRANK TH., Demenz-Erkrankungen und Selbstbestimmung – ein Widerspruch in sich?, hill 2007 II Nr. 1 (zit. Demenz)
- PETERMANN FRANK TH., Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention, AJP 2004, 1111 ff. (zit. Entwurf)
- PETERMANN FRANK TH., Die Bedeutung des Instituts der Urteilsfähigkeit in einem liberalen Staat, in: PETERMANN, Urteilsfähigkeit, 263 ff. (zit. Urteilsfähigkeit)
- PETERMANN FRANK TH., Rechtliche Überlegungen zur Problematik der Rezeptierung und Verfügbarkeit von Natrium-Pentobarbital, AJP 2006, 439 ff. (zit. Rezeptierung)
- PETERMANN FRANK TH., Sterbehilfe: eine terminologische Einführung, in: PETERMANN, Sterbehilfe, 21 ff. (zit. Einführung)
- PETERMANN FRANK TH., Verschreibung von Pentobarbital: Die richtigen Fragen aufwerfen!, AJP 2022, 1124 ff. (zit. Verschreibung)
- PETERS ANNE, Die Ausfüllung von Spielräumen der Verwaltung durch Wirtschaftlichkeitsabwägungen, DÖV 2001, 749 ff.
- PFANDER URS, Garantie Innerer Sicherheit, Diss., Chur/Zürich 1991
- PIEPER ANNEMARIE, Einführung in die Ethik, 7. Aufl., Tübingen 2017
- PIEROTH BODO/SCHLINK BERNHARD/KNIESEL MICHAEL, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., München 2016

- PIETZCKER JOST, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat 1978, 527 ff.
- PLOTKE HERBERT, Schweizerisches Schulrecht, 2. Aufl., Bern 2003
- PLÜSS KASPAR, Öffentliche Interessen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Flughäfen – Mit besonderer Berücksichtigung von luftverkehrsbedingten Eingriffen in das Eigentum im Bereich des Flughafens Zürich, Diss., Zürich 2007
- POHMER DIETER, Umverteilung und Subsidiarität, in: NÖRR/OPPERMANN, 131 ff.
- POLEDNA THOMAS, Allgemeiner Überblick: Gesundheit – Begriff, internationale und nationale Relevanz, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil A, 1 ff.
- POLEDNA TOMAS/BERGER BRIGITTE, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002
- POLEDNA THOMAS/RUMETSCH VIRGILIA (Hrsg.), Gesundheitsrecht, SBVR Bd.VIII/1, 2. Aufl., Basel 2023 (zit. Gesundheitsrecht)
- POPE THADDEUS MASON, Counting the Dragon's Teeth and Claws: The Definition of Hard Paternalism, Georgia State University Law Review 2003, 659 ff.
- PORTMANN WOLFGANG/RIBBE RÉMY, Vom öffentlichen Restaurationsbetrieb zum privaten Raucherklub, AJP 2012, 649 ff.
- PREPELUH URSKA, Die Entwicklung der Margin of Appreciation-Doktrin im Hinblick auf die Pressefreiheit, ZaöRV 2001, 771 ff.
- PULTRONE LAURA, Rezeptierung von NaP für die Suizidbeihilfe – Unter besonderer Betrachtung der Möglichkeit einer Rezeptierung an gesunde Personen, in: Anna Coninx/Gian Ege/Julian Mausbach (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung – Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich/St. Gallen 2017, 177 ff.
- PUPPINCK GRÉGOR/DE LA HOUGUE CLAIRE, Le droit au suicide assisté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Jusletter vom 27. Januar 2014
- QIZILBASH MOZAFFAR, Informed desire and the ambitions of libertarian paternalism, Social Choice and Welfare 2012, 647 ff.
- RACHLINSKI JEFFREY J., The «New» Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters, Cornell Law Review 2000, 739 ff. (zit. Psychology)
- RACHLINSKI JEFFREY J., The Uncertain Psychological Case for Paternalism, Northwestern University Law Review 2003, 1165 ff. (zit. Paternalism)
- RASELLI NICCOLÒ, Die Attacke auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, AJP 2015, 1351 ff.
- RAUSCHER ANTON (Hrsg.), Subsidiarität – Strukturprinzip in Staat und Gesellschaft, Köln 2000
- RAWLS JOHN, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a.M. 1975
- RAZ JOSEPH, The Morality of Freedom, Oxford 1986 (zit. Freedom)
- REBONATO RICCARDO, A Critical Assessment of Libertarian Paternalism, Journal of Consumer Policy 2014, 357 ff.

- RECK HANS ULRICH, Utopie Eigenverantwortung (Interview), in: NEUBAUER, 57 ff.
- REDEKER MARTIN, Peep-Show und Menschenwürde, BayVBl. 1985, 73 ff.
- REETZ PETER, Die Urteilsunfähigkeit. Eine Lotterie?, in: Peter Gauch/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), *Figures juridiques/Rechtsfiguren – Mélanges dissociés pour Pierre Tercier/K(1)* eine Festschrift für Pierre Tercier, Zürich etc. 2003, 199 ff.
- REGAN DONALD H., Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment, in: SARTORIUS, *Paternalism*, 113 ff.
- REICH JOHANNES, «Homeschooling» zwischen elterlichem Erziehungsrecht, staatlicher Schulpflicht und Kindeswohl, ZBl 2012, 567 ff. (zit. Homeschooling)
- REICH JOHANNES, «Schutz der Kinder und Jugendlichen» als rechtsnormatives und expressives Verfassungsrecht – Rechtsnatur und Normgehalt von Art. 11 Abs. 1 der Bundesverfassung, ZSR 2012 I, 363 ff. (zit. Schutz)
- REICH JOHANNES, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? – Potenziale und Grenzen des Nudging, in: Giovanni Biaggini/Oliver Diggelmann/Christine Kaufmann (Hrsg.), *Polis und Kosmopolis*, Festschrift für Daniel Thüerer, Zürich/St. Gallen 2015 (zit. Nudging)
- REICHLÉ SEBASTIAN/SCHISTER ROMAN, Sittenwidrigkeit des Sexdienstleistungsvertrags?, *ex/ante* 2/2017, 31 ff.
- REICHMUTH ALFRED, Das schweizerische Alkoholmonopol – Seine rechtliche Ausgestaltung und Durchführung im Lichte der neueren Entwicklung (unter Weglassung des Fiskalregimes, der kommerziellen Tätigkeit der Alkoholverwaltung und des Strafrechts), Diss., Zürich 1971
- REIMER FRANZ, Verfassungsprinzipien – Ein Normtyp im Grundgesetz, Diss., Berlin 2001 (zit. Verfassungsprinzipien)
- REIMER PHILIPP, Verhältnismässigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismässigkeit – Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen 2015, 60 ff. (zit. Verhältnismässigkeit)
- REINHARD HANS, Allgemeines Polizeirecht, Diss., Bern 1993
- REINHARDT KLAUS, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Diss., Zürich 1968
- REIST TANJA, Staatliche Aufgaben und deren Wahrnehmung, unter besonderer Berücksichtigung des Postwesens und dessen Wahrnehmung durch die bundeseigene Postunternehmung, Diss., Norderstedt 2004
- REUSSER KATHRIN, Patientenwille und Sterbebeistand – Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Diss., Zürich 1994
- REYMOND CHRISTOPHE et al., Quand les Vaudois se révisent totalement – Un premier commentaire du projet de Constitution, Lausanne 2001
- RHINOW RENÉ A., Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 1969, 225 ff. (zit. Grundrechtskatalog)

- RHINOW RENÉ A., Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, in: Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, 427 ff. (zit. Grundrechtstheorie)
- RHINOW RENÉ, Grundprobleme der schweizerischen Demokratie, ZSR 1984 II, 111 ff. (zit. Demokratie)
- RHINOW RENÉ., Die Bundesverfassung 2000 – Eine Einführung, Basel 2000 (zit. BV 2000)
- RHINOW RENÉ A./KRÄHENMANN BEAT, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung – Ergänzungsband zur 5. (und unveränderten 6.) Auflage der Schweizerischen Verwaltungsrechtsprechung von Max Imboden und René A. Rhinow, Basel/Frankfurt a.M. 1990
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RICHLI PAUL, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007 (zit. Wirtschaftsverfassungsrecht)
- RICHLI PAUL, Welche Aufgaben soll der Staat erfüllen – Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im Anschluss an die Politische Philosophie, Bern 2009 (zit. Aufgaben)
- RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007 I, 27 ff. (zit. Gehalt)
- RICHLI PAUL, Zweck und Aufgaben der Eidgenossenschaft im Lichte des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 1998 II, 139 ff. (zit. Zweck und Aufgaben)
- RIEDO CHRISTOF/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Unantastbar? Bemerkungen zum so genannten Kerngehalt von Grundrechten oder Much Ado About Nothing, AJP 2011, 762 ff. (zit. Kerngehalt)
- RIEDO CHRISTOF/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Unverzichtbar? Bemerkungen zur sog. «notwendigen Verteidigung», in: ZUFFEREY/DUBEY/PREVITALI, 455 ff. (zit. Verteidigung)
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Das Verhältnis zwischen Grundrecht auf Hilfe in Notlagen und Eigenverantwortung, in: Tschudi, Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, 139 ff. (zit. Eigenverantwortung)
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Die Pflicht zur Selbstverantwortung, Habil., Freiburg 1999 (zit. Selbstverantwortung)
- RIEMER-KAFKA GABRIELA, Moral Hazard und Selbstverantwortung, SZS 2006, 190 ff. (zit. Moral Hazard)
- RIESENHUBER KARL (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, Tübingen 2011 (zit. Das Prinzip der Selbstverantwortung)
- RIESENHUBER KARL, Das Prinzip der Selbstverantwortung – Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, in: DERS., Das Prinzip der Selbstverantwortung, § 1, 1 ff. (zit. Selbstverantwortung)
- RIGOPOULOU MARIA, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, Diss., Berlin 2013

- RIKLIN FRANZ, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. OFK StPO-RIKLIN)
- RIKLIN FRANZ, Zur Reform des Sexualstrafrechts in der Schweiz, recht 1983, 53 ff. (zit. Sexualstrafrecht)
- RILL BERND (Hrsg.), Grundrechte – Grundpflichten: eine untrennbare Verbindung, München 2001, abrufbar unter: www.hss.de/fileadmin/migration/downloads/argumente_materiale_n_27.pdf
- RINKE WINFRIED, Therapeutische Zwangsmassnahmen beim Massregelvollzug im psychiatrischen Krankenhaus – Verfassungsrechtliche Aspekte einer gesetzlichen Regelung der ärztlichen Behandlung im Massregelvollzug gemäss § 63 StGB, NStZ 1988, 10 ff.
- ROBBERS GERHARD, Sicherheit als Menschenrecht, Habil., Baden-Baden 1987
- RODE KARLHEINZ, Rechtsbindung und Staatszielbestimmung – Zugleich ein Beitrag zum Wesen des Rechtssatzes, Hamburg 2010
- ROGGO ANTOINE, Aufklärung des Patienten – Eine ärztliche Informationspflicht, Diss., Bern 2002
- RÖNNAU THOMAS, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Habil., Tübingen 2001
- ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht – Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. ESR Komm-BEARBEITER/IN)
- ROSCH DANIEL/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/HECK CHRISTOPH (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz – Recht und Methodik für Fachleute, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. AUTOR/IN, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz)
- ROTH WOLFGANG, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung, elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, Berlin 2003 (zit. Grundrechte Minderjähriger)
- ROTH WOLFGANG, Faktische Eingriffe in Freiheit und Eigentum – Struktur und Dogmatik des Grundrechtstatbestandes und der Eingriffsrechtfertigung, Diss., Berlin 1994 (zit. Faktische Eingriffe)
- ROUILLER CLAUDE/ROUSSIANOS LEILA, Le droit à la vie et le droit de mourir dignement, ZBJV 2006, 938 ff.
- ROX BARBARA, Schutz religiöser Gefühle im freiheitlichen Verfassungsstaat?, Diss., Tübingen 2012
- RUCH ALEXANDER, Informalisierung und Deregulierung im schweizerischen Verfassungsrecht, ZBl 2002, 505 ff.
- RUDIN BEAT/BAERISWYL BRUNO (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG), Zürich 2014 (zit. Praxiskomm. IDG BS-BEARBEITER/IN)
- RÜEFLI ANNA, Impfzwang in den Kantonen, Sicherheit & Recht 2012, 114 ff.

- RUMMEL CARSTEN, Die Erziehungspflicht der Eltern, in: RILL, 39 ff.
- RUSCH ARNOLD F., Recht einfach – Heuristik und Recht, LeGes 2012/3, 337 ff.
- RÜTHERS BERND/FISCHER CHRISTIAN/BIRK AXEL, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl., München 2020
- RÜTSCHKE BERNHARD (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Humanforschungsgesetz (HFG), Bern 2015 (zit. SHK HFG-BEARBEITER/IN)
- RÜTSCHKE BERNHARD, Die Menschenwürde in der Rechtswirklichkeit: Schutz subjektiver und objektiver Werte, in: Martina Caroni et al. (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, 3 ff. (zit. Menschenwürde)
- RÜTSCHKE BERNHARD, Die Neuordnung des schweizerischen Humanforschungsrechts: Normgenese als kritische Rezeption internationaler Vorgaben, ZSR 2010 I, 391 ff. (zit. Neuordnung)
- RÜTSCHKE BERNHARD, Die Rechtsgleichheit in Bewegung: Dogmatische Fortbildung von Art. 8 Abs. 1 BV, AJP 2013, 1321 ff. (zit. Rechtsgleichheit)
- RÜTSCHKE BERNHARD, Eugenik und Verfassung – Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, ZBl 2010, 297 ff. (zit. Eugenik)
- RÜTSCHKE BERNHARD, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität – Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil., Zürich 2009 (zit. Rechte von Ungeborenen)
- RÜTSCHKE BERNHARD, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, 153 ff. (zit. Öffentliche Aufgaben)
- RYSER BÜSCHI NADINE, Familiäre Gewalt an Kindern: eine Untersuchung der Umsetzung der staatlichen Schutzpflichten im Strafrecht, Diss., Zürich 2012
- SACHS MICHAEL, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, DVBl 1995, 873 ff.
- SADURSKI WOJCIECH, Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle, Oxford Journal of Legal Studies 1990, 122 ff.
- SÄGESSER THOMAS, Stämpflis Handkommentar zum Vernehmlassungsgesetz, Bern 2006 (zit. SHK VIG-SÄGESSER)
- SALADIN PETER V., Das Recht auf Werbung und seine öffentlich-rechtlichen Schranken, Diss., Bern 1969 (zit. Werbung)
- SALADIN PETER, Grundrechte im Wandel – Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970 (zit. Grundrechte)
- SALADIN PETER, Menschenrechte und Menschenpflichten, in: Ernst-Wolfgang Böckenförde/Robert Spaemann (Hrsg.), Menschenrechte und Menschenwürde, Stuttgart 1987, 267 ff. (zit. Menschenpflichten)

- SALADIN PETER, Persönliches Freiheit als soziales Grundrecht?, in: *Mélanges Alexandre Berenstein – Le droit social à l’aube du XXI^e siècle*, Lausanne 1989, 89 ff. (zit. Persönliche Freiheit)
- SALADIN PETER, Verantwortung als Staatsprinzip – Ein neuer Schlüssel zur Lehre vom modernen Rechtsstaat, Bern/Stuttgart 1984 (zit. Verantwortung)
- SALADIN PETER/ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, Rechte künftiger Generationen, Basel 1988
- SALATHÉ MICHELLE, Ethikkommissionen – Ausdruck staatlichen Paternalismus?, Eine praktische Annäherung an das Thema, in: ANDERHEIDEN et al., 277 ff.
- SANDER GERALD G., Internationaler und europäischer Gesundheitsschutz, Diss., Baden-Baden 2004
- SANDFUCHS BARBARA, Privatheit wider Willen? – Verhinderung informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht, Diss., Tübingen 2015
- SARTORIUS ROLF (Hrsg.), Paternalism, Minnesota 1983 (zit. Paternalism)
- SARTORIUS ROLF, Introduction, in: SARTORIUS, Paternalism, ix ff. (zit. Introduction)
- SAUTTER ANDREA, Freiwilligkeit von Patientenentscheidungen, in: ACH, 153 ff.
- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012
- SCHABER PETER, Die Bedeutung von Instrumentalisierung und Demütigung als Würdeverletzung, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 159 ff. (zit. Instrumentalisierung)
- SCHABER PETER, Instrumentalisierung und Würde, Paderborn 2010 (zit. Würde)
- SCHÄDLER SIMON M., Der Schutz des religiösen Friedens als Staatsaufgabe – Eine juristische Untersuchung des öffentlichen Interesses am Frieden zwischen den Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften, Diss., Zürich 2014
- SCHAERZ PATRICK, Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Urteil VD.2017.21 vom 6. Juli 2017, Dr. med. A. gegen Kantonsärztlicher Dienst, Tätigkeit im Rahmen der 90-Tage-Regelung (Art. 35 Abs. 2 MedBG), AJP 2019, 115 ff.
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2020
- SCHÄRMELI LILIANE, Entwicklung und Tragweite des Polizeibegriffs im Verwaltungsrecht, in: ABO YOUSSEF/TÖNDURY, 37 ff.
- SCHAUB LUKAS, Die Stimpfpflicht als «Nudge»: Der Versuch einer regulatorischen (Neu-) Einordnung, ZBl 2017, 583 ff.
- SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Bern 2006 (zit. Beeinträchtigung)
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten – Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil., Bern 2001 (zit. Kerngehalte)

- SCHEFER MARKUS, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, 1131 ff. (zit. Schutzpflichten)
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Zum Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch private Dienstleistungsanbieter, Jusletter vom 25. Februar 2013
- SCHIEDEGGER NORA, Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf, Diss., Baden-Baden/Bern 2018
- SCHENKE WOLF-RÜDIGER, Polizei- und Ordnungsrecht, 11. Aufl., Heidelberg 2021
- SCHILLING THEODOR, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, Habil., Berlin 1994
- SCHINDLER BENJAMIN, Ethikförderung in der Verwaltung – Modetrend oder Notwendigkeit?, ZBl 2003, 61 ff. (zit. Ethikförderung)
- SCHINDLER BENJAMIN, Polizeibegriff(e) im Verwaltungsrecht – Versuch einer Klärung, Sicherheit & Recht 2017, 63 ff. (zit. Polizeibegriff[e])
- SCHINDLER BENJAMIN, Zu Begriff und Verständnis der «Grundrechte» in der neuen Bundesverfassung, in: GÄCHTER/BERTSCHI, 51 ff. (zit. Begriff und Verständnis)
- SCHINDLER ROXANE, Die allgemeine Dienstpflicht, Diss., Zürich 1997
- SCHLÄPPI ERIKA/ULRICH SILVIA/WYTTENBACH JUDITH (Hrsg.), CEDAW – Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Bern 2015 (zit. CEDAW-Komm.-BEARBEITER/IN)
- SCHLATTER ELIANE, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss., Zürich 2009
- SCHLEGEL STEPHEN/JUCKER OLIVER, BetmG Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2022 (zit. OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER)
- SCHLUEP WALTER R., Einladung zur Rechtstheorie, Bern 2006
- SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz – Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. Komm. Erwachsenenschutzrecht)
- SCHMIDT THORSTEN INGO, Grundpflichten, Diss., Baden-Baden 1999 (zit. Grundpflichten)
- SCHMITZ STEFAN, Gefahrenabwehrrecht und psychisch Kranke – Zur Rechtmässigkeit gefahrenabwehrrechtlicher Massnahmen gegenüber psychisch Kranken unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes vor selbstgefährdenden Handlungen, Diss., Baden-Baden 2006
- SCHMOLKE KLAUS ULRICH, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht – Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Habil., Berlin 2014
- SCHNELLENBACH JAN, Nudges and norms: On the political economy of soft paternalism, European Journal of Political Economy 2012, 266 ff. (zit. Nudges)

- SCHNELLENBACH JAN, Unvollständige Rationalität ist keine hinreichende Begründung für paternalistisches Eingreifen, *Wirtschaftsdienst* 2014, 778 ff. (zit. Rationalität)
- SCHNELLENBACH JAN, Wohlwollendes Anschubsen: Was ist mit liberalem Paternalismus zu erreichen und was sind seine Nebenwirkungen?, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2011, 445 ff. (zit. Anschubsen)
- SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband: Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360–397 ZGB, 3. Aufl., Bern 1984* (zit. BK ZGB-SCHNYDER/MURER)
- SCHODER CHARLOTTE, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht – Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, *AJP* 2002, 1287 ff.
- SCHÖNE-SEIFERT BETTINA, Ist ärztliche Suizidhilfe ethisch verantwortbar?, in: PETERMANN, *Sterbehilfe*, 45 ff. (Suizidhilfe)
- SCHÖNE-SEIFERT BETTINA, Paternalismus, Zu seiner ethischen Rechtfertigung in Medizin und Psychiatrie, *Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik* 2009, Berlin/New York 2009, 107 ff. (zit. Paternalismus)
- SCHÖNI NOËMI, Zulässigkeit von Placebos in der Humanmedizin nach schweizerischem Recht, *Diss., Zürich* 2014
- SCHRAMME THOMAS (Hrsg.), *New Perspectives on Paternalism and Health Care*, Cham etc. 2015 (zit. Paternalism)
- SCHRAMME THOMAS, Contested Services, Indirect Paternalism and Autonomy as Real Liberty, in: SCHRAMME, *Paternalism*, 101 ff. (zit. Indirect Paternalism)
- SCHRAMME THOMAS, Paternalismus, Zwang und Manipulation in der Psychiatrie, in: ACH, 263 ff. (zit. Paternalismus)
- SCHREINER JOACHIM, Ausgewählte psychologische Aspekte in Zusammenhang mit Trennung und Scheidung, in: Roland Fankhauser (Hrsg.), *FamKommentar Scheidung, Band II: Anhänge, 4. Aufl., Bern* 2022, 969 ff.
- SCHROTH ULRICH, Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebendspende, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 205 ff. (zit. Paternalismusproblem)
- SCHROTH ULRICH, Medizin-, Bioethik und Recht, in: HASSEMER/NEUMANN/SALIGER, Kap. 13, 373 ff. (zit. Medizinethik)
- SCHROTH ULRICH, Umfang und Grenzen einer Bestrafung wegen Organhandels bei der Lebendorganspende, Zur Kritik der deutschen Lösung – ein Alternativvorschlag, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 107 ff. (zit. Organhandel)
- SCHUBARTH MARTIN, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten: Konsequenzen für das Arztstrafrecht und die formula magistralis, *AJP* 2007, 1089 ff.
- SCHÜPBACH MIKE/ZELTNER THOMAS, *Epidemiengesetz (EpG)*, in: POLEDNA/RUMETSCH, *Gesundheitsrecht, Teil N*, 1311 ff. (zit. EpG)

- SCHULTHEISS MARIA, Das gesellschaftliche Verständnis der sich prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht, *ex/ante* 1/2017, 31 ff.
- SCHULZ LORENZ (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, Stuttgart 2000 (zit. Verantwortung)
- SCHULZ LORENZ, Pragmatismus und Paternalismus, in: ANDERHEIDEN et al., 69 ff. (zit. Pragmatismus)
- SCHULZE ERIK/NOVO CANTO SANDRA ISABEL/MASON PETER/SKALIN MARIA, Research Assistant, Sexual exploitation and prostitution and its impact on gender equality, Study, Brüssel 2014, abrufbar unter: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET\(2014\)493040_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493040/IPOL-FEMM_ET(2014)493040_EN.pdf)
- SCHUMANN EVA (Hrsg.), Das erziehende Gesetz – 16. Symposion der Kommission «Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart», Berlin/Boston 2013 (zit. Das erziehende Gesetz)
- SCHUMANN EVA, Edukatorisches Staatshandeln am Beispiel der Etablierung eines neuen Familienleitbildes, in: DIES., Das erziehende Gesetz, 1 ff. (zit. Edukatorisches Staatshandeln)
- SCHÜNEMANN BERND, Die Kritik am strafrechtlichen Paternalismus – Eine Sisyphus-Arbeit?, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 221 ff.
- SCHUPPERT GUNNAR FOLKE, Gemeinwohldefinition im pluralistischen Verfassungsstaat, Gewerbearchiv – Zeitschrift für Gewerbe- und Wirtschaftsverwaltungsrecht 2004, 441 ff.
- SCHÜTZ ANDREA, Anwaltswerbung in der Schweiz – UWG als Alternative zu Art. 12 lit. d BGFA?, Diss., Zürich 2010
- SCHWABE JÜRGEN, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, *JZ* 1998, 66 ff.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Verfassungsrechtliche Aspekte der Sterbehilfe und die Konsequenzen für das Strafrecht, in: Christian Schwarzenegger/Makoto Ida (Hrsg.), Autonomie am Lebensende – Kultur und Recht. Die aktuelle Diskussion in der Schweiz und in Japan, Zürich/St. Gallen 2018, 9 ff.
- SCHWEIZER MARK, Nudging and the Principle of Proportionality – Obligated to Nudge?, in: MATHIS/TOR, 93 ff. (zit. Nudging)
- SCHWEIZER RAINER J. (Hrsg.), Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Teil 1 – Allgemeiner Teil, SBVR Bd. III/1, Basel 2008 (zit. Sicherheits- und Ordnungsrecht Teil 1)
- SCHWEIZER RAINER J., Bürgerpflichten im Recht der Kantone, in: Markus Rüssli/Julia Hännli/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zürich 2012, 301 ff. (zit. Bürgerpflichten)
- SCHWEIZER RAINER J., Sterbehilfe in verfassungsrechtlicher und menschenrechtlicher Sicht, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, St. Gallen 2008 (zit. Sterbehilfe)
- SCHWEIZER RAINER J./SPRECHER FRANZISKA, Menschenwürde im Völkerrecht, in: SEELMANN, Menschenwürde, 127 ff.

- SCHWEIZER RAINER J./SUTTER PATRICK/WIDMER NINA, Grundbegriffe, in: SCHWEIZER, Sicherheits- und Ordnungsrecht Teil 1, Teil B., 53 ff.
- Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) (Hrsg.), Die interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (HarmoS-Konkordat) vom 14. Juni 2007, Kommentar – Entstehungsgeschichte und Ausblick – Instrumente, Bern 2011, abrufbar unter: https://edudoc.ch/record/96777/files/harmoskonkordat_d.pdf (zit. EDK, Komm. HarmoS-Konkordat)
- SOCCIA DANNY, In Defense of Hard Paternalism, *Law and Philosophy* 2008, 351 ff.
- SEELMANN KURT (Hrsg.), Menschenwürde als Rechtsbegriff, ARSP Beiheft 101, Stuttgart 2004 (zit. Menschenwürde)
- SEELMANN KURT, Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus?, in: FATEH-MOGHADAM/SELLMAEIER/VOSSENKUHL, 206 ff. (zit. Würde der Gattung) (auch abgedruckt in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 241 ff.)
- SEELMANN KURT, Paternalismus und Solidarität bei der Forschung am Menschen, in: BRUDERMÜLLER, 107 ff. (zit. Paternalismus und Solidarität)
- SEELMANN KURT, Selbstwiderspruch als Grund für Rechtszwang – Fremdbestimmung von Lebenssinn, in: Brigitte Hilmer/Georg Lohmann/Tilo Wesche (Hrsg.), Anfang und Grenzen des Sinns, Weilerswist 2006, 250 ff. (zit. Selbstwiderspruch)
- SEELMANN KURT/DEMKO DANIELA, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., München 2019
- SENN SILVIA MARIA, Die verfassungsrechtliche Verankerung von anerkannten Besteuerungsgrundsätzen unter besonderer Berücksichtigung des Leistungsfähigkeitsprinzips, Diss., Zürich 1999
- SENTI MARTIN, Die Verbotsgesellschaft, NZZ vom 31. März 2007, 15
- SHAPIRO DANIEL, Smoking Tobacco: Irrationality, Addiction, and Paternalism, *Public Affairs Quarterly* 1994, 187 ff. (zit. Smoking)
- SHAPIRO DAVID L., Courts, Legislatures, and Paternalism, *Virginia Law Review* 1988, 519 ff. (zit. Paternalism)
- SIKI EVA, Invalidität und Sozialversicherung – Gedanken aus staats-, sozialversicherungs- und schadensrechtlicher Sicht, Diss., Zürich 2012
- SIMMLER MONIKA/BIBERSTEIN LORENZ, Prostitution und Kriminalität: Das Schweizer Sexgewerbe aus strafrechtlicher und kriminologischer Sicht, *ex/ante* 1/2017, 3 ff.
- SIMONI HEIDI, Sozialwissenschaftliche Grundlagen zu den Konzepten «Kindeswohl, Familie und Elternschaft» im Fortpflanzungsmedizinengesetz, September 2012 (im Auftrag des BAG), abrufbar unter: www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/fortpflanzungsmedizin/gutachten-kindeswohl-heidi-simoni.pdf.download.pdf/gutachten-kindeswohl-heidi-simoni.pdf
- SINGER REINHARD, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, *JZ* 1995, 1133 ff. (zit. Schutz des Menschen)

- SITEK ANIA, Informierte Zustimmung bei pränatalen Untersuchungen, Diss, Zürich/ St. Gallen 2017
- SKIERKA JULIANE/IMMER FRANZ/GRUBERSKI THOMAS, Transplantationsgesetz, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil L, 1087 ff. (zit. TxG)
- SLEMBECK TILMAN, Kostentreiber im Schweizer Gesundheitswesen – Eine Auslegeordnung, Studie Nr. 1/2006 im Auftrag von santésuisse, November 2006
- SOLAND TANJA, Suizidverhinderung als Straftat?, Diss., Basel 2011
- SOMMERHALDER KATHRIN/ABEL THOMAS, Gesundheitskompetenz: Eine konzeptuelle Einordnung, Februar 2007, abrufbar unter: www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/nat-gesundheitspolitik/gesundheitskompetenz/konzeptuelle-einordnung-gesundheitskompetenz.pdf.download.pdf/konzeptuelle-einordnung-gesundheitskompetenz.pdf
- SOMMERMANN KARL-PETER, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Habil., Tübingen 1997
- SPERLICH MARTINA, Ein Recht auf Suizidbeihilfe im Licht der EMRK – Rechtliche und praktische Konsequenzen aus der Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR, Jusletter vom 7. April 2014 (zit. Recht auf Suizidbeihilfe)
- SPERLICH MARTINA, Suizidbeihilfe in der Rechtsprechung des EGMR, Diss., Zürich/ St. Gallen 2019 (zit. Suizidbeihilfe)
- SPOENDLIN KASPAR, Die verfassungsmässige Garantie der persönlichen Freiheit, Diss., Zürich 1945
- SPRECHER FRANZISKA, Transparenz – Ein Grundprinzip des Rechtsstaats und seine Bedeutung im Gesundheitsrecht, insbesondere im Heilmittel- und Humanforschungsrecht, ZSR 2016 II, 139 ff.
- SPRECHER FRANZISKA/SCHWEIZER RAINER J., Humanforschungsgesetz (HFG): Verfassungsrechtlicher Hintergrund und Gesetzeszweck, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil F, 527 ff.
- STARCK CHRISTIAN (Hrsg.), von Mangoldt/Klein/Starck, GG Kommentar, Band 1, Präambel, Art. 1–19, 7. Aufl., München 2018 (zit. BEARBEITER/IN, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm.)
- STEINER ISABELLE, La régulation de la prostitution par le droit pénal, Jusletter vom 2. Februar 2015
- STERN KLAUS, Die neue Schweizerische Bundesverfassung – Ein Blick von aussen, in: GAUCH/THÜRER, 9 ff.
- STERNBERG-LIEBEN DETLEV, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Habil., Tübingen 1997
- STERNBERG-LIEBEN DETLEV/REICHMANN PHILIPP C., Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW 2012, 257 ff.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011

- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. Komm. zu Art. [...] OR)
- SUCHOMEL JAN-ULF, Partielle Disponibilität der Würde des Menschen, Diss., Berlin 2010
- SUGDEN ROBERT, Why incoherent preferences do not justify paternalism, *Constitutional Political Economy* 2008, 226 ff.
- SULSER MONIQUE, Aufbau und Grundsatzartikel, in: FLEINER et al., BV-CF 2000, 21 ff.
- SUNSTEIN CASS R., Behavioral law and economics: a progress report, *American Law and Economics Review* 1999, 115 ff. (zit. Progress Report)
- SUNSTEIN CASS R., Empirically Informed Regulation, *University of Chicago Law Review*, 2011, 1353 ff. (zit. Regulation)
- SUNSTEIN CASS R., Endogenous Preferences, *Environmental Law, Journal of Legal Studies*, 217 ff. (zit. Preferences)
- SUNSTEIN CASS R., Legal Interference with Private Preferences, *University of Chicago Law Review* 1986, 1129 ff. (zit. Interference)
- SUNSTEIN CASS R., *Simpler: The Future of Government*, New York 2013 (zit. *Simpler*)
- SUNSTEIN CASS R., The Ethics of Nudging, in: ALEMANN/SIBONY, v ff. (zit. *Ethics of Nudging*)
- SUNSTEIN CASS R., Why Nudge? – The Politics of Libertarian Paternalism, New Haven/London 2014 (zit. *Why Nudge?*)
- SUNSTEIN CASS R./THALER RICHARD H., Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, *The University of Chicago Law Review* 2003, 1159 ff. (zit. *Oxymoron*)
- SUTTER PATRICK, Der Schutz des Menschen vor sich selbst als Teil seiner eigenen Umwelt?, *Sicherheit & Recht* 2013, 45 ff. (zit. *Schutz*)
- SUTTER URS, Verteidigung im formellen Völkerstrafrecht – Dritter Weg zwischen Selbstverteidigung und notwendiger Verteidigung, Diss., Zürich/St. Gallen 2012 (zit. *Verteidigung*)
- SZCZEKALLA PETER, Freiheit im Europäischen Verfassungsverbund, *DVBl* 2005, 286 ff.
- SZERLETICS ANTAL, *Paternalism – Moral Theory and Legal Practice*, Frankfurt a.M. 2015
- TAG BRIGITTE, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis – Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, *Habil.*, Berlin etc. 2000 (zit. *Körperverletzungstatbestand*)
- TAG BRIGITTE, Hungerstreik im Freiheitsentzug: Entscheidungen zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, in: TAG/GROSS, 23 ff. (zit. *Hungerstreik*)
- TAG BRIGITTE, Strafrecht im Arztalltag, in: KUHN/POLEDNA, 669 ff. (zit. *Arztalltag*)
- TAG BRIGITTE/GROSS DOMINIK (Hrsg.), *Tod im Gefängnis – Hungerstreik, Suizid, Todesstrafe und »normaler« Tod aus rechtlicher, historischer und ethischer Sicht*, Frankfurt a.M. 2012

- TEICHMANN FABIAN/CAMPRUBI MADELEINE, Baustelle Suizidhilfe: Herausforderungen für den Gesetzgeber und die Justiz, *Pflegerecht* 2020, 22 ff.
- TEICHMANN FABIAN/HARZHEIM JULIA, Sterbehilfe: Recht und Gesellschaft, *ZBJV* 2019, 377 ff.
- THALER RICHARD H./SUNSTEIN CASS R., Libertarian Paternalism *The American Economic Review* 2003, 175 ff. (zit. *Libertarian Paternalism*)
- THALER RICHARD H./SUNSTEIN CASS R., *Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstösst*, Berlin 2009 (zit. *Nudge*)
- THIELE FELIX (Hrsg.), *Aktive und passive Sterbehilfe – Medizinische, rechtswissenschaftliche und philosophische Aspekte*, 2. Aufl., München 2010
- THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001 (zit. *AUTOR/IN*, Titel, in: *VdS*)
- THÜSING GREGOR, *Arbeitsverträge*, in: Friedrich Graf von Westphalen/Gregor Thüsing (Hrsg.), *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke*, München, Ergänzungslieferung April 2019
- TIEDEMANN PAUL, *Menschenwürde als Rechtsbegriff – Eine philosophische Klärung*, 3. Aufl., Berlin 2012
- TIEFENTHAL JÜRG MARCEL, *Kantonale Polizeihöhe – Eine systematische Darstellung des kantonalen Polizeirechts anhand des Schaffhauser Polizeigesetzes*, Zürich 2016 (zit. *Komm. zu Art. [...] PolG-SH*)
- TIEFENTHAL JÜRG MARCEL, *Kantonales Polizeirecht der Schweiz*, Zürich etc. 2018 (zit. *Polizeirecht*)
- TÖNDURY ANDREA/ABO YOUSSEF OMAR, *Polizeiliche Schutzgüter im Wandel*, in: ABO YOUSSEF/TÖNDURY, 7 ff.
- TRECHSEL STEFAN/NOLL PETER/PIETH MARK, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I – Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 7. Aufl., Zürich etc. 2017
- TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. *Praxiskomm. StGB-BEARBEITER/IN*)
- TSCHANNEN EMMANUEL GEORG, *Vorbeugender Rechtsgüterschutz durch Privatrecht – Eine Bestandesaufnahme überkompensatorischer Rechtsfolgen im Vertragsrecht der Schweiz*, Diss., Bern 2009 (zit. *Rechtsgüterschutz*)
- TSCHANNEN PIERRE, *Amtliche Warnungen und Empfehlungen*, *ZSR* 1999 II, 353 ff. (zit. *Warnungen*)
- TSCHANNEN PIERRE, «Öffentliche Sittlichkeit»: Sozialnormen als polizeiliches Schutzgut, in: Benoît Bovay/Minh Son Nguyen (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor*, Bern 2005, 553 ff. (zit. *Öffentliche Sittlichkeit*)
- TSCHANNEN PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl., Bern 2021 (zit. *Staatsrecht*)

- TSCHANNEN PIERRE/BUCHLI MARTIN, Verfassungs- und Gesetzesgrundlage des Bundes im Bereich der Suizidprävention, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamtes für Gesundheit (BAG), Bern, 15. April 2004, abrufbar unter: www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/psychische-gesundheit/themenschwerpunkte/suizid/rechtsgutachten_verfassungs_gesetzesgrundlagen.pdf.download.pdf/rechtsgutachten_verfassungs_gesetzesgrundlagen.pdf
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2009 und 2010, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2010, 962 ff. (zit. BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2009/2010)
- TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2010 und 2011, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2011, 771 ff. (zit. BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011)
- TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2012 und 2013 – Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2013, 789 ff., (zit. BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2012/2013)
- TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2013 und 2014, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2014, 795 ff. (zit. BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2013/2014)
- TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2018 und 2019 – Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2019, 675 ff. (zit. BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2018/2019)
- TSCHENTSCHER AXEL, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2021 und 2022, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2022, 499 ff. (zit. BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2021/2022)
- TSCHENTSCHER AXEL/LIENHARD ANDREAS/SPRECHER FRANZISKA, Öffentliches Recht – Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019
- TSCHOPP-CHRISTEN MARIANNE, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Diss., Zürich 2009
- TSCHUDI CARLO (Hrsg.), Das Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, Bern 2004 (zit. Grundrecht auf Hilfe in Notlagen)
- TSCHUDI HANS PETER, Die Gemeinsame Wohlfahrt (BV Art. 2), in: Mélanges Alexandre Berenstein – Le droit social à l'aube du XXI^e siècle, Lausanne 1989, 115 ff., (zit. Gemeinsame Wohlfahrt)
- TSCHUDI HANS PETER, Die Sozialverfassung der Schweiz (Der Sozialstaat), Bern 1986 (zit. Sozialverfassung)

- UERPMMANN ROBERT, Das öffentliche Interesse, Habil., Tübingen 1999
- UHLMANN FELIX, Die Neutralität der Verwaltung, ZBl 2007, 211 ff.
- UHLMANN FELIX/WILHELM MARTIN, Verwaltungsrechtliche Herausforderungen, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler, Notrecht in der Corona-Krise – 19. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2021, 49 ff.
- URBAN JAN CHRISTIAN, Freiheitsbeschränkungen aus Gründen von Ethik und Moral, Diss., Marburg 2015
- URWYLER THIERRY/NOLL THOMAS, Sterbehilfe (Suizidhilfe) im Straf- und Massnahmenvollzug – Eine Auslegeordnung, Jusletter vom 10. Dezember 2018
- VALDÉS ERNESTO GARZÓN, Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?, Rechtstheorie 1987, 273 ff.
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung – Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006
- VAN AAKEN ANNE, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: ANDERHEIDEN et al., 109 ff. (zit. Paternalismusgefahr)
- VAN AAKEN ANNE, Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU, in: ALEMANNO/SIBONY, 83 ff. (zit. Nudge)
- VAN SPYK BENEDIKT, Das Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung – zugleich eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen des «informed consent» im Handlungsbereich der Forschung am Menschen, Diss., Zürich/St. Gallen 2011
- VANDEVEER DONALD, Paternalistic Intervention – The Moral Bounds on Benevolence, New Jersey 1986
- VENETZ PETRA, Feststellung der Urteilsfähigkeit als gesetzliche Vorgabe – Juristische Aspekte, in: PETERMANN, Sterbehilfe im Fokus der Gesetzgebung, 45 ff. (zit. Urteilsfähigkeit)
- VENETZ PETRA, Suizidhilfeorganisationen und Strafrecht, Diss., Zürich 2008 (zit. Suizidhilfeorganisationen)
- VETTERLI LUZIA, Gesetzesbindung im Strafprozess – Zur Geltung von Verwertungsverboten und ihrer Fernwirkung nach illegalen Zwangsmassnahmen, Diss., Baden-Baden/Zürich 2010
- VIERHAUS HANS-PETER, Umweltbewusstsein von oben – Zum Verfassungsgebot demokratischer Willensbildung, Diss., Berlin 1994
- VISCHER BENEDICT, Wie ist das Verhüllungsverbot mit den Grundrechten zu vermitteln?, Jusletter vom 4. April 2022
- VITALE SARINO/PRIEZ FRANCE/JEANRENAUD CLAUDE, Institut de recherches économiques et régionales, Universität Neuenburg, Die sozialen Kosten des Tabakkonsums in der Schweiz: Schätzung für das Jahr 1995, August 1998 (zit. Soziale Kosten)

- VITALE SARINO/PRIEZ FRANCE/JEANRENAUD CLAUDE, *Le coût social de la consommation de tabac en Suisse*, Neuenburg 1998, abrufbar unter: www.unine.ch/files/live/sites/irene/files/shared/documents/TEXTES/TABAC-rapport.pdf (zit. Coût Social)
- VÖGELI ANDREAS, *Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken, Hindernisse für einen Zusammenschluss?*, Diss., Zürich 2009
- VOLKMANN UWE, *Darf der Staat seine Bürger erziehen?*, Baden-Baden 2012 (zit. Bürger)
- VOLKMANN UWE, *Idee und Wirklichkeit der Selbstbestimmung im modernen Staat*, in: Gernot Böhme (Hrsg.), *Der mündige Mensch – Denkmodelle der Philosophie, Geschichte, Medizin und Rechtswissenschaft*, Darmstadt 2009 (zit. Selbstbestimmung)
- VOLKMANN UWE, *Solidarität*, in: Hanno Kube et al. (Hrsg.), *Leitgedanken des Rechts zu Staat und Verfassung – Studienausgabe*, Heidelberg 2015, § 4, 37 ff. (zit. Solidarität)
- VON ARNAULD ANDREAS, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, Diss., Baden-Baden 1999
- VON BERNSTORFF JOCHEN, *Der Streit um die Menschenwürde im Grund- und Menschenrechtsschutz: Eine Verteidigung des Absoluten als Grenze und Auftrag*, JZ 2013, 905 ff.
- VON DER CRONE HANS CASPAR/BEELER LUKAS, *Regelung systemrelevanter Banken aus wirtschaftsrechtlicher Sicht: Lösungsansätze zur Too-big-to-fail-Problematik in der Schweiz*. ZSR 2011 I, 177 ff.
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Normative Ethik*, Berlin/New York 2010 (zit. Normative Ethik)
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Normativer Individualismus und das Recht*, JZ 2005, 1069 ff. (zit. Recht)
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Paternalismus und die Berücksichtigung des Anderen*, in: ANDERHEIDEN et al., 93 ff. (zit. Paternalismus)
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Rechtsethik*, 2. Aufl., München 2011 (zit. Rechtsethik)
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural?*, in: SCHULZ, *Verantwortung*, 17 ff. (zit. Rechtfertigung)
- VON DER PFORDTEN DIETMAR, *Zur Differenzierung von Recht, Moral und Ethik*, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), *Recht und Moral*, Hamburg 2010, 33 ff. (zit. Differenzierung)
- VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, *Die Verfassung der Freiheit*, 4. Aufl., Tübingen 2005
- VON HIRSCH ANDREAS/NEUMANN ULFRID, «Indirekter» Paternalismus im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 71 ff.
- VON HIRSCH ANDREAS/NEUMANN ULFRID/SEELMANN KURT (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht – Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*, Baden-Baden 2010
- VON HIRSCH ANDREW, *Direkter Paternalismus: Sollten Selbstschädigungen bestraft werden?*, in: ANDERHEIDEN et al., 235 ff. (eine überarbeitete Fassung findet sich in VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, *Paternalismus im Strafrecht*, 57 ff.)

- VON HUMBOLDT WILHELM, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Breslau 1851
- VON JHERING RUDOLF, Der Zweck im Recht, Zweiter Band, 2. Aufl., Leipzig 1886
- VON MÜNCH INGO, Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: Rolf Stödter/Werner Thieme (Hrsg.), Hamburg – Deutschland – Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 1977, 113 ff.
- VON SCHWICHOW LENNART, Die Menschenwürde in der EMRK, Diss., Tübingen 2016
- WAGNER PFEIFER BEATRICE, Staatlicher Bildungsauftrag und staatliches Bildungsmonopol, ZBl 1998, 249 ff.
- WAGNER-VON PAPP FLORIAN, Die privatautonome Beschränkung der Privatautonomie, Archiv für die civilistische Praxis 2005, 342 ff.
- WALDENMEYER CATHERINE, Zwangsernährung im Schweizerischen, in: Helena Zaugg/Lea Schläpfer (Hrsg.), Recht und Gesundheit, Zürich 2013, 209 ff.
- WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Habil., Bern 2003 (zit. Diskriminierungsverbot)
- WALDMANN BERNHARD, Das Recht auf Nothilfe zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, ZBl 2006, 341 ff. (zit. Eigenverantwortung)
- WALDMANN BERNHARD, Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten – eine kritische Würdigung, BR/DC 2005, 156 ff. (zit. Immissionen)
- WALDMANN BERNHARD, Subsidiarität und fiskalische Äquivalenz als Garanten für einen substanziellen Föderalismus?, Newsletter IFF 4/2015, abrufbar unter: www.unifr.ch/federalism/fr/assets/public/files/Newsletter/IFF/4_3_Subsidiaritaet_fiskalische_Aequivalenz.pdf (zit. Subsidiarität)
- WALDMANN BERNHARD/KRAUSKOPF PATRICK L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. Praxiskomm. VwVG-BEARBEITER/IN)
- WALLAU PHILIPP, Die Menschenwürde in der Grundrechtsordnung der Europäischen Union, Diss., Göttingen 2010
- WEBER ROLF H./BAISCH RAINER, «Nudging» im Versicherungssektor, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2008, 925 ff.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, in: Walter Haller etc. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Häfelin zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 205 ff. (zit. Chancengleichheit)
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Der Grundrechtseingriff, in: VVDStRL 57, Berlin/New York 1998, 57 ff. (zit. Grundrechtseingriff)
- WEBER-MANDRIN MONIQUE, Öffentliche Aufgaben der Kantonsverfassungen, Diss., Zürich 2001

- WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Diss., Bern 1996 (zit. Einwilligung)
- WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Strafbestimmungen des Waffengesetzes (unter Berücksichtigung von Art. 260^{quater} StGB), AJP 2000, 153 ff. (zit. Strafbestimmungen)
- WENGER DAVID R., Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen, Jusletter vom 28. Juli 2003 (auch in ZSR 2003 I, 215 ff.)
- WERDER GREGORI, Religionsfreiheit in der Schule als Interessenkonflikt – Vorschlag einer strukturierten Methode des Interessenausgleichs, Diss., Zürich 2018
- WERNER MICHA H., Verantwortung, in: Marcus Düwell/Christoph Hübenthal/Micha H. Werner (Hrsg.), Handbuch Ethik, 3. Aufl., Stuttgart 2011, 541 ff.
- WHITE MARK D., The Crucial Importance of Interests in Libertarian Paternalism, in: MATHIS/TOR, 21 ff.
- WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss., Zürich 2010
- WIDMER LÜCHINGER CORINNE/OSER DAVID (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR-I-BEARBEITER/IN)
- WIEDERKEHR RENÉ, Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte – Zugleich ein Beitrag zu den Grundrechten als Staatsaufgaben und zu den Grundrechtsverwirklichungsbestimmungen, Diss., Bern 2000
- WIEDERKEHR RENÉ, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Habil., Bern 2006 (zit. Fairness)
- WIEDERKEHR RENÉ, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 2008, 394 ff. (zit. Ungleichbehandlungen)
- WIEDERKEHR RENÉ, Transparenz als Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns (Art. 5 BV), ZBl 2007, 521 ff. (zit. Transparenz)
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012, und Band II, Bern 2014 (zit. Bd. 1 bzw. Bd. 2)
- WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, 119 ff.
- WIEMANN REBEKKA, Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht – Zwischen kulturellem Relativismus und Universalismus, Diss., Berlin 2013
- WILMS HEINER/JÄGER YORK, Menschenwürde und Tötung auf Verlangen, ZRP 1988, 41 ff.
- WILSON JAMES, Why It's Time to Stop Worrying About Paternalism in Health Policy, in: SCHRAMME, Paternalism, 203 ff.
- WINTSCH SANDRA, Flüchtlingskinder und Bildung – Rechtliche Aspekte, Diss., Zürich 2008
- WINZELER CHRISTOPH, Variationen der Verhältnismässigkeit im Rechtsstaat – Symbolische Gesetzgebung?, SJZ 2010, 181 ff.

- WOHLERS WOLFGANG, Die Pflicht der Verteidigung zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, ZStrR 2012, 55 ff.
- WOHLERS WOLFGANG/GODENZI GUNHILD/SCHLEGEL STEPHAN, Schweizerisches Strafbuch – Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Handkomm. StGB zu Art. [...])
- WOHLERS WOLFGANG/WENT FLORIAN, Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, 289 ff.
- WOITKEWITSCH CHRISTOPHER, Strafrechtlicher Schutz des Täters vor sich selbst, Diss., Aachen 2003
- WOLF BURKARD J., Vertragsfreiheit – das verkannte Verfassungsrecht, AJP 2002, 8 ff. (zit. Vertragsfreiheit)
- WOLF JEAN-CLAUDE, Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, in: ANDERHEIDEN et al., 55 ff. (zit. Paternalismuskritik)
- WOLF JEAN-CLAUDE, Paternalismus, in: Helmut Holzhey/Jean-Pierre Leyvraz (Red.), Persönliche Freiheit – Zu einem Grundproblem der praktischen Philosophie, *Studia philosophica* 49, Bern 1999, 49 ff. (zit. Paternalismus)
- WOLF JEAN-CLAUDE, Paternalismus und andere ethische Konflikte im Alltag der Amtsvormunde und Amtsvormundinnen, ZVW 2000, 1 ff. (zit. Konflikte)
- WÜST HANS, Schweizer Waffenrecht, Zürich/Egg 1999
- WYSS MARTIN PHILIPP, Glaubens- und Religionsfreiheit zwischen Integration und Isolation, ZBl 1994, 385 ff. (zit. Religionsfreiheit)
- WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Habil., Bern 2001 (zit. Öffentliche Interessen)
- WYTTENBACH JUDITH, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat – Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV), Diss., Basel 2006
- YEUNG KAREN, Nudge as Fudge, *The Modern Law Review* 2012, 122 ff.
- ZENGER CHRISTOPH ANDREAS, Gesundheit auf Kosten der individuellen Freiheit? Verfassungsrechtliche Leitplanken für Freiheitseinschränkungen im Namen der Gesundheit, in: André Thurneysen (Hrsg.), *Kontraste in der Medizin – Zur Dialektik gesundheitlicher Prozesse*, Bern 2009, 195 ff.
- ZENGER CHRISTOPH ANDREAS/ISCHI LILIAN, Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit einer «obligaten» Anreicherung von Getreidemehl mit Folsäure zur Verhütung von Spinabifida und zu weiteren gesundheitsbezogenen Zwecken, Bern, September 2006
- ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung – Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Bern 2000 (zit. Neue Bundesverfassung)
- ZIMMERLI ULRICH, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht – Versuch einer Standortbestimmung, ZSR 1978 II, 1 ff. (zit. Verhältnismässigkeit)

-
- ZIMMERLIN SVEN, Der Verzicht des Beschuldigten auf Verfahrensrechte im Strafprozess
Zugleich ein Beitrag zum Grundrechtsverzicht, Diss., Zürich 2008
- ZOBL DIETER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht. 2. Abteilung. Die beschränkten dinglichen Rechte. 5. Teilband: Das Fahrnispfand. 2. Unterteilband. Art. 888–906 ZGB (mit kurzem Überblick über das Versatzpfand), Bern 1996 (zit. BK ZGB-ZOBL)
- ZUFFEREY-WERRO JEAN-BAPTISTE, Le contrat contraire aux bonnes mœurs – Etude systématique de la jurisprudence et de la doctrine relatives aux bonnes mœurs en droit suisse des contrats, Diss., Freiburg 1988
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/DUBEY JACQUES/PREVITALI ADRIANO (Hrsg.), L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zürich 2011
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel in der Schweiz, abrufbar unter: www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/pogenlijz_11.08.25.pdf (zit. Polizeiliche Generalklausel II)
- ZÜND ANDREAS/ERRASS CHRISTOPH, Die polizeiliche Generalklausel, ZBJV 2011, 261 ff. (zit. Polizeiliche Generalklausel I)
- ZUPPINGER WERNER, Der Schutz gegen sich selbst im Polizeirecht, Diss., Winterthur 1956

Materialien, Berichte und weitere Dokumente

Die Materialien werden gemäss nachstehenden kursiven Kurztiteln zitiert. Hinweise auf weitere Materialien finden sich im Text. Sämtliche Internetquellen wurden zuletzt im Juli 2023 besucht.

- Begleitber. Rev. Vormundschaftsrecht*, Revision des Vormundschaftsrechts – Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz), Bern Juni 1998, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/vormundschaft/vn-veber-d.pdf
- Begleitber. VE StPO*, BJ, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern, Juni 2001, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-d.pdf
- Ber. BR Prostitution und Menschenhandel*, Prostitution und Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, Bericht des Bundesrates vom 5. Juni 2015 in Erfüllung der Postulate 12.4162 Streiff-Feller, 13.3332 Caroni, 13.4033 Feri und 13.4045 Fehr, abrufbar unter: www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20124162/Bericht%20BR%20D.pdf
- Ber. Erotikgewerbe*, Bundesamt für Migration (BFM) (Hrsg.), Bericht der nationalen Experten-Gruppe «Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe», Bern, März 2014
- Ber. Expertenkommission AHV*, Bericht der Eidgenössischen Expertenkommission vom 16. März 1945 für die Einführung der Alters- und Hinterlassenenversicherung
- Ber. Expertenkommission IV*, Bericht der Eidgenössischen Expertenkommission vom 30. November 1956 für die Einführung der Invalidenversicherung
- Ber. Leihmutterschaft*, Bericht zur Leihmutterschaft, Bericht des Bundesrates vom 29. November 2013 in Beantwortung des Postulates 12.3917 vom 28. September 2012
- Ber. Po. Ruffy*, Bericht des Bundesrates vom Juli 2000 zum Postulat Ruffy, Sterbehilfe, Ergänzung des Strafgesetzbuches, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/ber-ruffy-d.pdf
- Ber. RK-N Zwangssterilisationen*, Parlamentarische Initiative. Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer (von Felten), Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 23. Juni 2003, BBl 2003 6311
- Ber. SGK-N BetmG*, Parlamentarische Initiative. Teilrevision des Betäubungsmittelgesetzes, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 4. Mai 2006, BBl 2006 8573
- Ber. SGK-N Passivrauchen*, Parlamentarische Initiative. Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 1. Juni 2007, BBl 2007 6185
- Ber. Sterbehilfe*, Sterbehilfe – Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement März 1999, abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/b-bericht-d.pdf

- Ber. Suizid und Suizidprävention.* BAG, Suizid und Suizidprävention in der Schweiz. Bericht in Erfüllung des Postulates Widmer (02.3251), Bern April 2005, abrufbar unter: www.npg-rsp.ch/fileadmin/npg-rsp/Themen-Bibliothek/Fachthemen/BAG_Suizid_2005.pdf
- BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip.* BJ, Gutachten vom 22. Juni 2004, VPB 68.113
- BJ, Gutachten SUVA,* BJ, Gutachten vom 29. September 2008, Teilmonopol, Zusatzversicherungen und Nebentätigkeiten der SUVA, VPB 2009.1, 1 ff.
- BJ, Strafen und Massnahmen.* BJ, Strafen und Massnahmen in der Schweiz – System und Vollzug für Erwachsene und Jugendliche: ein Überblick, Februar 2010
- Botsch. AHV 1919.* Botschaft vom 21. Juni 1919 betreffend Einführung des Gesetzgebungsrechtes über die Invaliditäts-, Alters- und Hinterlassenen Versicherung und betreffend die Beschaffung der für die Sozialversicherung erforderlichen Bundesmittel, BBl 1919 V 1
- Botsch. AHVG 1929.* Botschaft vom 29. August 1929 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1929 II 165
- Botsch. Änd. AlkG (1978).* Botschaft vom 11. Dezember 1978 über die Änderung des Alkoholgesetzes, BBl 1979 I 53
- Botsch. Änd. BetmG (2001).* Botschaft vom 9. März 2001 über die Änderung des Betäubungsmittelgesetzes, BBl 2001 3715
- Botsch. Änd. KKG (1998).* Botschaft vom 14. Dezember 1998 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit, BBl 1999 III 3155
- Botsch. Änd. StGB AT.* Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 1979
- Botsch. Änd. SVG (1979).* Botschaft vom 17. Januar 1979 über die Änderung des Strassenverkehrsgesetzes (Veröffentlichung der Typenprüfungsergebnisse; Pflicht zum Tragen von Sicherheitsgurten), BBl 1979 I 229
- Botsch. Änd. ZGB (1977),* Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgerische Freiheitsentziehung) und den Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 17. August 1977, BBl 1977 III 1
- Botsch. Änd. ZGB (1993).* Botschaft vom 17. Februar 1993 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters, Unterhaltspflicht der Eltern), BBl 1993 I 1169
- Botsch. Änd. ZGB (1995).* Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung), BBl 1996 I 1
- Botsch. ArG.* Botschaft vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz), BBl 1960 II 909

- Botsch. Beitritt KRK.* Botschaft vom 29. Juni 1994 betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, BBl 1994 V 1
- Botsch. Biomedizinkonvention.* Botschaft vom 12. September 2001 betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen, BBl 2002 271
- Botsch. DSG.* Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBl 1988 II 413
- Botsch. Erwachsenenschutz.* Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001
- Botsch. FIDLEG und FINIG.* Botschaft vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 2015 8901
- Botsch. FMedG.* Botschaft vom 26. Juni 1996 über die Volksinitiative «zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie (Initiative für menschenwürdige Fortpflanzung, FMF)» und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG), BBl 1996 II 205
- Botsch. Geldspielgesetz.* Botschaft vom 21. Oktober 2015 zum Geldspielgesetz, BBl 2015 8387
- Botsch. GumG (2017).* Botschaft vom 5. Juli 2017 zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, BBl 2017 5597 ff.
- Botsch. HFG.* Botschaft vom 21. Oktober 2009 zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen, BBl 2009 8045
- Botsch. IVG.* Botschaft vom 24. Oktober 1958 des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung und eines Bundesgesetzes betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1958 II 1137
- Botsch. Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung.* Botschaft vom 26. August 2020 zur Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)», BBl 2020 7049
- Botsch. Konsumkreditgesetz (1978).* Botschaft vom 12. Juni 1978 über ein Konsumkreditgesetz, BBl 1978 II 485
- Botsch. KRK.* Botschaft vom 29. Juni 1994 betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, BBl 1994 V 1 ff.
- Botsch. LMG (1989).* Botschaft vom 30. Januar 1989 zu einem Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz, LMG), BBl 1989 I 893
- Botsch. LMG (2011).* Botschaft vom 25. Mai 2011 zum Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände, BBl 2011 5571
- Botsch. Präventionsgesetz.* Botschaft vom 30. September 2009 zum Bundesgesetz über Prävention und Gesundheitsförderung (Präventionsgesetz, PräVG), BBl 2009 7071

- Botsch. Recht auf Leben.* Botschaft vom 28. Februar 1983 zur Volksinitiative «Recht auf Leben», BBl 1983 II 1
- Botsch. Sanierungsmassnahmen 1992.* Botschaft vom 25. März 1992 über die Sanierungsmassnahmen 1992 für den Bundeshaushalt, BBl 1992 III 349
- Botsch. SBG.* Botschaft vom 26. Februar 1997 zum Bundesgesetz über das Glücksspiel und über die Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG), BBl 1997 III 145
- Botsch. StPO.* Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085
- Botsch. TabPG.* Botschaft vom 30. November 2018 zum Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (Tabakproduktegesetz, TabPG), BBl 2019 919
- Botsch. Totalrev. AlkG.* Botschaft vom 25. Januar 2012 zur Totalrevision des Alkoholgesetzes (Spirituosensteuergesetz und Alkoholhandelsgesetz), BBl 2012 1315
- Botsch. Totalrev. EpG.* Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG), BBl 2011 311
- Botsch. Totalrev. RTVG.* Botschaft vom 18. Dezember 2002 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG), BBl 2003 1569
- Botsch. Transplantationsartikel.* Botschaft vom 23. April 1997 zu einer Verfassungsbestimmung über die Transplantationsmedizin, BBl 1997 III 653
- Botsch. TxG.* Botschaft vom 12. September 2001 zum Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsgesetz), BBl 2002 29
- Botsch. UVG.* Botschaft vom 18. August 1976 zum Bundesgesetz über die Unfallversicherung, BBl 1976 III 141
- Botsch. VE 96.* Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 1
- Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen.* Botschaft vom 12. September 2007 zum Verfassungsartikel über die Forschung am Menschen, BBl 2007 6713
- Botsch. Verhüllungsverbot.* Botschaft vom 15. März 2019 zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» und zum indirekten Gegenvorschlag (Bundesgesetz über die Gesichtsverhüllung), BBl 2019 2913
- Botsch. Volksinitiative Geldspiele.* Botschaft vom 20. Oktober 2010 zur Volksinitiative «Für Geldspiele im Dienste des Gemeinwohls», BBl 2010 7961
- Botsch. ZAG.* Botschaft vom 18. Januar 2006 zu einem Bundesgesetz über die Anwendung von polizeilichem Zwang und polizeilichen Massnahmen im Zuständigkeitsbereich des Bundes (Zwanganwendungsgesetz, ZAG), BBl 2006 2489
- Botsch. ZeugSG.* Botschaft vom 17. November 2010 zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Bekämpfung des Menschenhandels und zum Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz, BBl 2011 1

- CHRB Explanatory Report.* Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.IV.1997, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16800ccde5>
- Egerkinger Komitee, Argumentarium.* Egerkinger Komitee, Argumentarium zur Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», finaler Entwurf vom 7. Dezember 2020, abrufbar unter: http://verhuellungsverbot.ch/wp-content/uploads/2020/12/Argumentarium_Verhuellungsverbot_lang.pdf
- Erl. EpV.* Erläuterungen zur Verordnung vom 29. April 2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemienvverordnung, EpV) und zur Verordnung vom 29. April 2015 über mikrobiologische Laboratorien, 1. Mai 2016, abrufbar unter: www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/epidemiengesetz/erl-bericht-epg.pdf.download.pdf/erlaeuternder-bericht-vo-recht-epg.pdf
- Erl. ZeugSV.* Erläuterungen zur Verordnung über den ausserprozessualen Zeugenschutz (Zeugenschutzverordnung, ZeugSV), abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch/dam/fedpol/de/data/sicherheit/zeugenschutz/rg/erlaeuterungen-d.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-d.pdf
- GPK-N, Sektenbericht.* Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates vom 1. Juli 1999, «Sekten» oder vereinnahmende Bewegungen in der Schweiz – Die Notwendigkeit staatlichen Handelns oder Wege zu einer eidgenössischen «Sekten»-Politik, BBl 1999 9884
- SAMW-Richtlinien Inhaftierte.* SAMW-Richtlinien Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen (2002, aktualisiert 2012, Anhang Lit. G ergänzt 2015, Anhang Lit. H ergänzt 2018), abrufbar unter: www.samw.ch
- SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod (2018).* SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod (2018, angepasst 2021), abrufbar unter: www.samw.ch
- Stn. BR Ber. RK-N Zwangssterilisation.* Parlamentarische Initiative. Zwangssterilisationen. Entschädigung für Opfer (von Felten). Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats vom 23. Juni 2003, Stellungnahme des Bundesrates vom 3. September 2003, BBl 2003 6335
- VE 77.* Verfassungsentwurf 1977 der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, BBl 1985 III 161
- Zusatzbotsch. MEDIA.* Zusatzbotschaft vom 26. November 2008 zur Botschaft vom 21. September 2007 zur Genehmigung des Abkommens über die Teilnahme der Schweiz am EG-Programm MEDIA für die Jahre 2007–2013 und über einen Bundesbeschluss zur Finanzierung der Teilnahme; Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, BBl 2008 9105

Teil 1 Einführung in die Paternalismusthematik

I. Gegenstand und Gang der Untersuchung

A. Der Problemkreis der «aufgedrängten Fürsorge» (Paternalismus, Schutz vor sich selbst)

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat uns in unserem «wohlverstandenen» *eigenen* Interesse von Handlungen abhalten und in unseren mutmasslichen, «besseren» Interessen – auch ohne Einwilligung – befördern darf und soll.

Diese – sich wesentlich um den Stellenwert von Selbstbestimmung und Eigenverantwortung drehende¹ – Problematik wird in Lehre und Rechtsprechung unter den Begriffen «Schutz vor sich selbst»² oder «Schutz gegen sich selbst»³ («*protection contre soi-même*»⁴) behandelt. In der spezifisch grundrechtlichen Diskussion findet sich auch der Ausdruck «Grundrechtsschutz gegen sich selbst».⁵ Zuweilen ist auch die Rede vom (staatlichen) Schutz vor «Selbstschädigungen».⁶ Gleichbedeutend mit dem *Schutz vor sich selbst* wird der Begriff des *Paternalismus* verwendet.⁷ Anstelle

¹ HOCHHUTH, 209.

² Vgl. z.B. JOST, 50 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2557 ff.; BGE 80 II 14, E. 1.

³ Vgl. ZUPPINGER, *passim*.

⁴ Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 758 und 790; BGer 5A_580/2012, E. 4.2.1; BGer 5A_91/2011, E. 6.1; BGE 97 I 499, E. 5b.

⁵ Vgl. hinten, Fn. 2633 ff. – im Vordergrund steht hier die Frage, inwiefern dem Grundrechtsträger ein Schutz seiner *grundrechtlich* geschützten Freiheiten und Rechtsgüter auch gegen dessen Willen aufgedrängt werden darf (vgl. VON MÜNCH, 114; LINDER, Grundrechtsdogmatik, 370 f. und dort insb. Fn. 355; dazu im Einzelnen hinten, Teil 3 IV. B).

⁶ FISCHER, 17 ff.; BRUNHÖBER, 154; ferner ENDERLEIN, 12; HEINIG, Paternalismus, 166; dazu näher hinten, Teil 1 I. B und bei Fn. 194 ff.

⁷ SCHULZ, Pragmatismus, 71; KLIMPEL, 13; HEINIG, Paternalismus, 166; GUTMANN, Tradition, 150; GKOUNTIS, 18; HART, 31; KOLBE, 111; WOLF, Paternalismus, 49; im Begriff des Paternalismus klingt die «väterliche Fürsorge» an (GERD ROELLECKE, Eine Apologie des Sozialstaates, in: ANDERHEIDEN et al., 189 ff., 189) – ein *paternalistischer* Staat ist so gesehen ein Staat, der gegenüber seinen Bürgerinnen und Bürgern wie ein Vater gegenüber seinem unmündigen, unreifen, schutz- und erziehungsbedürftigen Kind auftritt (siehe MÖLLER, Paternalismus, 22; RIGOPOULOU, 23); selbstverständlich kann Paternalismus auch von Frauen ausgehen und von Frauen mitgetragen sein (vgl. WOLF, Konflikte, 11) – man könnte deshalb gleichbedeutend von «*Maternalismus*» sprechen (vgl. KLEINIG, xii f.) oder ganz allgemein (und geschlechtsneutral) von «*Parentalismus*» (ELGER, 24). Die Begrifflichkeiten rund um den Paternalismus sind indessen vielschichtig und komplex. Sie werden – wo nötig – im Text selbst erläutert: zur Unterscheidung zwischen *hartem* und *weichem* oder *sanftem* Paternalismus vgl. hinten, Teil 1 II. B. 7 und 8; zur Unterscheidung zwischen *negativem* und *positivem* Paternalismus siehe Fn. 182; zum *reinen* bzw. *unreinen* oder

dieses – manchmal negative Assoziationen weckenden Begriffs⁸ – lässt sich auch von «*aufgedrängter Fürsorge*» sprechen.

Die eingangs gestellte Frage ist durchaus von *praktischer* (und rechtlicher⁹) *Relevanz*: Der Mensch kann sich – jedenfalls aus der Perspektive eines Dritten – in mancherlei Hinsicht «unvernünftig», irrational oder «selbstschädigend» verhalten.¹⁰ Er tut dies möglicherweise *ganz bewusst* – was von aussen gesehen als Gefährdung oder «Schädigung» der eigenen Interessen erscheint, ist aus Sicht des Einzelnen gerade das Handlungsziel oder zumindest unweigerlich damit verbunden.¹¹ Vielleicht kann er sich in einer gegebenen Situation auch gar nicht anders entscheiden und sieht sich gezwungen, eine für ihn ungünstige Handlungsalternative zu wählen, z.B. in einem Abhängigkeitsverhältnis. Möglicherweise liegt aber auch ein (innerer) Umstand vor, der die freie Willensbildung und Selbstbestimmung, die Erreichung der «eigenen» Ziele beeinträchtigt.¹² Besonders die *psychologische Forschung* und die *Verhaltensökonomik (Behavioral Economics)*¹³ schärfen das Bewusstsein dafür, dass der Mensch in verschiedener Hinsicht von der Hypothese eines rationalen egoistischen Nutzenmaximierers (sog. REM-Hypothese¹⁴) ab-

gemischten Paternalismus siehe Teil 1 II. B. 3; zum Konzept des *libertären Paternalismus* vgl. Teil 1 II. B. 10; zur Unterscheidung zwischen *direktem* und *indirektem* Paternalismus vgl. Teil 1 II. B. 11; zum *moralischen (Rechts-)Paternalismus* vgl. hinten, Fn. 3169; zum sog. «*Vernunftpaternalismus*» vgl. hinten, bei Fn. 339; zum *freiheitsmaximierenden Paternalismus* siehe hinten, bei Fn. 1070 und bei Fn. 3807 ff.; zum *asymmetrischen Paternalismus* vgl. hinten, bei Fn. 4770; zum *prozeduralen Paternalismus* oder *Verfahrenspaternalismus* siehe hinten, bei Fn. 4420 f.; zum *materiellen Paternalismus* siehe hinten, Fn. 4420; zum «*Gefährdungspaternalismus*» siehe hinten, Fn. 4440; zu den Verbindungslinien zwischen dem Paternalismus und dem wirtschaftswissenschaftlichen Konzept der *Meritokratie* bzw. den *meritorischen Gütern* vgl. KIRCHGÄSSNER, Rz. 2 f., 19, 24 ff. und 56; SCHNELLENBACH, Anschubsen, 452 f.

⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 177.

⁹ Vgl. insb. hinten, Teil 1 I. B. 2 und Teil 1 II. D.

¹⁰ Vgl. MÜLLER, Selbstbestimmung, 70 f. Beispiele gibt es viele: Der Einzelne raucht zu viel, er verweigert eine Einwilligung in eine lebensrettende Behandlung, er schädigt sein wirtschaftliches Fortkommen und sein gesellschaftliches Ansehen durch unbedachtes Veröffentlichendes von Kommentaren im Internet, er gibt Geld für Heilbehandlungen ohne jegliche wissenschaftlich nachgewiesene Wirkung aus, er schliesst unvorteilhafte Verträge ab oder verzichtet auf eine anwaltliche Vertretung in einem komplexen Rechtsstreit.

¹¹ Zu denken ist an den Nervenkitzel beim Extremsport, den Rausch beim Konsum von Drogen, den Erkenntnisgewinn beim Selbstversuch, den Tod beim unter grossen Schmerzen leidenden Patienten usw.; siehe dazu etwa FISCHER, 21 ff. und 67; VAN SPYK, 56; WOLF, Konflikte, 4 f.

¹² Vgl. WOLF, Konflikte, 4 f.; dazu näher hinten, bei Fn. 2042 ff. und 4246 ff.

¹³ Vgl. SCHMOLKE, 175 m.H.

¹⁴ SCHÄFER/OTT, 107 ff.

weicht.¹⁵ Seine insofern beschränkte Rationalität führt zu *Rationalitätsdefiziten*, «*Entscheidfehlern*»¹⁶ bzw. «*Verhaltensanomalien*» (im Sinne von Abweichungen von der REM-Hypothese¹⁷): Diese Defizite und «Fehler» können dazu führen, dass die Einzelne nicht die Option wählt, die im Licht ihrer eigenen Präferenzen die beste und vorteilhafteste wäre.¹⁸ Die zahlreichen Abweichungen vom «rationalen» Verhalten können hier nicht systematisch und erst recht nicht erschöpfend dargestellt werden.¹⁹ Doch dürfen sie – angesichts ihrer zunehmenden Bedeutung für die Frage nach der Gebotenheit und der Legitimität paternalistischer Interventionen (insbesondere im Rahmen des sog. *libertären Paternalismus*)²⁰ – nicht unberücksichtigt bleiben.

Anomalien können sich insbesondere in *zeitlicher* Hinsicht ergeben. So tendiert der Mensch dazu, seine *zukünftigen* Präferenzen oder seinen zukünftigen Nutzen mit Blick auf seinen *gegenwärtigen* (körperlichen oder emotionalen) Zustand – und deshalb häufig «falsch» – einzuschätzen (wer mit Hunger einkaufen geht, wird möglicherweise mehr kaufen, als er zu einem späteren Zeitpunkt eigentlich benötigt; oder es wird eine emotionale Beeinflussbarkeit in einer bestimmten späteren Situation falsch eingeschätzt, wenn die Entscheidung, sich in diese Situation zu begeben, in einem Zustand geistiger Ausgelassenheit getroffen wird) – es kommt dann zu einem «*projection bias*».²¹ Dieser «*projection bias*» kann auch dazu führen, dass der Einzelne die eigene «Widerstandskraft» in einer späteren Situation überschätzt und deshalb darauf verzichtet, vorgängig Massnahmen zum «Selbstschutz» zu treffen.²² Ferner neigen die Menschen dazu, etwas «auf die lange Bank zu schieben» und ihre langfristigen Präferenzen (z.B. nach Gesundheit oder einer guten Altersvorsorge) aufgrund von *Willensschwäche* und mangelnder *Selbstkontrolle* einer kurzfristigen Präferenz (z.B. nach fettigem Essen oder kurzfristigem Konsum) unterzuordnen.²³ Der Mensch unterliegt «Versuchungen» und verfügt nur über eine reduzierte «Selbstbeherrschung»; da die (negativen) Folgen eines bestimmten Verhaltens erst in der Zukunft eintreten – ein Nutzen aber sofort eintritt –, werden sie in der gegenwärtigen

¹⁵ KOLBE, 45 ff.

¹⁶ SCHMOLKE, 176.

¹⁷ Der Begriff der (Verhaltens-)Anomalien wird nicht als Synonym für «anomalies Verhalten» verstanden, sondern lediglich für Abweichungen von der REM-Hypothese, vgl. LEISTNER, Selbstverantwortung, Fn. 1; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, Fn. 4; die Rede ist auch von «*bias*», siehe LEISTNER, Behavioural Economics, Fn. 4.

¹⁸ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 109 ff.; SCHÄFER/OTT, XIV f. und 117 ff.; LEISTNER, Selbstverantwortung, 101 ff.; SCHMOLKE, 174 ff.

¹⁹ Vgl. dazu näher SCHMOLKE, 178 ff.

²⁰ Vgl. SCHÄFER/OTT, XIV f. und 133 ff.; hinten, Teil 1 II. B. 10.

²¹ Vgl. LEISTNER, Selbstverantwortung, 108 ff.; DERS., Behavioural Economics, 14 f.; KAHNEMANN/THALER, 222 ff.

²² LEISTNER, Behavioural Economics, 15.

²³ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 120 f.; SCHMOLKE, 195 f.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 7 und 50; JOOST, 141; SCHNELLENBACH, Anschubsen, 447 ff. und 452; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, 1479; um eine «Verhaltensanomalie» im engeren Sinn soll es sich dabei jedoch nicht handeln (VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 120); vgl. auch hinten, Teil 4 III. B. 8.

Entscheidung tendenziell weniger stark gewichtet.²⁴ Gerade dieses Selbstkontrollproblem bzw. die Abweichung zwischen *kurz- und langfristigen* Präferenzen nehmen in der neueren Paternalismuskonzeption eine wichtige Bedeutung ein.²⁵

Weiter tendieren Menschen zu *Überoptimismus* und *Selbstüberschätzung*: Sie kennen zwar das Risiko (z.B. eines Unfalls), denken aber fälschlicherweise, sie seien davon mit einer geringeren Wahrscheinlichkeit als andere betroffen (z.B. weil sie sich für überdurchschnittlich gute Autofahrer halten). Oder sie überschätzen ihre Fähigkeiten, später mit dem Rauchen aufhören zu können, oder gehen fälschlicherweise davon aus, sie seien mit einer geringeren Wahrscheinlichkeit von einer Krankheit betroffen als andere Menschen – die Rede ist dann auch von «*optimistic bias*» oder «*overconfidence bias*».²⁶ Aufschriften auf Zigaretten wie «*Rauchen tötet*» dürften (auch) vom Anliegen getragen sein, diesen «*overconfidence bias*» zu bekämpfen;²⁷ einem Überoptimismus im Strassenverkehr lässt sich beispielsweise mit einer Gurtentragungspflicht entgegenwirken.²⁸ Zudem ist häufig festzustellen, dass Menschen kleine (Gewinn-)Chancen überschätzen, was insbesondere die Attraktivität des Lottospielens erklärt.²⁹ Ferner neigen die Menschen dazu, die Dauer besonders emotionaler Gefühlszustände («*hot states*») – wie z.B. Verliebtheit, Leidenschaft oder Trauer und Depression – zu überschätzen;³⁰ oder es fällt ihnen schwer, in einem unaufgeregten Zustand («*cool state*») – wenn sie nicht hungrig, wütend, verängstigt oder sexuell erregt sind – einzuschätzen, wie sich in einem entsprechenden «emotionalen» Zustand («*hot state*») fühlen und verhalten werden («*hot-to-cold empathy gap*»).³¹

Weiter ist von Bedeutung, dass Menschen ihre Entscheidungen regelmässig mit Blick auf einen bestimmten Referenzpunkt treffen. Dieser Referenzpunkt ist in der Regel der *Status quo* oder die gegenwärtige Ausstattung bzw. der aktuelle Besitz- oder Vermögensstand und führt (u.a.) zu einem «*status quo bias*»; die Rede ist auch von Ausstattung- oder Besitzeffekt bzw. «*endowment effect*».³² Die Menschen haben einen Hang dazu, beim *Status quo* bzw. dem gegenwärtigen Besitzstand zu verbleiben, weil es ihnen nachteiliger erscheint, davon abzuweichen.³³ So tendieren die Menschen dazu, den Nutzen aus nicht realisierten Verlusten höher als denjenigen aus

²⁴ KOLBE, 52 ff.

²⁵ Vgl. KIRCHGÄSSNER, Rz. 31; SCHNELLENBACH, Anschubsen, 450; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 120.

²⁶ Vgl. ENGLERTH, Behavioral Law and Economics, 95 f.; SUNSTEIN, Progress Report, 136 f.; DERS., Regulation, 1358, und DERS., Why Nudge?, 44 ff. («*unrealistic optimism*»); SUNSTEIN/THALER, Nudge, 51 ff.; RACHLINSKI, Paternalism, 1172; SCHMOLKE, 185 ff.; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 119; EIDENMÜLLER, Paternalismus, 816; KOLBE, 48 f.

²⁷ Vgl. GRÜNE-YANOFF, 637.

²⁸ EIDENMÜLLER, Paternalismus, 815; s.a. hinten, bei Fn. 371 sowie Teil 4 III. C. 4. a) vii).

²⁹ Vgl. LOEWENSTEIN/HAISLEY, 226 f.

³⁰ Vgl. CAMERER et al., 1238; ferner BLUMENTHAL, Psychological Defense, 199; s.a. hinten, bei Fn. 4037.

³¹ GEORGE LOEWENSTEIN/DANIEL NAGIN/RAYMOND PATERNOSTER, The Effect of Sexual Arousal on Expectations of Sexual Forcefulness, Journal of Research in Crime and Delinquency 1997, 443 ff., 445; ferner BLUMENTHAL, Psychological Defense, 199.

³² VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 116 f.; SCHMOLKE, 190 f.; KAHNEMAN/KNETSCH/THALER, 194 ff.

³³ KAHNEMAN/KNETSCH/THALER, 197 ff.; ferner YEUNG, 126.

entsprechenden Gewinnen zu gewichten – der Verlust von 10 Franken erscheint ihnen schmerzhafter als ihnen der Gewinn von 10 Franken nutzbringend erscheint – sie zeigen eine Verlustaversion («*loss aversion*»).³⁴ Die Abhängigkeit von einem bestimmten Referenzpunkt bedeutet auch, dass der *Status quo* im Sinne einer vorgegebenen Option einer Veränderung vorgezogen wird (wobei hier auch Trägheit und Willensschwäche eine wichtige Rolle spielen dürften).³⁵ So macht es einen Unterschied, ob die Beschäftigten im Rahmen ihrer Anstellung automatisch in eine betriebliche Altersvorsorge aufgenommen werden – und sich beim Eintritt *dagegen* entscheiden müssen («*opt-out*») – oder ob sie sich bewusst *für* die Aufnahme aussprechen müssen («*opt-in*»). Müssen sich die Beschäftigten *gegen* die Aufnahme aussprechen, nehmen – immerhin in einer ersten Phase – mehr Beschäftigte an der Altersvorsorge teil, als wenn sie sich *für* die Aufnahme entscheiden müssen.³⁶ Mit der Abhängigkeit von einem bestimmten Referenzpunkt hängt auch zusammen, dass das menschliche Entscheidungsverhalten und die Ausbildung oder Bewertung der eigenen Präferenzen wesentlich davon abhängen, wie bzw. in welchem «Rahmen» verschiedene Entscheidungsalternativen dargestellt werden (*Framing*).³⁷ Gleichwertige Alternativen werden nicht gleichbehandelt, wenn sie unterschiedlich dargestellt werden: etwa einmal positiv, einmal negativ, z.B. einmal unter Betonung der Überlebenswahrscheinlichkeit, einmal unter Betonung des Sterberisikos (sog. *Framing-Anomalie*). Wenn einem Patienten mitgeteilt wird, dass 90% derjenigen Personen, die sich für eine Operation entscheiden, nach fünf Jahren noch am Leben sind, ist die Wahrscheinlichkeit einer Zustimmung zu dieser Operation grösser, als wenn er dahingehend informiert wird, dass 10% der Operierten nach fünf Jahren versterben. Ein Produkt ist ansprechender, wenn es den Hinweis enthält, dass es zu 90% fettfrei ist, als wenn darauf vermerkt ist, dass es 10% Fett enthält.³⁸

Diese verschiedenen Rationalitätsdefizite werfen nicht nur die – allerdings nicht neue³⁹ – Frage auf, ob sie paternalistisch «korrigiert» werden sollen,⁴⁰ sondern sie bieten auch Ansatzpunkte, um das menschliche Verhalten gezielt in eine Richtung zu lenken: etwa durch das Ausnutzen einer Willensschwäche oder die gezielte Setzung eines Referenzpunkts bzw. der Ausnützung von *Framing*-Effekten (z.B. um einen Patienten zu einem Eingriff zu bewegen).⁴¹ Das ist ein zentrales Element des sog. libertären Paternalismus und des in diesem Rahmen propagierten «*Nudging*». ⁴²

³⁴ SUNSTEIN, Progress Report, 131 ff.; KAHNEMAN/KNETSCH/THALER, 199 ff.; SCHMOLKE, 190.

³⁵ SUNSTEIN/THALER, Nudge, 18 und 55 f.; SUNSTEIN, Regulation, 1355.

³⁶ THALER/SUNSTEIN, Libertarian Paternalism, 176 f.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 4 ff., 32 und 40; s.a. hinten, bei Fn. 401; Vergleichbares gilt bezogen auf eine Widerspruchslösung, um die Verfügbarkeit von Organen zu erhöhen, siehe SCHAUB, S. 602 mit Fn. 101.

³⁷ KIRCHGÄSSNER, Rz. 6 und 32; s.a. hinten, bei Fn. 4897.

³⁸ Vgl. dazu SUNSTEIN, Regulation, 1353; ferner LEISTNER, Selbstverantwortung, 106 ff.; SUNSTEIN/THALER, Nudge, 57 ff.; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 115 ff.; SCHMOLKE, 191; KOLBE, 50 f.

³⁹ Hinten, Fn. 376.

⁴⁰ Vgl. SZERLETICS, 11; GUTWALD, 73.

⁴¹ LOEWENSTEIN/HAISLEY, 228.

⁴² Vgl. hinten, Teil I II. B. 10.

Beim «Paternalismus» handelt es sich zwar um eine durchaus *aktuelle*⁴³, aber nicht um eine neue Problematik: Spätestens mit der Anerkennung der Selbstbestimmung und der Gleichheit der Menschen als Grenze staatlichen Handelns wurde der Schutz vor sich selbst in verschiedensten Bereichen und aus verschiedensten Blickwinkeln *diskutiert*.⁴⁴ Paternalistisches Staatshandeln stellt denn auch keineswegs eine neue Erscheinung dar.⁴⁵ Dennoch bleiben die damit verbundenen Fragestellungen kontrovers⁴⁶, oft schwer zu bewältigen und teilweise unbeantwortet,

⁴³ Vgl. MICHAEL QUANTE, Reichweite und Grenzen des Anti-Paternalismus, in: Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2009, Berlin/New York 2009, 73 ff., ANDREAS KLEY, Geschichte des öffentlichen Rechts der Schweiz, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 467 f.; hinten, bei Fn. 94 ff. insb. 100 ff.

⁴⁴ Vgl. GRUNERT, 10; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 25; GKOUNTIS, 50; GUTMANN, Tradition, 153; vgl. zum Paternalismus in der politischen Theorie der *Aufklärung* eingehend HILLGRUBER, Schutz, 5 ff., und GRUNERT, 9 ff.; ablehnend gegenüber einem paternalistischen Staat KANT, Über den Gemeinspruch, 145f: «Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre, d.i. eine väterliche Regierung (*imperium paternale*), wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloss passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein sollen, bloss von dem Urteile des Staatsoberhaupts, und, dass dieser es auch wolle, bloss von seiner Gütigkeit zu erwarten: ist der grösste denkbare Despotismus (Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Recht haben, aufhebt).» (dazu näher KIRSTE, Paternalismus, 32 ff.; GUTMANN, Tradition, 164 ff.; GRUNERT, 11 f.); zur ablehnenden Haltung WILHELM VON HUMBOLDTS gegen ein paternalistisches Staatsverständnis vgl. etwa GKOUNTIS, 71 ff.; GUTMANN, Tradition, 170 ff.; KIRSTE, Paternalismus, 49 f.; ZUPPINGER, 32 ff.; grundlegend sind die paternalismuskritischen Ausführungen des liberalen Denkers und «Ahnherrn der Paternalismusforschung» (HEINIG, Paternalismus, 165) JOHN STUART MILL in seinem Werk «On Liberty», vgl. insb. S. 13 (Kap. I): «The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of civilized community, against his will, is to prevent *harm to others*» (Herv. d. Verf.; vgl. dazu MÖLLER, Paternalismus, 31 ff.; GKOUNTIS, 88 ff.; eingehend WOLF, Paternalismuskritik, 55 ff.; auf die Ausführungen MILLS wird noch näher einzugehen sein); zu erwähnen ist auch die von ALEXIS DE TOCQUEVILLE geäusserte Schreckensvision «eine[r] gewaltige[n], bevormundende[n] Macht», die «unumschränkt, ins einzelne gehend, regelmässig vorsorglich und mild» ist: «Sie wäre der väterlichen Gewalt gleich, wenn sie wie diese das Ziel verfolgte, die Menschen auf das reife Alter vorzubereiten; statt dessen aber sucht sie bloss, sie unwiderruflich im Zustand der Kindheit festzuhalten [...]. Sie arbeitet gerne für deren Wohl; sie will aber dessen alleiniger Betreuer und einziger Richter sein [...]; sie beschränkt die Betätigung des Willens auf einen kleinen Raum, und schliesslich entzieht sie jedem Bürger sogar die Verfügung über sich selbst.» (Über die Demokratie in Amerika, Zweiter Teil von 1840, Aus dem Französischen neu übertragen von Hans Zbinden, Zürich 1987, 463 f.).

⁴⁵ Vgl. VOLKMAN, Selbstbestimmung, 63; GEISER, Freiheitsentziehung, 310.

⁴⁶ SUNSTEIN, Why Nudge?, 3.

gerade auch aus einer *staats- und verfassungsrechtlichen* Sicht.⁴⁷ Diese (in der Schweiz m.E. vernachlässigte) verfassungsrechtliche Diskussion steht im Vordergrund dieser Untersuchung. Dabei will sie sich nicht auf den sog. *harten Paternalismus* beschränken, sondern auch den – weniger stark behandelten, aber durchaus (schwierige) Fragen aufwerfenden⁴⁸ – *weichen, autonomieorientierte Paternalismus* in den Blick nehmen. Weiter zu berücksichtigen ist der – in (verfassungs-)rechtlicher Hinsicht ebenfalls vertiefungsbedürftige⁴⁹ – *libertäre Paternalismus* und das sog. *Nudging*.⁵⁰

Trotz der Beschränkung auf verfassungsrechtliche Fragestellungen ist der Blick auf die Rechtsordnung *als solche* zu richten: Im Zivil- oder im Strafrecht identifizierte paternalistische Regelungen sind ebenfalls in die verfassungsrechtliche Diskussion einzuordnen.⁵¹ Eine Befassung mit der Paternalismusthematik aus (verfassungs-)

⁴⁷ Vgl. etwa HANGARTNER, Sterbehilfe, 18; DIGGELMANN, Präventionsstaat, Fn. 3; RIGOPOULOU, 20; SCHULZE-FIELITZ, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 2 II, Rz. 84; BLECKMANN, Staatsrecht II, Rz. 102; vgl. auch EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 41: «Similarly, the extent to which a State permits, or seeks to regulate, the possibility for the infliction of harm on individuals at liberty, by their own or another's hand, may raise conflicting considerations of personal freedom and the public interest that can only be resolved on examination of the concrete circumstances of the case [...]»

⁴⁸ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 110 ff., 140; MAYR, 48; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 21, 26 f. und 52; BARCZAK, 69; JOOST, 152; s.a. SCHNELLENBACH, Nudges, 271 und 275; gemäss POPE, 662, ist der «*soft paternalism*» hingegen nicht mehr wirklich von Interesse, hätten Ethik und Recht die Voraussetzungen für weich paternalistische Eingriffe doch hinreichend definiert. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden; s.a. hinten, bei Fn. 4002 ff.

⁴⁹ VAN AAKEN, Nudge, 83 f.

⁵⁰ Zu diesen Erscheinungsformen des Paternalismus siehe hinten, Teil 1 II. B. 7, 8 und 10.

⁵¹ Zur Relevanz der verfassungsrechtlichen Diskussion für das Betäubungsmittelstrafrecht SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 36 f. und 40 ff.; HAFFKE, 769 ff.; bezogen auf die politischen und rechtswissenschaftlichen Diskussionen rund um die betäubungsmittelrechtlichen Strafbestimmungen (Art. 19 ff. BetmG) beklagt ALBRECHT einen eigentlichen «Mangel an Respekt gegenüber der Verfassung» und den Freiheitsrechten (SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 35; DERS., Drogenjustiz, 29). Dem Gedanken der Selbstbestimmung kann sich richtigerweise auch das Strafrecht nicht verschliessen, besonders dort, wo die Einzelne freiwillig handelt und in eine Verletzung ihrer Rechtsgüter einwilligt, vgl. EGMR, Urteil vom 19. Februar 1997 i.S. *Laskey u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 21627/93, 21628/93 und 21974/93, Ziff. 44. Spezifische zivil- und strafrechtsdogmatische Problemfelder sind hingegen nicht Gegenstand dieser Untersuchung – z.B. die Diskussion des Paternalismus im Kontext der *Vertragsfreiheit* und der *Vertragsgerechtigkeit* (vgl. immerhin hinten, Fn. 3971) oder verschiedener *Straftheorien* und der strafrechtlichen *Rechtsguttheorie* (zu den sich mit Sinn, Zweck und Rechtfertigung befassenden Straftheo-

rechtlicher Sicht kommt auch nicht ohne Berücksichtigung anderer Wissenschaftsdisziplinen aus, namentlich der in der psychologischen und der *verhaltensökonomischen* Forschung gewonnenen Erkenntnisse über das menschliche Entscheidungsverhalten.⁵² Ebenso wenig können und dürfen die (*rechts-*)*philosophische* und die (*rechts-*)*ethische* Paternalismusdiskussion ausser Acht gelassen werden: Die dort angestellten Überlegungen schärfen den Blick für die auch aus verfassungsrechtlicher Sicht relevanten Fragen. Sie ermöglichen zudem eine Prüfung, ob die mit Hilfe grund- und verfassungsrechtsdogmatischer Überlegungen gewonnenen Erkenntnisse zentralen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen.⁵³ Dies ist nicht nur, aber besonders dann von Bedeutung, wenn man den Staat durch Art. 5 Abs. 1 BV (auch) dazu verpflichtet sieht, «richtiges» Recht – im Sinne eines grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen respektierenden Rechts – zu erlassen.⁵⁴ Ethische Überlegungen und Prinzipien können ferner bei der Interpretation der Menschenwürde und der Bestimmung grundrechtlicher Kerngehalte eine Rolle spielen;⁵⁵ ferner bei der Konkretisierung grundrechtlicher Schutzbereiche,⁵⁶ der Frage, welche Freiheitsbeschränkungen zulässig bzw. verhältnismässig sind,⁵⁷ und in Fällen, in welchen das Recht auf ausserrechtliche, moralische Überzeugungen und Vorstellungen (gute Sitten, öffentliche Ordnung) verweist.⁵⁸ Möglicherweise können sie in «Zweifelsfällen» auch Entscheidungsgesichtspunkte beisteuern, wenn dem positiven Recht (auch unter Zuhilfenahme der juristischen Methodik) für eine bestimmte

rien bzw. der sich mit dem «Schutzobjekt» der Strafe beschäftigenden Rechtsguttheorie im Einzelnen NIGGLI/MAEDER, 444 ff. und 447 ff.; weiterführend zur Problematik paternalistischer Verbote im Strafrecht etwa VON HIRSCH, 240 ff. m.H.).

⁵² Dazu vorne, bei Fn. 13 ff.; zu deren Relevanz im Konzept des libertären Paternalismus vgl. hinten, Teil 1 II. B. 10.

⁵³ Vgl. etwa MÖLLER, Paternalismus, 25 f. und 176 f.; RIGOPOULOU, 27 f.; SCHMOLKE, 9; OHLY, 63; s.a. VAN AAKEN, Nudge, 87; zur Rechtsphilosophie als «Gerechtigkeitskontrolle des positiven Rechts» KUNZ/MONA, Kap. 2, Rz. 23.

⁵⁴ So etwa ERRASS, 324 f. und Fn. 85; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2614; RHINOW, BV 2000, 172.

⁵⁵ ERRASS, 326.

⁵⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 1775.

⁵⁷ Vgl. BGE 126 I 112, E. 3b, BGE 118 Ia 427, E. 6a, BGer, 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 5a, 510, und BGE 115 Ia 234, E. 5b, wonach die unter dem Aspekt des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zulässigen Beschränkungen der persönlichen Freiheit auch «mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenene ethische Wertordnung» zu bestimmen sind; bezogen auf die Verhältnismässigkeit paternalistischer Eingriffe im Besonderen: SZERLETICS, 12; bezogen auf medizinische Zwangsmassnahmen ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 67.

⁵⁸ Vgl. MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 28, Rz. 17.

Frage keine eindeutige Antwort entnommen werden kann.⁵⁹ Zu berücksichtigen bleibt aber, dass über die Zulässigkeit und die Grenzen paternalistischer Regelungen in philosophischer Hinsicht keineswegs Einigkeit herrscht,⁶⁰ wenn auch zumindest ein sog. *harter* Paternalismus überwiegend auf Ablehnung stösst.⁶¹

B. Klarstellung: Fokussierung auf den *Schutz vor sich selbst*, nicht allgemein auf die «Freiheit» zur Selbstschädigung

1. Im Allgemeinen

Die vorliegende Untersuchung *konzentriert* sich auf die *speziell* gelagerte Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat dem Einzelnen in seinem *eigenen* («wohlverstandenen») Interesse Schutz und Fürsorge aufdrängen darf. Sie befasst sich *nicht* mit der *allgemeineren* Frage, ob und wie weit sich die Einzelne selbst einen «Schaden» zufügen darf *und* welche (legitimen) *Drittinteressen* einem derartigen Verhalten entgegenstehen könnten: Nicht jedes staatliche Handeln, das die Selbstbestimmung vermindert, ist schon für sich genommen «paternalistisch».⁶² Es ist damit nicht das Ziel dieser Arbeit, die Grenzen der «Selbstschädigung» oder gar der Selbstbestimmung *an sich* auszuloten. Vielmehr soll untersucht werden, ob

⁵⁹ VON DER PFORDTEN, *Rechtsethik*, S. 22 mit Fn. 5 und S. 204.

⁶⁰ Vgl. dazu übersichtsartig etwa MÖLLER, *Paternalismus*, 158 ff.; s.a. KOLBE, 116.

⁶¹ Vgl. SEELMANN/DEMKO, § 3, Fn. 36; hinten, bei Fn. 1813. Dabei sind vor allem zwei Argumente relevant: Einerseits wird auf den Stellenwert der Autonomie und die Freiheit vom Staat Bezug genommen und argumentiert, nur ein Schutz von Interessen Dritter sei damit vereinbar («deontologischer Anti-Paternalismus»); andererseits wird darauf verwiesen, dass ein (harter) Paternalismus dem Einzelnen letztlich mehr schadet als nützt («utilitaristischer Anti-Paternalismus»), vgl. dazu statt vieler LORENZO DEL SAVIO, *Determinants of Food Choices as Justifications for Public Health Interventions*, in: SCHRAMME, *Paternalism*, 247 ff., 249 f.; aus verfassungsrechtlicher Sicht sind – worauf noch näher einzugehen sein wird – beide Einwände von Bedeutung; sie lassen sich auch nicht klar voneinander trennen (Autonomie und Freiheit vom Staat als ein Element des individuellen Wohls); freilich findet ein harter Paternalismus – zumindest in einem gewissen Umfang – in der ethischen Diskussion auch Befürworteter, vgl. z.B. BEAUCHAMP, *Concept of Paternalism*, 85 ff.

⁶² Dazu näher hinten, Teil I II. B. 1 und 2; dass der Einzelne kaum je isoliert in der Gemeinschaft steht, hat auch nicht zur Folge, dass sich zwischen einem *Schutz vor sich selbst* und einem *Schutz von Dritten oder Allgemeininteressen* nicht differenzieren liesse – insbesondere kann die Einzelne auch als Teil der Allgemeinheit vor sich selbst geschützt werden, vgl. dazu (und zu teilweise abweichenden Meinungen) im Kontext der öffentlichen Sicherheit (und Ordnung) hinten, bei Fn. 3022 ff.

und inwiefern der Einzelnen das (absolute?) Recht darüber zusteht, ihre eigenen Interessen selbständig zu definieren und in die Tat umzusetzen, *ohne* hierbei vom Staat unter Berufung auf ihre «*eigenen*», *besser verstandenen* Interessen (sanft) gelenkt und allenfalls daran gehindert zu werden: Inwiefern darf der Staat «unklugem», «unvernünftigem» oder «selbstschädigendem» Verhalten *überhaupt* mit dem Argument entgegentreten, der Betroffene bedürfe eines Schutzes *vor sich selbst*?

Problemkreise wie z.B. der Suizid, Helmtragspflichten im Strassenverkehr, die Zwangsernährung hungerstreikender Strafgefangener, der Tabakkonsum oder die Nutzung von Liegenschaften in einem Hangrutschgebiet stehen damit nicht *in der Gesamtheit* der durch sie aufgeworfenen Fragen im Vordergrund. Sie sind einzig unter dem *speziellen Gesichtspunkt* zu beleuchten, ob der Staat eine Intervention auch damit rechtfertigen kann (oder muss), die Einzelne bedürfe *um ihrer selbst und ihrer eigenen wohlverstandenen* Interessen willen Schutz und Fürsorge.

Das bedeutet aber auch: Soweit die Untersuchung zum Schluss kommt, dass sich eine Beschränkung individueller Freiheiten mit der Anrufung wohlverstandener Interessen des Betroffenen selbst nicht rechtfertigen lässt, ist damit die Frage *nicht* beantwortet, ob allenfalls *andere* Gründe eine Beschränkung individueller Freiheiten rechtfertigen (können). Es wird verschiedentlich klarzustellen sein, dass gewisse Freiheitsausübungen zwar nicht unter Berufung auf die Interessen der Betroffenen selbst beschränkt, aber hierfür doch andere Gründe angeführt werden können.⁶³ Gesondert zu diskutieren ist die Frage, ob grundrechtliche Schutzbereiche mit Blick auf Dritt- und Allgemeininteressen zu bestimmen sind.⁶⁴

2. Zur eigenständigen Relevanz der Paternalismusproblematik

Man mag diese Beschränkung des Untersuchungsgegenstands – ja letztlich die Paternalismuskritik überhaupt – mit dem Einwand relativieren, dass es kaum Verhaltensweisen gebe, mit welchen die Einzelne lediglich *sich selbst* einen Schaden zufüge oder nur ihre *eigenen* (wohlverstandenen) Interessen tangiere. Tatsächlich wirkt sich ein «selbstschädigendes» Verhalten meistens – direkt oder indirekt, offensichtlich oder weniger offensichtlich – auf Dritte oder die Allgemeinheit aus.⁶⁵

⁶³ Vgl. bezogen auf die Sterbehilfe etwa hinten, bei Fn. 1449 ff.; s.a. gerade nachfolgend bei Fn. 66 ff.

⁶⁴ Dazu hinten, Teil 2 III. D.

⁶⁵ Darauf wird im Kontext der Paternalismuskritik regelmässig hingewiesen, vgl. etwa ENDERLEIN, 20; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156; ZUPPINGER, 7 f.; HOCHHUTH, Fn. 2; JOST, 51, s.a. 58; HILLGRUBER, Schutz, 63 und 158; MÜLLER, Selbstbestimmung, 82; WOLF, Paternalismuskritik, 62; VAN SPYK, 84; FISCHER, 206; LITWIN,

Der *Sprung von der Brücke* in suizidaler Absicht bringt möglicherweise Passanten in Gefahr,⁶⁶ ebenso der risikoreiche *Fallschirmsprung* von einem Hochhaus;⁶⁷ Ski- oder Snowboardfahrer, die sich in *Lawinengebiete* begeben, gefährden durch ein Auslösen von Lawinen nicht nur sich selbst, sondern auch Dritte.⁶⁸ Die Verweigerung einer *Baubewilligung* in einem Lawinen- oder Hangrutschgebiet kann sich zum Schutz ahnungsloser künftiger Bewohner oder Gäste rechtfertigen.⁶⁹ Wer sich nicht in *ärztliche Behandlung* begibt, bewirkt damit möglicherweise eine Gefährdung für Dritte (Verbreitung von Krankheiten, aggressives Verhalten wegen einer psychischen Störung).⁷⁰ Wenn der Staat als gemeinnützig anerkannte Institutionen dazu verpflichtet, in ihren Räumen die Inanspruchnahme von durch private Organisationen erbrachte *Sterbehilfe* zu dulden, stellt sich die Frage, ob eine solche Regelung mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Institution vereinbar ist.⁷¹ Nach der Rechtsprechung sind bei der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Suizidhilfe geleistet werden darf, auch die «geschützten Grundrechtspositionen der Pflegenden und Angehörigen» zu berücksichtigen.⁷² *Suchtverhalten* kann sich negativ auf die Familienangehörigen auswirken;⁷³ Entsprechendes gilt für das Eingehen *übermäßiger finanzieller* Verpflichtungen z.B. durch Konsumkredite.⁷⁴ Zu denken ist ferner an *psychische Belastungen Dritter*⁷⁵ (z.B. durch das Mitansehnemüssen eines Suizidversuchs oder das Miterlebenmüssen von krankheits- oder unfallbedingtem schwerem Leiden und Sterben⁷⁶). Eine Eigengefährdung kann auch zu einer Gefährdung der «*Retter*» führen, die das Un-

17, 19 f., 107, 194 und 244; ALEXY, Theorie, 328; RIGOPOULOU, 84; HETTICH, Rz. 105; vgl. bereits die Feststellungen bei VON JHERING, 544 ff.; VON HAYEK, 185; s.a. GUTMANN, Kritik, 251, der in diesem Zusammenhang die Auffassung vertritt, dass «[e]ine adäquate Kritik des Rechtspaternalismus [...] nicht auf die Behauptung der Existenz und Bedeutung einer lediglich selbstbezüglichen Verhaltenssphäre abstellen [darf], sondern [...] stärker die Konzeption vertreten [muss], dass bestimmte Handlungen und Entscheidungen des Einzelnen in jedem Fall zu schützen sind, und zwar auch dann, wenn Interessen anderer oder Belange der Allgemeinheit gegen diesen Schutz angeführt werden können» – die Bestimmung von Freiheitsbereichen, die vor *Allgemein- und Drittinteressen* stets den Vorrang genießen müssen (letztlich: grundrechtliche Kerngehalte), trägt m.E. jedoch nichts zur «Kritik» am Rechts*paternalismus* bei, geht es diesem eben doch gerade nicht um eine Beschränkung individueller Freiheiten unter Berufung auf Dritt- oder Allgemeininteressen.

⁶⁶ FISCHER, 209; RIGOPOULOU, 85 f.

⁶⁷ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506.

⁶⁸ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 603.

⁶⁹ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506; BGer, Urteil vom 17. Februar 1971, ZBl 1971, 473 ff., E. 6, 478 f.; s.a. GÖTZ/GEIS, § 10, Rz. 31; vgl. zu diesem Problemkreis auch hinten, bei Fn. 2350 und 4461.

⁷⁰ Vgl. z.B. BGE 118 Ia 427, E. 6b.

⁷¹ Vgl. dazu BGE 142 I 195, E. 5: i.c. keine übermäßige Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Heilsarmee als Eigentümerin eines Pflegeheims.

⁷² BGer 2C_9/2010, E. 2.3; ferner SCHWEIZER, Sterbehilfe, 47; BELSER/EGLI, 387 f.

⁷³ Vgl. etwa SCHWABE, 71.

⁷⁴ Vgl. BGE 119 Ia 59, E. 5d.

⁷⁵ VAN SPYK, 84.

⁷⁶ SCHWABE, 71; die Rede ist dabei auch von «immateriellen Kosten», siehe vgl. VITALE/PRIEZ/JEANRENAUD, Coût Social, 6 ff.; DIES., Soziale Kosten, 3.

fallopfer bergen wollen.⁷⁷ Möglicherweise führen gewisse – selbstschädigende – Verhaltensweisen auch zu *Nachahmungseffekten*.⁷⁸

Angeführt werden weitere Allgemeininteressen: Die Sorge um die Folgen «selbstschädigender» Handlungen für das *Zusammenleben in der Gemeinschaft*⁷⁹ bzw. der Schutz herrschender *Wert- und Moralvorstellungen* (relevant etwa bezogen auf eine eigentliche Entäusserung der eigenen Freiheit)⁸⁰. Zu erwähnen sind sodann die *sozialen Folgekosten*⁸¹, insbesondere durch Belastungen der Sozialversicherungen⁸² oder aufgrund von Arbeits- und Produktionsausfällen⁸³. Die gerade im Sozialversicherungsbereich bestehende *Verflechtung* des Einzelnen mit der Gemeinschaft macht die Abgrenzung zwischen Selbst- und Drittschädigung schwierig;⁸⁴ je stärker sie ausgeprägt ist, desto schwieriger fällt es, sich «neutral» gegenüber individuellen Verhaltensweisen und «Lebensentwürfen» zu verhalten.⁸⁵ An der Vermeidung von Kosten für die Gemeinschaft insbesondere durch Belastungen der Sozialversicherungen und der öffentlichen Fürsorge kann durchaus ein zulässiges öffentliches Interesse bestehen.⁸⁶ Entsprechendes gilt für das In-

⁷⁷ LITWIN, 19; ob es der Schutz der *Rettungskräfte* rechtfertigt, gegen gefährliche Handlungen Einzelner präventiv einzuschreiten (so TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 26; SCHENKE, Rz. 60; DENNINGER, Rz. 31), ist jedoch eine andere Frage: Freiverantwortliche Selbstgefährdungen vermögen m.E. jedenfalls keine staatliche *Hilfspflicht* zu aktualisieren (vgl. hinten, bei Fn. 461 und Teil 3 IV. B. 2); allerdings wird sich häufig nicht feststellen lassen, ob der Einzelne das Risiko tatsächlich freiwillig eingegangen ist.

⁷⁸ Vgl. LITWIN, 19; vgl. bereits VON JHERING, 546; s.a. Justizabteilung, 21. Januar 1975, VPB 1975 Nr. 69, 75 ff., 78.

⁷⁹ HEINIG, Paternalismus, 171.

⁸⁰ Vgl. BGE 138 III 322, E. 4.3.1, wonach es zu einer weitgehend anerkannten Wertordnung gehöre und für die schweizerische Rechtsordnung grundlegend sei, dass sich eine Person durch rechtsgeschäftliche Bindung *nicht gänzlich ihrer Freiheit entäussern könne* und einer Beschränkung ihrer Freiheit Grenzen gesetzt seien (Art. 27 Abs. 2 ZGB); ferner BGER 4A_660/2020, E. 3.1: «[...] Verbot übermässiger Bindung (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB), wenn diese eine offensichtliche und schwerwiegende Persönlichkeitsverletzung darstellt», als Element der Wertordnung in der Schweiz (s.a. BGE 144 III 120, E. 5.4); ferner BGER 2C_9/2010, E. 2.3: «Mit Blick auf die sich an die Sterbehilfe mit medizinischen Mitteln knüpfenden ethischen Fragen [...]»; GKOUNTIS, 19; s.a. GLOD, Paternalismus, 8 («foolishly risking one's life is a crime against nature [...]»); zu den engen Verbindungslinien zwischen Paternalismus und dem Schutz der «Moral» siehe hinten, Teil 3 IV. D.

⁸¹ Vgl. etwa MÜLLER, Selbstbestimmung, 78 und 82.

⁸² BGE 118 Ia 427, E. 6b; vgl. im Zusammenhang mit der Einführung eines Gurtenobligatoriums Botsch. Änd. SVG (1979), 254 f.

⁸³ RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 5; VITALE/PRIEZ/JEANRENAUD, Soziale Kosten, 3.

⁸⁴ Vgl. KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 100.

⁸⁵ Vgl. KOCH, 2.

⁸⁶ RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 60; vgl. betreffend die «*sozialen Folgekosten*» aufgrund eines schlechten Gesundheitszustands des Einzelnen: BGE 118 Ia 427, E. 6b; betreffend die *Verhütung von Kosten für die Allgemeinheit* aufgrund schwerer Unfälle: BGE 119 IV 260, E. 3b/bb (Helmobligatorium); betreffend den Schutz der «*Solidaritätssysteme*»

teresse an der Erhaltung der «Wirtschaftskraft».⁸⁷ Dass mit der Verhinderung von Kostenbelastungen für den Staat und die Solidargemeinschaft auch eine gewisse *fiskalische* Komponente verbunden ist,⁸⁸ beseitigt deren Qualifikation als legitimes öffentliches Interesse nicht.⁸⁹ Im Schutz bzw. in der Aufrechterhaltung der *Solidarität* in den Sozialversicherungen liegt zudem ein *sozialpolitisches* Ziel.⁹⁰ Die Verhinderung von sozialen Folgekosten kann auch *Freiheitsbeschränkungen* rechtfertigen.⁹¹

Die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einem Schutz vor sich selbst und einem Schutz von Dritten verschärfen sich, je diffuser die Gründe sind, die zur Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung zugelassen werden: Verunmöglicht eine (vollständige) Gesichtshüllung tatsächlich die für das gemeinsame Zusammenleben in der Gesellschaft («*living together*») notwendige soziale Interaktion («*social interaction*»; «*open interpersonal relationships*»)? Der EGMR erachtet diese Begründung durch das «*legitimate aim*» des Schutzes «der Rechte und

durch eine Gurtentragungspflicht: Botsch. Änd. SVG (1979), 254 f.; betreffend die «*Kostenexplosion im Gesundheitswesen*» bzw. die «Kontrolle» der Gesundheitskosten: BGE 118 Ia 427, 6d; BGE 110 Ia 99, E. 5d; BGER, Urteil vom 29. Juni 1990, ZBl 1991, 25 ff., E. 3c, 30 (Fluoridierung des Trinkwassers); BGE 140 I 218, E. 6.4, und BGER 2C_749/2021, E. 4.1 («*contrôle des coûts de la santé*»); MÜLLER, Zwangsmassnahmen, 169; GEISER, Freiheitsentziehung, 310; JOSET, Zwangsmedikation, 1432; betreffend das Interesse an einer «*spar-samen und wirtschaftlichen Versicherungspraxis*»: BGE 113 V 22, E. 4d; EVG, Urteil vom 17. März 2005, I 354/03, E. 3.1; BGER 9C_429/2013, E. 3.1; BGER 9C_916/2010, E. 3.3; betreffend die Vermeidung von *Sozialhilfeabhängigkeit*: BGE 130 I 71, E. 5.4; s.a. etwa BGE 111 V 357, E. 5c («finanzieller Schutz der Krankenkassen»).

⁸⁷ MÜLLER, Zwangsmassnahmen, 169; GEISER, Freiheitsentziehung, 310; JOSET, Zwangsmedikation, 1432; siehe ferner RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 60.

⁸⁸ Vgl. VAN SPYK, 90; WYSS, Öffentliche Interessen, S. 360 und 362 mit Fn. 893. Fiskalische Interessen lassen sich umschreiben als «finanzielle Interessen des Staates» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 483; SGK BV [2. Aufl.]-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 32; ferner FELIX UHLMANN, Gewinnerorientiertes Staatshandeln, Diss., Basel 1997, 231: «Massnahmen, bei denen der *finanzielle Nutzen des Gemeinwesens* dominiert.» [Herv. im Original]): *zum einen* an der Beschaffung und Vermehrung der für seine Aufgabenerfüllung notwendigen Mittel (vgl. SGK BV [2. Aufl.]-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 32; PLÜSS, Fn. 331; SCHLATTER, 33; PETERS, 750; BGE 138 I 378, E. 8.6.1; BGE 116 Ia 81, E. 6d). *Zum anderen* an der Schonung und dem Erhalt der vorhandenen Mittel, der Reduktion von Ausgaben, dem Schutz vor einer finanziellen Überforderung sowie dem möglichst verwaltungsökonomischen Einsatz der zur Verfügung stehenden Mittel (vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 358 ff.; OESCH, 376 und 378 ff.; PETERS, 750; BOLZ, 169; BJ, Gutachten SUVA, Ziff. 1.2.7 [«Schonung der Bundeskasse» als «fiskalisches Interesse»]).

⁸⁹ SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 483; OESCH, 376; BGE 138 I 378, E. 8.6.1; zur überholten Fiskustheorie, wonach «alle finanziellen Interessen der öffentlichen Hand fiskalische und damit privatrechtliche Interessen» und deshalb von den «öffentlichen, hoheitlichen Interessen» zu unterscheiden sind: UERPMANN, 126 ff.; vgl. auch hinten, Fn. 2294; s.a. bei Fn. 4444 ff.

⁹⁰ Vgl. BJ, Gutachten SUVA, Ziff. 1.2.7.

⁹¹ Zurückhaltend VAN SPYK, 90.

Freiheiten anderer» (Art. 8 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 2 EMRK) als gedeckt und hält das Verbot einer vollständigen Gesichtverschleierung im öffentlichen Raum für verhältnismässig.⁹²

Was also ist der Sinn und Wert einer Fokussierung auf den Schutz *vor sich selbst*? Dass es kaum Verhaltensweisen gibt, die sich nicht irgendwie auf Dritte auswirken – vielleicht mag man hier (noch) das Denken nennen⁹³ –, ist zunächst einmal nur eine Feststellung. Der speziell gelagerte Problembereich der aufgedrängten Fürsorge verliert deshalb nicht an eingeständiger Bedeutung:

- (1.) Relevant ist vielmehr, ob solche **Drittinteressen auch tatsächlich angeführt** werden, um individuelle Freiheiten zu beschränken. Dies ist keineswegs immer der Fall. So sind paternalistisch motivierte Freiheitsbeschränkungen in der schweizerischen Rechtsordnung durchaus häufig anzutreffen;⁹⁴ dabei kann der Schutz vor sich selbst die *ausschliessliche* oder doch zumindest die *primäre* Motivation sein: Ein Beispiel für einen «reinen» Paternalismus ist die Beschränkung der *Akteneinsicht im Interesse des Patienten* bzw. das sog. *therapeutische Privileg*.⁹⁵ Zu denken ist aber auch an die behördlichen Massnahmen des *Erwachsenenschutzes*, mit welchen in erster Linie das *Wohl der schwachen und hilfsbedürftigen Personen* und nicht dasjenige von Dritten geschützt werden soll⁹⁶ (Drittinteressen können eine Massnahme nur in Einzelfällen

⁹² EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 113 ff. (ablehnend Richter Nussberger und Jäderblom in ihrer *«joint partly dissenting opinion»*, Ziff. 1 ff.); EGMR, Urteil vom 11. Dezember 2017 i.S. *Belcacemi und Oussar* gegen *Belgien*, Nr. 37798/13, Ziff. 50 ff. (dort auch bezogen auf Art. 10 EMRK); kritisch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1483a (unzureichende Würdigung der «islamfeindlichen» und «intoleranten» Motive des Verhüllungsverbots); ebenfalls kritisch SGK BV-KLEY/MÜLLER/SCHINDLER, Art. 10a, Rz. 23; GRABENWARTER/PABEL, § 22, Rz. 43 (betreffend die Subsumption des *«living together»* unter den Schutz der Rechte und Freiheiten anderer); auch das in Art. 10a BV statuierte Verhüllungsverbot wurde seitens der Initianten (u.a.) mit der Wahrung des gemeinsamen, friedlichen Zusammenlebens gerechtfertigt, siehe Egerkinger Komitee, *Argumentarium*, 8, 22, 26 und 30; s.a. Botsch. Verhüllungsverbot, 2914 und 2935 f.; vgl. zum Verhüllungsverbot (Art. 10a BV) auch hinten, bei Fn. 3673 ff., insb. 3680 ff.

⁹³ ZUPPINGER, 7.

⁹⁴ So auch die Einschätzung von Wyss, *Öffentliche Interessen*, 305: siehe dazu hinten, Teil 1 II. D und die Beispiele bei Fn. 2311 ff. und 2341 ff.

⁹⁵ Dazu hinten, Teil 1 II. D, dort Ziff. (21.) bei Fn. 726 ff. sowie Teil 4 III. C. 4. a) vii).

⁹⁶ Art. 388 Abs. 1 ZGB; CHK ZGB-FOUNTOULAKIS, Art. 388, Rz. 2; GEISER, *Selbstbestimmungsrecht*, 14; ferner Botsch. *Erwachsenenschutz*, 7008 und 7042; FASSBIND, 28 und 40; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 1.10; ferner REUSSER, in: FHB *Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Rz. 2.2 («Schutz vor sich selbst» und «Schutz vor Drittpersonen, die eine Schwäche ausnützen können»); vgl. bezogen auf die umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB): BGer 5A_617/2014, E. 4.2 («protéger contre lui-même et contre l'exploita-

rechtfertigen;⁹⁷ teilweise dürften Drittinteressen zumindest berücksichtigt werden⁹⁸). Ausserdem bestehen zahlreiche staatliche Massnahmen, die im Interesse der Betroffenen selbst die Freiwilligkeit des Handelns absichern wollen (Schutz des Urteilsunfähigen, Schutz vor Übereilung usw.).⁹⁹ Schliesslich weist der heutige, (oft) umfassend mit dem (frühzeitigen) Erkennen und Bekämpfen von Risiken befasste Staat – zuweilen ist die Rede vom «Präventions-

tion par des tiers»); vgl. bezogen auf die *altrechtlichen Entmündigungsgründe* (aArt. 369 Abs. 1 und 370 Abs. 1 ZGB): KAFKA, Pflicht zur Selbstverantwortung, 49; s.a. BGer 5A_12/2012, E. 3.1 («protéger le faible contre lui-même et contre l'exploitation par des tiers»); dort bezogen auf aArt. 369 Abs. 1 ZGB); bezogen auf die *altrechtliche fürsorgliche Freiheitsentziehung* (heute: fürsorgliche Unterbringung): GEISER, Freiheitsentziehung, 310; bezogen auf die *altrechtliche Beiratschaft* (aArt. 395 ZGB): BGer 5A_580/2012, E. 4.2.1; BGer 5A_91/2011, E. 6.1; BGE 80 II 14, E. 1.

⁹⁷ Für medizinische Notfälle vgl. Art. 435 Abs. 1 ZGB (unerlässliche medizinische Massnahmen zum Schutz der betroffenen Person *oder* Dritter); siehe sodann Art. 427 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB (Zurückbehaltung freiwillig Eingetretener); ferner Art. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, wonach eine Behandlung ohne Zustimmung im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung auch dann zulässig ist, wenn «das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist» – allerdings ist die Nennung der Drittgefährdung hier ebenfalls von einer paternalistischen Motivation getragen: Es soll im Interesse des Patienten verhindert werden, dass er wegen einer Drittgefährdung für längere Zeit oder dauerhaft in der Anstalt zurückgehalten werden muss (Botsch. Erwachsenenschutz, 7069). Psychiatrische Anstalten sollen nicht zu reinen Verwahrungsanstalten ohne therapeutische Möglichkeiten verkommen (siehe Botsch. Erwachsenenschutz, 7069; CHK ZGB-BREITSCHMID/MATT/PFANNKUCHEN-HEEB, Art. 434, Rz. 3). Die Anordnung einer Behandlung soll nur dann gerechtfertigt sein, «wenn diese die Möglichkeit einer Entlassung aus der Klinik erheblich erhöht und beschleunigt oder wenn es darum geht, andere Personen innerhalb der Klinik zu schützen und dafür keine leichteren Massnahmen möglich sind» (BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435, Rz. 21).

⁹⁸ So sind bei einer *fürsorglichen Unterbringung* Interessen Dritter zu berücksichtigen (Art. 426 Abs. 2 ZGB), diese können für sich genommen eine fürsorgliche Unterbringung jedoch nicht rechtfertigen (Botsch. Erwachsenenschutz, 7062 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.173; FASSBIND, 319 f.; CHK ZGB-BREITSCHMID/MATT/PFANNKUCHEN-HEEB, Art. 426, Rz. 7; BGE 145 III 441, E. 8.3 f.; EGMR, Urteil vom 30. April 2019 i.S. T.B. gegen Schweiz, Nr. 1760/15, Ziff. 58 ff.; KGer GR, Entscheid vom 19. Februar 2014, ZK1 14 10, E. 4c); bei der Anordnung einer *Beistandschaft* sind die Interessen Dritter ebenfalls zu berücksichtigen (Art. 390 Abs. 2 ZGB) – auch hier gilt, dass diese Drittinteressen für sich genommen eine Beistandschaft nicht zu rechtfertigen vermögen (Botsch. Erwachsenenschutz, 7043; FASSBIND, Erwachsenenschutz, 230; FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390 ZGB, Rz. 30; BGer 5A_617/2014, E. 4.1).

⁹⁹ Zum weichen Paternalismus siehe vorne, Teil 1 II. B. 8; vgl. zu Anwendungsfällen hinten, Teil 1 II. D.

staat»¹⁰⁰ – ganz grundsätzlich die Tendenz auf, den Einzelnen (auch) vor Selbstschädigungen oder «unklugem» Verhalten in seinem wohlverstandenen eigenen Interesse zu schützen¹⁰¹ («Nanny State»¹⁰²). Besonders augenfällig ist dies beim Gesundheitsschutz bzw. bei der *Gesundheitsprävention*¹⁰³, insbesondere im Bereich des Genussmittelkonsums und der Ernährung;¹⁰⁴ befürchtet wird hier zuweilen eine eigentliche «Gesundheitsdiktatur» oder ein «Gesundheitswahn» («healthism»)¹⁰⁵.

Zu erwähnen sind die *Tabakprävention* (Werbebeschränkungen, Steuern, Informations- und Präventionskampagnen, Warnhinweise auf Tabakprodukten, Beschränkung der Erhältlichkeit von Tabakprodukten usw.¹⁰⁶)¹⁰⁷ sowie die Massnahmen zur Reduktion des

¹⁰⁰ Vgl. DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 330 f.; HETTICH, Rz. 91 ff., insb. 96 ff.; SUTTER, Schutz, 45 f.; BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 288; die vermehrte Befassung mit der Prävention von Gefahren wird als charakteristisch für einen «interventionistischen» «Steuerungsstaat» bezeichnet (vgl. RICHLI, Staatsaufgaben, Rz. 12; DERS., Zweck und Aufgaben, 153).

¹⁰¹ SUTTER, Schutz, 46, der zu Recht darauf hinweist, dass «der Schutz vor Selbstschädigung ein Ausmass erreicht hat, das in der bisherigen Lehre noch nicht erkannt worden ist»; illustrativ SENTI, 15; vgl. auch ENGI, Recht und Moral, 570, wonach der Staat zunehmend als «Helfer und Förderer» in Erscheinung trete; ferner KIENZERLE, 19; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 758; entsprechende Tendenzen finden sich im Ausland, vgl. bezogen auf Deutschland die Einschätzungen von BRUTTEL/STOLLEY, 768; ENDERS, Sozialstaatlichkeit, 42; GKOUNTIS, 18 und 23 f.; VOLKMANN, Selbstbestimmung, 64. Dabei mag es auch eine Rolle spielen, dass *neuartige Gefahren* entstanden sind, die verstärkt die Frage nach einem Schutz vor sich selbst aufwerfen (etwa bezüglich der Nutzung von *Social Media*). Von Bedeutung sind zudem *neue Erkenntnisse* über die Entstehung und Vermeidung von Gefahren, bezüglich negativer *Folgen* individuellen Verhaltens (etwa im Bereich der Ernährung, vgl. dazu – allerdings ohne konkrete Bezugnahme auf den Paternalismus – DIGGELMANN, Präventionsstaat, 333; DERS., Privatheit, 56 ff.) oder der Art und Weise, wie «rational» oder eben: begrenzt rational wir Entscheidungen treffen (vorne, bei Fn. 13 ff.).

¹⁰² COONS/WEBER, 1.

¹⁰³ ZENGER, 196 f.

¹⁰⁴ Vgl. BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 1 ff.; DIES., Gesundheitszwang, 221 ff. und 239 ff.; ferner KOLBE, 18 f.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 24; NOVENTA, Rz. 7; HUSTER, Erziehungsambitionen, 219 ff.; POPE, 660 f.; siehe bezogen auf die EU auch SCHUMANN, Edukatorisches Staatshandeln, 4 f.

¹⁰⁵ Vgl. KOLBE, 19; s.a. ZENGER, 224; PÄRLI, Selbstverantwortung, 715 ff.; so gewinnt man zuweilen tatsächlich den Eindruck, der Einzelne unterliege im Umgang mit seinem Körper und seiner Gesundheit einer «Rechtfertigungspflicht» (so BARCZAK, 66); vgl. auch hinten, bei Fn. 3438.

¹⁰⁶ Dass Tabakwerbung, die *Kinder und Jugendliche* erreicht, zu verbieten ist, ergibt sich gar aus der Verfassung selbst (Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV; vgl. hinten, bei Fn. 3343 f. und 3472 ff.).

¹⁰⁷ Freilich geht es hier auch um den Schutz Dritter (Passivrauchen) und v.a. die Vermeidung volkswirtschaftlicher Kosten (vgl. etwa Botsch. TabPG, 927). Das neue Tabakprodukte-

Alkoholkonsums. So lautete die alkoholpolitische Vision des Bundes 2008–2016: «*Wer alkoholische Getränke trinkt, tut dies ohne sich selber und anderen Schaden zuzufügen.*»¹⁰⁸ Hinzuweisen ist ferner auf Bestrebungen zur Reduktion des *Übergewichts* durch verschiedenste Kampagnen und Programme¹⁰⁹ oder zur Verminderung des *Salzkonsums*¹¹⁰.

Bereits vor diesem Hintergrund zeigt sich die eigenständige Bedeutung der Frage, ob und inwiefern ein Schutz vor sich selbst ein legitimes staatliches Handlungsziel sein kann.

- (2.) Die Frage nach der Zulässigkeit paternalistischen Staatshandelns aktualisiert sich zudem mit Blick auf **neue Regulierungsansätze** – namentlich auf den sog. *libertären Paternalismus* –, die ganz gezielt wohlverstandene Interessen auch ohne aktuelles Einverständnis des Einzelnen schützen und befördern wollen.¹¹¹ Um solche Ansätze verfassungsrechtlich einordnen zu können, ist eine Befassung mit der Zulässigkeit und den Grenzen eines Schutzes vor sich selbst unerlässlich.

gesetz (TabPG) bezweckt aber keinesweg nur die Vermeidung volkswirtschaftlicher Kosten, sondern steht auch im Dienste des *Gesundheitsschutzes*, ohne aber darüber zu erwägen, ob der Einzelne den Schutz für sich tatsächlich will (Botsch. TabPG, 927 und 936); dass «die Hälfte der Raucherinnen und Raucher angeben, sie würden den Konsum von Tabakprodukten gerne aufgeben» (Botsch. TabPG, 926), ist lediglich eine Feststellung: Ob die Betroffenen zu diesem Zweck auch staatliche Massnahmen befürworten, ist eine andere Frage; zur paternalistischen Motivation der Tabakprävention vgl. auch WOLF, Paternalismuskritik, 62 f.; VOLKMANN, Selbstbestimmung, 64.

¹⁰⁸ Siehe Nationales Programm Alkohol (NPA) 2013–2016 – Überblick, 8, und Nationales Programm Alkohol (NPA), Bericht für die Jahre 2008–2012, 5 und 35 f. (beide Dokumente sind abrufbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Politische Aufträge & Aktionspläne > Politische Aufträge zur Alkoholprävention > Alkoholpolitik > Nationales Programm Alkohol); zur paternalistischen Motivation der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs s.a. hinten, bei Fn. 125. Allerdings spielen hier auch Drittinteressen eine wichtige Rolle: Zu denken ist an die Auswirkungen übermässigen Alkoholkonsums auf die Familie, alkoholbedingte Unfälle, Krankheitskosten, Arbeits- und Produktionsausfälle oder gewalttätiges Verhalten, vgl. NPA, Bericht für die Jahre 2008–2012, 5; Botsch. Totalrev. AlkG, 1337 ff.; Bericht des Bundesrates vom 26. Oktober 1965 an die Bundesversammlung über das Volksbegehren zur Bekämpfung des Alkoholismus, BBl 1965 III 41 ff., 46 ff.; Entscheid der Eidg. Alkoholrekurskommission vom 8. Juni 2000, VPB 64.115, E. 7b.

¹⁰⁹ Vgl. dazu den Überblick bei BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 189 ff.; solche Bestrebungen bezwecken zwar auch eine Senkung der sozialen Folgekosten (Arbeitsausfälle, Gesundheitskosten usw.), eine gleichzeitig *paternalistische* Motivation lässt sich ihnen aber kaum absprechen (vgl. BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 5 und 7).

¹¹⁰ Vgl. dazu die «Salz Strategie 2013–2016» des Bundes (abrufbar unter: www.blv.admin.ch > Lebensmittel und Ernährung > Ernährung > Produktzusammensetzung > Salzreduktion).

¹¹¹ Vgl. bereits vorne, bei Fn. 443; zum libertären Paternalismus siehe hinten, Teil 1 II. B. 10.

- (3.) Weiter ist zu bedenken, dass sich gewisse Interventionen zum Vornherein **nicht mit Drittinteressen begründen lassen**, weshalb sich dort besonders die Frage stellt, ob und inwiefern eine «treuhänderische» Wahrnehmung von Interessen des Betroffenen ohne dessen Zustimmung zulässig ist. So lässt sich eine Zwangssterilisation nicht mit «gesellschaftspolitischen» Interessen oder sonstigen Drittinteressen rechtfertigen, sondern kann nur mit Blick auf das wohlverstandene Interesse der oder des Einzelnen (überhaupt) zulässig sein.¹¹²
- (4.) Die «Schutz vor sich selbst»-Problematik ist auch in anderer Hinsicht von Bedeutung: So werden zuweilen Freiheitsbeschränkungen gegenüber gewissen Personen mit einem notwendigen **Schutz vor sich selbst anderer Personen** begründet; etwa bei der Frage, ob einer Person das Recht auf Meinungsäusserung mit der Begründung beschnitten werden darf, dass die Informationsempfängerinnen und -empfänger vor sich selbst zu schützen sind.¹¹³ Oder es werden – im Rahmen der *Verhältnismässigkeitsprüfung* – die **Erforderlichkeit und die Zumutbarkeit** einer Freiheitsbeschränkung (auch) mit paternalistischen Argumenten begründet.¹¹⁴ Zuweilen scheint es gar so, als würde der Schutz vor sich selbst angerufen, um unpopulären, umstrittenen oder rechtsstaatlich (zuweilen) als bedenklich eingestuften Zielen zum Durchbruch zu verhelfen (etwa wenn «Burkaverbote» mit dem Schutz der Frauen und ihrer Würde gerechtfertigt werden;¹¹⁵ oder wenn Berufsverbote für Pädokriminelle auch mit dem Schutz der Straftäter vor sich selbst begründet werden¹¹⁶).¹¹⁷ In all diesen Fällen ist die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen eines Schutzes vor sich selbst durchaus aktuell und bedeutsam.

¹¹² BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 99; vgl. die Regelung in Art. 7 Abs. 2 Bst. a Sterilisationsgesetz; allerdings sollen Interessen Dritter, namentlich der Angehörigen, zumindest *mitberücksichtigt* werden können; dazu auch hinten, bei Fn. 705.

¹¹³ Hinten, bei Fn. 2325.

¹¹⁴ Vgl. hinten, Teil 5 III, dort Ziff. (5.); s.a. das Beispiel hinten, bei Fn. 133 f.

¹¹⁵ Vgl. Fn. 926.

¹¹⁶ Ein Berufsverbot für pädokriminelle Straftäter (eidgenössische Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen», vgl. dazu BBl 2012 8819 ff. und Art. 123c BV) wurde von seinen Befürwortern im Abstimmungskampf auch damit gerechtfertigt, dass es dem Schutz der Täter vor sich selbst diene, vgl. NZZ vom 8. April 2014, 12; NZZ vom 2. April 2014, 23; Aargauer Zeitung vom 24. März 2014, 4. Selbstverständlich handelt es sich beim Schutz von Kindern um eine zentrales staatliches Anliegen. Auch *Bettelverbote* werden (u.a.) mit dem Schutz der «Bettlerinnen» und «Bettler» selbst begründet, siehe BGer 1C_443/2017, E. 4.3.2.

¹¹⁷ Zur Verschleierung von *Dritt- und Allgemeininteressen* mit einem (vorgegebenen) Schutz vor sich selbst s.a. BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 12.

(5.) Und selbst wenn für eine Freiheitsbeschränkung (**auch**) **Drittinteressen angeführt** werden, vermag dies die rechtliche Relevanz der Paternalismusproblematik nicht zu beseitigen¹¹⁸ und rückt sie auch nicht in die Nähe einer «Scheinproblematik»¹¹⁹:

(a.) Zunächst kann es sein, dass die Dritt- und Allgemeininteressen **lediglich vorgeschoben** werden, um eine paternalistische Motivation zu *verschleiern* oder zu verbergen.¹²⁰ Möglicherweise geht es bei den angerufenen Dritt- und Allgemeininteressen auch um gar nichts anderes als um staatlichen Paternalismus. Der eigentliche Zweck, an dem die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung gemessen werden muss, ist in solchen Fällen der *Schutz vor sich selbst*.

Werden gesetzliche Restriktionen des Verkaufs gewisser Produkte damit gerechtfertigt, dass die betreffenden Branchen (z.B. Tabakfirmen, Hersteller von Softdrinks) **keinen Nutzen aus der Schädigung anderer ziehen sollen**, liegt eine Verschleierung in Wahrheit paternalistischer Gründe nahe: Es wird der Umstand negiert, dass der «Geschädigte» eine eigenverantwortliche Person ist und die «Schädigung» seiner Gesundheit durchaus freiverantwortlich in Kauf nehmen kann.¹²¹ Auch mit der Anrufung des (diffusen) Gutes der **Volksgesundheit** oder der öffentlichen Gesundheit lässt sich ein «Schutz vor sich selbst» verbergen.¹²² Als besonders tauglich, paternalistische Zwecksetzungen zu verschleiern, erweist sich die Argumentation mit den **sozialen Folgekosten**, insbesondere den **Belastungen der Sozialversicherungen** durch selbstschädigendes Verhalten.¹²³ Dies in mehrerlei Hinsicht:

- Unter Berufung auf die sozialen Kosten kann auf «selbstschädigendes» Verhalten zum Schutz Dritter nur insofern eingewirkt werden, als dies tatsächlich zu Kosten für die *Allgemeinheit* führt. Die nachteiligen Folgen für das psychische Wohlbefinden des *Einzelnen* (Verschlechterung der Lebensqualität, physisches und psychisches Leiden usw.) kann man zwar ebenfalls als soziale Kosten begreifen;¹²⁴ bei deren (aufgedrängten) Verhinderung im wohlverstandenen Interesse des davon Betroffenen selbst handelt es sich aber um staatlichen – und entsprechend rechtfertigungsbedürftigen – Paternalismus. Die paternalistische Motivation der Bekämp-

¹¹⁸ Vgl. SCHWABE, 71; EIDENMÜLLER, Effizienz, 370.

¹¹⁹ In diese Richtung aber BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 137 f.; ferner bereits VON JHERING, 542 ff., insb. 544 ff.

¹²⁰ Vgl. GKOUNTIS, 20, 22, 24, 45 und 48; SCHÜNEMANN, 226 und 230 ff.; WOLF, Paternalismuskritik, 62; RIGOPOULOU, 22; vgl. auch VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 136; ferner HUSTER, Erziehungsambitionen, 223, wonach das «Verbot einer paternalistischen Erziehungspolitik» zu «Heuchelei» führen könne.

¹²¹ Vgl. WOLF, Paternalismuskritik, 62.

¹²² Vgl. GKOUNTIS, 48; SCHÜNEMANN, 232; dazu auch hinten, bei Fn. 3049 ff.

¹²³ Vgl. RIGOPOULOU, 96 ff.; VAN AAKEN, Nudge, Fn. 125, S. 89 mit Fn. 26 und S. 109; FLANIGAN, 234 f.; vgl. bereits vorne, bei Fn. 213.

¹²⁴ VITALE/PRIEZ/JEANRENAUD, Coût Social, 6 ff.

fung des Alkoholmissbrauchs zeigt sich u.a. darin, dass unter die sozialen Kosten der Alkoholabhängigkeit auch die immateriellen Kosten gerechnet werden, die für die Einzelne aus einer Verschlechterung ihrer *eigenen* Lebensqualität resultieren.¹²⁵

- Zu fragen ist, ob der Gemeinschaft Kosten *tatsächlich anfallen* oder ob sie nicht beim Einzelnen verbleiben bzw. ohnehin bereits von ihm getragen werden (Selbstbehalte; Steuern auf Alkohol und Tabak usw.).¹²⁶ Ferner kann ein selbstschädigendes Verhalten die Sozialsysteme auch entlasten, etwa weil bei einem frühen Versterben altersbedingte Krankenbehandlungskosten wegfallen oder ein frühes Versterben die AHV und die Pensionskassen entlastet.¹²⁷ Es darf deshalb nicht vorschnell unterstellt werden, dass das Rauchen tatsächlich zu einer Kostenbelastung der Allgemeinheit führt.¹²⁸
- Schliesslich ist nicht zu vergessen, dass die Kosten aus einem risikoreichen Verhalten *grundsätzlich* auch bei der Einzelnen verbleiben bzw. ihr überbürdet werden können (höhere Versicherungsprämien für gewisses risikoreiches Verhalten und insbesondere: *Verweigerung oder Kürzung* von Versicherungsleistungen für selbstverschuldete Gefahren oder das Eingehen bestimmter Risiken¹²⁹).¹³⁰ Dies *relativiert* die sozialen Folgekosten als Argument für die Beschränkung individueller Freiheiten.¹³¹ Wird z.B. eine Helmtraspflicht mit der Belastung der Sozialversicherungen begründet, obwohl sich selbige mit einer Leistungsverweigerung

¹²⁵ Siehe zu dieser Berechnung der sozialen Kosten Botsch. Totalrev. AlkG, 1337 mit Fn. 34; vgl. zur paternalistischen Motivation der Alkoholpolitik bereits vorne, bei Fn. 108.

¹²⁶ Vgl. dazu VITALE/PRIEZ/JEANRENAUD, Soziale Kosten, 13 ff.; DIES., Coût Social, 109 f., 95 ff.; BARBARA FISCHER/BEATRICE MÄDER/HARRY TELSER, Volkswirtschaftliche Kosten von Sucht, Studie im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit BAG, Olten 2021, 86 f.

¹²⁷ Vgl. SCHWABE, 72; RIGOPOULOU, 97; ENGLERTH, Wert des Rauchens, 249 f.; bezogen auf die nichtbezahlten Altersrenten vgl. insbesondere VITALE/PRIEZ/JEANRENAUD, Soziale Kosten, 17 f.; DIES., Coût Social, 109 f., 113.

¹²⁸ Vgl. VITALE/PRIEZ/JEANRENAUD, Soziale Kosten, 18; DIES., Coût Social, 113 ff., insb. 115; W. KIP VISCUSI, The Governmental Composition of the Insurance Costs of Smoking, Journal of Law and Economics 1999, 575 ff. und die Zusammenfassung auf S. 605; ferner SENTI, 15.

¹²⁹ Die Möglichkeit zur Leistungskürzung oder -verweigerung bei einer *vorsätzlichen* Herbeiführung des Versicherungsfalls sieht Art. 21 Abs. 1 ATSG vor; vgl. ferner die Regelung von Art. 37 UVG, die zudem gewisse Fälle (grob-)fahrlässigen Verhaltens erfasst (vgl. betreffend das *Nichttragen von Sicherheitsgurten*: BGE 118 V 305 und BGE 109 V 150; betreffend das *Nichttragen des Schutzhelms* durch einen Mofafahrer: BGE 121 V 45); im Bereich der Unfallversicherung bestehen zudem Regelungen zur Leistungsverweigerung oder -kürzung für das Eingehen von *aussergewöhnlichen Gefahren* und *Wagnissen* (Art. 39 UVG i.V.m. Art. 49 f. UVV; Beispiele für Wagnisse finden sich in BGE 141 V 37, E. 4.1) – zum Zweck solcher Bestimmungen, die Versichertengemeinschaft vor übermässigen und unzumutbaren Belastungen der von ihnen mitfinanzierten Versicherungen zu schützen, vgl. BGE 97 V 72, E. 2d, und BGE 134 V 315, E. 4.5.1.1.

¹³⁰ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, Fn. 91; KIRCHGÄSSNER, 28; VAN SPYK, 90; HILLGRUBER, Schutz, 102; FISCHER, 259 f.; RIGOPOULOU, 94; LISKEN, 3055.

¹³¹ Vgl. FLANIGAN, 241 ff.

vermeiden liesse, stellt sich zumindest die Frage, ob das Kostenargument eine paternalistische Absicht verschleiern soll; geht es in Wahrheit nicht darum, den Einzelnen in dessen eigenem, wohlverstandenen Interesse von einem «unklugen», «gefährlichen» Verhalten abzuhalten?¹³² Allerdings wird zuweilen argumentiert, mit einer Busse belastet zu werden, stelle für die Einzelne einen weniger weit gehenden Eingriff dar, als im Fall eines Unfalls (rigorose) Leistungskürzungen erdulden zu müssen.¹³³ Das ist jedoch eine problematische Begründung, die zudem selbst einen paternalistischen Einschlag aufweist: Die Verhältnismässigkeit wird unter Berufung auf wohlverstandene Interessen bejaht, nämlich dass es besser sei, eine Busse zu bezahlen (bzw. unter Androhung einer Strafe zu einem Verhalten verpflichtet zu werden), als mit einer (umfassenden) Leistungskürzung konfrontiert zu werden. Der Einzelnen wird damit in ihrem eigenen, «besseren» Interesse die Freiheit genommen, eine Leistungskürzung in Kauf zu nehmen, obwohl sie das durchaus bevorzugen kann.¹³⁴ Allerdings bleibt die – hier nicht im Einzelnen zu diskutierende – Problematik, dass Leistungsverweigerungen oder -kürzungen nicht immer geeignet sind, soziale Folgekosten (vollumfänglich) zu vermeiden.¹³⁵

Auch mit der Anrufung der *öffentlichen Sittlichkeit* oder der *guten Sitten* lassen sich paternalistische Zwecke verschleiern. Zudem geht es bei Freiheitsbeschränkungen zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit häufig um nichts anderes als um Paternalismus.¹³⁶ Ganz ähnlich verhält es sich bezogen auf die *Menschenwürde*.¹³⁷ Wer-

¹³² Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 102.

¹³³ Vgl. (bezogen auf eine Pflicht zum Tragen von Sicherheitsgurten) die Argumentation in der Botsch. Änd. SVG (1979), 255 f.

¹³⁴ Vgl. auch vorne, bei Fn. 114.

¹³⁵ So ist zu bedenken, dass gewisse Leistungen mit Blick auf die Menschenwürde und namentlich das in Art. 12 BV enthaltene Recht auf Hilfe in Notlagen erbracht werden *müssen*; auch werden bei einer Leistungskürzung oder -verweigerung die Kosten u.U. auf andere Versicherungszweige verlagert, insbesondere auf die – grundsätzlich *ursachenunabhängig* ausgestaltete (Final- oder Finalitätsprinzip; vgl. RUDOLF URSPRUNG/DOROTHEA RIEDI HUNOLD, Verfahrensgrundsätze und Grundrechtsbeschränkungen in der Sozialhilfe, ZBl 2015, 403 ff., 404 und 406; PASCAL COULLERY/NATHALIE MEWES, Sozialhilferecht, in: Markus Müller/Reto Feller [Hrsg.], Bernisches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2021, Kap. 12, 743 ff., Rz. 42; GÄCHTER, Komm. zu Art. 111 KV ZH, Rz. 1) – *Sozialhilfe* (vgl. RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 495, 568 f. und 574; SCHWABE, 73; Botsch. Änd. SVG [1979], 256). Ausserdem kann es Schwierigkeiten bereiten, den für eine Leistungsverweigerung oder -kürzung erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden nachzuweisen (vgl. dazu RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 160 ff., 502 f., 511, 555, 567 und 573). Auch mag es im Einzelfall anspruchsvoll sein, ein Verschulden zu begründen (z.B. dass gewisse Sicherheitsmassnahmen unterlassen wurden), falls dies für eine Leistungskürzung erforderlich ist (vgl. Botsch. Änd. SVG [1979], 248 und 256). Ob dies alles ausreichende Gründe sind, um ein *Verbot* gewisser «selbstschädigender» Verhaltensweisen oder *Verhaltenspflichten* (z.B. Gurtentragpflichten) zu rechtfertigen, ist jedoch eine andere Frage; s.a. hinten, bei Fn. 701.

¹³⁶ Vgl. hinten, Teil 3 IV. D.

¹³⁷ Vgl. hinten, bei Fn. 977.

den Minderjährige aus den Gründen des *Kinder- und Jugendschutzes* in ihrem wohlverstandenen Interesse mit Freiheitsbeschränkungen belastet, ändert dies nichts daran, dass es sich hierbei um paternalistische Massnahmen handelt. Auch hinter der Anrufung der *Geschlechtergleichheit* können sich paternalistische Motive verbergen, insbesondere im Zusammenhang mit «Burkaverboten».¹³⁸

Je *diffuser* die angegebenen Gründe des Allgemeinwohls sind, desto eher stellt sich die Frage, ob es nicht (zumindest) auch um eine paternalistische Durchsetzung des «objektiv» Vernünftigen geht.

Unter diesem Aspekt erscheint es zumindest «suspekt», wenn eine Helmtraggpflicht für Motorradfahrer damit begründet wird, der bewusste Verunfallte sei nicht in der Lage, weiteren Schaden von anderen am Unfall beteiligten Personen abzuwenden.¹³⁹

Mit Blick auf solche Verschleierungsmöglichkeiten sind die vom Verfassungs-, Gesetz- oder Ordnungsgeber für eine Freiheitsbeschränkung angeführten Gründe jeweils kritisch zu hinterfragen.¹⁴⁰

(b.) Selbst bei *einer gemischten Zwecksetzung (gemischter Paternalismus)*¹⁴¹ wird die «Schutz vor sich selbst»-Problematik nicht irrelevant:

(i.) Zunächst ist es durchaus möglich, dass der Schutz vor sich selbst zwar als Mitbegründung angegeben wird, *aber für sich genommen nicht ausreicht*, um eine Massnahme zu rechtfertigen: Weil an ihm kein (verfassungsrechtlich zulässiges) öffentliches Interesse besteht oder er sich als unverhältnismässig erweist. Dann aber müssen die anderen, *nicht paternalistischen* Gründe *allein* ausreichen, um die Freiheitsbeschränkung zu rechtfertigen.¹⁴² Dies ist zwar keineswegs ausgeschlossen,¹⁴³ aber jeweils gesondert zu prüfen.¹⁴⁴

¹³⁸ Vgl. Richter Tulkens, abweichende Meinung zum Entscheid des EGMR vom 10. November 2005 i.S. *Leyla Şahin* gegen *Türkei*, Nr. 44774/98, Ziff. 12; zur Geschlechtergleichheit im Kontext paternalistischen Staatshandelns vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 2. i) v).

¹³⁹ Vgl. die Hinweise in Fn. 596; kritisch auch ENDERLEIN, 139; HILLGRUBER, Schutz, 97 f.

¹⁴⁰ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 89 und 109; ENDERLEIN, 232 ff.

¹⁴¹ Dazu hinten, Teil 1 II. B. 3.

¹⁴² Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 14; BIRNBACHER, 26.

¹⁴³ Vgl. HEINIG, Paternalismus, 175 ff. – allerdings sollte man entgegen HEINIG, Paternalismus, 176 f., nicht sagen, die nicht paternalistische Motivation könne auch das «paternalistische Moment» bzw. den «Malus» des Paternalismus innerhalb einer gemischt paternalistischen Massnahme rechtfertigen: Rechte Dritter können einen Schutz *vor sich selbst* nicht rechtfertigen (vgl. auch hinten, bei Fn. 3715 ff.).

¹⁴⁴ Vgl. auch BIRNBACHER, 26; bezogen auf die Betäubungsmittelgesetzgebung siehe WOHLERS/WENT, 302 f. und 322.

- (ii.) Und wenn umgekehrt die *nicht paternalistischen* Zwecke eine Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten *nicht* rechtfertigen können (kein zulässiges öffentliches Interesse, unverhältnismässiger Eingriff, Verletzung des Kerngehalts¹⁴⁵), dann stellt sich die Frage, ob die *paternalistischen* Zwecke ausreichen. Hier entspannt sich das spezifische mit dem Schutz vor sich selbst verbundene Legitimationsproblem;¹⁴⁶ das *paternalistische* Moment einer staatlichen Handlung ist aufgrund der Wahrnehmung (wohlverstandener) Interessen des Einzelnen von einer besonderen Eingriffsqualität und bedarf einer differenzierten Prüfung.¹⁴⁷

Wird eine Massnahme mit dem Schutz vor sich selbst und den **sozialen Folgekosten** begründet, ist zu prüfen, ob tatsächlich solche Kosten anfallen. Das kann – wie gezeigt – durchaus zweifelhaft sein; oder es bestehen autonomiechonendere Wege, um die Kosten zu verhindern (Leistungskürzungen, Erhöhung von Steuern usw.).¹⁴⁸ Dann bleiben nur die paternalistischen Argumente.¹⁴⁹

Für die **Zwangsernährung** eines (freiverantwortlich) hungerstreikenden Strafgefangenen werden häufig sowohl paternalistische Argumente (Schutzpflichten aus Art. 2 EMRK) *als auch* Drittinteressen (Glaubwürdigkeit der Justiz, gerechte Strafrechtspflege, Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs) angeführt.¹⁵⁰ Allerdings ist es m.E. erheblich zweifelhaft, ob solche Drittinteressen angesichts der damit verbundenen schweren Eingriffe eine Zwangsernährung tatsächlich rechtfertigen können; und zwar auch dann, wenn der Hungerstreik eines (freiverantwortlich handelnden) Strafgefangenen (was häufig der Fall sein dürfte¹⁵¹) als *Druck- und Protestmittel* eingesetzt wird.¹⁵² Zwar mag es in der Abwägung mit *Drittinteressen* einen gewissen Unterschied machen, ob der Einzelne seinem Leben tatsächlich ein Ende setzen will oder der Hungerstreik Mittel zu einem anderen Zweck ist (Haftentlassung, bessere Haftbedingungen) und der Tod in-

¹⁴⁵ Zu denken ist an medizinische Zwangsmassnahmen, die (auch) mit Dritt- und Allgemeininteressen begründet werden, siehe weiter hinten, bei Fn. 150 ff., insb. 154.

¹⁴⁶ MÖLLER, Paternalismus, 14 f.; ferner ENDERLEIN, 14; SCHMOLKE, 13; vgl. im Zusammenhang mit der notwendigen Verteidigung im Strafverfahren auch ZIMMERLIN, Rz. 689. Vgl. HEINIG, Paternalismus, 176 ff.

¹⁴⁸ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 123 ff.

¹⁴⁹ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 14 f.

¹⁵⁰ BGE 136 IV 97, E. 6.3.3; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 284 f.; MÜLLER, Hungerstreik, 19; DERS., Gefangene, 20; s.a. TAG, Hungerstreik, 56.

¹⁵¹ Vgl. WMA Declaration of Malta, Ziff. 1.

¹⁵² A.A. BGE 136 IV 97, E. 6.3.3; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285 ff.; MÜLLER, Hungerstreik, 19; DERS., Gefangene, 20; SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 69; s.a. MÜLLER, Selbstbestimmung, 83; wie hier *kritisch* TAG, Hungerstreik, 59 ff., insb. 61 f. und 64 f.; s.a. REGINA AEBI, in: plädoyer 1/11, 82 («Fehlurteil 2010: Entscheid zur Zwangsernährung»); URWYLER/NOLL, Rz. 26 ff. (allgemein bezogen auf die Beschränkung der Freiheit zum Suizid im Strafvollzug durch Drittinteressen); s.a. hinten, bei Fn. 3848 f.

sofern lediglich *in Kauf genommen* wird;¹⁵³ allerdings wiegt der mit der Zwangsernährung verbundene Eingriff in den Körper nicht weniger schwer, nur weil der Einzelne sein Leben aus einem Protest oder zur Erreichung bestimmter Ziele riskiert. Zudem stellt sich ganz grundsätzlich die Frage, ob eine Zwangsernährung zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nicht grundrechtliche Kerngehalte verletzt. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich eine Zwangsernährung nur mit *paternalistischen* Argumenten rechtfertigen, die aber dann nicht durchschlagskräftig sind, wenn der Hungerstreikende freiverantwortlich handelt.¹⁵⁴

C. Gang der Untersuchung

Im Anschluss an Präzisierungen zum (staatlichen) Paternalismus und seinen Erscheinungsformen¹⁵⁵ sind die *verfassungsrechtlichen Eckwerte und Vorgaben* zu identifizieren, die den Entscheid für oder gegen eine aufgedrängte Fürsorge sowie deren Ausgestaltung anleiten (müssen):

- (1.) In einem *ersten* Schritt (Teil 2) ist zu untersuchen, welcher Stellenwert hierbei der *Menschenwürde* zukommt¹⁵⁶ und inwiefern die Einzelne *grundrechtlich* gegen staatliche Massnahmen in ihrem «wohlverstandenen», eigenen Interesse geschützt ist.¹⁵⁷ Insbesondere ist zu prüfen, in welchem Umfang «*selbstschädigendes*» und «*unvernünftiges*» Handeln Schutz erfährt,¹⁵⁸ ob es nicht eine eigenständige elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung darstellen muss, in den das *eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten* selbstständig entscheiden zu können,¹⁵⁹ und inwiefern (grundrechtlicher) Schutz auch gegen *nicht imperative, kompetenzfördernde* und *autonomiesichernde* paternalistische Massnahmen besteht.¹⁶⁰ Es wird zu zeigen sein, dass die Einzelne *umfassend* gegen paternalistisch motivierte Einmischungen in die Bestimmung ihres eigenen Wohls geschützt ist.
- (2.) Mit Blick auf die Frage, ob ein Schutz vor sich selbst eine öffentliche Aufgabe darstellen kann, ist in einem *zweiten* Schritt (Teil 3) zu zeigen, dass an einem

¹⁵³ Vgl. MÜLLER, Gefangene, 20; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285; VAN SPYK, 102 f.; Hungerstreikende können durchaus bereit sein, ein Sterberisiko in Kauf zu nehmen (siehe WMA Declaration of Malta, Ziff. 1).

¹⁵⁴ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 2209 f. und Teil 4 III. C. 4. a) iii) (b).

¹⁵⁵ Nachfolgend Kap. II.

¹⁵⁶ Hinten, Teil 2 II.

¹⁵⁷ Hinten, Teil 2 III.

¹⁵⁸ Hinten, Teil 2 III. A–D.

¹⁵⁹ Hinten, Teil 2 III. E.

¹⁶⁰ Hinten, Teil 2 III. F.

Schutz vor sich selbst zwar ein Interesse der Allgemeinheit bestehen kann, davon aber die Frage des *verfassungsrechtlich zulässigen* öffentlichen Interesses zu unterscheiden ist.¹⁶¹ Weiter sind u.a. der Stellenwert des Subsidiaritätsprinzips und der «Eigenverantwortung»¹⁶² zu erörtern sowie die Vorgaben und Grenzen darzustellen, die sich aus speziellen verfassungsrechtlichen, einschliesslich grundrechtlichen Schutz- und Fürsorgeaufträgen ergeben (u.a. öffentliche Sicherheit, öffentliche Sittlichkeit, sozialstaatliche Schutzaufträge, grundrechtliche Schutzpflichten)¹⁶³.

- (3.) In einem *dritten* Schritt (Teil 4) sind die absoluten Grenzen zu diskutieren, welche die Verfassung einer paternalistisch motivierten Fürsorge zieht. Damit ist gleichzeitig der Rahmen zu bestimmen, in dem eine Interessenabwägung überhaupt stattfinden darf. Es wird darzulegen sein, dass sich der Staat in seinem Handeln nicht gegen die (grundrechtlich geschützte) Freiheit *an sich* richten und den Einzelnen zwar in seinem (nach *subjektiven* Massstäben zu bestimmenden) Wohl befördern, ihm aber keineswegs schaden darf. Daraus ergibt sich, dass *in jedem Fall* nur ein Paternalismus zulässig sein kann, der an *Selbstbestimmungs- oder Freiwilligkeitsdefiziten* anknüpft.¹⁶⁴ Anschliessend ist zu präzisieren, welchen Anforderungen ein solch *weicher* Paternalismus aus verfassungsrechtlicher Sicht genügen muss. Zu diskutieren ist insbesondere, wie die *Verhältnismässigkeitsprüfung* durchzuführen ist.¹⁶⁵
- (4.) In einem *letzten Schritt* (Teil 5) sind spezifische Probleme zu diskutieren, die ein staatlicher Paternalismus für den Gesetzgeber und die Rechtsanwendung mit sich bringt. Klärungsbedürftig ist namentlich, ob und inwieweit der Gesetzgeber berücksichtigen soll und muss, dass in der Bevölkerung ganz unterschiedliche Schutzbedürfnisse bestehen.¹⁶⁶ Ebenfalls zu erörtern ist die Frage, wie paternalistische Normen (verfassungskonform) zu interpretieren und anzuwenden sind, die den Schutz nicht an das Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits knüpfen und/oder nicht nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen differenzieren.¹⁶⁷

Die Ergebnisse der Arbeit werden im Schlussteil (Teil 6) zusammengefasst und in konsolidierter Form wiedergegeben.

¹⁶¹ Hinten, Teil 3 II.

¹⁶² Hinten, Teil 3 III. A.

¹⁶³ Hinten, Teil 3 IV.

¹⁶⁴ Hinten, Teil 4 II, s. dort auch Kap. III.

¹⁶⁵ Hinten, Teil 4 III.

¹⁶⁶ Hinten, Teil 5 I. B.

¹⁶⁷ Hinten, Teil 5 II.

II. Präzisierungen zum staatlichen Paternalismus

A. Vorbemerkungen

Mit dem «Paternalismus»-Problem verbinden sich regelmässig Ab- und Eingrenzungsfragen in begrifflicher wie in inhaltlicher Hinsicht.¹⁶⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass jede Definition des «Paternalismus»¹⁶⁹ schon die Gefahr einer Bewertung dessen Legitimität in sich birgt.¹⁷⁰ Je nach Erscheinungsform paternalistischen Staatshandelns stellen sich zudem ganz unterschiedliche verfassungsrechtliche Fragen.¹⁷¹ Es drängen sich deshalb verschiedene Präzisierungen und Differenzierungen auf.

Vorauszuschicken ist, dass im vorliegenden Zusammenhang nur der sog. *Rechtspaternalismus* («*legal paternalism*»¹⁷²) interessiert: Gemeint ist damit die (direkte oder indirekte¹⁷³) paternalistische Einwirkung *des Staates* auf den Einzelnen¹⁷⁴ durch Rechtsetzung und Rechtsanwendung.¹⁷⁵ Und obwohl der Begriff des Paternalismus (jedenfalls in seiner «harten» Form¹⁷⁶) eher «negativ besetzt» ist und (häufig) in einem «abwertenden» Sinn verwendet wird,¹⁷⁷ bedeutet dies *nicht*, dass

¹⁶⁸ Vgl. etwa DWORKIN, Defining paternalism, 25 ff.; eine Übersicht über verschiedene Ansätze, den Begriff des «Paternalismus» zu definieren, findet sich bei DOMINIK DÜBER, The Concept of Paternalism, in: SCHRAMME, Paternalism, 31 ff., 33 ff., insb. 37 ff.

¹⁶⁹ Auf eine Darstellung der begrifflichen Hintergründe des Wortes «Paternalismus» sei hier verzichtet, vgl. dazu etwa SZERLETICS, 19 ff.; siehe immerhin vorne, Fn. 7.

¹⁷⁰ Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 522.

¹⁷¹ Siehe VOLKMANN, Bürger, 45.

¹⁷² FEINBERG, Legal Paternalism, 3; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 384.

¹⁷³ Vgl. dazu hinten, Teil 1 II. B. 11.

¹⁷⁴ Denkbar ist auch, dass Staaten(-gruppen) *andere Staaten* paternalistisch «bevormunden» (dazu BARDO FASSBENDER, Paternalismus und Selbstbestimmung im Völkerrecht, in: ANDERHEIDEN et al., 299 ff.) – das ist nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung; ebenso wenig der – durchaus vorkommende – Paternalismus unter Privaten (vgl. etwa SUNSTEIN, Why Nudge?, 51; LENZ, 185 f.); nicht zu vertiefen ist deshalb etwa der *elterliche Paternalismus* (bzw. «Maternalismus») gegenüber den eigenen Kindern (vgl. bezogen auf das Züchtigungsrecht zur Erziehungszwecken BGE 129 IV 216, E. 2; vgl. zur Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen Staat und Eltern bei der Bestimmung, dem Schutz und der Förderung des Kindeswohls aber hinten, Teil 3 IV. E. 2. c)).

¹⁷⁵ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 11; ENDERLEIN, 8; FEINBERG, Legal Paternalism, 3; GUTMANN, Tradition, 150; KIENZERLE, 26; etwas anders KIRSTE, Rechtspaternalismus, 806: Rechtspaternalismus als «Handeln einer Person zugunsten einer anderen, das in deren rechtlich geschützte Autonomie eingreift».

¹⁷⁶ Vgl. SZERLETICS, 12; zum «harten» Paternalismus siehe hinten, Teil 1 II. B. 7.

¹⁷⁷ Vgl. dazu – mit zahlreichen (begriffs-)geschichtlichen Hinweisen – DRERUP, 22 ff., insb. 36 ff.; ferner ENDERLEIN, 7; EIDENMÜLLER, Effizienz, 358; RIGOPOULOU, 23; VANDEVEER, 16; MÖLLER, Paternalismus, 22.

ein Schutz vor sich selbst moralisch oder rechtlich *per se* unzulässig, falsch, «schlecht», verwerflich oder nicht legitimierbar wäre.¹⁷⁸ Für die (rechtliche) Bewertung einer aufgedrängte Fürsorge kommt es entscheidend darauf an, um welche *Art* von Paternalismus es sich handelt.¹⁷⁹ Auch versteckt sich hinter paternalistischem Handeln keineswegs eine schlechte Absicht, zielt es doch auf das *Wohlergehen* des Einzelnen ab.¹⁸⁰ Freilich ist damit die – hier interessierende – Frage noch nicht beantwortet, wer unter welchen Voraussetzungen und nach welchen Kriterien über das individuelle Wohl bestimmen darf.

B. Begriffselemente, Abgrenzungen und Formen paternalistischen Handelns

1. Erhöhung des individuellen Wohls

Paternalistisches Handeln zielt immer auf eine Erhöhung des *individuellen Wohls* und die Verschaffung eines *individuellen Nutzens* ab, sei es nun in gesundheitlicher, körperlicher, finanzieller, geistig-moralischer oder sonstiger Hinsicht¹⁸¹. Dies unabhängig davon, ob die Einzelne vor einem *direkten* Schaden bewahrt oder ihr *sonst wie ein Nutzen* verschafft werden soll.¹⁸²

Zu denken ist etwa an Massnahmen, mit welchen die Einzelne vor einer unmittelbaren Schädigung ihres Körpers und ihrer Gesundheit bewahrt werden soll; ferner an die Korrektur einer Entscheidung, mit welcher sie ihren Nutzen und ihr Wohl verglichen mit einer Handlungsalternative nicht maximiert¹⁸³ oder sich (für die Zukunft) Handlungsoptionen und Entschei-

¹⁷⁸ Siehe z.B. ENDERLEIN, 7; FEINBERG, Legal Paternalism, 4; SZERLETICS, 12; RIGOPOULOU, 23 f.; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473; BIRNBACHER, 21; KOLBE, 113; vgl. auch WOLF, Konflikte, 10 f. und 15; KIRCHGÄSSNER, Rz. 12.

¹⁷⁹ Vgl. VANDEVEER, 13.

¹⁸⁰ SHAPIRO, Paternalism, 520.

¹⁸¹ ENDERLEIN, 12 f. und 464.

¹⁸² Vgl. SCHMOLKE, 3; HETTICH, Rz. 100; KIENZERLE, 39; POPE, 695; in diesem Zusammenhang wird zuweilen zwischen negativem Paternalismus («*negative paternalism*»: Schutz vor Schaden) und positivem Paternalismus («*positive paternalism*»: Verschaffung eines Nutzens; Interventionen gegen Unterlassungen, das eigene Wohl zu vergrössern) unterschieden (vgl. KLEINIG, 14; GUTMANN, Paternalismus, 47; KIENZERLE, 39; s.a. FEINBERG, Harm to Self, 8). Die Unterscheidung dürfte sich kaum trennscharf durchführen lassen; jedenfalls die Verhinderung einer Selbstschädigung erfolgt auch in der Absicht, dem Einzelnen einen Nutzen zu verschaffen. Und eine Selbstschädigung kann man auch so verstehen, dass es der Einzelne unterlässt, sein eigenes Wohl zu vergrössern. Wer dem Einzelnen helfen will, «bessere» Entscheidungen zu treffen, hindert ihn so gesehen daran, sich selbst einen Schaden zuzufügen (vgl. dazu auch ENDERLEIN, 11 f.; SZERLETICS, 37).

¹⁸³ ENDERLEIN, 8 und 11 f.

dungsfreiheiten begibt;¹⁸⁴ insbesondere dann, wenn sie vor der Zerstörung oder der unwider-
 ruflichen Aufgabe ihrer Freiheit bewahrt werden soll.¹⁸⁵ Ein Schutz vor sich selbst kann auch
 dann vorliegen, wenn jemand in seinem *eigenen Interesse* daran gehindert wird, einem *Dritten*
 zu schaden: Etwa wenn ein potentieller Straftäter vor den aus einer Straftat für *ihn selbst* resul-
 tierenden Konsequenzen (Freiheitsstrafe, zivilrechtliche Verantwortlichkeit usw.) bewahrt wer-
 den soll.¹⁸⁶

Die Verschaffung eines Nutzens kann auch darin liegen, dem Einzelnen zusätzliche *Hand-
 lungsoptionen* zu eröffnen, die er selbst bei klugem Verhalten nicht oder nur mit unverhältnis-
 mässigen Nachteilen erreichen könnte (das wird zuweilen als «*Positionsverbesserung*» bezeich-
 net¹⁸⁷). Gemeint sind z.B. Regelungen, die den Schwächeren davor schützen wollen, von
 Dritten unter Druck gesetzt, übervorteilt und ausgenutzt zu werden. Dies insbesondere durch
 den Ausgleich von Macht- und Informationsasymmetrien (etwa im Arbeits- und im Miet-
 recht sowie im Bereich des Konsumentenschutzes).¹⁸⁸ Im Arbeitsrecht ist etwa an das Verbot
 zu denken, während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen
 Beendigung gegenüber dem Arbeitgeber auf zwingende Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis
 zu verzichten (Art. 341 Abs. 1 OR). Der Arbeitnehmer soll vom Arbeitgeber nicht in eine Ent-
 scheidungssituation gedrängt werden können, in welcher er gar keine wirkliche Alternative
 zum Verzicht auf Ansprüche hat, und nur deshalb seine Zustimmung erteilt, um sich grössere
 Nachteile zu ersparen.¹⁸⁹ Um ein Paternalismusproblem handelt es sich allerdings solange
nicht, als der Einzelne die Stärkung seiner Position *will*. Es ist aber nicht auszuschliessen,
 dass dem Einzelnen eine solche Stärkung seiner Selbstbestimmung *gegen seinen Willen* (und
 in dessen wohlverstandenen Interesse) aufgedrängt wird, er mithin gar keine Präferenz für
 eine solche Verbesserung seiner Stellung hat¹⁹⁰ oder damit seine Position gar verschlechtert
 wird¹⁹¹. Möglicherweise ist es für den Arbeitnehmer durchaus mit Vorteilen verbunden,
 wenn er auf gewisse Ansprüche verzichten kann. Soweit gewisse Personen einen solchen
 Schutz befürworten, andere hingegen nicht, stösst man in einen speziellen – weiter hinten zu
 diskutierenden – Problemkreis vor.¹⁹²

¹⁸⁴ Vgl. GERT/CULVER, 200.

¹⁸⁵ WOLF, Konflikte, 14.

¹⁸⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 2348 und 5077; bezogen auf die fürsorgerische Unterbringung siehe
 BGE 145 III 441, E. 8.3; BGer 5A_617/2016, E. 2.1.2; BGE 138 III 593, E. 5.2; Botsch. Er-
 wachsenenschutz, 7063 (eine andere Frage ist, ob Art. 426 ZGB eine fürsorgerische Unter-
 bringung rein zum Schutz Dritter erlaubt, was zu verneinen ist, siehe vorne, Fn. 98); vom
 Vorliegen einer Drittgefährdung darf aber nicht vorschnell auf ein Schutz- und Hilfs-
 bedürfnis des (potentiellen) Schädigers geschlossen werden, siehe EGMR, Urteil vom
 30. April 2019 i.S. *T.B. gegen Schweiz*, Nr. 1760/15, Ziff. 64 (s.a. BGE 145 III 441, E. 8.4).

¹⁸⁷ Siehe ENDERLEIN, 251 ff., s.a. 465 ff.

¹⁸⁸ Vgl. ENDERLEIN, 140 f., 251 ff., 465 ff.

¹⁸⁹ Vgl. zum Regelungszweck dieser Bestimmung STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Komm.
 zu Art. 341 OR, Rz. 3; s.a. hinten, bei Fn. 570.

¹⁹⁰ ENDERLEIN, 257 ff.

¹⁹¹ ENDERLEIN, 470.

¹⁹² Vgl. dazu hinten, Teil 1 II. B. 2. b), Ziff. (2.) bei Fn. 228 ff.

Auch kann es darum gehen, die Einzelne durch Erziehung und Bildung in ihren Fähigkeiten oder «Kompetenzen» zur Wahrnehmung und Ausübung von Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zu stärken (oder die dafür notwendigen Grundlagen überhaupt erst zu schaffen).¹⁹³

Im Kontext der Paternalismusproblematik ist häufig die Rede von der Verhinderung einer «*Selbstschädigung*»¹⁹⁴ (im Sinne eines Oberbegriffs für Selbstgefährdungen und Selbstverletzungen¹⁹⁵). Zwar ist rein selbstschädigendes Verhalten selten;¹⁹⁶ soweit mit dem Begriff der Selbstschädigung zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die staatliche Intervention nicht auf den Schutz von *Dritten* abzielt, kann ihm seine Berechtigung jedoch nicht abgesprochen werden.¹⁹⁷ Der Begriff der Selbstschädigung bleibt allerdings *missverständlich*: Er impliziert ein *unfreiwilliges* Verhalten und ein *Schutzbedürfnis*;¹⁹⁸ darüber hinaus ist er negativ konnotiert.¹⁹⁹ Was von aussen gesehen eine «Schädigung» darstellt, kann aus subjektiver Perspektive gerade einen Wohlfahrtsgewinn bedeuten bzw. das eigentliche Handlungsziel sein.²⁰⁰

2. Handeln im Interesse des Betroffenen selbst und nicht im Interesse Dritter

a) Im Allgemeinen

Zentral für den Paternalismusbegriff (und die dieser Untersuchung zugrunde liegende Problematik²⁰¹) ist, dass der Schutz, die Hilfe, die Unterstützung im Interesse des «Geschützten» selbst, zu dessen *eigenem* Wohl und *nicht im Interesse Dritter oder der Allgemeinheit* erfolgt. Soweit es um den Schutz von Drittinteressen geht,

¹⁹³ Siehe hinten, Teil 1 II. B. 9.

¹⁹⁴ Vorne, bei Fn. 6.

¹⁹⁵ FISCHER, 23.

¹⁹⁶ Vgl. SCHMOLKE, 33 f.; dazu auch vorne, Teil 1 I. B. 2, und hinten, Teil 1 II. B. 3.

¹⁹⁷ Zu diesem Charakteristikum paternalistischen Staatshandelns vgl. nachfolgend, Teil 1 II. B. 2.

¹⁹⁸ Vgl. FISCHER, 23 f.

¹⁹⁹ Vgl. FISCHER, 25.

²⁰⁰ Vgl. PAPAGEORGIOU, 217; KIENZERLE, 40 f.; s.a. DU BOIS-PEDAIN, 36 f. (die dessen ungeachtet einen «objektiv-generellen» Schadenbegriff bevorzugt); kritisch bezogen auf den («irreführenden» und «unglücklichen») Begriff der Selbstverletzung auch BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 55; vgl. auch hinten, Teil 4 II. B. 2, dort insbesondere Ziff. (1.)(a).

²⁰¹ Vorne, Teil 1 I. B.

liegt kein Paternalismus, jedenfalls keiner in Reinform vor.²⁰² Man sollte in solchen Fällen auch nicht von «unechtem» Paternalismus sprechen.²⁰³

Paternalismus liegt nicht schon deshalb vor, weil eine Regelung oder Massnahme als übermässig bevormundend, überfürsorglich oder als Misstrauensvotum des Staates gegenüber der eigenen «Problemlösungskompetenz» empfunden wird. Soweit sie der Wahrung von Drittinteressen dienen soll, geht es nicht um einen Schutz vor sich selbst.²⁰⁴ Dass eine staatliche Massnahme Handlungs- und Entscheidungsbereiche betrifft, die eng mit der *persönlichen Autonomie* verbunden sind, macht sie ebenfalls noch nicht zu einer *paternalistischen* Massnahme.²⁰⁵ Auch aus dem Umstand, dass die an der Hinderung einer «Selbstschädigung» geltend gemachten Drittinteressen als *nicht nachvollziehbar oder unbedeutend* erscheinen, darf nicht einfach auf eine paternalistische Motivation geschlossen werden.²⁰⁶ Allerdings: Entscheidend ist immer die *tatsächliche* – und damit nicht zwingend die an-

²⁰² Vgl. etwa DWORKIN, Paternalism, 65 und 67; HEINIG, Sozialstaat, 259; SUGDEN, 230 f.; KLIMPEL, 22 f.; GERT/CULVER, 199 f.; SUNSTEIN, Why Nudge?, 80 f.; FEINBERG, Legal Paternalism, 3; MURPHY, 465; SHAPIRO, Paternalism, 522 f.; KIENZERLE, 23 f.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 359 f.; SCHMOLKE, 3 und 11 ff.; ENDERLEIN, 7 ff.; HEINIG, Paternalismus, 166 und 172; KIRCHGÄSSNER, Rz. 13 und 56; ZUPPINGER, 7; REICH, Nudging, 631 f.; WOLF, Konflikte, 4 und 10 f.; SCHULZ, Pragmatismus, 71; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 22; zum gemischten Paternalismus vgl. hinten, Teil 1 II. B. 3; selten ist von einem Schutz vor sich selbst auch dann die Rede, wenn der Einzelne zum Schutz von Dritt- und Allgemeininteressen daran gehindert wird, sich selbst einen Schaden zuzufügen (so etwa bei KAPPELER, 155 ff., GRIMM, 216 f., oder – aus der jüngeren Literatur – bei BARCZAK, 68; vgl. auch WOLF, Paternalismus, 53, der eine mit den Kosten für die Allgemeinheit begründete Intervention gegen Selbstschädigungen [z.B. Suchtkrankheiten] als «paternalistische Interventionen, [...] gestützt auf nicht-paternalistische Gründe» bezeichnet); speziell hinzuweisen ist auf die Definition des «Paternalismus» von SHIFFRIN: Nach ihrer Umschreibung reicht es aus, dass die Intervention auf die eigenen Interessen oder auf die Angelegenheiten einer Person gerichtet ist, die legitimerweise zu ihrem eigenen Handlungs- und Entscheidungsbereich gehören: «[P]aternalism by A toward B may be characterized as behavior (whether through action or through omission) [...] directed at B's own interests or matters that legitimately lie within B's control [...]» (SEANA VALENTINE SHIFFRIN, Paternalism, Unconscionability Doctrine, and Accommodation, *Philosophy & Public Affairs* 2000, 205 ff., 215 ff., insb. 218) – dieser Paternalismusdefinition, die letztlich auch mit Interessen Dritter begründete Interventionen zu erfassen vermag, wird hier nicht gefolgt (eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Definition findet sich bei DWORKIN, Defining paternalism, 31 ff.).

²⁰³ Vgl. ENDERLEIN, 16, s.a. 232 und 152.

²⁰⁴ Vgl. HOCHHUTH, 215; HEINIG, Paternalismus, 171 f.; s.a. SZERLETICS, 38; vgl. demgegenüber – bezogen auf abstrakte Gefährdungsdelikte und die Strafbarkeit der Leugnung des Holocaust – LAGODNY, 230 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 513 f.

²⁰⁵ Vgl. demgegenüber die vorne, in Fn. 202, dargestellte Auffassung von SHIFFRIN.

²⁰⁶ Vgl. aber ZUPPINGER, 8.

gegebene und offengelegte – Absicht. Erscheinen die geltend gemachten Dritt- oder Allgemeininteressen als geradezu unvernünftig oder «konstruiert», stellt sich die Frage, ob allenfalls eine *paternalistische* Zwecksetzung «verschleiert» und verborgen werden soll.²⁰⁷ Hinzuweisen bleibt darauf, dass *Defizite in der demokratischen Partizipation* nicht dazu führen müssen, dass die «Herrschaftsordnung» als solche paternalistisch wäre. Das erhöht zwar die Gefahr, dass der Staat Regelungen trifft, die nicht den Wünschen und Bedürfnissen der Rechtsunterworfenen entsprechen.²⁰⁸ Doch lässt sich aus einer unzureichenden demokratischen Legitimation einer Regelung nicht zwingend der Schluss ziehen, der Staat wolle die Rechtsunterworfenen (gegen ihren Willen) vor sich selbst schützen. Zudem kann auch eine Regelung, über welche die Einzelne nicht mitbestimmen konnte, in deren eigenen Interesse liegen und von ihr befürwortet werden.²⁰⁹

b) Abgrenzung zu Drittinteressen

Drittinteressen stehen dann zur Diskussion, wenn es (1.) um den Schutz Dritter oder der Gemeinschaft vor den negativen *Auswirkungen* des individuellen Freiheitsgebrauchs Einzelner geht, (2.) eine Gruppe von Personen in ihrem eigenen Interesse eine staatliche Intervention *wünscht*, der Staat in Umsetzung dieses Wunsches aber auch Dritte in ihrer Freiheit beschränkt oder beschränken muss,²¹⁰ und schliesslich (3.), wenn der Staat eine gewisse Gruppe von Personen *legitimerweise gegen sich selbst schützt*, aber dieser Schutz auch auf andere Auswirkungen hat oder haben muss, damit er tatsächlich verwirklicht werden kann.

- (1.) Sehr häufig (aber nicht immer²¹¹) wird die individuelle Selbstbestimmung einer Person im Interesse Dritter beschränkt. Die Abgrenzung zwischen einem Schutz vor sich selbst und einem Schutz Dritter fällt allerdings nicht immer ganz leicht und ist an einigen Beispielen zu verdeutlichen:

Nicht paternalistisch motiviert sind z.B. Massnahmen zur *Verhinderung sozialer Folgekosten* – hier geht es primär um den Schutz der Solidargemeinschaft vor übermässigen Belastungen der Sozialversicherungen oder um die Verhinderung volkswirtschaftlich schädlicher Produktionsausfälle.²¹² Allerdings ist die Argumentation mit den sozialen

²⁰⁷ Vgl. vorne, Teil 1 I. B. 2, dort Ziff. (5.)(a.) bei Fn. 120 ff.

²⁰⁸ Vgl. auch hinten, bei Fn. 299.

²⁰⁹ Meines Erachtens insofern zu pauschal HOCHHUTH, 215, wonach eine «[m]angelnde demokratische Partizipation [...] das gesamte Recht einer Herrschaftsordnung bevormundend» mache – alle seine «Schutzregeln» seien «paternalistisch».

²¹⁰ Vgl. SHAPIRO, *Paternalism*, 568 f.

²¹¹ Vgl. vorne, bei Fn. 94 ff.; s.a. hinten, Teil 1 II. B. 3.

²¹² Vgl. KUBE, 147 und 153; VAN AAKEN, *Paternalismusgefahr*, Fn. 5; zu pauschal m.E. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 758.

Folgekosten missbrauchsanfällig und besonders geeignet, eigentliche paternalistische Zwecksetzungen zu verschleiern.²¹³

Ebenfalls nicht von einer paternalistischen Absicht getragen sind Regelungen und Massnahmen, die im Interesse *potentieller Organempfänger* die *Organspendebereitschaft* erhöhen wollen (oder vorsehen, dass sich der Einzelne bewusst *gegen* eine Organspende entscheiden muss [Widerspruchslösung; «opt-out»]), auch wenn dies zuweilen als bevormundend empfunden wird. Ebenfalls nicht um einen Schutz vor sich selbst handelt es sich bei der im *Interesse der Landesverteidigung* (und der dafür notwendigen personellen Ressourcen) als strafbar erklärten Selbstverstümmelung (Art. 95 MStG).²¹⁴ Oder – bezogen auf die Eltern – wenn die elterlichen Erziehungsrechte *im Interesse der Kinder* beschränkt werden.²¹⁵ Paternalismus liegt auch dann nicht vor, wenn die Vornahme einer gefährlichen Handlung in der Öffentlichkeit deshalb verboten wird, um Dritte vor dem (schockierenden) *Mitansehenmüssen* zu bewahren (z.B. im Fall einer Selbstverbrennung).²¹⁶ Auch der gesetzliche Schutz vor dem *Passivrauchen* ist von seinem Grundgedanken her nicht paternalistisch motiviert. Er wird durch die Rechtsprechung aber dennoch auf eine Weise interpretiert, die es dem Einzelnen (in seinem eigenen Interesse) verunmöglicht, freiverantwortlich auf diesen Schutz zu verzichten.²¹⁷

Der im Strafvollzug zentrale Gedanke der *Spezialprävention*²¹⁸ weist höchstens bedingt eine paternalistische Zwecksetzung auf.²¹⁹ Zwar soll die Spezialprävention – im Gegensatz zur an die Allgemeinheit gerichteten Generalprävention – *auf den Täter selbst* einwirken.²²⁰ Aber die mit der (negativen) Spezialprävention verbundene Abschreckung des Täters («Denkzettel») wie auch die mit der (positiven) Spezialprävention beabsichtigte Motivierung zu künftigem rechtskonformem Verhalten bzw. einem straffreien Leben (Resozialisierung)²²¹ steht wesentlich im Interesse der *Verbrechensverhütung*²²²; damit

²¹³ Vgl. dazu näher vorne, bei Fn. 123 ff.

²¹⁴ Art. 95 MStG zielt darauf ab, die Diensttauglichkeit zu erhalten, und eine «Schwächung der Wehrkraft» zu verhindern, vgl. Botsch. vom 26. November 1918 zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Militärstrafgesetzbuch, BBl 1918 V 337, 375 f.; ferner KAPPELER, 158; WOHLERS/WENT, 296 f.; anders: GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 115 («Selbstverstümmelung zur Umgehung der Militärdienstpflicht [Art. 95 Ziff. 1 Abs. 1 MStG]» als Ausdruck eines «direkten harten Paternalismus»).

²¹⁵ Vgl. CHRISTOPH HÄFELI, Das Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und die Regelung des Unterhaltsanspruchs nach der ZGB-Änderung vom 21. Juni 2013 (in Kraft treten: 1. Juli 2014), ZKE 2014, 189 ff., 204.

²¹⁶ Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 525.

²¹⁷ Vgl. hinten, Teil 5 II. B. 1. b).

²¹⁸ Vgl. dazu etwa BGE 129 IV 161, E. 4.2, und BGE 134 IV 1, E. 5.4 f.; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 1.

²¹⁹ Vgl. aber WYSS, Öffentliche Interessen, 300 f.

²²⁰ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47, Rz. 54 ff.

²²¹ BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47, Rz. 58 ff.

²²² Vgl. dazu etwa BGE 129 IV 161, E. 4.2.

wird dem Bedürfnis der *Allgemeinheit* Rechnung getragen, vor (weiteren) Straftaten geschützt zu werden^{223 224}.

Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen einem Schutz vor sich selbst und einem Schutz Dritter können sich dann ergeben, wenn eine Intervention mit der *öffentlichen Moral* oder den guten Sitten begründet wird. Darauf wird zurückzukommen sein.²²⁵

Auch kann – was v.a. im Verhältnis unter Privaten relevant ist – ein «unkluger» Entscheid eines Dritten deshalb nicht akzeptiert werden, um *sich selbst* gegen spätere Forderungen oder eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zu schützen. Beispielsweise soll der Gefahr Rechnung getragen werden, dass Einzelne zwar eine Einwilligung (z.B. für einen medizinischen Eingriff) erteilen, aber nachträglich geltend machen, sie hätten besser informiert oder es hätte ihnen eine Bedenkfrist eingeräumt werden müssen.²²⁶ Um Paternalismus gegenüber diesem Dritten handelt es sich dann nicht. Allgemein gilt: Je weiter die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit gezogen wird (z.B. die Verantwortung der Lehrpersonen für Schülerinnen und Schüler), desto grösser ist die Gefahr, dass mit Risiken behaftete Aktivitäten (Schulreisen, Papiersammeln, Schwimmen) gar nicht mehr angeboten bzw. durchgeführt werden.²²⁷

- (2.) Drittinteressen sind auch dann tangiert, wenn gewisse Personen einen Schutz in ihrem eigenen Interesse befürworten, dieser Schutz aber mit anders gelagerten (weniger stark ausgeprägten) Fürsorge- und Schutzbedürfnissen anderer Personen kollidiert: Es ist keinesfalls ausgeschlossen, dass gewisse Personen im demokratischen Prozess *in ihrem eigenen Interesse* staatliche, ihre Selbstbestimmung beschränkende Massnahmen – bis hin zu einer gänzlichen Elimination von Handlungsoptionen²²⁸ – wünschen und befürworten. Sie geben Selbstbestimmung ab, um ihre eigene Position zu stärken, oder «versichern» sich gegen ihr eigenes Unvermögen, entscheiden sich jetzt für Regeln, Prozesse oder Vorgaben, die künftig für ihr eigenes Verhalten in ihrem eige-

²²³ Botsch. Änd. StGB AT, 1984; die Funktion und die Rechtfertigung der Strafe als solche wird denn auch darin gesehen, dass sie einen «Beitrag zur Sicherung der Mindestbedingungen menschlichen Zusammenlebens» in der Gesellschaft leistet bzw. leisten soll (BSK StGB I-BOMMER, Vor Art. 19, Rz., 48, 60, 69 und 72).

²²⁴ Zur paternalistischen Motivation *therapeutischer Massnahmen* siehe hinten, Teil 5 II. B. I. c).

²²⁵ Dazu im Einzelnen hinten, Teil 3 IV. D; s.a. vorne, bei Fn. 136.

²²⁶ Insofern illustrativ: OGer ZH, Beschluss vom 25. Juni 2014, UE130227, E. II.6.6, ZR 2014, 211 ff., 217.

²²⁷ Vgl. auch HANSJÖRG SEILER, Wie viel Sicherheit wollen wir? – Sicherheitsmassnahmen zwischen Kostenwirksamkeit und Recht, ZBJV 2007, 140 ff., 141, wonach eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der ehrenamtlichen Vorstandsmitglieder eines gemeinnützigen Vereins für den Tod eines Wanderers eher dazu führen werde, dass der Wanderweg gesperrt, als dass er weiter unterhalten werde – absolute Sicherheit führe insofern zu Kosten «immaterieller Natur».

²²⁸ SCHNELLENBACH, Anschubsen, 450 f.

nen Interesse gelten sollen.²²⁹ Eine solche «Selbstbindung» ist keineswegs unzulässig.²³⁰

Beispielsweise können Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter in ihrem eigenen Interesse trotz möglicher Einkommenseinbussen eine Kondompflicht für Freier²³¹ befürworten, weil sie damit in ihrer Position gegenüber ihren Kunden gestärkt werden. Die Menschen können in ihrem eigenen Interesse eine Anschnallpflicht oder (Werbe-)Verbote für Genussmittel wünschen, um sich gegen ihre eigene Willensschwäche zu schützen und ihre Langzeitpräferenzen nach Gesundheit gegen ihre kurzfristigen Bedürfnisse abzusichern.²³² Entsprechendes gilt für eine Zwangsversicherung, um der eigenen Trägheit entgegenzuwirken.²³³ Auch können die Menschen eine Trinkwasserfluoridierung in ihrem eigenen Interesse befürworten.²³⁴ Bezogen auf Massnahmen zur Verhinderung der Ausbreitung von Covid-19 s.a. hinten, bei Fn. 300 ff.

Was nun aber für die *einen* eine gewollte Stärkung ihrer Selbstbestimmung, ein gewollter Schutz vor der eigenen «Unvernunft» oder Willensschwäche oder eine gewollte Stärkung ihrer Position gegenüber Dritten darstellt, lehnen *andere* als «Entmündigung», «Bevormundung» und Untergrabung ihrer Eigenverantwortung ab.²³⁵

So können *Nachtarbeits- und Sonntagsarbeitsverbote* – die zumindest (auch) im Interesse der Gesundheit der Arbeitnehmenden stehen²³⁶ – für einzelne Arbeitnehmer durchaus

²²⁹ Vgl. DWORKIN, Paternalism, 79 f.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 375 ff.; um Paternalismus handelt es sich bei solchen «Selbstbindungen» nicht, vgl. hinten, Teil 1 II. B. 4, Ziff. (2.).

²³⁰ SUNSTEIN, Interference, 1140 ff., insb. 1442; VALDÉS, 280; COONS/WEBER, 11; ENGLERTH, Wert des Rauchens, 253; WILSON, 211; EIDENMÜLLER, Effizienz, 378 f.; s.a. VON DER PFORDTEN, Rechtfertigung, 29; s.a. hinten, bei Fn. 2266 ff. Die Bürgerinnen und Bürger daran hindern zu wollen, sich selbst zu binden oder sich in ihrem Interesse Regelungen zu unterwerfen, trüge sogar selbst wiederum (höchst problematische) paternalistische Züge (COONS/WEBER, 11).

²³¹ Eine «Kondompflicht» für Freier, deren Missachtung mit Busse bestraft wird, kennt etwa der Kanton Solothurn, vgl. § 34 Abs. 1 Bst. a («Kunden oder Kundinnen von Sexarbeit dürfen Sexarbeit nur unter Einsatz der grundlegenden Massnahmen zum Schutz vor sexuell übertragbaren Krankheiten in Anspruch nehmen») i.V.m. § 97 Abs. 1 Bst. c des solothurnischen Wirtschafts- und Arbeitsgesetzes vom 8. März 2015 (BGS 940.11) – die Botschaft hält hierzu fest: «Sexuelle Handlungen ohne den Einsatz von Präservativen sind damit untersagt» (Botsch. und Entwurf des Regierungsrates an den Kantonsrat von Solothurn vom 22. April 2014, RRB Nr. 2014/752, 69).

²³² Vgl. SUNSTEIN, Interference, 1140 f.; SHAPIRO, Paternalism, 548, 564, 569 und 570; EIDENMÜLLER, Effizienz, 377.

²³³ Vgl. SUNSTEIN, Interference, 1140 f.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 26.

²³⁴ Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 526, ferner 548 und 569; s.a. hinten, bei Fn. 283.

²³⁵ ENDERLEIN, 257 f.; ferner MÜLLER, Privateigentum, 44.

²³⁶ Daneben geht es – jedenfalls bei der Sonntagsruhe – auch um deren «soziale und kulturelle Bedeutung» als «kollektive Freizeit» (siehe BVGer B-738/2009, E. 5.2; BGE 131 II 200, E. 6.3).

eine gewünschte und befürwortete Stärkung ihrer Stellung gegenüber dem Arbeitgeber darstellen.²³⁷ Für andere aber erweisen sie sich als *Nachteil*: Etwa für diejenigen Personen, die um des benötigten zusätzlichen Verdienstes willen gerne auch in der Nacht oder am Sonntag arbeiten möchten.²³⁸ Auch kann ein stark ausgeprägter *Kündigungsschutz im Arbeits- und im Mietrecht* von gewissen Personen in ihrem eigenen Interesse durchaus befürwortet werden; auf andere wirkt sich dieser aber negativ aus, weil weniger Stellen und Wohnungen auf den Markt gelangen oder der starke Kündigungsschutz Arbeitgeber und Wohnungseigentümer möglicherweise daran hindert, neue Stellen zu schaffen oder Wohnungen zu vermieten.²³⁹ Zur Problematik unterschiedlicher Schutzbedürfnisse im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Covid-19 siehe hinten, bei Fn. 307.

Für diejenigen Personen, die solche Massnahmen *nicht* befürworten, die aber davon mitbetroffen sind, wirken sie sich *freiheitsbeschränkend* aus.²⁴⁰ Handelt der Staat diesen Personen gegenüber mit einer paternalistischen Motivation? Das ist dann zu bejahen, wenn der Staat die nicht zustimmende Gruppen deshalb *mitschützt*, weil er es in ihrem besten Interesse für richtig hält.²⁴¹ Aber der Staat kann sich auch mit der Situation konfrontiert sehen, dass er den von der Mehrheit gewünschten Schutz gar nicht oder nicht gleich gut erbringen kann, ohne die andere Gruppe Freiheitsbeschränkungen zu unterwerfen: Zum Beispiel weil eine differenzierte Regelung nicht möglich oder praktikabel ist oder weil der Schutz ansonsten ins Leere läuft. Um (entsprechend zu rechtfertigenden) Paternalismus handelt es sich in solchen Fällen nicht. Es wird niemandem ein Schutz *vor sich selbst* aufgedrängt, sondern es wird die Gruppe, welche die Massnahme nicht befürwortet, *im Interesse der anderen Gruppe*, die eine Präferenz für eine solche Massnahme hat, mitgeschützt.²⁴² Aber wie verhält es sich, wenn der Staat eine differenzierte Regelung hätte treffen *können* – also den gewünschten Schutz sehr wohl nur denjenigen Personen hätte zukommen lassen können, die diesen tatsächlich wollen? Dies mag ein Indiz dafür sein, dass es dem Staat (auch) darum geht, die nicht zustimmende Gruppe vor sich selbst zu schützen.²⁴³ Damit hätte sich die Massnahme ihr gegenüber auch als *paternalistische* zu rechtfertigen. Abgesehen davon handelt es sich jedoch *nicht* um ein eigentliches «Schutz vor sich selbst»-Problem: Gegenüber

²³⁷ ENDERLEIN, 474.

²³⁸ Vgl. ENDERLEIN, 470; JOST, 53.

²³⁹ BELSER, Vertragsrecht, 126.

²⁴⁰ Vgl. SUNSTEIN, Interference, 1141 f.; DERS., Preferences, 247; EIDENMÜLLER, Effizienz, 378; CALABRESI/MELAMED, Fn. 45; KIRCHGÄSSNER, Rz. 29.

²⁴¹ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 21.

²⁴² Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 20 f.; DWORKIN, Second Thoughts, 110; ENDERLEIN, 470, s.a. 258; SHAPIRO, Paternalism, 564 und 568 f.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 378 f.; MÖLLER, Paternalismus, 192 ff.; ARNESON, Mill versus Paternalism, 471 f.

²⁴³ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 21; hinten, bei Fn. 298.

den (gegen ihren Willen) Mitgeschützten erweist sich die Regelung dann aber allenfalls als willkürlich, rechtsungleich (Verstoss gegen das Differenzierungsgebot) und unverhältnismässig.²⁴⁴

Auf solche Fragestellungen ist – allerdings in erster Linie im Zusammenhang mit einer *paternalistisch* motivierten Regelung, von der auch Personen betroffen sind, gegenüber denen sich ein Schutz vor sich selbst nicht rechtfertigen lässt (vgl. dazu gerade nachfolgend) – zurückzukommen.²⁴⁵

- (3.) Davon ist die Konstellation zu unterscheiden, dass der Staat gegenüber einer Gruppe einen *Schutz vor sich selbst verwirklicht*, von diesem Schutz aber auch Personen betroffen werden, gegenüber denen er sich nicht mit paternalistischen Gründen rechtfertigen lässt. Zu denken ist an fixe gesetzliche Altersgrenzen, die nicht nach einer individuell allenfalls bereits ausreichend vorhandenen «Reife» differenzieren.²⁴⁶ Bezüglich dieser zweitgenannten Personengruppe liegt ein Schutz vor sich selbst nicht vor, wenn sie im (wohlverstandenen) *Interesse Dritter* in ihren Freiheiten beschränkt wird. Auf die damit verbundene Problematik ist hinten gesondert einzugehen.²⁴⁷

3. Paternalismus in Reinform? – Problem des «gemischten» Paternalismus

Paternalismus in *Reinform* – also mit der einzigen Zwecksetzung eines Schutzes vor sich selbst («reiner Paternalismus»²⁴⁸) – liegt eher selten vor²⁴⁹ (ist aber nicht inexistent²⁵⁰); oft führt der Staat neben den (unterstellten) Interessen des zu Schützenden auch Drittinteressen an.²⁵¹ In solchen Fällen liegt sog. «gemischter Paterna-

²⁴⁴ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 20; ENDERLEIN, 470, s.a. 258; ARNESON, Mill versus Paternalism, 471 f.; s.a. SUNSTEIN, Interference, 1142; DERS., Preferences, 247; DWORKIN, Second Thoughts, 110.

²⁴⁵ Vgl. hinten, Teil 5 I. B.

²⁴⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 4713, 4744 ff. und 4750 ff.

²⁴⁷ Vgl. hinten, Teil 5 I. B.

²⁴⁸ GKOUNTIS, 22.

²⁴⁹ DWORKIN, Paternalism, 64; RIGOPOULOU, 22; WOLF, Konflikte, 11; DERS., Paternalismuskritik, 62; HEINIG, Paternalismus, 175; GKOUNTIS, 22.

²⁵⁰ Vgl. demgegenüber VON JHERING, 545; vgl. dazu vorne, bei Fn. 94 ff.

²⁵¹ ENDERLEIN, 14; GKOUNTIS, 22; FEINBERG, Harm to Self, 16 und 21 f.; RIGOPOULOU, 22; WOLF, Paternalismuskritik, 62; HEINIG, Paternalismus, 175; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 136; DWORKIN, Paternalism, 64; vgl. z.B. hinten, bei Fn. 593 ff. (Gurten- oder Helmtraggpflichten) oder bei Fn. 150 ff. (Zwangsernährung eines hungerstreikenden Inhaftierten).

lismus» («*mixed paternalism*»²⁵²; «*mixed paternalistic laws*»²⁵³; manchmal auch: «unreiner Paternalismus»²⁵⁴) vor. Die Massnahme zielt sowohl auf den Schutz vor sich selbst *als auch* auf den Schutz von Interessen der Allgemeinheit oder Dritter; die Einzelne soll weder sich selbst noch anderen schaden.²⁵⁵ Der Begriff des «gemischten Paternalismus» ist jedoch etwas verwirrend. Nicht der «Paternalismus» ist gemischt – Paternalismus meint immer ausschliesslich einen (aufgedrängten) Schutz der eigenen, wohlverstandenen Interessen –, sondern die Zweckrichtung einer entsprechenden Massnahme. Der Umstand, dass häufig gemischter Paternalismus vorliegt, relativiert die Paternalismus-Problematik – wie gezeigt – jedoch nicht oder höchstens bedingt.²⁵⁶

4. Konflikt mit der Selbstbestimmung

Wenn der Staat der Einzelnen in ihrem eigenen Interesse einen Nutzen verschaffen will, macht dies die Handlung noch nicht zu einer paternalistischen. Vielmehr muss auch die *Selbstbestimmung* tangiert sein. Nur in welcher Form? Zum Teil werden gewisse Massnahmen (wie z.B. die staatliche Information) mit der Begründung vom Paternalismusbegriff ausgeschieden, es bliebe dem Einzelnen die Möglichkeit, sich anders zu entscheiden;²⁵⁷ oder es wird darauf abgestellt, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt oder nicht.²⁵⁸ Beides umgrenzt den Paternalismusbegriff m.E. nicht richtig, jedenfalls nicht für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung: Selbst wenn man paternalistischem Staatshandeln in gewissen Fällen die Grundrechtsrelevanz absprechen wollte, stellte sich die Frage nach dem *öffentlichen Interesse* und der *Verhältnismässigkeit* fürsorglichen Handelns im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen selbst (Art. 5 Abs. 2 BV).²⁵⁹ Und dass sich die Ein-

²⁵² POPE, 699.

²⁵³ FEINBERG, Harm to Self, 16.

²⁵⁴ MÖLLER, Paternalismus, 15; KIENZERLE, 32; GKOUNTIS, 22. Die Unterscheidung zwischen *reinem* und *unreinem* Paternalismus («*pure*» bzw. «*impure paternalism*») wird z.T. auch anders verwendet: Um den – gemäss der hier verwendeten Begrifflichkeit – direkten vom indirekten Paternalismus abzugrenzen (so DWORKIN, Paternalism, 68); vgl. dazu auch hinten, Fn. 448.

²⁵⁵ Vgl. HEINIG, Paternalismus, 175; WOLF, Paternalismuskritik, 62; MÖLLER, Paternalismus, 15.

²⁵⁶ Vorne, Teil 1 I. B. 2, Ziff. (5.)(b.) bei Fn. 141 ff.

²⁵⁷ Vgl. bezogen auf eine «flächendeckende Informationspolitik» (sofern sie nicht die Intensität einer «*vis compulsiva*» erreicht) RIGOPOULOU, 24.

²⁵⁸ So wohl RIGOPOULOU, 24.

²⁵⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Einzelne grundrechtlich allerdings umfassend gegen paternalistisch motiviertes Staatshandeln geschützt, siehe hinten, Teil 2 III, insb. Kap. E und F.

zelle trotz der staatlichen Intervention – wenn auch staatlicherseits beeinflusst – anders entscheiden kann, ist ebenfalls kein angemessenes Abgrenzungskriterium: Fraglich bleibt, inwiefern auch *Veränderungen des Entscheidungsrahmens* durch Anreize, Information oder «Nudges»²⁶⁰ rechtfertigungsbedürftig und -fähig sind.

Entscheidend ist – jedenfalls in dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden Paternalismusverständnis –, dass der Schutz bzw. die Beförderung des individuellen Wohls *ohne oder gegen den Willen* des Betroffenen erfolgt (wobei dieser «Wille» nicht zwingend freiverantwortlich gebildet sein muss²⁶¹). Der Schutz lässt sich nicht auf einen aktuellen Willen und ein tatsächlich geäußertes Bedürfnis der Geschützten zurückführen;²⁶² sie sollen selbst dann in ihren wohlverstandenen Interessen befördert werden, wenn sie dies ablehnen.²⁶³ Die Fürsorge wird ihnen *aufgedrängt* oder *aufgezwungen*.²⁶⁴ Sie können sich dem Schutz *nicht entziehen* und ihn *nicht einfach zurückweisen* – oder müssen, was namentlich mit Blick auf Informationskampagnen oder *Nudges*²⁶⁵ von Bedeutung ist, zumindest *Anstrengungen* unternehmen, um den ungewollten Schutz zu vermeiden²⁶⁶ (das Erfordernis des «Zwangs» ist für die Frage, was als paternalistisches Staatshandeln gelten muss, nicht zu eng zu verstehen²⁶⁷). Der Staat masst sich in deren eigenen Interessen *Entscheidungszuständigkeit* an.²⁶⁸

Insbesondere ist nicht Zwang in dem Sinn erforderlich, dass jemandem ein Verhalten unter Strafandrohung verboten wird oder er einen Eingriff in seinen Körper erdulden muss. Gemeint ist auch etwa, dass der Staat im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen einen Vertrag nicht anerkennt,²⁶⁹ ihm die Teilnahme an einer Forschungsstudie verunmög-

²⁶⁰ Dazu hinten, Teil 1 II. B. 10.

²⁶¹ Vgl. KIENZERLE, 25, und hinten, Teil 1 II. B. 8; zum (grundrechtlichen) Schutz des «natürlichen Handlungswillens» siehe hinten, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

²⁶² SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 36.

²⁶³ Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 523; EIDENMÜLLER, Effizienz, 359; s.a. ARNESON, Mill versus Paternalism, 471.

²⁶⁴ Vgl. z.B. VALDÉS, 273; WOLF, Konflikte, 11; MÖLLER, Paternalismus, 11; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 22; RIGOPOULOU, 24; SCHULZ, Pragmatismus, 71; HEINIG, Paternalismus, 166.

²⁶⁵ Dazu hinten, Teil 1 II. B. 10.

²⁶⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 283 ff.

²⁶⁷ So auch KOLBE, Fn. 345. Allerdings wird der Stellenwert des «Zwangs» für die Beurteilung, ob ein paternalistischer Eingriff vorliegt, unterschiedlich beantwortet – vgl. dazu die Hinweise bei KOLBE, Fn. 345, die zudem zu Recht darauf hinweist, dass eine Verengung des Paternalismusbegriffs auf eigentlichen Zwang den heute im Vordergrund stehenden nicht imperativen Massnahmen zu wenig Rechnung tragen würde.

²⁶⁸ Vgl. ENDERLEIN, 7f., 9 und 260 («Usurpation fremder Entscheidungstätigkeit»); DWORKIN, Second Thoughts, 107.

²⁶⁹ Vgl. SCHMOLKE, 12.

licht,²⁷⁰ dass einer Person Information und Beratung aufgedrängt²⁷¹ oder dass Informationen verfälscht oder vorenthalten werden, namentlich über den eigenen Gesundheitszustand²⁷².

Aus dieser Eingrenzung folgen zwei Präzisierungen:

- (1.) Erstens liegt kein Schutz vor sich selbst im hier relevanten Sinn vor, wenn die Inanspruchnahme oder Zurückweisung *staatlichen Schutzes* im *völligen Belieben* des Einzelnen steht bzw. ein *reines Hilfsangebot* vorliegt:

Zu denken ist etwa an freiwillige Hilfs- und Beratungsangebote («Rauchstopp-Hotline»)²⁷³. Wenn es im Belieben des Einzelnen steht, die Unverbindlichkeit eines Vertrags geltend zu machen, wird sie nicht – im hier verstandenen Sinn – vor sich selbst geschützt.²⁷⁴ Gleiches gilt für die zustimmungsbedürftige²⁷⁵ und auf Antrag des Betroffenen ohne weiteres dahinfallende²⁷⁶ Begleitbeistandschaft i.S.v. Art. 393 ZGB.²⁷⁷ Ferner zu erwähnen sind gesetzlich vorgesehene «*Bedauernsmechanismen*»²⁷⁸, die es erlauben, auf einen (übereilt oder ohne hinreichende Informationen getroffenen) Entscheid *zurückzukommen* bzw. ihn rückgängig zu machen: Zu nennen sind namentlich Widerrufsrechte (vgl. z.B. die in Art. 265b Abs. 2 ZGB statuierte «Reue-» bzw. «Bedenkfrist»²⁷⁹ betreffend die Zustimmung zur Adoption; siehe ferner Art. 40a ff. OR für Haustürgeschäfte [und ähnliche Verträge]²⁸⁰ und Art. 16 KKG betreffend den Konsumkreditvertrag). Soweit der Einzelne seine Einwilligung (zum Vertragsschluss) unmittelbar und rechtswirksam erklären kann und ihm lediglich die Möglichkeit gegeben wird, auf seinen Entscheid zurückzukommen,

²⁷⁰ Vgl. KLEINIG, 5 f.

²⁷¹ BUCHANAN, 62.

²⁷² Vgl. GERT/CULVER, 201 f.; SZERLETICS, 26; BEAUCHAMP, Concept of Paternalism, 80; KLEINIG, 6; VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 94; BUCHANAN, 61 f.; PAPAGEORGIOU, 221; s.a. WOLF, Paternalismuskritik, 59 («Zwang [...] durch Vorenthaltung oder Verfälschung von Informationen»); DWORKIN, Second Thoughts, 105 f.

²⁷³ Vgl. demgegenüber SUNSTEIN, Why Nudge?, 82 und 84, soweit das vom Staat angebotene «Rauchstopp-Programm» der Beeinflussung der individuellen Wahl im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen diene.

²⁷⁴ Anders ist dies – eine paternalistische Motivation vorausgesetzt – bei der von Amtes wegen zu beachtenden Nichtigkeit, vgl. BELSER, Vertragsrecht, 121 f. und 656; dazu auch hinten, bei Fn. 564 ff. sowie in Teil 3 IV. D. 3. b) ii und Teil 5 II. B. 3. b) vi.

²⁷⁵ Vgl. Botsch. Erwachsenenschutz, 7045.

²⁷⁶ Vgl. FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 393, Rz. 31, und Komm zu Art. 399, Rz. 16; DANIEL ROSCH, Die Begleitbeistandschaft – Per aspera ad astra?, FamPra.ch 2010, 268 ff., 293.

²⁷⁷ Allerdings führt eine Begleitbeistandschaft ohnehin nicht zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person (Art. 392 Abs. 2 ZGB).

²⁷⁸ Zum diesem Begriff: VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 127.

²⁷⁹ CHK ZGB-BIDERBOST, Art. 265a–265d, Rz. 7; s.a. Fn. 541 a.E.

²⁸⁰ Für eine Übersicht über die Widerrufsrechte im schweizerischen Konsumentenschutz vgl. DANIEL DONAUER/BARBARA A. MÖRI, Widerrufsrecht im schweizerischen Konsumentenschutz – Aktuelle Entwicklungen, AJP 2015, 339 ff.

handelt es sich nicht um Paternalismus im hier verstandenen Sinn.²⁸¹ Von einer «Bevormundung» durch Widerrufsrechte kann man insofern nicht sprechen.²⁸² Eine (paternalistische) Beschränkung der Selbstbestimmung liegt aber dann vor, wenn der Einzelne in seinem eigenen Interesse Bedenk- und Wartezeiten unterworfen wird, *bevor* er (rechtswirksam) ein Rechtsgeschäft abschliessen kann.

Freilich ist die Grenze zwischen einem reinen Angebot und einer paternalistischen Intervention oft nicht einfach zu ziehen. Um einen aufgedrängten Schutz handelt es sich z.B. dann, wenn aus paternalistischen Gründen das Trinkwasser fluoridiert wird. Zwar wird niemand unmittelbar gezwungen, das angereicherte Wasser zu trinken, aber tatsächlich wird es erheblich schwierig, sich dieser faktischen «Zwangsmedikation» zu entziehen.²⁸³ Geht es um das sog. *Nudging*²⁸⁴ liegt ein reines Angebot grundsätzlich ebenfalls nicht vor, weil die *Entscheidungsarchitektur* gezielt verändert wird und der Einzelne – häufig subtil und unter Ausnutzung von Verhaltensanomalien – gezielt in eine gewisse Richtung «geschubst» werden soll.²⁸⁵ Entsprechendes gilt für die (unmittelbare) Konfrontation mit verhaltenslenkender Information im öffentlichen Raum, wie insbesondere auf Plakaten. Diese erfolgt ungefragt und der Einzelne wird nicht unerhebliche Anstrengungen unternehmen müssen, wenn er sich derartigen staatlichen Steuerungsversuchen während seines Aufenthalts in der Öffentlichkeit vollständig entziehen will.²⁸⁶

(2.) Da der Schutz der Einzelnen aufgedrängt werden muss, ist ein staatliches Handeln *mit Willen oder Zustimmung* der Betroffenen kein paternalistisches Handeln.²⁸⁷ Dies ist wie folgt zu präzisieren:

(a.) Zunächst gilt dies in einer *generalisierten* Sichtweise. Angesprochen ist damit der bereits vorne beschriebene, bewusste «Verzicht» auf Selbstbestimmung im demokratischen Prozess.²⁸⁸ Das wird zuweilen als gemeinschaft-

²⁸¹ Vgl. demgegenüber EIDENMÜLLER, Effizienz, 484; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 127; wie hier HAIDMAYER, 3 (keine «Bevormundung des Konsumenten», wenn es in seinem «freien Belieben steht, ob er die Schutzinstrumente nutzen möchte»), siehe dort auch Fn. 39 m.w.H.

²⁸² Vgl. demgegenüber EJPD, Medienmitteilung vom 9. November 2005 «Konsumentenschutz wird nicht ausgebaut», abrufbar unter: www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2005/2005-11-091.html. Falls Widerrufsrechte zu einer Verteuerung von Produkten führen (vgl. HONSELL, 37; HAIDMAYER, 3 f. m.w.H.), werden Wahlfreiheiten aber zumindest indirekt tangiert, wenn die Einzelne ein billigeres Produkt einer Widerrufsfrist vorzieht.

²⁸³ Vgl. ZENGER, 221; ferner hinten, bei Fn. 1860 und bei Fn. 4789.

²⁸⁴ Dazu hinten, Teil 1 II. B. 10.

²⁸⁵ Vgl. zum *Nudging* hinten, Teil 1 II. B. 10.

²⁸⁶ Vgl. auch hinten, bei Fn. 2007.

²⁸⁷ GERT/CULVER, 199 f.

²⁸⁸ Vorne, bei Fn. 228 ff.

liche oder *kollektive Selbstbindung*²⁸⁹, als «*Auto-Paternalismus*»²⁹⁰ oder als «*kollektiver Selbstpaternalismus*»²⁹¹ bezeichnet. Ist die Selbstbindung gewollt, handelt es sich richtig betrachtet aber gerade *nicht* um Paternalismus; die spezifischen mit einem Schutz vor sich selbst verbundenen Legitimationsfragen stellen sich nicht.²⁹² Das «Paternalismus-Problem» besteht mit anderen Worten nur, wenn der Kreis derjenigen, die Freiheitsbeschränkungen im wohlverstandenen Interesse der Geschützten befürworten, nicht mit demjenigen identisch ist, der von diesen Massnahmen betroffen ist.²⁹³

Häufig wird es indessen nicht einfach zu bestimmen sein, ob und inwiefern eine Norm auf ein spezifisches eigenes Schutzbedürfnis der Bevölkerung zurückgeht oder doch eher von der Absicht getragen ist, gewissen Personen oder Personengruppen *gegen ihren Willen* einen Schutz aufzuzdrängen.²⁹⁴ Ersteres ist nicht vorschnell anzunehmen²⁹⁵ (weshalb sich auch das Paternalismusproblem insofern nicht relativiert): Hinweise auf eine paternalistische Absicht können sich insbesondere aufgrund der Entstehungsgeschichte und der Materialien ergeben.²⁹⁶ Indizien, dass Paternalismus und keine Selbstbindung vorliegt, können ferner sein: Diejenigen, die sich für den Schutz aussprechen, sind *gar nicht diejenigen, die davon betroffen sind*, oder aber sie sind gar nicht auf eine staatliche Unterstützung angewiesen, um ihre Ziele zu erreichen. Auch wenn mit dem Schutz *weitgehende Freiheitsbeschränkungen* oder gar strafrechtliche Konsequenzen (strafbarer Konsum gewisser Substanzen) verbunden sind, ist erheblich fraglich, ob eine «Selbstbindung» vorliegt. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Helmtragspflicht kaum als Selbstbindung betrachten.²⁹⁷ Eine paternalistische Absicht liegt auch dann nahe, wenn der Gesetzgeber Schutz nur denjenigen Personen gewähren könnte, die dies tatsächlich wollen, aber eine entsprechend differenzierte Regelung unter-

²⁸⁹ KIRCHGÄSSNER, Rz. 26 f., 28, 30, 48, 57 und 64; VON DER PFORDTEN, Rechtfertigung, 28 f.

²⁹⁰ MÜLLER, Selbstbestimmung, 79.

²⁹¹ EIDENMÜLLER, Effizienz, 375.

²⁹² Vgl. FEINBERG, 18 ff.; SHAPIRO, Paternalism, 523 f.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 26 ff., 48, 57 und 64; VALDÉS, 280 f.; s.a. hinten, bei Fn. 2266.

²⁹³ Vgl. BEAT HODEL, Gesundheitspolitik zwischen Freiheit und Paternalismus, Diss., Flammatt 1991, 142; ferner SUNSTEIN, Interference, 1138 und 1140 ff.

²⁹⁴ Vgl. SUNSTEIN, Interference, 1143 f.

²⁹⁵ Vgl. KIRCHGÄSSNER, Rz. 28; SUNSTEIN, Interference 1144; HETTICH, Rz. 103.

²⁹⁶ EIDENMÜLLER, Effizienz, 379.

²⁹⁷ Vgl. KIRCHGÄSSNER, Rz. 28.

lässt.²⁹⁸ Schliesslich verliert das Argument der Selbstbindung umso stärker an Überzeugungskraft, je weniger stark die Geschützten im demokratischen Prozess repräsentiert und in der Lage sind, ihre Interessen durchzusetzen.²⁹⁹

Illustrieren lässt sich die Problematik an den durch Bund und Kantone ergriffenen, teils äusserst weitreichenden und grundrechtsintensiven Massnahmen,³⁰⁰ um die Ausbreitung von Covid-19 und die damit verbundenen Gefahren für die *öffentliche Gesundheit*³⁰¹ zu bekämpfen. Zentrales Anliegen war die Verhinderung von Covid-19-Erkrankungen und die Aufrechterhaltung der Kapazitäten in der Gesundheitsversorgung.³⁰² Soweit der Staat auf das Bedürfnis der Menschen reagiert hat, in ihrem eigenen Interesse vor einer *gesundheitsgefährdenden Ansteckung* mit Covid-19 geschützt zu werden³⁰³ und im Fall einer Ansteckung (oder einer sonstigen, Spitalpflege nötig machenden Erkrankung) *angemessen behandelt* werden zu können,³⁰⁴ hat er ihnen gegenüber *nicht paternalistisch* gehandelt. Er hat zwar Massnahmen im Interesse der Geschützten selbst getroffen, aber sie mit *deren Willen* mit Freiheitsbeschränkungen (z.B. Maskentragpflichten) belastet.³⁰⁵ Fraglich kann in solchen Fällen allerdings sein, *wie weit* das Interesse der «Schutzwilligen» tatsächlich reicht und welche Massnahmen sie um welchen Preis in ihrem eigenen Interesse zu tragen bereit sind. Um zu verhindern, dass der Staat *falsche* Interessen und Bedürfnisse unterstellt und damit die Eigenverantwortung untergräbt, wo dies nicht gewünscht ist, müssen die Massnahmen demokratisch hinreichend legitimiert sein (schon aus diesem Grund musste eine Regelung mittels «Notverordnung» die [zeitlich begrenzte] Ausnahme sein).³⁰⁶

Im Übrigen bestand hier das bereits vorne beschriebene Problem³⁰⁷ *unterschiedlicher Schutzbedürfnisse*: Zahlreiche Menschen lehnten die getroffenen Schutzmassnahmen (Versammlungsverbote, Maskentragpflichten usw.) ab, weil sie die Massnahmen als übertrieben und für sie übermässig nachteilig erachteten. Wenn der Staat diese Gruppe mit freiheitsbeschränkenden Massnahmen belastet hat, um das Interesse der anderen Gruppe – möglichst geringe Ausbreitung des Virus – zu schützen, handelte er gegenüber der erstgenannten Gruppe *nicht paternalistisch*. Allerdings stellt sich die Frage, welches Interesse in der Bevölkerung letztlich überwiegt und welche

²⁹⁸ Vorne, bei Fn. 243.

²⁹⁹ Vgl. SUNSTEIN, *Interference*, 1144; s.a. vorne, bei Fn. 208.

³⁰⁰ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1867g; BIAGGINI, «Notrecht», 253.

³⁰¹ Siehe etwa BIAGGINI, «Notrecht», 253.

³⁰² BIAGGINI, «Notrecht», 254.

³⁰³ Dieses Interesse findet auch in der Verfassung und der Gesetzgebung Rückhalt (Art. 118 Abs. 2 Bst. b; Art. 1 und 2 EpG).

³⁰⁴ Auch dieses Interesse klingt in der Verfassung an, siehe Art. 41 Abs. 1 Bst. b («die für ihre Gesundheit notwendige Pflege»).

³⁰⁵ Vorne, Teil 1 II. B. 4, Ziff. (2.) (a) bei Fn. 288 ff.

³⁰⁶ Siehe zu diesem Problemkreis hinten, Teil 1 II. B. 5 sowie bei Fn. 2266 ff., 3262 f. und 3924 ff.

³⁰⁷ Vorne, Teil 1 II. B. 2. b), Ziff. (2.) bei Fn. 228 ff.

Massnahmen in der Bevölkerung tatsächlich Rückhalt finden. Auch aus diesem Grund ist eine möglichst breite *demokratische Legitimation* solcher Schutzmassnahmen notwendig.

Unter dem Aspekt des Schutzes vor sich selbst wirft es aber zumindest Fragen auf, wenn gewisse «Risikogruppen» gezielt mit Freiheitsbeschränkungen belastet werden, um sie vor einer Ansteckung zu schützen, z.B. durch Besuchsverbote in Alters- und Pflegeheimen oder (zeitweilig verfügte) «Ausgangsbeschränkungen» für ältere Menschen. Geht es hier nicht zumindest *auch* um einen Schutz vor sich selbst? Jedenfalls wird man hier nicht vorschnell ein Bedürfnis der geschützten Personen unterstellen können, dass sie in ihrem *eigenen Interesse* mit derart weitgehenden, sie selbst direkt belastenden Massnahmen vor einer Ansteckung geschützt werden wollen.³⁰⁸ Bezogen auf Alters- und Pflegeheime ist allerdings zu beachten, dass sich das Virus dort besonders schnell ausbreiten kann: Gewisse Bewohnerinnen und Bewohner werden deshalb durchaus ein *eigenes Interesse* haben, dass das Virus nicht «eingeschleppt» wird (weil sie sich nicht vollständig isolieren wollen und/oder können, um das Risiko einer Ansteckung zu vermeiden). Anders ist dies aber bei Ausgangsbeschränkungen für ältere Personen: Das Ziel einer (weitgehenden) Isolation könnten sie auch eigenverantwortlich erreichen, wenn dies tatsächlich ihrem Bedürfnis entspräche. Letztlich dürfte aber entscheidend sein, dass gerade bei besonders gefährdeten Personen die Gefahr *schwerer Verläufe* besteht, was bei einer Ansteckung zu einer erheblichen Belastung der Spitäler und einer Verringerung der Spitalkapazitäten führen würde.³⁰⁹ Wenn der Staat Massnahmen anordnet, um dem Interesse an einer funktionierenden Gesundheitsversorgung Rechnung zu tragen, handelt er nicht paternalistisch (was indessen noch nichts darüber aussagt, ob Massnahmen wie Besuchsverbote oder Ausgangssperren verhältnismässig sind). Aber wie ist es, wenn eine Person im Fall einer Ansteckung *gar nicht behandelt* werden will (was durchaus ihr Recht ist³¹⁰)? In solchen Fällen scheint sich das Interesse am Schutz der Gesundheitseinrichtungen zu relativieren. Dies wirft zumindest die Frage auf, ob von den zum Schutz der Spitalkapazitäten getroffenen Massnahmen diejenigen (besonders gefährdeten) Personen *ausgeschlossen* werden können oder müssen, die *keinerlei* medizinische Behandlung wünschen. Ob solche Differenzierungen praktikabel sind, ist aber eine andere Frage. Zudem bleibt immer zu fragen, wie gross die Gefahr ist, dass die besonders gefährdete Person *andere besonders gefährdete Personen* ansteckt (z.B. in einem Altersheim).

- (b.) Sodann ist auf die *individuelle Selbstbindung und entsprechende Selbstbindungsmechanismen* hinzuweisen: Der Einzelne kann sich in seinem eigenen Interesse selbst Regeln setzen (kein Alkohol vor Sonnenunter-

³⁰⁸ Vorne, bei Fn. 294 ff.

³⁰⁹ Siehe dazu die Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), Fassung vom 16. März 2020, Stand 19. März 2020, 8:00 Uhr, 13, wonach besonders gefährdete Personen «vor Infektionen geschützt werden, damit potentiell gravierende Erkrankungsfälle und Engpässe in der Gesundheitsversorgung vermieden werden können».

³¹⁰ Hinten, bei Fn. 815 ff.

gang).³¹¹ Auch kann er gegenüber Dritten Verpflichtungen für den Fall eingehen, dass er sich nicht in einer bestimmte Weise verhält;³¹² oder er fordert in seinem eigenen Interesse von einem Dritten eine *bestimmte Handlung oder Unterlassung* – und zwar auch für den Fall, dass er sich zu einem späteren Zeitpunkt anders entscheiden sollte.³¹³ Im vorliegenden Zusammenhang ist relevant, dass auch der *Staat* Möglichkeiten eröffnen kann, sich selbst zu binden.³¹⁴

Ein Beispiel ist Art. 79 BGS: Soweit angezeigt (Gefährdungspotential; Merkmale des Vertriebskanals) müssen «die Spielbanken und die Veranstalterinnen von Grossspielen den Spielerinnen und Spielern Möglichkeiten zur Kontrolle und Beschränkung ihres Spielverhaltens zur Verfügung [stellen]». Ebenfalls zu nennen ist die in Art. 80 Abs. 5 BGS vorgesehene Spielsperre auf eigenes Ersuchen des Spielers.³¹⁵ Um diese Spielsperre wieder aufzuheben, reicht eine Erklärung des Betroffenen nicht aus. Ansonsten würde der Schutz seine Funktion nicht entfalten können: Der Einzelne hat sich ja gerade im Wissen um seinen Hang zu übermässigem Spielen für eine *Eigensperre* entschieden und will daran gebunden sein.³¹⁶ Vorausgesetzt für die Aufhebung der Sperre ist, dass der (zu registrierende; Art. 82 Abs. 3 BGS) Grund, der für die Spielsperre Anlass gegeben hat, nicht mehr besteht (Art. 81 Abs. 1 BGS); in das Verfahren auf Aufhebung der Spielsperre ist zudem eine kantonale anerkannte Fachperson oder Fachstelle miteinzubeziehen (Art. 81 Abs. 3 BGS).

³¹¹ Vgl. GÜTH/KLIEMT, 771 f.

³¹² Wette mit einem Freund, mehr Sport zu treiben. Es gibt auch Selbstbindungsplattformen im Internet, mit denen der Einzelne einen bindenden Vertrag über sich selbst gesetzte Ziele eingehen kann: Für den Fall, dass die Ziele (Gewichtsverlust, Rauchstopp usw.) nicht erreicht werden, kann der Einzelne z.B. erklären, dass ein zuvor einbezahlter Betrag an einen vorbestimmten Dritten überwiesen wird; vgl. dazu auch SCHNELLENBACH, Nudges, 271; DERS., Anschubsen, 451 und 455; s.a. BRUTTEL/STOLLEY, 768 und 770 f.

³¹³ Ein Ehepartner verlangt vom anderen, die Zigaretten oder Süßigkeiten zu verstecken und ihm diese auch auf Drängen hin nicht auszuhändigen (vgl. VALDÉS, 279). Die Einzelne verlangt von ihrem Arzt, dass ihr gewisse medizinische Informationen in keinem Fall mitgeteilt werden dürfen und zwar auch dann nicht, wenn sie dies zu einem späteren Zeitpunkt explizit verlangen sollte (WOLF, Paternalismuskritik, 61). In diesem Zusammenhang oft erwähnt wird das Beispiel von Odysseus, der sich – um dem Gesang der Sirenen nicht zu erliegen – an den Schiffsmast binden lässt und von den Matrosen verlangt, ihn unter keinen Umständen zu befreien (vgl. etwa CALABRESI/MELAMED, 1113; WOLF, Paternalismuskritik, 61; DERS., Konflikte, 12 f.).

³¹⁴ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 121; DIES., Nudge, 97 f.

³¹⁵ Vgl. zur Spielsperre als «Selbstbindungsmechanismus» auch VAN AAKEN, Nudge, 97; BRUTTEL/STOLLEY, 770 f.; BARCZAK, 90; vgl. auch hinten, bei Fn. 572.

³¹⁶ Illustrativ zu dieser Problematik BGH, Urteil vom 20. Oktober 2011, III ZR 251/10, NJW 2012, 48 ff., Rz. 10 ff.

Auch die gebundene Selbstvorsorge im Rahmen der Säule 3a trägt den Charakter eines Selbstbindungsmechanismus, ist doch das einbezahlte Kapital nicht mehr frei verfügbar.³¹⁷

Solche Selbstbindungen werden zuweilen als *Selbstpaternalismus* bezeichnet.³¹⁸ Manchmal werden die gestützt auf einen früher geäußerten Wunsch getroffenen Massnahmen (z.B. eine Vorenthaltung von Informationen) als (lediglich) *schwach paternalistisch* bezeichnet.³¹⁹ Eine solche (freiwillige) Selbstbindung ist jedoch nicht vergleichbar mit einer dem Einzelnen aufgedrängten (paternalistischen) Intervention³²⁰ und hat auch nichts mit Paternalismus im eigentlichen Sinn zu tun: Sie ist von der Betroffenen gewollt, eine Fremdbestimmung liegt nicht vor; der Dritte achtet lediglich ihren Wunsch, in ihrem früher gefassten Entschluss respektiert zu werden, auch wenn sie sich später anders entscheiden sollte.³²¹

5. Problematik der Unterstellung von Schutzbedürfnissen

Zwischen einem Aufdrängen von Schutz im «wohlverstandenen» Interesse der Geschützten ohne oder gegen deren Willen (Paternalismus) und der Reaktion auf ein geäußertes Schutz- und Fürsorgebedürfnis der «Geschützten» selbst (kein Paternalismus) steht die Konstellation, dass der Staat *davon ausgeht*, die Rechtsunterworfenen hätten ein Bedürfnis nach Schutz und Fürsorge, obwohl ein solches *gar nicht vorliegt*. Eine eigentliche paternalistische *Absicht* liegt streng genommen nicht vor,³²² was aber nichts daran ändert, dass der Schutz nicht gewollt ist. Einer Freiheitsbeschränkung, die auf den Schutz von Bedürfnissen zielt, die gar nicht vorliegen, dürfte es an einem öffentlichen Interesse und der Verhältnismässigkeit mangeln. Schutzbedürfnisse darf der Staat nicht vorschnell unterstellen.³²³ Wichtig ist

³¹⁷ LAIBSON/ZETTELMEYER, 29 («illiquide Sparkonten für den Ruhestand»).

³¹⁸ Vgl. etwa WAGNER-VON PAPP, 343, 365, 383 ff. (auf S. 365 bezogen auf eine Spielsperre); ENGLERTH, Wert des Rauchens, 252 (bezogen auf eine Spielsperre); CALABRESI/MELAMED, 1113 («self paternalism»); s.a. BGH, Urteil vom 20. Oktober 2011, III ZR 251/10, NJW 2012, 48 ff., Rz. 8 und 11, wonach der Zweck einer Spielsperre auf Antrag des Spielers der «Schutz vor sich selbst» sei.

³¹⁹ WOLF, Paternalismuskritik, 61; DERS., Konflikte, 12 f.

³²⁰ Vgl. BRUTTEL/STOLLEY, 768 und 770 f.; s.a. SCHNELLENBACH, Rationalität, 778 f.; WAGNER-VON PAPP, 384 f.

³²¹ WAGNER-VON PAPP, 384 f. (*echter* Paternalismus sei fremd-, nicht selbstverordnet); SHAPIRO, Paternalism, 523 f.; CALABRESI/MELAMED, 1113.

³²² Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 524.

³²³ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 2266 ff.

hier, dass über das zu erreichende «Schutzniveau» im demokratischen Prozess entschieden und es gesetzlich festgelegt wird.³²⁴

6. Schutz vor sich selbst auch bei der Involvierung Dritter?

Eine «Selbstschädigung» bzw. ein Schutz vor sich selbst können auch dann vorliegen, wenn Dritte in die schädigende Handlung involviert sind. Dies betrifft insbesondere Handlungen, die unter *Zuhilfenahme Dritter* durchgeführt werden, bzw. Handlungen Dritter, die *mit Zustimmung des «Geschützten»* erfolgen. Werden solche Handlungen erschwert oder unterbunden (z.B. die Inanspruchnahme von Sterbehilfe, der Erwerb gesundheitsschädigender Produkte von Dritten oder ein risikoreiches Sexualverhalten), liegt ebenfalls ein Schutz vor sich selbst vor, wenn dies im «wohlverstandenen» Interesse des Betroffenen und unabhängig von seinem Willen erfolgt.³²⁵ Nur weil eine Gefährdung ihren Ursprung auch in einem *Dritten* hat, sind Massnahmen, die diese verhindern wollen, keineswegs immer als (gewollter) Schutz vor einer Drittschädigung zu qualifizieren. Anders ist dies, wenn der Betroffene vor Zwangsausübung durch einen Dritten geschützt werden soll und ein entsprechendes Schutzbedürfnis vorliegt.³²⁶ Freilich kann es aus nicht paternalistischen Gründen als geboten erachtet werden, gegen das Verhalten eines Dritten vorzugehen, selbst wenn sich dieser auf eine Zustimmung des «Geschädigten» stützen kann – zu denken ist an den Problemkreis der *aktiven Sterbehilfe* (u.a.: Problematik des «Tötungstabus»³²⁷). Im Einzelnen kann die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten eines Dritten unterbunden werden darf, schwierig sein.

Im Strafrecht wird unterschieden zwischen einer (grundsätzlich strafbaren³²⁸) «einverständlichen Fremdgefährdung» und einer (grundsätzlich nicht strafbaren) «Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung»; hinter der (grundsätzlichen) Straflosigkeit der Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung steht – so das Bundesgericht – «die normative Wertentscheidung, dass kein Grund besteht, die Handlungsfreiheit einzuschränken, solange niemand gegen seinen Willen gefährdet wird»;³²⁹ nach der Rechtsprechung richtet sich die Unterscheidung danach, «ob der Rechtsgutträger das Tatgeschehen derart beherrscht, dass er darin jederzeit und bis zuletzt

³²⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 306, und hinten bei Fn. 2266 ff., 3262 f. und 3924.

³²⁵ Vgl. KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 97; FEINBERG, Harm to Self, 99 ff.; ferner ZUPPINGER, 46 f., 147 f.; REINHARD, 98; WILMS/JÄGER 44; s.a. DWORKIN, Paternalism, 68.

³²⁶ Vgl. FISCHER, 27 und 269.

³²⁷ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 1449 ff.

³²⁸ So BGE 131 IV 1, E. 3.3; vgl. aber die Kritik bei BSK StGBI-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 14 und 55.

³²⁹ Siehe dazu aus der Rechtsprechung BGE 134 IV 193, E. 9.1; BGE 134 IV 149, E. 4.5; BGE 131 IV 1, E. 3.2 f.; s.a. hinten, bei Fn. 3007.

steuernd einzugreifen vermag, oder aber das Gefährdungsgeschehen in den Händen des Dritten liegt».³³⁰ Im Einzelnen kann es jedoch anspruchsvoll sein, die beiden Konstellationen auseinanderzuhalten,³³¹ und gerade die strafrechtsdogmatische Behandlung und Einordnung der «einverständlichen Fremdgefährdung» ist umstritten³³².

7. Der «harte» Paternalismus

Ein «klassischer» Schutz vor sich selbst – Paternalismus «im eigentlichen Sinn»³³³ – liegt dann vor, wenn der Staat (auch) auf *freiwilliges* (oder *freiverantwortliches*³³⁴) *Verhalten* im besten Interesse des Einzelnen einwirkt bzw. der Schutz *unabhängig* von der Frage aufgedrängt wird, ob der Einzelne *freiwillig* handelt. Die Intervention richtet sich damit auch gegen Entscheidungen, die *selbstbestimmt* – ohne die Willensbildung und -umsetzung beeinträchtigender Umstände – getroffen wurden, bzw. gegen die *frei gewählten* Präferenzen und Ziele. Die Rede ist vom sog. *harten* (manchmal auch starken³³⁵) *Paternalismus*.³³⁶

Harter Paternalismus läge z.B. dann vor, wenn eine Gurtentrapfpflicht *allein* damit gerechtfertigt würde, dass das Unfallrisiko und der potentielle Schaden für den Einzelnen hoch sind; der Schutz würde diesfalls unabhängig davon aufgedrängt, ob sich der Betroffene der Unfallrisiken bewusst und bereit ist, diese in Kauf zu nehmen.³³⁷

³³⁰ BGE 134 IV 193, E. 9.1; ferner BGE 134 IV 149, E. 4.4; BGE 131 IV 1, E. 3; siehe dazu auch EICKER, 144 m.w.H.

³³¹ Vgl. den Überblick bei MAXIMILIAN LASSON, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung – Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 2009, 359 ff.; EICKER, 142 ff., plädiert für eine «Gleichbehandlung beider Fallgruppen», es sei «die Eigenverantwortlichkeit des Opfers das massgebende Kriterium für die Nichtzurechnung des Taterfolgs zum mitwirkenden Dritten».

³³² Vgl. EICKER, 146 ff.; s.a. die Differenzierungen und Präzisierungen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 14 und 55.

³³³ Vgl. GUTMANN, Tradition, Fn. 1.

³³⁴ Die Begriffe «freiwillig» und «freiverantwortlich» werden in der vorliegenden Untersuchung synonym verwendet.

³³⁵ WOLF, Paternalismuskritik, 59; GUTMANN, Tradition, Fn. 1; DERS., Paternalismus, 29; FEINBERG, Legal Paternalism, 17 («*strong version of legal paternalism*»); ARNESON, Paternalism, 418 («*strong paternalism*»).

³³⁶ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 12; DWORKIN, Second Thoughts, 107; KIENZERLE, 33; MÖLLER, Paternalismus, 16; KÜHLER, Einleitung, 17; RIGOPOULOU, 26; ENDERLEIN, 17; LENZ, 194 f.; KLIMPEL, 27; GUTMANN, Tradition, Fn. 1; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 24; GKOUNTIS, 22; SCHULZ, Pragmatismus, Fn. 19; MAYR, 48 und 61.

³³⁷ Vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 370 ff.

Letztlich wird der Person eine ihr «fremde Wertvorstellung» aufgezwungen.³³⁸ Soweit sich das staatliche Handeln am «objektiv Vernünftigen» ausrichtet, lässt sich auch von einem *Vernunftpaternalismus* sprechen.³³⁹ Typische Mittel des harten Paternalismus sind Gebote und Verbote.³⁴⁰ Allerdings kommen auch *Manipulationen* und Ähnliches in Frage, die gezielt die *Präferenzen* in die als «richtig» oder «vernünftig» erachtete Richtung beeinflussen wollen (z.B. durch Weglassen oder Verfälschen von Informationen).³⁴¹

8. Der «weiche» oder «autonomieorientierte» Paternalismus

Daneben gibt es (paternalistische) staatliche Massnahmen, die sich an der *Freiwilligkeit bzw. der Selbstbestimmung* orientieren und diese erhalten und schützen wollen. Es geht dann – zumindest dem Grundsatz nach – nicht um ein Einwirken auf freiverantwortlich gebildete Präferenzen oder das Aufdrängen von «Wertvorstellungen». Dem Einzelnen soll es vielmehr ermöglicht werden, das zu erreichen, was er *wirklich* oder *eigentlich will*. Es sollen «Selbstbestimmungs-» oder «Freiwilligkeitsdefizite» erkannt und korrigiert bzw. «ungewollte» Handlungen und ihre negativen Auswirkungen verhindert werden.³⁴² Letztlich geht es um eine «fürsorgliche *Kompensation* mangelnder Autonomie».³⁴³ Zu denken ist an *eigentliche Urteilsunfähigkeit*, aber auch an *zahlreiche weitere (innere und äussere) Umstände*, welche die Einzelne daran hindern oder es ihr zumindest erschweren, so zu handeln, wie sie eigentlich handeln möchte.³⁴⁴

Ein solches an Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungsdefiziten orientiertes, auf Schutz und Absicherung der Autonomie abzielendes Handeln im Interesse des Betroffenen wird als *weicher* (oder *schwacher*³⁴⁵) *Paternalismus* bezeichnet³⁴⁶ («soft pa-

³³⁸ WOLF, Paternalismuskritik, 59; DERS., Paternalismus, 54 («fremde Werte»); KIENZERLE, 33 f.

³³⁹ Siehe FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 37.

³⁴⁰ Allerdings können Verbote und Gebote sowie Zwang auch bei einem «weichen» Paternalismus zur Anwendung kommen, dazu hinten, bei Fn. 361 f.

³⁴¹ Siehe WOLF, Paternalismuskritik, 59; POPE, 686; s.a. WILSON, 205.

³⁴² GKOUNTIS, 48, s.a. 23; GUTWALD, 73; KIRCHGÄSSNER, Rz. 14; WOLF, Paternalismuskritik, 59; DERS., Konflikte, 12; POPE, 667 ff.; LENZ, 195; KIENZERLE, 34 f.

³⁴³ SCHÖNE-SEIFERT, Paternalismus, 113 (Herv. im Original); vgl. ferner KIENZERLE, 173.

³⁴⁴ Vgl. vorne, Teil 1 I. A, und hinten, bei Fn. 2042 ff.

³⁴⁵ Vgl. ENDERLEIN, 17 f.

³⁴⁶ Vgl. RIGOPOULOU, 26; SCHULZ, Pragmatismus, Fn. 19; KIENZERLE, 34 f.; WOLF, Paternalismuskritik, 59; MAYR, 48 und 61; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 27; GUTWALD, 74 und 87; ENDERLEIN, 17; KLIMPEL, 27; GKOUNTIS, 23; JOOST, 135; SHAPIRO, Paternalismus, 528.

ternalism»³⁴⁷ oder «*weak paternalism*»³⁴⁸). Die Rede ist auch von «*autonomieorientiertem*» Paternalismus.³⁴⁹

Die Grenzen zwischen einem harten und einem weichen Paternalismus verlaufen indessen nicht trennscharf. Die beiden Begriffe werden teilweise auch unterschiedlich verstanden und voneinander abgrenzt.³⁵⁰ Weiter ist zu bemerken, dass zwischen «freiwilligem» und «unfreiwilligem» Verhalten – und damit letztlich zwischen hartem und weichem Paternalismus – nicht ohne weiteres unterschieden werden kann:³⁵¹ Was macht eine Handlung zur «unfreiwilligen»? Wann etwa ist jemand ausreichend informiert, damit sein Verhalten als freiwillig bezeichnet werden kann?³⁵² Indessen darf die Differenzierung zwischen einem Paternalismus, der die Freiwilligkeit absichern will, und einem solchen, der einen Schutz *unabhängig* davon aufdrängt, ob der Einzelne freiwillig handelt, *nicht unterbewertet* werden – sie spielt namentlich für die Rechtfertigung entsprechender Eingriffe eine entscheidende Rolle:³⁵³ Muss der Staat die «Freiwilligkeit» einer Handlung berücksichtigen bzw. Gründe angeben, warum jemand in seiner Selbstbestimmung eingeschränkt erscheint? Oder darf er die allfällige Freiwilligkeit individuellen Verhaltens gänzlich ausser Acht lassen, wenn er jemandem einen Schutz vor sich selbst aufdrängen will?³⁵⁴

Zudem kann man darüber streiten, ob und wie weit man den Paternalismusbegriff auch für staatliche Massnahmen öffnen will, die einem «unfreiwilligen» Verhalten und «ungewollten» Schäden entgegenwirken wollen. Soll man auch dann von Paternalismus sprechen, wenn die Einzelne vor einer Handlung geschützt wird, die gar nicht ihrem Willen entspricht? Ist diese Konstellation nicht eher einem Schutz vor einer (ungewollten) *Drittschädigung* ver-

³⁴⁷ DWORKIN, *Second Thoughts*, 107 (vgl. aber die Differenzierung zwischen «*soft*» und «*weak paternalism*» bei DERS., *Paternalism* – *Stanford Encyclopedia*); FEINBERG, *Harm to Self*, 13 ff., 61, 98 f., 172 f. – zuweilen ist von «*soft paternalism*» dann die Rede, wenn der Staat die individuelle Wahl ohne das Aufbürden erheblicher Kosten steuert, von «*hard paternalism*» hingegen dann, wenn die Wahlfreiheit des Einzelnen mit erheblichen Kosten belastet wird (SUNSTEIN, *Why Nudge?*, 55 f., insb. 57 f.).

³⁴⁸ ARNESON, *Paternalism*, 418; FEINBERG, *Legal Paternalism*, 9 und 17 («*weak versions of legal paternalism*»).

³⁴⁹ FATEH-MOGHADAM, *Grenzen*, 27; RIGOPOULOU, 22; z.T. wird der Begriff des autonomieorientierten Paternalismus mit dem «Schutz der Autonomie vor Selbstzerstörung» gleichgesetzt (so KLIMPEL, 14 und 17), was m.E. ein zu enges Verständnis ist.

³⁵⁰ Vgl. dazu POPE, 661 ff. und insb. 714 ff.; ferner DRERUP, 159 ff.; teilweise wird zusätzlich unterschieden zwischen «*hard*» und «*soft paternalism*» auf der einen und «*weak*» und «*strong paternalism*» auf der anderen Seite (so DWORKIN, *Paternalism* – *Stanford Encyclopedia*); vgl. auch die Unterscheidung von hartem, sanftem und weichem Paternalismus bei KIRCHGÄSSNER, Rz. 13 f.; s.a. vorne, Fn. 347.

³⁵¹ Vgl. MÖLLER, *Paternalismus*, 17; CONLY, 6; SZERLETICS, 48 ff., insb. 52 ff.; LENZ, 198 f.; FATEH-MOGHADAM, *Lebendorganspende*, 30 f.

³⁵² Vgl. CONLY, 6; ENGI, *Neutralität*, 117.

³⁵³ Vgl. zur Unzulässigkeit eines harten und zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines weichen Paternalismus hinten, Teil 4 II. C und Teil 4 III.

³⁵⁴ S.a. hinten, bei Fn. 364.

gleichbar?³⁵⁵ Die Frage ist berechtigt. Doch ist – abgesehen von der ohnehin schwierigen Trennung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Verhalten – zu bedenken, dass selbst den «unfreiwillig» Handelnden, insbesondere *urteilsunfähigen* Personen ein Schutz gegen sich selbst *aufgedrängt* werden kann,³⁵⁶ wenn sich dieser zumindest gegen einen *natürlichen* (in rechtlicher Hinsicht keineswegs unerheblichen³⁵⁷) Willen richtet.³⁵⁸ Man sollte ein Handeln, mit dem sich die Einzelne einen «ungewollten» Schaden zufügt, nicht vorschnell als *Drittschädigung* begreifen bzw. damit vergleichen und aus dem Paternalismusbegriff ausklammern;³⁵⁹ es bleibt bei einer vom Einzelnen – wenn auch vielleicht aus irrigen Gründen – abgelehnten und spezifische Fragestellungen im Verhältnis Staat–Bürger aufwerfenden Wahrnehmung wohlverstandener Interessen.³⁶⁰

Der weiche Paternalismus ist insofern «weich», als er «freiwilliges» Verhalten staatlicherseits unangetastet lässt; welche *Mittel* in Frage kommen, um «defizitäre» Entscheidungen zu erkennen und zu korrigieren, bleibt hingegen offen. Zwar werden «nicht imperative» Massnahmen (Information, Beratung und Aufklärung usw.) hierfür häufig ausreichen, indessen können sich auch *Zwang*, *Verbote und Gebote* als nötig erweisen (z.B. Formzwang, Wartefristen, Zwangsberatung, umfassende Beistandschaft oder Verfügungsverbote, wenn Defizite trotz Aufklärung bestehen).³⁶¹ Zwang, Gebote und Verbote sind somit nicht zwingend mit einem «harten» Paternalismus verbunden.³⁶²

Beim weichen Paternalismus bleibt ausserdem offen, *welche Freiwilligkeitsdefizite* als rechtfertigender Ansatzpunkt für eine staatliche Intervention in Frage kom-

³⁵⁵ Für eine Ausklammerung des weichen «Paternalismus» aus dem Paternalismusbegriff BEAUCHAMP, *Paternalism and Biobehavioral Control*, 66 ff., insb. 67 f.; ferner DERS., *Concept of Paternalism*, 80 ff., wonach Paternalismus nur vorliege, wenn eine substantiell autonome Entscheidung («*substantially autonomous choice*») übersteuert werde (vgl. dazu die Kritik bei VANDEVEER, 29 ff.); s.a. POPE, 670 («*not truly paternalistic*»); BIRNBACHER, 12 f., s.a. 14 f.; wohl auch SUCHOMEL, 219 f. (Schutz vor defizitären Entscheidungen kein «Schutz vor sich selbst»); vgl. auch die Diskussion bei FEINBERG, *Harm to Self*, 12 ff.; nach der Botsch. Änd. SVG (1979), 254, liegt ein «Schutz vor sich selbst» dann vor, wenn eine «Handlung» verhindert wird, «wodurch der Handelnde sich *mit freiem Willensentscheid* einen ausschliesslich ihn selbst treffenden Nachteil zufügt» (Herv. d. Verf.).

³⁵⁶ Vgl. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 388 und 390 f.; siehe demgegenüber LITWIN, 45 und 82; s.a. vorne, bei Fn. 261.

³⁵⁷ Vgl. hinten, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

³⁵⁸ Vgl. auch KIENZERLE, 25.

³⁵⁹ So aber etwa BEAUCHAMP, *Paternalism and Biobehavioral Control*, 66 ff.; wie hier FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 387 f.

³⁶⁰ Ähnlich MAYR, 50; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 387 f.

³⁶¹ Vgl. FATEH-MOGHADAM, *Grenzen*, 28 und 39; MAYR, 50, 61 und 66 ff.; KOLBE, 129; vgl. dazu auch hinten, Teil 4 III. C. 2. a).

³⁶² WILSON, 205; vgl. demgegenüber KIRCHGÄSSNER, Rz. 13 f.

men.³⁶³ Im Hinblick auf den weiteren Verlauf dieser Untersuchung ist insbesondere klarzustellen, dass «Freiwilligkeit» oder «Freiverantwortlichkeit» *nicht mit Urteilsfähigkeit gleichgesetzt* werden. Oder anders gesagt: Ein Selbstbestimmungs- oder Freiwilligkeitsdefizit kann grundsätzlich *auch dann vorliegen*, wenn der Betroffene im Sinne von Art. 16 ZGB *urteilsfähig* ist. Wenn im Folgenden ausgeführt wird, dem Staat sei ein paternalistisches Handeln *nur dann erlaubt*, wenn der Betroffene *nicht (vollkommen) «freiwillig»* handle bzw. er einem *Selbstbestimmungs- oder Freiwilligkeitsdefizit* unterliege, dann bedeutet das nicht zwingend, dass der Staat nur *urteilsunfähige* Personen vor sich selbst schützen dürfte. Gemeint ist vielmehr, dass der Staat sein Handeln mit dem Vorliegen von Umständen begründen muss, die sich negativ auf die freie Willensbildung und -umsetzung niederschlagen, was – abhängig von den gesamten Umständen – auch etwa Irrtümer, Informationsdefizite, evtl. sogar eine «Schwäche» des Willens bzw. Selbstkontrollprobleme miteinschließen kann. Und wenn – was insbesondere mit Blick auf die Abgrenzung zu einem «harten» Paternalismus von Bedeutung ist – ausgeführt wird, das staatliche Handeln finde eine Grenze an der «Freiwilligkeit» oder «Freiverantwortlichkeit» individueller Entscheidungen, ist damit gemeint, dass der Staat einen Schutz vor sich selbst nicht ohne Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung- und -umsetzung aufdrängen darf, ohne aber eine konkrete Aussage darüber zu treffen, was ein *freiwilliges* Handeln ausmacht.³⁶⁴

Obwohl ein solch weicher Paternalismus – im Gegensatz zu einem harten Paternalismus – mit einem freiheitlichen Staatsverständnis grundsätzlich verträglich erscheint,³⁶⁵ lässt sich keineswegs behaupten, er sei *unproblematisch*, ohne weiteres freiheitsverträglich³⁶⁶ oder greife nicht in das Selbstbestimmungsrecht ein³⁶⁷ – dies

³⁶³ Vgl. BROCK, 240 ff., insb. 243 f. und 246 f.

³⁶⁴ S.a. vorne, bei Fn. 354.

³⁶⁵ Vgl. hinten, bei Fn. 3971.

³⁶⁶ Vgl. WOLF, Konflikte, 13; ENGI, Neutralität, 117 f.; KOLBE, 129 f.; siehe aus philosophischer Sicht auch POPE, 669 ff., wonach der weiche Paternalismus nach seiner Ansicht zwar die Autonomie nicht verletze, aber dennoch freiheitsbeschränkende Effekte habe; ferner SCHÖNE-SEIFERT, Paternalismus, 110 («ethisch nicht durchgängig trivial oder uninteressant»).

³⁶⁷ Vgl. MAYR, 50 (weicher Paternalismus als «Eingriff in die Handlungsfreiheit» des Betroffenen); vorne, bei Fn. 356 ff.; vgl. *demgegenüber* MATHIS/CATHRY, 270, wonach der weiche Paternalismus «eigentlich gar nicht in die Selbstbestimmung des Individuums» eingreife; als unproblematisch erachtet ein weicher Paternalismus etwa BEAUCHAMP, Concept of Paternalism, 82 («However, the reasonableness of weak paternalistic interventions does not make it an interesting or conceptually coherent form of paternalism.»); ferner KLIMPEL, 28, wonach weicher Paternalismus «keine Verletzung der Autonomie» sei, «sondern nur eine Hilfestellung, autonome Entscheidungen zu ermöglichen».

jedenfalls aus einer grund- und verfassungsrechtlichen Perspektive.³⁶⁸ Und je eher man einem Verhalten die Freiwilligkeit abspricht – bzw. je höher man die Anforderungen an einen freiwilligen Entscheid schraubt –, desto mehr Raum besteht für «weich» paternalistisch oder «autonomieorientierte» Eingriffe, desto mehr nähert sich der weiche aber auch einem *harten* Paternalismus an.³⁶⁹

Eine Helmtraspflicht zum Schutz des Einzelnen vor sich selbst lässt sich insofern als *hart* paternalistisch begreifen, als sie sich über den Willen des Einzelnen hinwegsetzt;³⁷⁰ man kann aber auch darauf hinweisen, dass der Wille, keinen Helm zu tragen, (häufig) auf einer Falscheinschätzung der Risiken und einem «Überoptimismus» beruht, und darin ein Selbstbestimmungs- oder Entscheidungsdefizit erblicken.³⁷¹ Eine derart begründete Helmtraspflicht wäre bloss «weich» paternalistisch.³⁷²

9. «Befähigung» und Stärkung in Kompetenzen

Staatliche Massnahmen, mit welchen die Einzelne zu «besseren» Entscheidungen «befähigt» oder in ihren Kompetenzen, ihrer Position gegenüber Dritten oder – z.B. mittels Bildung und Erziehung – allgemein in ihrer Selbstbestimmung und Eigenverantwortung gestärkt werden soll, werden im vorliegenden Zusammenhang ebenfalls als Aspekt eines *autonomieorientierten Paternalismus* thematisiert. Allerdings nur insoweit, als sie der Einzelnen *in ihrem eigenen Interesse* aufgedrängt werden.³⁷³

10. Der «libertäre» Paternalismus und die *Nudges*

Insbesondere auf der Grundlage der (verhaltensökonomischen und psychologischen) Erkenntnisse über das nur «begrenzt» rationale Verhalten der Menschen und das regelmässige Auftreten von «Verhaltensanomalien»³⁷⁴ ist – namentlich

³⁶⁸ Vgl. insb. hinten Teil 4 III. A. 2: zum grundrechtlichen Schutz auch *defizitärer Entscheidungen* vgl. hinten, Teil 2 III. F. 3. c); zur Problematik, dass sich zwischen eine Absicherung der Autonomie und einer – darüber hinausgehenden – Beeinflussung von *Präferenzen* häufig nicht trennscharf unterscheiden lässt vgl. hinten, bei Fn. 3853 und bei 3992; zur Problematik von *Freiheits- und Wohlfahrtsverlusten* siehe hinten, bei Fn. 2083 ff. und Teil 4 III. C. 2. c) ii).

³⁶⁹ Dazu hinten, bei Fn. 2077 ff. und 3996 ff.

³⁷⁰ Vgl. POPE, 679; s.a. vorne, bei Fn. 337.

³⁷¹ Vgl. DWORKIN, *Second Thoughts*, 108; s.a. vorne, bei Fn. 28, und hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii).

³⁷² Vgl. ENGLERTH, *Wert des Rauchens*, 237 f. (der sich allerdings kritisch dazu äussert).

³⁷³ Vgl. vorne, bei Fn. 190 ff.; zur Grundrechtsrelevanz der «befähigenden Fürsorge» siehe hinten, Teil 2 III. F. 3. b).

³⁷⁴ Dazu vorne, bei Fn. 13 ff.

durch die Arbeiten von SUNSTEIN und THALER – das Konzept des *libertären* (manchmal auch «liberalen»³⁷⁵) *Paternalismus* («*libertarian paternalism*») entwickelt worden.³⁷⁶

Der libertäre Paternalismus lässt sich nicht ganz einfach umschreiben.³⁷⁷ Sein Ansatzpunkt ist, dass die Menschen insbesondere aufgrund ihrer beschränkten Rationalität und Verhaltensanomalien nicht immer die für sie «beste» Option wählen. Eine wesentliche Rolle spielen dabei die nur beschränkte Kapazität, Informationen zu verarbeiten, die Willensschwäche bzw. mangelnde Selbstkontrolle, der Hang des Menschen, den *Status quo* beizubehalten, und *Framing-Effekte*.³⁷⁸ Der libertäre Paternalismus will die Wahl- und Entscheidungsmöglichkeiten *erhalten* (was ihm die Bezeichnung «libertär», manchmal «liberal» einträgt³⁷⁹), aber «schlechte» bzw. «defizitäre» Entscheidungen so *beeinflussen* und steuern, dass die Menschen «*gemessen an ihren eigenen Massstäben*» «besser dastehen». Er hat die Ausgestaltung der *Entscheidungssituationen* im Blick und will durch die Veränderung der *Entschei-*

³⁷⁵ SCHNELLENBACH, Anschubsen, 445 ff.

³⁷⁶ Vgl. dazu SUNSTEIN/THALER, Nudge, 14 ff.; ferner NEUMANN, Libertärer Paternalismus, 1 ff. und insb. 15 ff.; SCHNELLENBACH, Anschubsen, 445; QIZILBASH, 647 und 651; KIRCHGÄSSNER, Rz. 58. Zu beachten ist allerdings, dass Abweichungen von einem «rationalen» Verhalten schon immer eine Rolle gespielt haben, um die Notwendigkeit *paternalistischer* Eingriffe zu begründen, vgl. z.B. im Kontext des *Konsumkredits* und der Verschuldungsproblematik Botsch. Konsumkreditgesetz (1978), 489 (diese Vorlage ist allerdings in der Schlussabstimmung gescheitert): Die Zugänglichkeit zu Konsumkrediten könne «für den Konsumenten eine *Versuchung* bedeuten, sich in einen Zustand der Abhängigkeit von fremden Mitteln und der Belastung mit Schulden hineinzubringen, der in seiner vollen Tragweite nicht selten erst dann realisiert wird, wenn bereits ernsthafte Schwierigkeiten auftreten»; Hinweis auf «das *psychologische Element*», wonach «die zeitliche Erstreckung der Zahlungspflicht und ihre Staffelung in eine Vielzahl – einzeln betrachtet – relativ bescheidener Teilbeträge [...] einen nicht zu unterschätzenden «*Verniedlichungseffekt*» habe; «Gefahr einer *Überschätzung der eigenen Leistungsfähigkeit*» (Herv. d. Verf.) – angesprochen sind damit u.a. Probleme der Willensschwäche und Selbstkontrolle oder des Überoptimismus; vgl. bezogen auf eine Regelung der *Ausverkäufe* und «*Ausnahmeverkäufe*» auch OGer Zürich, Urteil vom 31. März 1968, SJZ 1968, 235 ff., 239; vgl. bezogen auf den «*Sozialversicherungszwang*» auch hinten, Fn. 691; vgl. ferner REICH, Nudging, 637 f.

³⁷⁷ REBONATO, 358 f.

³⁷⁸ Dazu vorne, bei Fn. 23 ff. und 32 ff.

³⁷⁹ THALER/SUNSTEIN, Libertarian Paternalism, 175 und 177; SUNSTEIN/THALER, Oxy-moron, 1160 ff.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 58; wie «liberal» und freiheitsorientiert der libertäre Paternalismus aber tatsächlich ist, ist eine andere Frage – darauf wird an verschiedenen Stellen zurückzukommen sein, siehe insb. hinten, Teil 4 III. C. 4. b).

dungsarchitektur das Handeln – im Interesse des Betroffenen selbst³⁸⁰ – lenken und beeinflussen.³⁸¹

Wesentliches Instrument des libertären Paternalismus ist der «kleine Schubs», «Stups» oder «Nudge» in die «richtige Richtung»:³⁸² Der Mensch soll weder daran gehindert noch soll es ihm grundsätzlich erschwert werden, ungesund zu leben, sich nicht um die Altersvorsorge zu kümmern oder eine «ungeeignete Krankenversicherung» abzuschliessen. Aber er soll «sanft» in die für ihn «bessere» Richtung gestossen werden.³⁸³ Ein *Nudge* soll – um sich als Mittel des *libertären* Paternalismus zu qualifizieren – keine Optionen vermindern, wirtschaftliche Anreize nicht übermässig verändern, die Entscheidungsfreiheit nicht einschränken und ohne grossen Aufwand umgangen werden können.³⁸⁴ Allerdings werden Rationalitätsdefizite und Verhaltensanomalien durch einen *Nudge* häufig – aber nicht zwingend³⁸⁵ – auch genutzt oder «ausgenutzt», um den Entscheid in die für den Einzelnen «beste» Richtung zu lenken – etwa durch Ausnützen seiner Willensschwäche oder seiner Fixierung auf den *Status quo*.³⁸⁶ Um einen klar konturierten Begriff handelt es sich beim *Nudge* jedoch nicht; er hat verschiedene Erscheinungsformen

³⁸⁰ Um Drittschädigungen und externe Effekte geht es dem libertären *Paternalismus* – entsprechend seiner Bezeichnung – nicht, vgl. SCHNELLENBACH, Anschubsen, 445; vgl. aber hinten, bei Fn. 404 f.

³⁸¹ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 14 ff.; DIES., *Libertarian Paternalism*, 175 und 179; SUNSTEIN/THALER, *Oxymoron*, 1161 f.; vgl. ferner etwa YEUNG, 129; SCHNELLENBACH, Anschubsen, 445 ff.; hinten, bei Fn. 419.

³⁸² Ausführlich zu den Hintergründen und der Entstehung des Konzepts des *Nudging* FLÜCKIGER, 202 ff. Häufig wird der libertäre Paternalismus dem Einsatz von *Nudges* gleichgesetzt, wobei es durchaus zu Fragen Anlass geben kann, inwiefern die beiden Konzepte übereinstimmen, siehe dazu näher DÜBER, *Nudge*, 448 ff. Jedenfalls gibt es auch *nicht paternalistische* *Nudges* (hinten, bei Fn. 403).

³⁸³ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 15.

³⁸⁴ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 15 und 19; s.a. VAN AAKEN, *Nudge*, 83; nicht als *Nudges* würden etwa gelten: Verwaltungs- oder strafrechtliche Sanktionen (SUNSTEIN, *Simpler*, 39; s.a. SCHNELLENBACH, Anschubsen, 446), Sozialversicherungspflichten (GÜTH/KLIEMT, 774) oder die Tabaksteuer, da damit ökonomische Anreize verändert werden (SUNSTEIN, *Simpler*, 39, der allerdings festhält: Je kleiner der ökonomische Anreiz sei, desto eher nähere er sich einem *Nudge* an).

³⁸⁵ SUNSTEIN, *Why Nudge?*, 59; HUSTER, *Selbstbestimmung*, 28, 30 und 34 f.; hinten, bei Fn. 394.

³⁸⁶ REBONATO, 359 f., 366 und 379; YEUNG, 135 ff.; GRÜNE-YANOFF, 636 f.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 31; HEINIG, *Nudging*, Absatz 1.

und Ausprägungen,³⁸⁷ was auch bei der rechtlichen Diskussion mit zu bedenken ist.³⁸⁸

Häufig genanntes und illustratives Beispiel ist folgendes: Ungesunde Nahrung wird in einem Supermarkt oder einer Cafeteria *schwerer zugänglich als gesunde Nahrung platziert*, um damit einem Selbstkontrollproblem bzw. der Versuchung nach ungesundem Essen entgegenzuwirken. Damit werde niemandem verunmöglicht, ungesundes Essen zu kaufen. Aber diejenigen, die sich eigentlich gesund ernähren möchten bzw. keine «wahre» Präferenz für ungesundes Essen haben, würden – so der Anspruch des libertären Paternalismus – in die (für sie) «richtige» Richtung gelenkt.³⁸⁹ Ausgenutzt wird die menschliche Trägheit und der sog. «*status quo bias*».³⁹⁰ Auch könnte eine Raucherzone so platziert werden, dass deren Aufsuchen mit zusätzlichem (zeitlichen) Aufwand verbunden ist (z.B. nicht in unmittelbarer Nähe des Arbeitsplatzes) – der menschlichen Trägheit und Willensschwäche wird sich mit dem Zweck bedient, den Einzelnen vom Rauchen abzuhalten.³⁹¹ Oder es kann der Alkoholverkauf auf bestimmte lizenzierte Geschäfte beschränkt werden, so dass es schwieriger wird, Alkohol zu erwerben; nur diejenigen – so die Hoffnung – würden diesfalls Alkohol kaufen, die tatsächlich unbedingt Alkohol konsumieren wollen.³⁹²

Auch *Information und Warnungen* (z.B. über Gesundheitsrisiken des Rauchens auf Zigarettenpackungen oder über «gesundheitsrelevante Aspekte» von Lebensmitteln) werden zuweilen als *Nudges* bezeichnet.³⁹³ Damit muss aber kein «Ausnutzen» von Rationalitätsdefiziten verbunden sein.³⁹⁴

Wichtige *Nudges* sind *Standardvorgaben* oder *Defaults* (oder *Default Rules* i.S.v. «vorgegebenen Alternativen»³⁹⁵ oder «voreingestellten Entscheidungen»³⁹⁶), wie man sie etwa bei Voreinstellungen zur Installation von Software kennt.³⁹⁷ Es wird ein gewisser «Standard als Vorauswahl»

³⁸⁷ Vgl. REICH, Nudging, 633 ff., insb. 636; DÜBER, Nudge, 439 ff. und 452 ff.; FRIEDRICHSEN/HAGEN/WAGNER, 6; vgl. insb. die Herausarbeitung unterschiedlicher Arten von *Nudges* bei BALDWIN, 835 ff., sowie die Darstellung verschiedener *Nudges* bei YEUNG, 130 ff.; vgl. ferner die Darstellung der Instrumente des libertären Paternalismus bei NEUMANN, Libertärer Paternalismus, 41 ff.; zu *Nudges* in der Gesundheitspolitik vgl. insb. KOLBE, 80 ff.

³⁸⁸ ALEMANNO/SIBONY, 327 f.

³⁸⁹ SUNSTEIN/THALER, Oxymoron, 1184; dazu auch SCHNELLENBACH, Nudges, 269, und KIRCHGÄSSNER, Rz. 36; s.a. hinten, bei Fn. 431 und bei Fn. 4671.

³⁹⁰ SCHÄFER/OTT, 142; zum «*status quo bias*» vorne, bei Fn. 32 ff.

³⁹¹ BALDWIN, 835 f. und 838.

³⁹² SCHNELLENBACH, Nudges, 268.

³⁹³ Vgl. BALDWIN, 835 und 838; SUNSTEIN, Why Nudge?, 59 («*warnings*»); ferner BRUTTEL/STOLLEY, 768 f.; KOLBE 83 f. und 104 (bezogen auf Warnhinweise und «Schockbilder» auf Zigarettenpackungen); für eine Differenzierung zwischen *Nudges* und «informationeller Steuerung»: KOLBE, 101 ff.

³⁹⁴ SUNSTEIN, Why Nudge?, 59; HUSTER, Selbstbestimmung, 28 und 34 f.

³⁹⁵ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 126.

³⁹⁶ BOSWORTH/BARTKE, 776.

³⁹⁷ THALER/SUNSTEIN, Nudge, 123 ff.

angeboten und zwar der «optimale» – der Einzelne wird durch die Voreinstellung in die «richtige» Richtung geschubst.³⁹⁸ Will er vom «Standard» abweichen, muss er sich bewusst gegen die vorgegebene Option entscheiden (*Opt-out-Lösung*).³⁹⁹ Mit Standardvorgaben lässt sich der Umstand (aus-)nützen, dass der Einzelne häufig am «*Status quo*» festhält bzw. die «vorgegebenen Optionen» einer Veränderung vorzieht.⁴⁰⁰ Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch das bereits vorne erwähnte Beispiel der Aufnahme in eine betriebliche Altersvorsorge.⁴⁰¹

Zur *Verhütung von Unfällen* (etwa aufgrund gefährlicher Kurven) kann die Strassenmarkierung so gestaltet werden, dass der Autofahrer denkt, er sei schneller unterwegs, als er eigentlich ist; es wird ihm der Eindruck vermittelt wird, seine Geschwindigkeit nehme zu, um ihn zu einer Temporeduktion zu bewegen. Auch das ist ein Beispiel für einen *Nudge*.⁴⁰²

Zu präzisieren ist Folgendes:

- *Nudges* können auch für *nicht paternalistische* Zwecke eingesetzt werden (Schutz und Förderung von Allgemeininteressen).⁴⁰³

Das häufig für einen *Nudge* genannte Beispiel einer Widerspruchslösung anstatt einer Zustimmungslösung, um die Verfügbarkeit von Organen zu erhöhen (Veränderung der Standvorgabe: «*opt out*» statt «*opt in*»)⁴⁰⁴, ist z.B. gerade kein Beispiel für einen *paternalistischen Nudge* im hier verstandenen Sinn: Mit dem *Nudge* soll die Verfügbarkeit von Organen *im Interesse Dritter* erhöht werden. Auch beim eben erwähnten Beispiel der «täuschenden» Strassenmarkierungen⁴⁰⁵ dürfte es sich nicht um einen rein paternalistischen *Nudge* handeln, soweit damit auch die im Interesse Dritter stehende Verkehrssicherheit erhöht werden soll.

- Der *Nudge* ist nicht auf einen Einsatz durch den Staat beschränkt: Es können auch Private andere Private «*nudgen*» (z.B. wenn ein Unternehmen zur Gewinnmaximierung gewisse Standardvorgaben setzt)⁴⁰⁶; auch kann man sich

³⁹⁸ BRUTTEL/STOLLEY, 767.

³⁹⁹ BALDWIN, 835 f. und 838; HETTICH, Rz. 254.

⁴⁰⁰ SUNSTEIN/THALER, *Nudge*, 18 f.; zu dieser «Anomalie» vgl. vorne, bei Fn. 32 ff.

⁴⁰¹ Vgl. vorne, bei Fn. 36; s.a. WEBER/BAISCH, 938.

⁴⁰² SUNSTEIN/THALER, *Nudge*, 59 f.; s.a. hinten, bei Fn. 2570.

⁴⁰³ SUNSTEIN, *Ethics of Nudging*, vi f. und ix; VAN AAKEN, *Nudge*, S. 83 mit Fn. 2 und S. 87 ff.; HAUSMAN/WELCH, 125; YEUNG, 123 f.; HEIDBRINK/KLONTSCHINSKI, 17; KOLBE, Fn. 232; HUSTER, *Selbstbestimmung*, 30; ferner SCHAUB, 602; zu denken ist an die Verhinderung von Verunreinigungen bzw. die Senkung der Reinigungskosten, wenn im Urinal ein «Fliegenaufkleber» angebracht wird (vgl. THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 12 f. und 120 ff.; YEUNG, 124), oder an den Schutz der Umwelt durch eine direkte(re) Konfrontation des Konsumenten mit den Kosten des laufenden Stromverbrauchs (dazu THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 143).

⁴⁰⁴ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 240 ff.; ALEMANN/SPINA, 430.

⁴⁰⁵ Vorne, Fn. 402.

⁴⁰⁶ BRUTTEL/STOLLEY, 771 – setzen Unternehmen *Nudges* ein, um Konsumenten zu einem für sie nachteiligen, aber für das Unternehmen nutzenbringenden Entscheid zu bewegen

selbst Anreize setzen, um sich zu binden, z.B. indem man eine Wette eingeht («Selbstkontroll-*Nudges*»)⁴⁰⁷.

Der «libertäre» Paternalismus erscheint weniger freiheitsgefährdend als ein harter Paternalismus, da er keine fremden Werte aufdrängen will und die Betroffenen den staatlichen Lenkungsversuchen angeblich (leicht) ausweichen können. Allerdings ist eine differenzierte Betrachtungsweise mit Blick auf die Art und Wirkungsweise eines *Nudge* angezeigt.⁴⁰⁸ Keinesfalls lässt sich der libertäre Paternalismus generell als unproblematisch bezeichnen,⁴⁰⁹ worüber auch die eher harmlos anmutende Bezeichnung «*Nudge*» nicht hinwegtäuschen darf.⁴¹⁰ Mit Blick auf die in dieser Untersuchung zu beantwortenden Fragen ist bereits an dieser Stelle auf Folgendes hinzuweisen:

- (1.) Der libertäre Paternalismus nimmt die Rationalität der Entscheidung zum Ansatzpunkt, die indessen durch viele Faktoren beeinflusst wird und nie vollständig vorliegt; dies ermöglicht potentiell weitreichende Eingriffe. Zudem ist häufig unklar, ob und welche Entscheidungsverzerrungen oder «Verhaltensanomalien» *tatsächlich* vorliegen.⁴¹¹
- (2.) Zudem werden Rationalitätsdefizite – wie erwähnt – häufig nicht nur «korrigiert», sondern auch *ausgenutzt*, um den Einzelnen in eine *bestimmte* Richtung zu stossen.⁴¹² Eine solche Ausnutzung der eigenen Schwächen ist mit der individuellen Selbstbestimmung und Eigenverantwortung keineswegs ohne weiteres verträglich.⁴¹³

(z.B. wenn für die Konsumenten unvoreilhaftige Standard- oder Voreinstellungen gewählt werden), ist auch die Rede von *Dark Nudges*, siehe BASEL/MEIER, Rz. 50 ff.

⁴⁰⁷ BRUTTEL/STOLLEY, 768; vgl. zur «Selbstbindung» vorne, bei Fn. 311 ff.

⁴⁰⁸ Vgl. BRUTTEL/STOLLEY, 770; REICH, Nudging, 633 ff.

⁴⁰⁹ Vgl. etwa REBONATO, 357 ff.; GRÜNE-YANOFF, 635 ff.; QIZILBASH, 647 ff.; SUGDEN, 226 ff.; s.a. GERHARD SCHWARZ, Verführung zur sanften Lenkung, Schweizer Monat 1023, Februar 2015, 44; nach der Auffassung von HUSTER, Selbstbestimmung, 36, sind *Nudges*, über deren Einsatz «in einem offenen politischen Prozess beschlossen worden» ist, «nicht schlechthin bedenklich», selbst wenn sie für den Einzelnen nicht erkennbar sind und Rationalitätsdefizite ausnutzen – allerdings scheint er primär solche *Nudges* im Blick zu haben, welche die Bürgerinnen und Bürger in ihrem *eigenen* Interesse befürworten (und über deren Einsatz sie im demokratischen Prozess bestimmen) – eine solche «Selbstbindung» ist keineswegs unzulässig; um *paternalistische Nudges* handelt es sich dann aber streng genommen nicht, vgl. vorne, bei Fn. 288 ff.; ein Bedürfnis nach einer solchen Selbstbindung darf indessen nicht vorschnell unterstellt werden (vgl. hinten, bei Fn. 2271).

⁴¹⁰ REICH, Nudging, 636.

⁴¹¹ GRÜNE-YANOFF, 637; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 135 f.

⁴¹² Vgl. vorne, bei Fn. 386 und die Beispiele bei Fn. 389 ff.

⁴¹³ YEUNG, 137; HORN, 14.

- (3.) Es trifft kaum zu, dass der libertäre Paternalismus und das *Nudging* – wie behauptet⁴¹⁴ – die *Wahlfreiheiten* (völlig) offenlässt und Freiheiten nicht vermindert: Zwar wird die Einzelne nicht zu einem bestimmten Verhalten *gezwungen*, kann sich also dem Grundsatz nach anders entscheiden,⁴¹⁵ aber sie soll es eben nur bedingt – sie wird in eine *gewisse Richtung gestossen*. Mit dieser Veränderung der Entscheidungsarchitektur kann zumindest eine *Art* Zwang ausgeübt werden, dem sich die Einzelne nicht ohne weiteres zu entziehen vermag (und entziehen soll); der Staat greift ganz gezielt auf die Entscheidungsarchitektur zu, um einen bestimmten Entscheid zu provozieren.⁴¹⁶ Die Wahlfreiheit besteht beim *Nudging* (nur) innerhalb des *modifizierten* Entscheidungsrahmens, weshalb nicht pauschal gesagt werden kann, es würde die Entscheidungs- und Wahlfreiheit nicht tangiert.⁴¹⁷ Die von einem libertären Paternalismus gewährte Freiheit ist so gesehen eine reichlich *formale* Freiheit und jedenfalls keine Freiheit, die eigenen Entscheidungen frei von staatlicher Einflussnahme zu treffen.⁴¹⁸
- (4.) Dass der libertäre Paternalismus für sich in Anspruch nimmt, dem Einzelnen nur zu dem zu verhelfen, was er – gemessen an seinen eigenen Massstäben – eigentlich will,⁴¹⁹ darf nicht vorschnell als Argument für dessen Rechtfertigung beigezogen werden. Zunächst bleibt es bei einer staatlichen Einmischung in den Entscheidungsprozess. Zudem ist häufig unklar, was die wahren, eigentlichen Präferenzen des Betroffenen sind,⁴²⁰ und es lässt sich kei-

⁴¹⁴ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 14 f. und 331 ff.; SUNSTEIN/THALER, *Oxymoron*, 1160 ff.; vgl. auch KAHNE-MAN/THALER, 231 f.; s.a. vorne, bei Fn. 384.

⁴¹⁵ THALER/SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, 175; SUNSTEIN/THALER, *Oxymoron*, 1165 f.

⁴¹⁶ COONS/WEBER, 22 f.

⁴¹⁷ Siehe HAUSMAN/WELCH, 128, 130 und 136; FLÜCKIGER, 216 und 219 ff.; BLUMENTHAL-BARBY, 189 ff.; GRÜNE-YANOFF, 636 ff. (638: «*kind of coercion*»); HEINIG, *Nudging*, Absatz 8; HORN 14; KIENZERLE, 140, wonach *Nudges* «nicht ergebnisneutral» seien; vgl. demgegenüber NEUMANN, *Libertärer Paternalismus*, 85 f.; sehr zurückhaltend DANIELA THURNHERR, *Rechtsschutz im Kontext von Soft Law – eine Auslegeordnung*, *LeGes* 2018/3, Rz. 48, wonach *Nudges* «nicht primär» bei ihren Adressaten zu einer «[r]echtlich relevanten Betroffenheit» führen würden: «Sie können nämlich – sieht man von einem all-fälligen schlechten Gewissen ab – ohne Konsequenzen darauf verzichten, sich in der gewünschten Weise zu verhalten.»

⁴¹⁸ Vgl. REICH, *Nudging*, 633 und 636; YEUNG, 135; ALEMANN/SPINA, S. 447 f. mit Fn. 101; HORN, 14.

⁴¹⁹ Vorne, bei Fn. 381; ferner SUNSTEIN, *Why Nudge?*, 17, der «*Nudges*» wie folgt umschreibt: «initiatives that maintain freedom of choice while also steering people's decisions in the right direction (as judged by people themselves).»

⁴²⁰ Vgl. BOSWORTH/BARTKE, 775 f.; REBONATO, 364 f.; QIZILBASH, 653 ff.; SUGDEN, 232 ff.; HUSTER, *Selbstbestimmung*, 41 f.; HEIDBRINK/KLONSKINSKI, 19; MALTE

neswegs einfach feststellen, was der Einzelne wollte, würde er keinem (Rationalitäts-)Defizit unterliegen.⁴²¹ Ein *Nudging* dürfte letztlich nicht ohne die *Unterstellung* gewisser – «objektiv richtiger» – (langfristiger) Präferenzen (z.B. nach einer möglichst hohen Gesundheit oder einem möglichst langen Leben) auskommen.⁴²² Diesfalls findet keine Orientierung an denjenigen Präferenzen statt, die das konkret betroffene Individuum ohne Rationalitätsdefizite hätte, sondern an denjenigen Präferenzen, von denen («vernünftigerweise») angenommen wird, dass sie den Einzelnen (tendenziell) besserstellen.⁴²³ Es besteht damit auch die Gefahr, dass es letztlich nicht um die Präferenzen des «Angeschubsten» geht, sondern um diejenigen des paternalistischen *Planers*⁴²⁴, bzw. dass objektive Wertungen über das «richtige», «verantwortungsbewusste» und «vernünftige» Leben die Entscheidung anleiten,

F. DOLD/CHRISTIAN SCHUBERT, *Wohin nudgen? Zum Menschenbild des Libertären Paternalismus*, in: *Vierjahrshefte zur Wirtschaftsforschung* 1.2018, 29 ff., 32 f.; s.a. VAN AAKEN, *Paternalismusgefahr*, 140 ff.

⁴²¹ Vgl. HILL, *Anti-Anti-Anti-Paternalism*, 445 ff.; GLOD, *Nudges*, 614 f.; HEIDBRINK/KLONTSCHINSKI, 19.

⁴²² So auch die Einschätzung von SCHNELLENBACH, *Rationalität*, 779 ff.; DERS., *Anschubsen*, 452 f.; GUTWALD, 88 ff.; HUSTER, *Selbstbestimmung*, 41 ff.; COONS/WEBER, 16 f.; GLOD, *Nudges*, 614; DÜBER, *Nudge*, 474 ff.; s.a. VAN AAKEN, *Nudge*, 91; vgl. insbesondere SUNSTEIN/THALER *Nudge*, 14 f.: Nach ihrer Auffassung sind «die Entscheidungen der Menschen so zu lenken, dass sie hinterher besser dastehen – und zwar gemessen an ihren eigenen Maßstäben». Dabei sind sie der Überzeugung, es sei «legitim [...], das Verhalten der Menschen zu beeinflussen, um ihr Leben länger, gesünder und besser zu machen» – liberale Paternalisten würden versuchen, «die *vermuteten* Vorlieben der Menschen vorherzusehen und umzusetzen» (Herv. d. Verf.) – letztlich läuft dies auf eine Unterstellung bestimmter (objektiver) Präferenzen (langes und gesundes Leben usw.) hinaus; vgl. sodann THALER/SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, 175 (Herv. d. Verf.): «In our understanding, a policy counts as ‘paternalistic’ if it is selected with the goal of influencing the choices of affected parties in a way that will make those parties better off. We intend ‘better off’ to be measured as *objectively as possible*, and we clearly *do not always equate revealed preference with welfare*. That is, we emphasize the possibility that in some cases individuals make inferior choices, choices that they would change if they had complete information, unlimited cognitive abilities, and no lack of willpower. Once it is understood that some organizational decisions are inevitable, that a form of paternalism cannot be avoided, and *that the alternatives to paternalism (such as choosing options to make people sick, obese, or generally worse off) are unattractive*, we can abandon the less interesting question of whether to be paternalistic or not and turn to the more constructive question of how to choose among paternalistic options.»; s.a. hinten, bei Fn. 4655 sowie bei Fn. 3916.

⁴²³ Vgl. WHITE, 22 ff.

⁴²⁴ Vgl. HAUSMAN/WELCH, 128; GRÜNE-YANOFF, 641 ff.

in welche Richtung der Einzelne «geschubst» werden soll.⁴²⁵ Damit sind dem libertären Paternalismus erheblich freiheitsgefährdende Effekte immanent.⁴²⁶

- (5.) Der Zugriff in die Entscheidungsarchitektur kann je nach Art des *Nudge* zudem *manipulative* Züge tragen.⁴²⁷ Zwar sind *Nudges* denkbar, bei denen es für den Einzelnen grundsätzlich erkennbar ist, dass er in eine gewisse Richtung gestossen wird (z.B. «*Look Right*»-Markierungen auf den Fussgängerstreifen Londons⁴²⁸). Häufig wird (und soll) der Einzelne allerdings gar nicht merken, dass er subtil in eine gewisse Richtung gelenkt wird; eine Reflektion über das eigene Verhalten und die eigene Entscheidung findet gar nicht statt.⁴²⁹ Er wird möglicherweise nicht bemerken, dass Informationen in einer bestimmten Weise dargestellt werden, um einen gewissen Entscheid zu provozieren (*Framing*), oder er ist sich nicht bewusst, dass durch Auswahl eines *Defaults* schon ein gewisser – ihn beeinflussender – Referenzpunkt gesetzt wird.⁴³⁰ Häufig darf ein *Nudge*, soll er einen Effekt haben, gar *nicht (leicht) erkennbar sein*: Beispielsweise würde eine «gesundheitsfördernde» Anordnung der Speisen in einer Cafeteria an Wirkung einbüßen, wenn sich an der Eingangstür der Hinweis fände, dass sich die ungesunden Speisen im *hinteren* Teil der Cafeteria befinden.⁴³¹ In solchen Fällen bestehen ein *Transparenzdefizit* und die besondere Gefahr einer mit der individuellen Autonomie nur schwer verträglichen manipulativen *Beeinflussung* des Einzelnen.⁴³² Das mangelnde

⁴²⁵ Vgl. die Kritik bei GRÜNE-YANOFF, 641 ff.; siehe ferner SANDFUCHS, 225 f.

⁴²⁶ Vgl. zu dieser Problematik SCHNELLENBACH, Rationalität, 779 ff.; DERS., Anschubsen, 453; HILL, Anti-Anti-Anti-Paternalism, 445 ff. insb. 448; VAN AAKEN, Nudge, 91; DIES., Paternalismusgefahr, 123, 134 f. (s.a. Fn. 85) und 140; BLUMENTHAL-BARBY, 180 f.; s.a. FREY/GALLUS, 15 ff., die befürchten, dass *Nudges* keineswegs zwingend im Interesse der Bevölkerung eingesetzt, sondern (auch) zur Beförderung der Eigeninteressen der staatlichen Entscheidungsträger missbraucht werden; ferner PETER G. KIRCHSCHLÄGER, To What Extent Should the State Protect Human Beings from Themselves? – An Analysis from a Human Rights Perspective, in: MATHIS/TOR, 59 ff.; dazu auch hinten, Teil 4 III. C. 4. b).

⁴²⁷ ALEMANN/SPINA, 448; FLÜCKIGER, 216 ff.; DÜBER, Nudge, 480 f.

⁴²⁸ HANSEN/JESPersen, 19 f.

⁴²⁹ Vgl. SCHNELLENBACH, Rationalität, 779; SUNSTEIN, Why Nudge?, 149 f.

⁴³⁰ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 94 f.; SCHNELLENBACH, Rationalität, 779; HANSEN/JESPersen, 22 f.; SUNSTEIN erachtet im «*Framing*» grundsätzlich keine, jedenfalls keine problematische «Manipulation» des Einzelnen (CASS SUNSTEIN, Sind «Nudges» manipulativ?, Schweizer Monat 1023, Februar 2015, 63 ff., 65).

⁴³¹ SCHNELLENBACH, Rationalität, 779 f.; zu diesem *Nudge* bereits vorne, Fn. 389 f.

⁴³² VAN AAKEN, Nudge, 94 f.; GRÜNE-YANOFF, 636 ff.; SCHNELLENBACH, Rationalität, 779 ff.; BRUTTEL/STOLLEY, 771; dass der Staat offen und transparent darlegt, dass er zu solch manipulativen Mitteln greift, ändert am manipulativen Charakter dieser Massnah-

Bewusstsein der staatlichen Beeinflussung erschwert auch die demokratische Diskussion über die Legitimität solcher Massnahmen und deren Kontrolle;⁴³³ und wenn die Einzelne gar nicht weiss, dass sie in einem konkreten Fall beeinflusst wird, wird sie sich auch nicht mit rechtlichen Mitteln dagegen zur Wehr setzen (können)⁴³⁴. Eine gewisse manipulative Beeinflussung liegt auch dann vor, wenn die Verhaltenssteuerung als solche zwar erkennbar ist, aber negative Effekte eines Verhaltens *besonders hervorgehoben* werden; etwa durch das gezielte Ansprechen von Emotionen, Ängsten und Schuldgefühlen⁴³⁵ oder durch «Schockbilder» auf Zigarettenpackungen⁴³⁶.

- (6.) Problematisch ist ferner, dass die vom *Nudge* unterstellte Präferenz (z.B. für eine möglichst gute Versicherung, ein möglichst gesundes Leben) zwar bei einigen Menschen tatsächlich vorliegen dürfte, aber keineswegs bei allen *muss*: Letzteren wird es erschwert, ihren eigenen, tatsächlichen Präferenzen (Verzicht auf eine Versicherung, höhere Gewichtung des kurzfristigen Genusses) zu folgen, z.B. wenn sie sich gegen die als *Default* gesetzte Option entscheiden müssen.⁴³⁷ Das ist indessen kein spezifisches Problem des *Nudging*, sondern trifft generell auf paternalistisch motivierte Regelungen zu.⁴³⁸

Aufgrund seiner Besonderheiten (Bezugnahme auf Rationalitätsdefizite; oftmals gezielte Lenkung des Einzelnen unter Nutzung verhaltensökonomischer Erkenntnisse) unterscheidet sich ein libertärer Paternalismus von einem «weichen Paternalismus» im vorgenannten Sinn, der (lediglich) die «Unfreiwilligkeit» individuellen Handelns zum Ansatzpunkt nimmt⁴³⁹ (obwohl auch der libertäre Paternalismus zuweilen als «weicher»⁴⁴⁰ oder «sanfter»⁴⁴¹ Paternalismus bzw. als «*soft paternalism*»⁴⁴²

men für sich genommen nichts, wenn dies im *konkreten Einzelfall* für den Einzelnen nicht ersichtlich ist (so auch SUNSTEIN, *Ethics of Nudging*, xiv f.) oder er sich der Beeinflussung nicht entziehen kann (vgl. hinten, bei Fn. 435 f.).

⁴³³ Vgl. SCHNELLENBACH, *Rationalität*, 779 ff.

⁴³⁴ VAN AAKEN, *Nudge*, 94 f.; zur Problematik heimlicher (i.e. strafprozessualer) Massnahmen hinsichtlich des Rechtsschutzes vgl. etwa BGE 109 Ia 273, E. 12a.

⁴³⁵ Vgl. das Beispiel hinten, bei Fn. 2559.

⁴³⁶ BALDWIN, 836 ff.; vgl. demgegenüber HANSEN/JESPersen, 20 und 23 f. (keine psychologische Manipulation).

⁴³⁷ Vgl. YEUNG, 134; BOSWORTH/BARTKE, 776; s.a. hinten, bei Fn. 4718 und 4729.

⁴³⁸ Siehe hinten, Teil 5 I. B.

⁴³⁹ S.a. DÜBER, *Selbstbestimmung*, 67, wonach der libertäre Paternalismus «nicht in dem Sinne weich» sei, «dass er lediglich einen defizitären Willen substituier[e], sondern in dem Sinne, dass er auf (vermeintlich) besonders weiche Formen der Einmischung setz[e].»

⁴⁴⁰ SCHNELLENBACH, *Anschubsen*, 446.

⁴⁴¹ KIRCHGÄSSNER, Rz. 13.

⁴⁴² SUGDEN, 227 und 230 ff.

bezeichnet wird). Zu berücksichtigen bleibt, dass der libertäre Paternalismus noch keine Antwort auf die Frage gibt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat überhaupt jemanden vor sich selbst schützen darf. Dieses Konzept *aktualisiert* vielmehr die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit und den Grenzen paternalistischer Interventionen.⁴⁴³

11. Direkter und indirekter Paternalismus

Unterscheiden lässt sich nach dem gewählten Ansatzpunkt der paternalistischen Massnahme: Die (freiheitsbeschränkende) Massnahme kann sich *direkt gegen die zu schützende Person* richten (sog. *direkter* Paternalismus⁴⁴⁴ oder *direkter* Schutz gegen sich selbst⁴⁴⁵).

Zum Beispiel eine paternalistisch motivierte Gurten- und Helmtragepflicht⁴⁴⁶ oder ein paternalistisch motiviertes Verbot des Erwerbs, Besitzes und Konsums von Betäubungsmitteln⁴⁴⁷.

Es kann aber auch ein *Dritter* (Verkäufer, Arzt usw.) mit Pflichten oder Verboten belastet werden, wobei die intendierten Wirkungen (Erschwerung oder Beschränkung von Handlungsmöglichkeiten; Erhöhung der Selbstbestimmung) bei einer *anderen Person* (Konsument, Patient usw.) eintreten sollen (sog. *indirekter* Paternalismus⁴⁴⁸ oder *indirekter* Schutz gegen sich selbst⁴⁴⁹). Der Dritte wird für den Schutz einer anderen Person vor sich selbst «herangezogen».⁴⁵⁰

Zu denken ist – eine paternalistische Motivation immer vorausgesetzt – an ein (strafrechtlich bewehrtes) Verbot, Betäubungsmittel zu verkaufen⁴⁵¹ bzw. ohne medizinische Indikation einer Person abzugeben (sichergestellt etwa durch ärztliche Rezeptpflichten⁴⁵²). Ferner etwa an gesetzliche Aufklärungs- und Beratungspflichten eines Arztes;⁴⁵³ paternalistisch motivierte

⁴⁴³ YEUNG, 147 f.; vorne, bei Fn. 111, und hinten, bei Fn. 4114, 4250 ff. und Teil 4 III. C. 4. b), Ziff. (1.).

⁴⁴⁴ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 15; GKOUNTIS, 22; FEINBERG, Harm to Self, 9 f.

⁴⁴⁵ ZUPPINGER, 5.

⁴⁴⁶ Vgl. GKOUNTIS, 22.

⁴⁴⁷ Vgl. VON HIRSCH, 235.

⁴⁴⁸ Vgl. SCHMOLKE, 12 und 35; RIGOPOULOU, 25; MÖLLER, Paternalismus, 15 f.; FEINBERG, Harm to Self, 9 f.; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 22 f.; GKOUNTIS, 21; ENDERLEIN, 15; POPE, 687 f.; manchmal ist anstatt von indirektem Paternalismus – vielleicht etwas unglücklich (FEINBERG, Harm to Self, 9) – auch die Rede von *unreinem Paternalismus* («*impure paternalism*») (so bei DWORKIN, Paternalism, 68).

⁴⁴⁹ ZUPPINGER, 5.

⁴⁵⁰ DU BOIS-PEDAIN, 33 f.

⁴⁵¹ Vgl. SCHMOLKE, 12; GKOUNTIS, 21; ENDERLEIN, 140.

⁴⁵² Vgl. BGE 133 I 58, E. 6.3.2.

⁴⁵³ Vgl. JOOST, 135.

Höchstzinsvorschriften;⁴⁵⁴ Pflichten einer Spielbank zum Schutz der Spielerinnen und Spieler vor übermäßigem Spielen (Erstellung eines Sozialkonzepts, Früherkennung, Sicherstellung von Information, Spielsperren usw.);⁴⁵⁵ Informations- und Deklarationsvorschriften für Nahrungs- und Genussmittel, um die Konsumentinnen und Konsumenten für ein gesundheitsbewusstes Verhalten zu sensibilisieren.⁴⁵⁶ Auch die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) lässt sich als Beispiel nennen⁴⁵⁷ (wobei hier keineswegs nur paternalistische Zwecke verfolgt werden⁴⁵⁸). Indirekter Paternalismus liegt auch dann vor, wenn der Staat nicht den *Minderjährigen* verbietet, ein Solarium zu besuchen, sondern es den *Betreibern* von Sonnenstudios untersagt wird, ihre Leistungen gegenüber Minderjährigen zu erbringen.⁴⁵⁹ Zu denken ist ferner an die Pflicht zur Leistung von Nothilfe (Art. 128 StGB); ihr wohnt ebenfalls ein paternalistisches Moment inne⁴⁶⁰ – allerdings besteht keine Pflicht, die Nothilfe aufzudrängen, wenn sich die (urteilsfähige) Person eigenverantwortlich selbst schädigt und keine Hilfe will.⁴⁶¹ Weitere Beispiele finden sich im Kontext der Leihmutterchaft und des Schwangerschaftsabbruchs.⁴⁶²

Es wird zu zeigen sein, dass ein indirekter Paternalismus ebenfalls grundrechtsrelevant und – mit Blick auf die (vor sich selbst) geschützte Person – gleichermassen rechtfertigungsbedürftig ist wie ein direkter Paternalismus.⁴⁶³

12. Mittel und Instrumente paternalistischen Staatshandelns

Das Handlungsinstrumentarium zur Erreichung paternalistischer Ziele ist offen.⁴⁶⁴ Der Staat kann zum Schutz vor sich selbst ein gewisses Verhalten *verbieten* («passiv-paternalistische Regelungen»⁴⁶⁵; «*passive paternalism*»⁴⁶⁶; «Wahlverbote»⁴⁶⁷) – etwa

⁴⁵⁴ Vgl. BGE 119 Ia 59.

⁴⁵⁵ Siehe Art. 71 ff. und 76 ff. BGS.

⁴⁵⁶ Vgl. Botsch. LMG (1989), 910; NÜTZI, 40.

⁴⁵⁷ SCHWABE, 68; s.a. hinten, bei Fn. 4498 ff.

⁴⁵⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 1449 ff., 3210 und 4502.

⁴⁵⁹ Siehe Art. 88a Abs. 1 Loi du 31 mai 2005 sur l'exercice des activités économiques (Kt. VD; BLV 930.01) und Art. 6a Abs. 2 Loi sanitaire du 14 décembre 1990 (Kt. JU; RSJU 810.01); s.a. hinten, bei Fn. 2382 ff.

⁴⁶⁰ Vgl. KIRCHGÄSSNER, Rz. 23.

⁴⁶¹ GODENZI, Handkomm. StGB zu Art. 128, Rz. 4; OFK StGB/JStG- DONATSCH, Art. 128 StGB, Rz. 4; BSK StGB I-MAEDER, Art. 128, Rz. 27 und 41; CR CP II-STETTLER, Art. 128, Rz. 9.

⁴⁶² Dazu hinten, bei Fn. 618 ff.

⁴⁶³ Siehe hinten, bei Fn. 1411 ff., sowie hinten, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 3788 sowie Teil 5 III, Ziff. (3.) bei Fn. 5067 ff.

⁴⁶⁴ SCOCCIA, 353; PAPAGEORGIOU, 221.

⁴⁶⁵ GKOUNTIS, 21.

⁴⁶⁶ POPE, 688 f.; KLEINIG, 6 («*passive restrictions*»).

⁴⁶⁷ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 124.

an einem Humanforschungsprojekt teilzunehmen,⁴⁶⁸ eine Waffe zu erwerben⁴⁶⁹ oder in Restaurants zu rauchen⁴⁷⁰. Er kann *Gebote* erlassen bzw. eine Handlung verlangen («aktiv-paternalistische Regelungen»⁴⁷¹; «*active paternalism*»⁴⁷²; «Wahlgebote»⁴⁷³) – z.B. Gurten- und Helmtragspflichten⁴⁷⁴ oder eine Pflicht, in die Sozialversicherungen einzuzahlen.⁴⁷⁵ Denkbar ist auch *unmittelbarer Zwang*, z.B. körperlicher Zwang bei einer Zwangsernährung. Der Staat kann die Entscheidungsfreiheit (zumindest formal) offen halten, aber darauf hinwirken, dass der Entscheid in eine bestimmte Richtung ausfällt (z.B. mittels *Nudging*, Anreizen, Lenkungsabgaben).⁴⁷⁶ Oder er kann versuchen, dass der Entscheid «besser» – z.B. besser informiert – getroffen wird (etwa durch Beratung, Aufklärung und Information).⁴⁷⁷ Der Staat kann auch *Abklärungsverfahren* vorsehen, damit die *Freiwilligkeit* einer Entscheidung in direktem Kontakt mit dem Betroffenen *überprüft* werden kann.⁴⁷⁸ Paternalistische Interventionen können transparent, aber auch *versteckt und unsichtbar* erfolgen.⁴⁷⁹

C. Aktuelle Tendenzen paternalistischen Staatshandelns

Nimmt man die Art und Weise, *wie* der Staat paternalistisch interveniert, in den Blick, lassen sich folgende Entwicklungen identifizieren:

- (1.) Heute wird häufig auf die Erhöhung, Absicherung und Förderung der *Selbstbestimmung* fokussiert.⁴⁸⁰ Etwa durch den (aufgedrängten) *Ausgleich von Informations- und Machtungleichgewichten*⁴⁸¹, den Schutz vor «negativen» *Beeinflussungen* (z.B. durch Werbebeschränkungen⁴⁸²) und v.a. durch eine *be-*

⁴⁶⁸ Vgl. KLEINIG, 6.

⁴⁶⁹ S.a. hinten, bei Fn. 721 und 5031.

⁴⁷⁰ KIENZERLE, 28.

⁴⁷¹ GKOUNTIS, 21.

⁴⁷² POPE, 688; KLEINIG, 6 («*active restrictions*»).

⁴⁷³ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 125.

⁴⁷⁴ GKOUNTIS, 21; KLEINIG, 6; vgl. hinten, bei Fn. 593 ff.

⁴⁷⁵ Vgl. KLEINIG, 6; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 125; s.a. hinten, Teil 1 II. D, Ziff. (17.) bei Fn. 679 ff.

⁴⁷⁶ Vgl. SCOCCIA, 353 und 355; PAPAGEORGIOU, 217 f.

⁴⁷⁷ FUNK, 789.

⁴⁷⁸ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 39 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4415 ff.

⁴⁷⁹ VAN AAKEN, Nudge, 94 f.; dazu im Kontext des *Nudging* bereits vorne Teil 1 II. B. 10.

⁴⁸⁰ Vgl. VOLKMANN, Selbstbestimmung, 63.

⁴⁸¹ Vgl. ENGLERTH, Wert des Rauchens, 256 f.

⁴⁸² Vgl. KLEY, Werbeverbote, 642 ff.

fähigende Fürsorge, welche die Voraussetzungen für ein «selbstbestimmtes» Handeln schaffen oder verbessern soll,⁴⁸³ z.B. durch eine Stärkung von *Kompetenzen*⁴⁸⁴ (manchmal ist auch die Rede von «*Empowerment*»⁴⁸⁵).

Zu nennen sind etwa die *Medienkompetenz*⁴⁸⁶, die *Gesundheitskompetenz*⁴⁸⁷ und die *Sicherheitskompetenz* (im IKT-Bereich)⁴⁸⁸; aber auch die *Genusskompetenz* als Voraussetzung für einen selbstverantwortlichen Umgang mit Konsum- und Genussmitteln⁴⁸⁹. Eine verstärkte Orientierung an Kompetenzen (und deren Ausbildung) findet auch im Lehrplan 21 statt.⁴⁹⁰

Eine befähigende Fürsorge ist besonders dazu geeignet, den Menschen zu seinem eigenen «Wohl» zu formen, ohne dabei «bevormundend» und «paternalistisch» zu *wirken*. Soll einer (paternalistisch motivierten) Verhaltenssteuerung der Anschein einer problematischen Beschränkung der Selbstbestimmung genommen werden, bietet es sich deshalb durchaus an, diese als «Befähigung» oder «*Empowerment*» zu bezeichnen.⁴⁹¹

⁴⁸³ Vgl. PÄRLI, Selbstverantwortung, 710 f.; zur befähigenden Fürsorge vgl. MÜLLER, Selbstbestimmung, 77 f.

⁴⁸⁴ BERTHEL/GALLEGRO, 20.

⁴⁸⁵ Vgl. zu diesem Begriff und seinen Bedeutunggehalten SOMMERHALDER/ABEL, 11 f. m.w.H.

⁴⁸⁶ Vgl. Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung, Nachfolgebericht des Bundesrates zum Postulatsbericht Amherd 11.3912 «Rechtliche Basis für Social Media», Bern, 10. Mai 2017, 30 f.

⁴⁸⁷ Die Förderung der Gesundheitskompetenz – im Sinne einer Stärkung der Eigenverantwortung, damit die Menschen «ihre Entscheide in Kenntnis der Risiken und der möglichen Folgen treffen können» bzw. einer Stärkung der individuellen Fähigkeit, «im täglichen Leben Entscheidungen zu treffen, die sich positiv auf die Gesundheit auswirken» – ist ein wesentliches Element der Nationalen Strategie Prävention nichtübertragbarer Krankheiten (NCD-Strategie) 2017–2024, siehe dort insb. 4 f., 26 ff., 33 und 56; Gleiches gilt für die Nationale Strategie Sucht 2017–2024, siehe insb. 5, 41, 46 und 52 (die Strategien sind abrufbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien & Programme); zum Begriff der Gesundheitskompetenz vgl. ferner SOMMERHALDER/ABEL, 6 und 15 f. (Gesundheitskompetenz als «Voraussetzung für die Übernahme von prospektiver Verantwortung in Bezug auf Gesundheit»); zur Gesundheitserziehung als Ziel der schulischen Grundbildung vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. e HarmoS-Konkordat; die Stärkung der Gesundheitskompetenz ist auch ein Instrument der Suizidprävention (Ber. Suizid und Suizidprävention, 22).

⁴⁸⁸ Vgl. Strategie des Bundesrates für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz, März 2012, BBl 2012 3765, 3767.

⁴⁸⁹ BAG, Newsletter spectra Nr. 103, März 2014, 1 ff. (abrufbar unter: www.spectra-online.ch/de/spectra/printausgaben/genuss-und-risiko-47.html); BERTHEL/GALLEGRO, 19 ff.

⁴⁹⁰ Vgl. unter: www.lehrplan21.ch/kompetenzorientierung.

⁴⁹¹ Vgl. DRERUP, 64 f.

- (2.) Der Staat tritt zunehmend – nicht nur gegenüber Kindern und Jugendlichen – mit einem «*erzieherischen*» Anspruch auf,⁴⁹² und zwar auch der fürsorglich und paternalistisch handelnde Staat. Dies im Sinne einer «Besserung» des Menschen, einer Beeinflussung von (moralischen) Überzeugungen oder einem «Hinführen der Bürger zur Tugend».⁴⁹³ Zuweilen ist auch die Rede von *edukatorischem Staatshandeln*, wenn der Staat durch Information, Appelle, Warnungen oder sonstige Massnahmen versucht, einen Bewusstseins- und Überzeugungswandel herbeizuführen.⁴⁹⁴ Solche Tendenzen zeigen sich insbesondere im Bereich der Gesundheitsprävention.⁴⁹⁵
- (3.) Staatliches Handeln orientiert sich heute oft (wenn auch keineswegs ausschliesslich) am *Hilfs- und Schutzbedürftigen*, «*strukturell Unterlegenen*» und *Schwachen*. Zuweilen entsteht der Eindruck, der unterstützungsbedürftige, überforderte – und nicht (länger) der «mündige» und eigenverantwortliche – Bürger werde zum Leitbild für staatliche Schutz- und Fürsorgemassnahmen.⁴⁹⁶ Gleichzeitig neigt der Staat in gewissen Bereichen dazu, den Individuen relativ rasch Schwäche, Verletzlichkeit, Hilfsbedürftigkeit oder eine nur bedingte «Freiwilligkeit» ihrer Entscheidungen zu unterstellen.

Entsprechende Tendenzen werden namentlich für den *Konsumentenschutz* identifiziert.⁴⁹⁷ Auch bezüglich der individuellen *Gesundheit* scheint zunehmend davon ausgegangen zu werden, dass die Einzelne der staatlichen Unterstützung und Anleitung bedarf.⁴⁹⁸ Bemerkenswert sind auch die unzähligen Massnahmen im Bereich des *Kinder- und Jugendschutzes*. Zu erwähnen sind (faktische) «Solariumverbote» für Minderjährige⁴⁹⁹ oder Abgabe-

⁴⁹² Vgl. ENGI, *Recht und Moral*, 568 ff.; DERS., *Reaktion*, 302 f.; VOLKMANN, *Bürger*, 7 ff.; MÜLLER, *Überforderung*, 356 f.; KLEY, *Postliberales Leben*, 43 f.; KOLBE, 73 f.; HEINRICH HONSELL, *Was ist Gerechtigkeit?*, Bern 2019, 160.

⁴⁹³ VOLKMANN, *Bürger*, 15.

⁴⁹⁴ SCHUMANN, *Edukatorisches Staatshandeln*, 1 ff.; KOLBE, 73 f.; s.a. hinten, bei Fn. 759 ff. Edukatorisches Staatshandeln ist allerdings nicht mit Paternalismus gleichzusetzen (vgl. dazu SCHUMANN, *Edukatorisches Staatshandeln*, 5 ff.; KOLBE, Fn. 232 und S. 113), doch können sich selbstverständlich Überschneidungen ergeben (siehe KOLBE, 115).

⁴⁹⁵ Vgl. BURCH, *Gesundheitszwang*, 239; siehe insbesondere auch die Beispiele hinten, bei Fn. 2559; ferner HÖFLING, *Ernährungsverhalten*, 124 ff. («edukatorische Lebensmittelpolitik»).

⁴⁹⁶ Siehe ENDERS, *Sozialstaatlichkeit*, 43; zumindest in der Rechtsprechung zeigt sich jedoch ein differenziertes Bild, siehe hinten, bei Fn. 2533 und in Fn. 3500.

⁴⁹⁷ Vgl. TSCHANNEN, *Rechtsgüterschutz*, 156; VOLKMANN, *Selbstbestimmung*, 64; kritisch zu den paternalistischen Tendenzen im Konsumentenschutz HONSELL, 37: «In paternalistischer Manier wird der Bürger zum unmündigen Grosskind degradiert, das man durch ›Übereinandertürmen von Schutzvorschriften‹ vor allem schützen will.»; vgl. auch hinten, bei Fn. 3500.

⁴⁹⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 103 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3436.

⁴⁹⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 459, und hinten, bei Fn. 2382 ff.

verbote für Tabak an Minderjährige im neuen Tabakproduktegesetz (Art. 23 Abs. 1 TabG).⁵⁰⁰ Auch bezüglich *Sexarbeiterinnen und -arbeitern* dürfte teilweise eine gewisse Tendenz bestehen, diese pauschal als schwach und hilfsbedürftig anzusehen und ihnen eine «Unfreiwilligkeit» ihres Handelns zu unterstellen.⁵⁰¹

Solche «Menschenbilder» sind insofern problematisch, als «Schwäche» und Hilfsbedürftigkeit nicht *bei allen Menschen* vorliegen müssen, denen sie unterstellt werden.⁵⁰² Ausserdem rechtfertigt das Vorliegen von «Schwäche» einen paternalistischen Schutz für sich genommen noch nicht.⁵⁰³ Schliesslich lässt sich mit einer vorschnellen Unterstellung von Selbstbestimmungsdefiziten oder sehr hohen Anforderungen an die Freiwilligkeit des Handelns eine im Kern «hart» paternalistische Motivation gut verschleiern.⁵⁰⁴

- (4.) Zudem scheint sich der Staat nicht selten von einem bestimmten *Ideal* des guten Lebens leiten zu lassen; den Menschen werden *Interessen und Präferenzen* unterstellt, die zwar vielleicht von aussen gesehen «vernünftig» sein mögen, beim konkreten Einzelnen aber gar nicht vorhanden sind. Dies betrifft z.B. den Gesundheitsbereich.⁵⁰⁵ So dürfte zuweilen die Meinung herrschen, die Menschen hätten allesamt ein Interesse an einem möglichst langen und möglichst gesunden Leben. Ein Höchstmass an «künftiger Freiheit» wird zum Ansatzpunkt und Rechtfertigungsgrund, die *gegenwärtige* Selbstbestimmung zu beschränken. Keineswegs aber muss beim Einzelnen eine entsprechende Präferenz vorliegen; oder er verfügt zwar über ein Interesse an einem langen und gesunden Leben, ist hierfür aber nicht oder nur beschränkt bereit, individuelle Selbstbestimmung zu Gunsten staatlicher Einmischung zu opfern.⁵⁰⁶
- (5.) Der Präventionsstaat bedient sich in grossem Ausmass «*nicht imperativer*» Handlungsformen wie Information und Anreize.⁵⁰⁷ Er versucht, «sanft» auf ein bestimmtes Verhalten hinzuwirken oder den Einzelnen darauf hin zu «aktivieren».⁵⁰⁸ ⁵⁰⁹ Auch innerhalb der nicht durch Gebote und Verbote verengten

⁵⁰⁰ Botsch. TabPG, 943 f.

⁵⁰¹ Vgl. hinten, bei Fn. 4082 ff. und 4390 ff.

⁵⁰² Vgl. zu diesem Problemkreis hinten, Teil 5 I. B.

⁵⁰³ Dazu hinten, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (3.) bei Fn. 3775 ff. sowie Teil 4 III. B. 10.

⁵⁰⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 369, und hinten, bei Fn. 2077 ff. und 3996 ff.

⁵⁰⁵ Vgl. BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 289 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3436.

⁵⁰⁶ DIGGELMANN, Präventionsstaat, 175; vgl. auch hinten, bei Fn. 3856 ff., insb. 3862 ff.

⁵⁰⁷ DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 331 f.

⁵⁰⁸ Vgl. zum «aktivierenden Staat» KLEMENT, Verantwortung, 21; manchmal ist auch die Rede vom «*Aufklärungsstaat*», der «die Bürger berät, ihnen berichtet, sie aufklärt, sie erzieht und bildet, ihnen Einsichten und Werthaltungen vermitteln will», siehe VIERHAUS, 209 f.; ferner BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 287 und 289.

⁵⁰⁹ Vgl. KOLBE, 65.

individuellen Entscheidungsspielräume wird die Einzelne letztlich zu einem bestimmten Verhalten ermuntert, ermahnt oder zum «vernünftigen» Freiheitsgebrauch «erzogen».⁵¹⁰ Besonders attraktiv für die (vermeintlich) sanfte Steuerung des individuellen Verhaltens erscheint die Verwendung von *Nudges*.⁵¹¹

- (6.) Staatliche Fürsorge und Prävention bedienen sich in einer Vielzahl an Regelungen und Massnahmen, die für sich genommen oftmals nicht als besonders schwerwiegend erscheinen. In *ihrer Gesamtheit* vermögen sich aber dennoch ganze Lebensbereiche (Umgang mit dem eigenen Körper, Gesundheit, Ernährung usw.) derart erheblich zu prägen und zu formen, dass von Freiheit und Selbstbestimmung in den entsprechenden Lebensausschnitten und -fragen nur noch beschränkt die Rede sein kann.⁵¹²
- (7.) Was Art und Ausmass der paternalistischen Tendenzen anbelangt, ist jedoch eine differenzierte Sichtweise angezeigt:
 - Zunächst kann angesichts eines zuweilen festgestellten gesetzgeberischen Aktivismus, zunehmenden Regulierungsbestrebungen und einer gewissen Tendenz zum Erlass von Verboten⁵¹³ bloss der *Eindruck* entstehen, der Staat würde zunehmend *paternalistisch* agieren. Tatsächlich mag man dies als *bevormundend* empfinden, von einer paternalistischen Motivation

⁵¹⁰ Vgl. – bezogen auf die Gesundheit und die Ernährung – HÖFLING, Ernährungsverhalten, 125.

⁵¹¹ Zur Bedeutung des *Nudging* für neuartige Regulierungsansätze vgl. die – allerdings nicht auf die Schweiz bezogenen – Beispiele bei REICH, *Nudging*, 629; HEINIG, *Nudging*, Absatz 2; YEUNG, 122 f.; ALEMANN/SPINA, 439 ff.; s.a. FLÜCKIGER, 208 f.; FRIEDRICHSEN/HAGEN/WAGNER, 8 f.; bezogen auf die Schweiz vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Februar 2020 zum Po. 19.4625 Burgherr Thomas, «Staatliches Schubsen hinterfragen», wonach «Nudges [...] eine mögliche Form von Regulierungsinstrumenten dar[stellen], welche von Bund und Verwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben eingesetzt werden können»; insbesondere im Bereich der Gesundheitsförderung und -prävention dürften verhaltensökonomische Erkenntnisse und *Nudges* in der Schweiz künftig eine grössere Rolle spielen, siehe www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/nationale-gesundheitsstrategien/strategie-nicht-uebertragbare-krankheiten/verhaltensoe-konomie.html; zum *Nudging* siehe vorne, Teil 1 II. B. 10.

⁵¹² Vgl. HETTICH, Rz. 141; DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 340 f.; s.a. DERS., Privatheit, 55; vgl. auch hinten, bei Fn. 1837 ff. und 1905.

⁵¹³ Vgl. MÜLLER, Überforderung, 356; zur Problematik zunehmender Regulierung auch MARKUS SCHOTT, «Bürokratie-Stopp!» – Bemerkungen zur eidgenössischen Volksinitiative aus staats- und verwaltungsrechtlicher Perspektive, ZBl 2011, 229 ff.; vgl. auch WINZELER, 182 ff.; relativierend zur «Gesetzesflut» ZENO SCHNYDER VON WARTENSEE, Schwerpunkte und Tendenzen in der Rechtsetzung der Kantone, LeGes 2012/2, 177 ff., 177 f.

müssen solche staatlichen Interventionen jedoch nicht unbedingt angeleitet sein.⁵¹⁴

- Neue Schutzvorschriften und Beschränkungen individueller Freiheitsräume können eine *Reaktion* auf ein *zunehmendes Bedürfnis* nach Schutz, Hilfe und vorbeugender Bekämpfung von Risiken seitens der Bevölkerung sein.⁵¹⁵ Auch lassen sich gewisse Tendenzen, die Verantwortung für den individuellen Freiheitsgebrauch und damit verbundene Risiken an den Staat und die Gemeinschaft abzutreten, wohl nicht verneinen.⁵¹⁶ Soweit es dem Staat darum geht, solche Bedürfnisse zu befriedigen, handelt er nicht paternalistisch.⁵¹⁷
- Sodann mag der Staat deshalb als «paternalistisch» empfunden werden, weil er zunehmend in die *individuelle Lebensführung* (z.B. die Ernährung) eingreift. Aber auch das muss keineswegs Ausdruck eines Schutzes vor sich selbst sein.⁵¹⁸ Die (präventiv zu bekämpfenden) Risiken für die gemeinsame Wohlfahrt haben ihre Ursachen oft in der individuellen «Persönlichkeitsstruktur», weshalb eine wirksame, umfassende Prävention weit in die persönliche Lebenssphäre vordringen muss.⁵¹⁹ Diese Prävention kann durchaus vom Anliegen getragen sein, *andere Interessen* als diejenigen des Betroffenen selbst zu schützen; zu denken ist insbesondere an den Problembereich der sozialen Folgekosten «selbstschädigenden» Verhaltens oder den Schutz der Umwelt.
- Schliesslich sollte nicht übersehen werden, dass der Staat in verschiedensten Bereichen auch von einem *paternalistischen Fürsorgeverständnis abgerückt* ist:

Heute nicht mehr denkbar wäre die gestützt auf kantonales Recht⁵²⁰ bis zu Beginn der 1980er Jahre noch mögliche⁵²¹ «administrative Versorgung» (auch «fürsorgerische

⁵¹⁴ S.a. vorne, bei Fn. 204.

⁵¹⁵ Vgl. dazu DIGGELMANN, Präventionsstaat, S. 181 mit Fn. 19; DERS., Grundrechtsdogmatik, S. 333 mit Fn. 12.

⁵¹⁶ Vgl. KLEY, Postliberales Leben, 43 f.

⁵¹⁷ Dazu hinten, Teil 1 II. B. 2. b), Ziff. (2.) bei Fn. 228 ff.

⁵¹⁸ Vgl. allerdings die weiter vorne, in Fn. 202 skizzierte, umfassendere (aber hier nicht relevante) Definition paternalistischen Staatshandelns bei SHIFFRIN.

⁵¹⁹ GRIMM, 198; MÜLLER, Selbstbestimmung, 73.

⁵²⁰ Fast alle Kantone kannten entsprechende «Versorgungsbestimmungen», siehe GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.11.

⁵²¹ Mit dem Inkrafttreten von aArt. 397a ZGB am 1. Januar 1981 wurde die fürsorgerische Freiheitsentziehung durch das Bundesrecht abschliessend (und mit Blick auf Art. 5 EMRK restriktiv, vgl. Botsch. Änd. ZGB [1977], 3 f. und 17 ff.) geregelt; für eine kantonalrecht-

Freiheitsentziehung»⁵²² oder «zwangsweise Anstaltsinternierung»⁵²³ genannt): Die – jedenfalls aus heutiger Sicht – reichlich diffusen Unterbringungsgründe⁵²⁴ dienten nicht nur dem «Schutz» der Gesellschaft vor «sozialschädlichen Zuständen», sondern waren auch vom Anliegen getragen, die Internierten in deren eigenem Interesse zu «bessern».⁵²⁵ Auch in anderen Bereichen zeigte sich eine Abkehr von einem paternalistischen Fürsorgeverständnis: Etwa im *Straf- und Massnahmenrecht*⁵²⁶, im (allerdings immer noch stark paternalistisch geprägten) Bereich des *Glücksspiels* (Aufhebung des Spielbankenverbots im Jahr 1993⁵²⁷ – auch mit der Begründung einer nicht mehr zeitgemässen und nicht mehr verhältnismässigen Bevormundung der Bürgerinnen und Bürger⁵²⁸) oder im Bereich der *Patientenrechte* (im internationalen Recht insbesondere durch die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts im 2. Kapitel der Biomedizinkonvention)⁵²⁹. Auch die *Aufhebung des Verbots der Exkrementen-pornographie* (Anpassung von Art. 197 StGB⁵³⁰) per 1. Juli 2014 lässt sich als Beispiel nennen.⁵³¹ Zu erwähnen ist sodann die Stärkung der Selbstbestimmung im neuen

liche «administrative Versorgung» bestand kein Raum mehr, vgl. Botsch. Änd. ZGB (1977), 12, 19 und 26.

⁵²² Botsch. Änd. ZGB (1977), 8.

⁵²³ BOSSART, 4.

⁵²⁴ Erlaubt war die Unterbringung in einer Anstalt etwa wegen einer Gefährdung der moralischen oder physischen Gesundheit, einer Neigung zu Liederlichkeit, einem lasterhaften und unordentlichen Lebenswandel, wegen Arbeitsscheu oder «Armenenössigkeit», vgl. zu den Gründen im Einzelnen BOSSART, 60 ff.; Botsch. Änd. ZGB (1977), 9 f.; ferner Botsch. vom 4. März 1974 über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BBl 1974 I 1035, 1043 mit Fn. 1; vgl. zum Ganzen auch MICHEL, Versorgung, 799 ff.

⁵²⁵ BOSSART, 4 f. und 6 f.; vgl. zum damaligen Fürsorgeverständnis auch die Antwort der Regierung des Kantons St. Gallen vom 11. Januar 2011 auf die Ip. Gschwend-Altstätten (6 Mitunterzeichnende) vom 20. September 2010 – Fragen zu den Opfern der «administrativen Versorgung» (abrufbar unter: www.ratsinfo.sg.ch/geschaefte/2037#documents).

⁵²⁶ BSK StGB I-HEER, Art. 56, Rz. 14a (mit gewissen Relativierungen).

⁵²⁷ Allerdings erst am 1. April 2000 in Kraft getreten (vgl. dazu Botsch. VE 96, 315; Botsch. Geldspiele, 7968).

⁵²⁸ Botsch. Sanierungsmassnahmen 1992, 379; primär entscheidend waren allerdings volkswirtschaftliche und fiskalische Gründe, siehe Botsch. Sanierungsmassnahmen 1992, 355, 371 und 379 f.; RICHLI, Komm. zu Art. 35 aBV, Rz. 5.

⁵²⁹ Vgl. Botsch. Biomedizinkonvention, 284 und 291; PETERMANN, Demenz, Rz. 96 und 109 – in der Schweiz wurde der Wechsel vom Paternalismus- zum Autonomieprinzip im Arzt-Patienten-Verhältnis allerdings bereits viel früher vollzogen, vgl. Botsch. Biomedizinkonvention, 291; MICHEL, Autonomie, 252.

⁵³⁰ AS 1992 1670.

⁵³¹ Begründet wurde die Aufhebung damit, dass «nur noch gesellschaftsschädigende Erscheinungen, nicht aber gängigen Moralvorstellungen widersprechende Gegenstände und Vorführungen, die nicht denselben Unrechtsgehalt wie insbesondere Kinderpornografie aufweisen, strafbar sein sollen», siehe Botsch. vom 4. Juli 2012 zur Genehmigung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und

Erwachsenenschutzrecht, u.a. mit dem Mittel der Patientenverfügung; damit wird der Einzelnen ein Instrument in die Hand gegeben, paternalistische Eingriffe im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zu verhindern.⁵³² Mit dem Inkrafttreten des neuen GumG ist bezogen auf Urteilsfähigkeit die früher noch bestehende Möglichkeit (Art. 18 Abs. 2 aGumG) weggefallen, das Recht auf Nichtwissen zu durchbrechen (Art. 8 GumG).⁵³³ Ferner zu nennen ist die *Vereinfachung der Selbstmedikation* durch eine Anpassung von Art. 24 und 25 HMG.⁵³⁴

Nach dem Transplantationsgesetz darf eine Lebendorganspende auch dann erfolgen, wenn ein geeignetes Organ einer *verstorbenen* Person verfügbar wäre. Hierin liegt eine Abweichung von der insofern restriktiveren Regelung von Art. 19 Abs. 1 der Biomedizinkonvention und Art. 9 des Zusatzprotokolls vom 24. Januar 2002 (SR 0.810.22).⁵³⁵ Begründet wird dies u.a. damit, dass es der «Autonomie der Spenderin oder des Spenders anheimgestellt» werden könne, ob er oder sie das (vorgängig abgeklärte und als vertretbar erachtete) Risiko eines Eingriffs zu tragen bereit sei.⁵³⁶

D. Beispiele aus der schweizerischen Rechtsordnung

In der schweizerischen Rechtsordnung finden sich zahlreiche Bestimmungen, die auf ganz verschiedene Art und Weise – zumindest *auch* – auf einen Schutz vor sich selbst zielen. Beispielfhaft ist auf Folgendes hinzuweisen:

- (1.) Eine (weich) paternalistische Motivation liegt meist Regelungen zugrunde, welche die Möglichkeit, Rechte und Pflichten zu begründen bzw. eine rechtsgültige Einwilligung zu erteilen, vom Vorliegen der **Urteilsfähigkeit** und/oder dem Erreichen eines bestimmten **Mindestalters** abhängig machen.

So ist die zivilrechtliche Beschränkung der *Handlungsfähigkeit* auf Volljährigkeit und Urteilsfähigkeit (Art. 13 ff. ZGB) *auch* (weich) paternalistisch motiviert.⁵³⁷ Eine weich

sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie zu seiner Umsetzung (Änderung des Strafgesetzbuchs), BBl 2012 7571, 7619; zur auch paternalistischen Motivation des Verbots der Exkrementenpornographie und seinen (diffusen) Verbindungslinien zum Schutz der Moral siehe hinten, bei Fn. 605 ff. und 3135 und 3205.

⁵³² GETH/MONA, 164; zu den verfassungsrechtlichen Problemen des vom Erwachsenenenschutzrecht bezweckten Schutzes vor sich selbst vgl. aber hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iii).

⁵³³ Botsch. GumG (2017), 5666 f.

⁵³⁴ Botsch. vom 7. November 2012 zur Änderung des Heilmittelgesetzes, BBl 2013 1, 20 und 43 f.

⁵³⁵ Vgl. Botsch. TxG, 195 f.; SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 21.

⁵³⁶ Botsch. TxG, 195 f.

⁵³⁷ Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit, 242; FamKomm Erwachsenenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 13 ZGB, Rz. 5, und Art. 17 ZGB, Rz. 3; BELSER, Vertragsrecht, 189 f.; zum Schutz einer «ausreichenden Reife» durch das Mündigkeitserfordernis vgl. Botsch. Änd. ZGB (1993), 1171 und 1179 f.; daneben geht es beim Recht der Handlungsfähigkeit aber auch um *Aspekte der Rechtsicherheit* und das *Interesse Dritter an der Gültigkeit*

paternalistische Schutzfunktion verfolgt ferner das *Ehefähigkeitserfordernis* der Urteilsfähigkeit in Art. 94 ZGB.⁵³⁸ Gleiches gilt für die Voraussetzung der Urteilsfähigkeit und Volljährigkeit für die *Entnahme von Organen* und (nicht regenerierbaren) Geweben oder Zellen (Art. 12 Bst. a und Art. 13 TxG)⁵³⁹ und das Erfordernis der *Volljährigkeit* für die Einwilligung in eine Sterilisation (Art. 3 Sterilisationsgesetz)⁵⁴⁰.

- (2.) Paternalistisch motiviert sind auch zahlreiche gesetzlich zwingend ausgestaltete **Bedenkfristen**, welche die Einzelne vor einer *übereilten oder überstürzten Entscheidung* in ihrem eigenen Interesse schützen bzw. eine wohlüberlegte Entscheidung sicherstellen wollen.⁵⁴¹

und Beständigkeit abgeschlossener Verträge (BELSER, Vertragsrecht, 189). Für *urteilsfähige handlungsunfähige Personen* – sog. *beschränkt handlungsunfähige Personen* (FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 19 ZGB, Rz. 1; Botsch. Erwachsenenschutz, 7095) – trifft das Gesetz in Art. 19 ff. ZGB indessen eine *differenzierte Regelung*, um deren legitimen Interessen an der Teilnahme am Rechtsverkehr Rechnung zu tragen und sie «an die Übernahme zivilrechtlicher Verantwortung zu gewöhnen» (BELSER, Vertragsrecht, 190).

⁵³⁸ Vgl. BGE 109 II 273, E. 4b; ferner CHK ZGB-KELLER, Art. 94, Rz. 2; BSK ZGBI-MONTINI/GRAF-GAISER, Art. 94, Rz. 7; Botsch. Änd. ZGB (1995), 62 f.

⁵³⁹ Mit dem Erfordernis der Volljährigkeit für eine Lebendspende soll eine gewisse Reife und v.a. ein Schutz vor Beeinflussungs- und Druckversuchen seitens der Familie, wenn ein Organ innerhalb der Familie gespendet werden soll, sichergestellt werden, siehe Botsch. TxG, 144 f.

⁵⁴⁰ Das Volljährigkeitserfordernis soll angesichts des weitreichenden Entscheids einer Sterilisation eine gewisse Reife gewährleisten (Stn. BR Ber. RK-N Zwangssterilisation, 6364); auch dürfte es vom Anliegen getragen sein, Personen unter 18 Jahren vor den Gefahren einer Beeinflussung durch Dritte zu schützen (vgl. Ber. RK-N Zwangssterilisation, 6325); für eine Altersgrenze von 16 Jahren (allerdings mit Kompensationsmassnahmen) sprach sich die RK-N aus (siehe Ber. RK-N Zwangssterilisation, 6324 f.).

⁵⁴¹ Vgl. z.B. KRONMAN, 764 und 786 ff.; solche Beispiele finden sich etwa in Art. 6 Abs. 3 FMedG (Fortpflanzungsverfahren; vgl. Botsch. FMedG, 258), Art. 16 Abs. 3 HFG (Teilnahme an einen Forschungsprojekt; vgl. Botsch. HFG, 8107), Art. 9 Abs. 3, Art. 35 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 2 *Transplantationsverordnung* vom 16. März 2007 (SR 810.211; Lebendspende bzw. Spende von embryonalen oder fötalen Geweben oder Zellen; vgl. Botsch. TxG, 145 und 163) oder Art. 21 Abs. 4 GumG (Bedenkzeit zwischen genetischer Beratung und der Durchführung der Untersuchung; dazu Botsch. GumG [2017], 5688 und Botsch. GumG [2002], 7408 und 7417). Eine Bedenkzeit ist auch derjenigen Person einzuräumen, die ein sie betreffendes *Zeugenschutzprogramm* beenden will (Art. 5 Abs. 3 ZeugSV); damit soll in ihrem eigenen Interesse einem übereilten, aufgrund einer «vorübergehenden Stimmungsschwankung» getroffenen Entscheid entgegengewirkt werden (vgl. Erl. ZeugSV, 6; Botsch. ZeugSG, 74). Eine Bedenkfrist stellte auch die per 1. Januar 2020 aufgehobene zehntägige Sperr- oder Wartefrist zwischen der Mitteilung über den Abschluss des *Vorbereitungsverfahrens* und der *Trauung* dar (aArt. 100 Abs. 1 ZGB [AS 1999 1118]; OFK ZGB-ISELI, Art. 100, Rz. 1; Botsch. vom 25. Oktober 2017 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2017 6769, 6773) – sie diene auch dem (paternalisti-

- (3.) Zumindest *auch* im Interesse eines solch (weich) paternalistischen Übereilungsschutzes stehen **gesetzliche Formvorschriften** (Schriftlichkeitserfordernis; Erfordernis einer öffentlichen Beurkundung) für bestimmte Rechtsgeschäfte im Bereich des Obligationenrechts.⁵⁴² In zahlreichen anderen Bereichen finden sich ebenfalls von einer paternalistischen Motivation mitgetragene Schriftlichkeitserfordernisse.⁵⁴³
- (4.) Zum Teil sieht der Gesetzgeber vor, dass gewisse **vertragliche Abreden gar nicht rechtsgültig getroffen** werden können bzw. der Einzelne **nicht rechtsgültig (in eine Gefährdung oder Verletzung) einwilligen kann**. Auch damit lassen sich paternalistische Zwecke verfolgen.⁵⁴⁴

Ein erstes Beispiel ist das (in der Praxis allerdings wenig relevante⁵⁴⁵) zwingende Verbot des Verfallsvertrags (Art. 894 ZGB). Es zielt hauptsächlich auf einen Schutz des Pfandgebers (meist gleichzeitig der Schuldner⁵⁴⁶) vor Ausbeutung und Übervorteilung durch den Gläubiger.⁵⁴⁷ Eine entsprechende Verfallsabrede ist nichtig.⁵⁴⁸ Damit ist auch ein weich paternalistischer Schutz vor sich selbst verbunden und beabsichtigt: Der Schuldner soll vor seiner eigenen *Unvorsichtigkeit* bewahrt werden;⁵⁴⁹ ferner soll verhindert werden, dass eine allfällige *Notlage* ausgenützt wird⁵⁵⁰ – ob eine entsprechende Abrede für den Schuldner trotz einer Notlage die beste Option wäre, ist nicht erheblich.⁵⁵¹

Weiter zu erwähnen ist die Bestimmung von Art. 256 Abs. 2 OR; danach sind abweichende Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters betreffend die Übergabe und den Erhalt der Mietsache «in einem zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand» *nich-*

schen) Schutz vor einem übereilten Entscheid (CHK ZGB-KELLER, Art. 100, Rz. 1; Botsch. Änd. ZGB [1995], 72, mit dem Hinweis, dass «mit der Eheschliessung immerhin eine auf unbestimmte Dauer angelegte Lebensgemeinschaft begründet» werde; vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 4563 f.); ein Übereilungsschutz besteht ferner im *Adoptionsrecht* (vgl. Art. 265b Abs. 1 ZGB; OFK ZGB-FANKHAUSER/BUSER, Art. 265b, Rz. 1 und 4; CHK ZGB-BIDERBOST, Art. 265a–265d, Rz. 7; vorne, bei Fn. 279), der allerdings auch *im Interesse der betroffenen Kinder* steht (siehe OFK ZGB-FANKHAUSER/BUSER, Art. 265b ZGB, Rz. 1; CHRISTENSEN, Rz. 32 f.).

⁵⁴² Vgl. BELSER, Vertragsrecht, 167 f.; bezogen auf die öffentliche Beurkundung ARNET, Beurkundung, 401 und 403 f.; s.a. SINGER, 1134: allerdings werden mit Formvorschriften auch andere, nicht paternalistische Zwecke verfolgt, vgl. bezogen auf die öffentliche Beurkundung ARNET, Beurkundung, 401 ff.

⁵⁴³ Vgl. etwa Art. 12 Bst. b und Art. 13 Abs. 2 Bst. g TzG; Art. 5 Abs. 1 Sterilisationsgesetz.

⁵⁴⁴ HART, 31 (keine Einwilligung in die Tötung als Form des Paternalismus).

⁵⁴⁵ BK ZGB-ZOBL, Art. 894, Rz. 4.

⁵⁴⁶ OFK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 894, Rz. 1.

⁵⁴⁷ BGE 119 II 344, E. 2b.

⁵⁴⁸ CHK ZGB-REETZ/GRABER, Art. 894, Rz. 10; BK ZGB-ZOBL, Art. 894, Rz. 2.

⁵⁴⁹ OFK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 894, Rz. 1; BK ZGB-ZOBL, Art. 894, Rz. 1.

⁵⁵⁰ OFK ZGB-WOLF/EGGEL, Art. 894, Rz. 1; BK ZGB-ZOBL, Art. 894, Rz. 1.

⁵⁵¹ Allgemein zum nicht durchwegs unproblematischen Argument der «Notlage» vgl. hinten, bei Fn. 4073 ff.; zur Problematik der «Nichtigkeit» s.a. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) vi.

tig, wenn sie in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Mietverträgen über Wohn- oder Geschäftsräume enthalten sind. Darin lässt sich ein Schutz des Mieters vor sich selbst erblicken: Selbst wenn er wollte und es in seinem Interesse wäre, kann er keine gültige Abrede treffen, dass ihm die Mietsache, in einem *nicht* zum vorausgesetzten Gebrauch tauglichen Zustand überlassen wird.⁵⁵²

Gemäss Art. 12 Bst. b TxG können einer (urteilsfähigen, volljährigen, umfassend informierten) Person – auch im Interesse ihrer eigenen Würde, Persönlichkeit und Gesundheit – nur dann Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden, wenn «für ihr Leben oder ihre Gesundheit kein ernsthaftes Risiko besteht».⁵⁵³

Nach der Bestimmung von Art. 28 Abs. 2 HFG ist ein Forschungsprojekt an Personen im Freiheitsentzug *ohne* erwarteten direkten Nutzen nur zulässig, wenn die Belastungen und Risiken minimal sind. Begründet wird dies mit dem bestehenden Abhängigkeitsverhältnis und der damit verbundenen besonderen Verletzlichkeit⁵⁵⁴ – ob *tatsächlich* ein die Entscheidung beeinflussendes Abhängigkeitsverhältnis und/oder eine daraus resultierende Verletzlichkeit vorliegen, ist irrelevant.⁵⁵⁵ Freilich hat diese Regelung ihren Hintergrund auch in der – durch die geschichtliche Erfahrung geprägten – Befürchtung, dass Gefangene für Forschungszwecke *missbraucht* werden.⁵⁵⁶

Für eine rechtsgültige Einwilligung in eine *schwere Körperverletzung* (Art. 122 StGB) wird häufig verlangt, dass der Eingriff medizinisch geboten ist. Auch dahinter stecken paternalistische Erwägungen (Schutz der unterstellten langfristigen Interessen an einem guten Gesundheitszustand).⁵⁵⁷

Zur Interpretation der Gesetzgebung zum Schutz vor Passivrauchen in Richtung eines «Schutzes vor sich selbst» siehe hinten, Teil 5 II. B. 1. b).

⁵⁵² Vgl. MORITZ VISCHER, Die Rohbaumiete Zulässigkeit und Grenzen, Diss., Zürich 2014, Rz. 131, 177 und 205 (kritisch zu diesem Schutz in Rz. 177); MAJA BLUMER, Schweizerisches Privatrecht VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete/Pacht), Basel 2012, Rz. 345; MARINO MONTINI/DAVID BOUVERAT, Komm. zu Art. 256 OR, Rz. 60, in: François Bohnet/Blaise Carron/Marino Montini (Hrsg.), Droit du bail à loyer et à ferme, 2. Aufl., Basel 2017; ferner PETER HIGI/ANTON BÜHLMANN, Komm. zu Art. 256, Rz. 64, in: Peter Higi/Anton Bühlmann/Christoph Wildisen, Zürcher Kommentar Obligationenrecht – Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253–273c OR), Art. 253–265 OR, 5. Aufl., Zürich 2019 (Schutz des Mieters «vor seinem eigenen Wollen»); dazu auch hinten, bei Fn. 3536; zur Problematik der «Nichtigkeit» s.a. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) vi.

⁵⁵³ Botsch. TxG, 145.

⁵⁵⁴ Botsch. HFG, 8118 f.

⁵⁵⁵ Vgl. dazu auch die (m.E. zu Recht) kritischen Bemerkungen von JULIAN MAUSBAUCH, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil G (Humanforschungsgesetz [HFG]), Rz. 564 ff.

⁵⁵⁶ Botsch. HFG, 8118.

⁵⁵⁷ BSK StGBI (3. Aufl.)-SEELMANN, Vor Art. 14, Rz. 12 f.; CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Basel 2021, 51 («soft paternalism»); BSK StGBI-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 28, 31 und 52; vgl. hinten, bei Fn. 3759 ff.

- (5.) Besonders hinzuweisen ist auf (zivilrechtliche) Bestimmungen, mit welchen die Einzelne vor einer **übermässigen Bindung** in besonders persönlichkeits-nahen Bereichen geschützt werden soll.

Die zentrale Bestimmung ist Art. 27 ZGB. Sie bezweckt den «Schutz der Person»⁵⁵⁸ und ihrer Selbstbestimmung⁵⁵⁹ und wird als «Freiheitsgarantie» verstanden⁵⁶⁰. Während Art. 27 Abs. 1 ZGB⁵⁶¹ auf den «Schutz der Dispositionsfähigkeit» im Sinne der «Möglichkeit zukünftiger Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäfte» zielt, soll mit Abs. 2⁵⁶² die «zukunftsorientierte[.], lebensgestaltende[.] Entscheidungsfreiheit» gewährleistet werden.⁵⁶³

Der Bestimmung von Art. 27 ZGB wird häufig eine paternalistische Motivation zugeschrieben.⁵⁶⁴ Allerdings stellt sich die Frage, ob der Schutz tatsächlich *aufgedrängt*

⁵⁵⁸ CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27, Rz. 1.

⁵⁵⁹ BSK ZGB I-REITZE, Art. 27, Rz. 2.

⁵⁶⁰ BK ZGB-BUCHER, Art. 27 ZGB, Rz. 1.

⁵⁶¹ «Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.»

⁵⁶² «Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken.»

⁵⁶³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 506 ff.; CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27, Rz. 1.

⁵⁶⁴ CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27 ZGB, Rz. 1; OFK ZGB-BÜCHLER, Art. 27, Rz. 1; ALAIN THÉVENAZ, La protection contre soi-même – Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Diss., Bern 1997, Rz. 3; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 496 ff. (mit Differenzierungen); SANDRA HOTZ, Selbstbestimmung im Vertragsrecht – Unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung, Habil., Bern/Baden-Baden 2017, Fn. 748; ferner RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 49 und 517; ZUPPINGER, 4 f.; nach der Auffassung von BK ZGB-BUCHER, Art. 27, Rz. 7, dient Art. 27 nicht dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst, da die vertragliche Verbindung für sich genommen noch keine Verletzung darstelle, «sondern erst das Bestehen des Vertragsgegners auf Vertragserfüllung (was erst eine aktuelle, und damit beschwerende Pflicht begründe[.] [...]) oder das Geltendmachen von Sanktionsansprüchen [...]; ähnlich ZUFFEREY-WERRO, Rz. 621; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 498 – dass Dritte involviert sind, lässt jedenfalls nicht darauf schliessen, dass *kein* Schutz vor sich selbst vorliege (dazu bereits vorne, Teil 1 II. B. 6): Entscheidend ist, dass der Einzelne durch Art. 27 ZGB *im Interesse seiner eigenen Freiheit* darin beschränkt wird, rechtswirksam über seine Freiheit gegenüber Dritten zu disponieren (zu den differenziert zu betrachtenden Folgen einer übermässigen Bindung vgl. aber nachfolgend, bei Fn. 565 ff.). Ferner wird darauf hingewiesen, dass Art. 27 Abs. 1 ZGB nicht nur im Interesse der Freiheit des Einzelnen, sondern auch im Dienste der «Grundstrukturen unserer Privatrechtsordnung» stehe (siehe BK ZGB-BUCHER, Art. 27, Rz. 49 ff.); oder es wird die Regel, dass sich niemand vollständig seiner Freiheit entäussern kann, als Ausdruck einer «Wertordnung» begriffen (so BGE 138 III 322, E. 4.3.1; vorne, Fn. 80); hier stellt sich allerdings die Frage, ob es wirklich um *andere* als paternalistische Gründe geht – auf die (diffusen) Verbindungslinien zwischen dem Schutz der guten Sitten und dem Schutz vor übermässiger Bindung wird zurückzukommen sein (hinten, bei Fn. 3139 ff. und 3159 ff. sowie insb. Teil 3 IV. D. 3. b) ii).

wird.⁵⁶⁵ Dies ist zu bejahen für Art. 27 Abs. 1 ZGB, da «der rechtsgeschäftliche Verzicht der Handlungs- und Rechtsfähigkeit zur Nichtigkeit der Vereinbarung» führt⁵⁶⁶ – es handelt sich um einen Verstoss gegen zwingendes Recht.⁵⁶⁷ Differenziert zu betrachten sind nach der (neueren) Rechtsprechung hingegen die Folgen einer übermässigen Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB: Nur wenn ein Vertrag den höchstpersönlichen Kernbereich einer Person betrifft, der jeder vertraglicher Bindung entzogen sein soll, liegt ein Verstoss gegen die von Amtes wegen zu beachtenden guten Sitten vor – mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrags (Art. 20 Abs. 1 OR). Ist die Bindung aber zulässig und geht es nur um das *Mass* der Bindung, liegt kein Verstoss gegen die guten Sitten, sondern nur «gegen die Persönlichkeit» vor; die Person kann rechtsgültig erfüllen. Allerdings verlangt der Zweck von Art. 27 Abs. 2 ZGB, dass die übermässig gebundene Person die Vertragserfüllung verweigern kann.⁵⁶⁸ In dieser letztgenannten Konstellation liegt ein Schutz vor sich selbst im hier verstandenen Sinn nicht vor.

Eine mit Art. 27 ZGB vergleichbare Bestimmung findet sich in Art. 25 Abs. 5 DSG: «Niemand kann im Voraus auf das Auskunftsrecht verzichten.»⁵⁶⁹

- (6.) Im Dienste eines (weich) paternalistischen Übereilungsschutzes können Regelungen stehen, wonach eine Person zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. während einer gewissen Zeit **nicht auf Forderungen oder Einreden verzichten kann**.

Zu nennen ist die Bestimmung von Art. 341 OR, wonach der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses und eines Monats nach dessen Beendigung auf Forderungen, die sich aus unabdingbaren Vorschriften des Gesetzes oder aus unabdingbaren Bestimmungen eines Gesamtarbeitsvertrags ergeben, nicht verzichten kann. Damit soll der Einzelne vor einem durch Druck des Arbeitgebers «verfälschten» Entscheid und vor einer «Kurzschlusshandlung» bewahrt werden.⁵⁷⁰

- (7.) Zuweilen sieht der Gesetzgeber – aus paternalistischen Gründen – vor, dass **Dienstleistungen unter gewissen Voraussetzungen nicht mehr länger erbracht werden dürfen**.

⁵⁶⁵ Vgl. zu diesem Begriffselement des Paternalismus vorne, Teil 1 II. B. 4.

⁵⁶⁶ OFK ZGB-BÜCHLER, Art. 27, Rz. 5; aus der spärlichen Rechtsprechung siehe BGE 108 II 405, E. 3.

⁵⁶⁷ CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27, Rz. 4.

⁵⁶⁸ BGE 129 III 209, E. 2.2; BGer 5C.72/2004, E. 4.2.1; ferner BGE 136 III 401, E. 5.4; BGE 143 III 480, E. 4.2 (wonach «eine gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossende übermässige Bindung nicht von Amtes wegen festzustellen» sei, «ausser es sei der höchstpersönliche Kernbereich einer Person betroffen»); vgl. zu dieser Differenzierung ferner CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 27, Rz. 7 ff.; OFK ZGB-BÜCHLER, Art. 27, Rz. 9 ff., insb. 12; s.a. hinten, bei Fn. 3144.

⁵⁶⁹ BSK DSG/BGÖ-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8, Rz. 60.

⁵⁷⁰ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Komm. zu Art. 341 OR, Rz. 3; vgl. zu Art. 341 OR auch vorne, bei Fn. 189 ff.

Dies betrifft z.B. die – durch den Gedankens des «Sozialschutzes» motivierte⁵⁷¹ – *Spielsperre* nach Art. 80 BGS: Danach müssen die Spielbank oder die Veranstalterin von online durchgeführten Grossspielen Personen u.a. dann vom Spielbetrieb aussperren, wenn diese überschuldet sind, über ihre finanziellen Verhältnisse spielen oder spielsüchtig sind. Solche Spielsperren dienen auch dem Schutz des Spielers vor sich selbst.⁵⁷²

- (8.) Der Gesetzgeber sieht häufig vor, dass die Einzelne in ihrem eigenen Interesse **zu beraten und aufzuklären** ist, bevor sie rechtswirksam eine Einwilligung erteilen kann.

Vgl. betreffend die Durchführung von *Humanforschungsprojekten*: Art. 118b Abs. 2 Bst. a BV und Art. 7 Abs. 1 HFG; betreffend die *Entnahme von Organen, Geweben und Zellen*: Art. 12 Bst. b TxG, s.a. Art. 13 Abs. 2 Bst. g TxG; betreffend die *Sterilisation Urteilsfähiger*: Art. 5 Abs. 1 Sterilisationsgesetz; betreffend die *medizinisch unterstützte Fortpflanzung*: Art. 6 f. FMedG (Sicherstellung der «Entscheidungsfreiheit des zu behandelnden Paares»⁵⁷³); betreffend *genetische Untersuchungen*: Art. 5 f., Art. 23 und Art. 32 GumG (Aufklärung) und Art. 21 Abs. 1 Bst. b GumG (genetische Beratung).

Will eine Person ein Zeugenschutzprogramm beenden, ist sie von der Zeugenschutzstelle über die Auswirkungen der Beendigung des Zeugenschutzprogrammes zu informieren und auf bestehende Gefahren aufmerksam zu machen (Art. 5 Abs. 2 ZeugSV); diese Informations- und Aufklärungspflicht steht im (wohlverstandenen) Interesse der Schutzperson und soll (zusammen mit der Bedenkzeit⁵⁷⁴) einem übereilten, gestützt auf eine «vorübergehende Stimmungsschwankung» getroffenen Entscheidung entgegenwirken.⁵⁷⁵

- (9.) Ein weich paternalistischer Schutz wird häufig durch **Zustimmungserfordernisse** (von staatlichen Behörden, Kommissionen oder dem gesetzlichen Vertreter) verwirklicht.

So hat z.B. die *Erwachsenenschutzbehörde* der Sterilisation einer Person unter umfassender Beistandschaft sowie einer dauernd urteilsunfähigen Person zuzustimmen (vgl. Art. 6 Abs. 2 Bst. b und Art. 7 Abs. 2 Bst. g i.V.m. Art. 8 Sterilisationsgesetz); eine *unabhängige Instanz* hat der Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen von urteilsunfähigen oder minderjährigen Personen zuzustimmen (Art. 13 Abs. 2 Bst. i TxG).⁵⁷⁶ Minderjährige, aber urteilsfähige Personen können nicht selbst rechtsgültig in ein Humanforschungsprojekt einwilligen; erforderlich ist die Zustimmung der *gesetzlichen*

⁵⁷¹ Vgl. BGE 140 II 384, E. 5.2.2.

⁵⁷² So ausdrücklich Botsch. SBG, 178.

⁵⁷³ Siehe Botsch. FMedG, 258.

⁵⁷⁴ Siehe vorne, Fn. 541.

⁵⁷⁵ Vgl. Erl. ZeugSV, 6; Botsch. ZeugSG, 74.

⁵⁷⁶ Im Kanton St. Gallen ist die unabhängige Instanz die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, siehe Art. 35 Gesundheitsgesetz vom 28. Juni 1979 (sGS 311.1); in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft die Ethikkommission, siehe § 1 Verordnung vom 16. April 2013 über die Bezeichnung einer unabhängigen Instanz gemäss Artikel 13 des Transplantationsgesetzes (SGS 901.32; Basel-Landschaft) und § 6 Abs. 5 Gesundheitsgesetz vom 21. September 2011 (SG 300.100; Basel-Stadt).

Vertretung (siehe Art. 22 Abs. 1 Bst. b und Art. 23 Abs. 1 Bst. b HFG).⁵⁷⁷ Im Zivilrecht finden sich zahlreiche weitere Regelungen, die für die Gültigkeit von Rechtshandlungen Minderjähriger und/oder unter (umfassender) Beistandschaft stehender Personen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters voraussetzen.⁵⁷⁸

- (10.) Der Staat kann vorsehen, dass die **Freiwilligkeit einer Entscheidung bzw. die freie Willensbildung** durch eine staatliche Behörde oder einen Dritten überprüft wird.

Eine «unabhängige Instanz»⁵⁷⁹ hat zu prüfen, ob die urteilsfähige, aber minderjährige Person umfassend über die Entnahme regenerierbarer Gewebe oder Zellen informiert worden ist und frei und schriftlich zugestimmt hat (Art. 13 Abs. 2 Bst. g und i TxG).⁵⁸⁰

Mit der von Art. 111 ZGB vorgesehenen gerichtlichen Anhörung soll auch im (wohlverstandenen) Interesse der scheidungswilligen Ehegatten überprüft werden, ob der Entscheid, sich scheiden zu lassen, *freiwillig* und *wohlüberlegt* getroffen wurde, d.h. im Zustand der Urteilsfähigkeit,⁵⁸¹ nicht übereilt,⁵⁸² frei von Willensmängeln, nicht unter Druck des anderen Ehepartners und im Bewusstsein der Konsequenzen.⁵⁸³

Eine Strafbehörde hat bei einem Sistierungsbegehren nach Art. 55a StGB («häusliche Gewalt») «zu untersuchen, ob das Opfer seine Entscheidung autonom getroffen hat und namentlich nicht durch Gewalt, Täuschung oder Drohung beeinflusst wurde und dass es über Hilfs- und Handlungsalternativen informiert ist».⁵⁸⁴

Für den Bereich des Suizids und der Suizidbeihilfe wird es als zulässig und geboten erachtet, dass der Staat Kontrollverfahren vorschreibt, um sicherzustellen, dass der Sterbeentscheid «tatsächlich dem freien und wohlwogenen Willen des Betroffenen entspricht»; dazu sei eine «ärztliche Rezeptpflicht geeignet und erforderlich».⁵⁸⁵

⁵⁷⁷ Kritisch dazu VERENA SCHWANDER, Medizinische Forschung am Menschen zwischen Wissenschaftsfreiheit und Persönlichkeitsschutz – Zur Rechtslage in der Schweiz, in: BRUDERMÜLLER, 57 ff., 75.

⁵⁷⁸ Vgl. z.B. Art. 260 Abs. 2 ZGB (Kindesanerkennung) und Art. 468 Abs. 2 ZGB (Erbvertrag); vgl. dazu und mit weiteren Beispielen FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 19c ZGB, Rz. 6.

⁵⁷⁹ Vgl. vorne, Fn. 576.

⁵⁸⁰ Vgl. Botsch. TxG, 147.

⁵⁸¹ OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 111 ZGB, Rz. 7.

⁵⁸² ROLAND FANKHAUSER, Komm. zu Art. 111 ZGB, Rz. 3, in: Roland Fankhauser (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, Band I: ZGB, 4. Aufl., Bern 2022; CHK ZGB- RUMO-JUNGO, Art. 111, Rz. 15; Parlamentarische Initiative, Obligatorische Bedenkfrist und Artikel 111 ZGB, Bericht vom 16. November 2007 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Stellungnahme des Bundesrates vom 27. Februar 2008, BBl 2008 1975, 1976; Botsch. Änd. ZGB (1995), 27.

⁵⁸³ BSK ZGBI-GLOOR, Art. 111, Rz. 7; OFK ZGB-SCHWANDER, Art. 111 ZGB, Rz. 7.

⁵⁸⁴ BGer 6S.454/2004, E. 3 (zu aArt. 66^{ter} StGB [AS 2004 1403]); CR CPI-MOREILLON, Art. 55a, Rz. 9 und 11; gemäss Art. 55a Abs. 1 Bst. c StGB muss die Sistierung zudem geeignet erscheinen, «die Situation des Opfers zu stabilisieren oder zu verbessern».

⁵⁸⁵ BGE 133 I 58, E. 6.3.2.

- (11.) Im (wohlverstandenen) eigenen Interesse des Betroffenen kann vorgeschrieben werden, dass gewisse **Eignungen und Fähigkeiten überprüft werden**.

Die gemäss Art. 27 VZV bestehende Pflicht für Fahrzeugführer, sich ab einem gewissen Alter einer regelmässigen verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchung zu unterziehen, dient primär der Verkehrssicherheit und dem Schutz der Allgemeinheit. Doch dürfte damit *auch* ein gewisser Schutz der Fahrzeugführer vor sich selbst beabsichtigt sein.⁵⁸⁶

- (12.) Der Staat kann durch Erhebung von **Steuern und Abgaben** versuchen, das Verhalten in eine gewisse Richtung zu lenken. Denkbar sind auch andere Massnahmen, um ein bestimmtes Verhalten im «besten» Interesse des Betroffenen **unattraktiv** zu machen.

Ein starkes Lenkungselement weisen etwa die Alkohol- und die Tabaksteuer auf⁵⁸⁷ (plakatativ ist manchmal auch die Rede von «Sündensteuern»⁵⁸⁸). Zu einem wesentlichen Teil werden damit gesundheitspolitische Ziele verfolgt – Reduktion der Nachfrage und des Konsums über eine fiskalische Belastung der entsprechenden Produkte.⁵⁸⁹ Unter Berufung auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit werden zuweilen aber *auch paternalistische Zwecke* verfolgt,⁵⁹⁰ was bei der Alkohol- und Tabakprävention durchaus der Fall sein dürfte.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Vgl. BGer 2A.234/2003, E. 2.2.2: Das Nichtvorliegen einer Diskriminierung wegen des Alters (vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 2606 f.) wird in dieser Entscheidung auch mit den *für die Betroffenen selbst* verbundenen Gefahren einer nachlassenden Fahreignung begründet.

⁵⁸⁷ BSK BV-BEUSCH, Art. 131, Rz. 12; SGK BV-CAVELTI, Art. 131, Rz. 8; zur Qualifikation der Tabak- und Alkoholsteuer als Lenkungssteuern vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2842; HELEN KELLER/MATTHIAS HAUSER, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe Funktion und Tragweite des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009, 803 ff., 806; Eidg. Steuerverwaltung (ESTV), Unterschied zwischen Steuern und anderen öffentlichen Abgaben, Bern, März 2022, 1; ferner ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl., Zürich etc. 2016, 9 («hybride Lenkungssteuer»). Bei der *Biersteuer* (Art. 131 Abs. 1 Bst. c BV) dürfte der Lenkungszweck hingegen nicht im Vordergrund stehen (SGK BV-CAVELTI, Art. 131, Rz. 8 und 33).

⁵⁸⁸ KIRCHGÄSSNER, Rz. 33.

⁵⁸⁹ BSK BV-BEUSCH, Art. 131, Rz. 12 und 23; SGK BV-CAVELTI, Art. 131, Rz. 8, 16, 19. Jedenfalls bei der Alkoholsteuer (auf gebrannten Wassern) dürfte der gesundheitspolitische Aspekt im Vordergrund stehen, vgl. RENÉ MATTEOTTI/ALEXANDRA J.B. GERBER, Schnapsideen in der Spirituosensteuergesetzgebung, in: Laurence Uttinger/Daniel P. Rentsch/Conradin Luzi (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich, Zürich 2014, 23 ff., 25, 33 und 38 f.; der Schutz der öffentlichen Gesundheit gilt als primärer Zweck der Alkoholordnung, wozu die fiskalische Belastung einen wesentlichen Beitrag leisten soll (siehe BGer 2A.660/2004, E. 3.4; BVGer A-6613/2011, E. 3.2; SGK BV-LEHNE, Art. 105, Rz. 12, 14 und 18 f.).

⁵⁹⁰ Vgl. bereits vorne, bei Fn. 122, und hinten, bei Fn. 3049 ff.

⁵⁹¹ Vgl. vorne, bei Fn. 106 ff. und 125.

Ferner kann man sich fragen, ob die Möglichkeit von Leistungskürzungen oder -verweigerungen im Sozialversicherungsrecht bei einer (vorsätzlichen) Herbeiführung des Versicherungsfalls (Art. 21 Abs. 1 ATSG) nicht auch von einer gewissen paternalistischen Absicht getragen ist.⁵⁹² Im Vordergrund dürfte hier aber der Schutz der Solidargemeinschaft vor vermeidbaren Kosten stehen.

- (13.) In vielerlei Hinsicht werden Handlungen (zumindest *auch*) aus paternalistischen Gründen **verboten oder geboten**. Verstöße werden teilweise unter **Strafe** gestellt.

Paternalistisch motiviert sind z.B. die *Gurtentragpflicht*⁵⁹³ und die *Helmtragpflicht*⁵⁹⁴ im Strassenverkehr (Art. 57 Abs. 5 SVG i.V.m. Art. 3a bzw. Art. 3b i.V.m. Art. 96 der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962⁵⁹⁵), wenn auch hier Aspekte der *sozialen Folgekosten* ebenfalls eine wichtige Rolle spielen⁵⁹⁶ und insofern «gemischter Paternalismus» vorliegt.⁵⁹⁷

⁵⁹² So RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 516; s.a. LINDNER, S. 371 mit Fn. 355.

⁵⁹³ So ausdrücklich BGE 103 IV 192, E. 2c; s.a. BGE 137 IV 290, E. 3.6, wonach das Nichttragen der Sicherheitsgurte in erster Linie «Selbstgefährdung» sei; ferner BSK SVG-SCHLEGEL, Art. 57, Rz. 119 f.; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 1275; FIOILKA, Rechtsgut, 784 ff. und 793; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 790; WOHLERS/WENT, 294 f.; s.a. SCHWABE, 71 (psychische Folgen für den Unfallverursacher, wenn das Opfer stirbt oder «verkrüppelt» ist); entgegen der Botsch. Änd. SVG (1979), 254 und 256, lässt sich eine paternalistische Motivation nicht mit der Begründung verneinen, dass der Einzelne mit dem Gurtenobligatorium vor den (objektiven, unausweichlichen) Gefahren des Strassenverkehrs geschützt werden soll (ähnlich die Argumentation der EKMR in ihrem Entscheid vom 13. Dezember 1997 i.S. X gegen *Belgien*, Nr. 8707/79, DR 18, 256 und 258) – entscheidend ist, ob der Einzelne dieses Risiko eingehen will oder nicht (siehe hinten, bei Fn. 3805 f.).

⁵⁹⁴ BSK SVG-SCHLEGEL, Art. 57, Rz. 119 f.; FIOILKA, Rechtsgut, 784 ff. und 793; WOHLERS/WENT, 294 f.

⁵⁹⁵ VRV, SR 741.11.

⁵⁹⁶ Bezogen auf das *Gurtenobligatorium* vgl. Botsch. Änd. SVG (1979), 246, 251 und 254 ff.; Bezirksgericht ZH, Urteil vom 24. März 1987, ZR 1987, 315 ff., E. 5.2 f., 316 f.; bezogen auf das *Helmobligatorium* vgl. BGE 119 IV 260, E. 3b/bb. Denkbar sind freilich auch *andere Gründe: Aufrechterhaltung der Fähigkeit des Unfallopfers*, anderen zu helfen und weiteren Schaden oder weitere Unfälle abzuwenden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. Juli 1986, 1 BvR 331/85, NJW 1987, 180; BVerfG, Urteil vom 26. Januar 1982, 1 BvR 1295/80, NJW 1982, 1276; BVerfG, Urteil vom 4. Juli 2019, 3 C 24.17, Rz. 21; SCHWABE, 70; differenzierend FISCHER, 263 ff.; kritisch etwa HILLGRUBER, Schutz, 97 f.; vgl. auch vorne, bei Fn. 139), *Schleuderung eines Fahrzeuginsassen gegen einen anderen* (BVerfG, Beschluss vom 24. Juli 1986, 1 BvR 331/85, NJW 1987, 180; kritisch dazu HILLGRUBER, Schutz, 103); der Schwerverletzte und sein Fahrzeug als *verkehrsgefährdendes Hindernis* auf der Fahrbahn (vgl. HOCHHUTH, Fn. 2; SCHWABE, 70).

⁵⁹⁷ Vgl. WOLF, Konflikte, 11.

Zumindest teilweise paternalistisch motiviert ist die Pflicht zum *Tragen eines Dosimeters* für beruflich strahlenexponierte Personen;⁵⁹⁸ allerdings geht es hier *auch* um den Schutz Dritter (Entdeckung von «Fehlerquellen»);⁵⁹⁹

Weiter zu erwähnen ist die *Betäubungsmittelgesetzgebung*. Zwar werden hier verschiedenste Allgemein- bzw. Drittinteressen angerufen,⁶⁰⁰ aber es geht auch darum, die Einzelne vor einer Gefährdung ihrer Gesundheit und den daraus resultierenden Problemen in ihrem eigenen Interesse zu schützen.⁶⁰¹ Zumindest teilweise paternalistisch motiviert

⁵⁹⁸ Sog. «Personendosimetrie»; vgl. Art. 61 Strahlenschutzverordnung vom 26. April 2017 (StSV, SR 814.501); Art. 1 ff. Dosimetrieverordnung vom 26. April 2017 (SR 814.501.43).

⁵⁹⁹ BGer, Urteil vom 3. Oktober 1980, E. 4, VPB 1982 Nr. 17, 109 ff., 113; vgl. demgegenüber das Gutachten der (ehemaligen) Justizabteilung (VPB 1975 Nr. 69, 75 ff., 77 f.), wonach Art. 39 der damaligen Verordnung vom 19. April 1963 über den Strahlenschutz (SSVO; AS 1963 279) gerade keinen Schutz vor sich selbst bezwecke – dafür mangle es an einem «*schlüssige[n] Nachweis*» (vgl. hinten, Fn. 2380).

⁶⁰⁰ So zielt die Betäubungsmittelgesetzgebung auf den *Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* und die *Bekämpfung der Kriminalität* (Art. 1 Bst. d und e BetmG): Zu denken ist an gewalttätiges Verhalten unter dem Einfluss von Betäubungsmitteln, Strassenverkehrsdelikte und die Beschaffungskriminalität (vgl. SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 55) und v.a. an die Bekämpfung von kriminellen Organisationen und der Geldwäsche (siehe Botsch. Änd. BetmG [2001], 3731; kritisch zum Argument der Kriminalitätsbekämpfung SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 62, s.a. 74). Ein wichtiges Anliegen ist der Schutz der «*Volks-gesundheit*» (HUG-BEELI, Komm. zu Art. 1 BetmG, Rz. 99 ff.); im Vordergrund dürfte der Schutz der Volks-gesundheit beim Betäubungsmittelstrafrecht stehen (OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 19, Rz. 1; vgl. sodann SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 38 f. und 53; kritisch dazu SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 53 ff. und Art. 19a, Rz. 5 f.; hinter dem Schutz der Volks-gesundheit vermögen sich jedoch durchaus paternalistische Motive zu verbergen, vgl. vorne, bei Fn. 122, und hinten, bei Fn. 3049 ff.). Weiter geht es um die *Vermeidung von Kosten für die Gesellschaft* (vgl. SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 55; MÜLLER, Selbstbestimmung, 78; kritisch BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 61 f.), die «*Funktionsfähigkeit*» der Gesellschaft an sich (kritisch dazu SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 55), die «*Furcht vor einer unkontrollierten Ausbreitung gewisser Stoffe*» (kritisch SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 69) oder allgemeine moralische Bedenken (kritisch dazu SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 72); siehe zu den verschiedenen von der Betäubungsmittelgesetzgebung verfolgten Schutzzinteressen auch WOHLERS/WENT, 300 ff.; HUG-BEELI, Komm. zu Art. 1 BetmG, Rz. 4 ff. und 99 ff.

⁶⁰¹ Siehe Art. 1 Bst. c BetmG («*Personen vor den negativen gesundheitlichen und sozialen Folgen suchtbedingter Störungen der Psyche und des Verhaltens schützen*»); das BetmG zielt auf den Schutz der Gemeinschaft, aber auch auf den Schutz *des Einzelnen* (Ber. SGK-N BetmG, 8586 f., 8591 und 8595 f.; OFK BetmG-SCHLEGEL/JUCKER, Art. 1, Rz. 3 ff. und Art. 19, Rz. 1); zum (auch) paternalistischen Schutzzweck der Betäubungsmittelgesetzgebung vgl. ferner SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 39 ff.; MÜLLER, Selbstbestimmung, 78; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, Fn. 57; vgl. aber WOHLERS/WENT, 302 und 321, wonach die Betäubungsmittelgesetzgebung nur scheinbar paternalistisch motiviert sei, «[t]atsächlich ginge es um andere Interessen, die durch pseudo-paternalistische Erwägung-

sind etwa die *Konsumverbote von Betäubungsmitteln* (Art. 19a BetmG)⁶⁰² – wobei hier wesentlich auch mit den Auswirkungen des Konsums auf die Gesellschaft argumentiert wird;⁶⁰³ insbesondere mit der Bekämpfung der (organisierten) Kriminalität.⁶⁰⁴

Ein weiteres Beispiel ist die (aufgehobene⁶⁰⁵) *Strafbarkeit der sog. «Exkrementenpornographie»* (aArt. 197 Abs. 3 StGB⁶⁰⁶); damit sollten die (erwachsenen) Konsumenten solcher Erzeugnisse vor einem «ethisch desintegrierenden Einfluss», «vor der korrumpierenden Wirkung solcher Erzeugnisse» und vor Nachahmung geschützt werden⁶⁰⁷ – darin klingt durchaus eine paternalistische Zwecksetzung an. Zumindest mittelbar ging es zudem um den Schutz vor sexueller Ausbeutung und menschenunwürdiger Behandlung derjenigen Personen, welche «potentiell» in solche Verhaltensweisen miteinbezogen werden.⁶⁰⁸ Dieser Aspekt trägt aber wiederum Züge einer paternalistischen Begründung, kann ja der Dritte solche Aktivitäten durchaus (freiverantwortlich) wollen.⁶⁰⁹ Die Bestimmung

gen verdeckt bzw. hinter diesen versteckt werden»; zurückhaltend HUG-BEELI, Komm. zu Art. 1 BetmG, Rz. 99 ff., insb. 100, 103 (Schutz des Einzelnen «im Verhältnis zur Volksgesundheit nur ein sekundärer Schutzaspekt»), 105 und 107, wonach es dem BetmG «nicht primär um den Schutz der individuellen Gesundheit» gehe, «sondern um den Schutz der Gesellschaft vor Einflüssen, die ihre öffentliche Gesundheit und ihre Lebensfähigkeit gefährden»; es gehe «um die Wohlfahrt der Gemeinschaft, denn jede Gesellschaft» habe «grundsätzlich ein Interesse, die physische und psychische Gesundheit ihrer Mitglieder zu schützen, um den eigenen Fortbestand zu gewährleisten».

⁶⁰² Der Konsum von Betäubungsmitteln war nach der ursprünglichen Konzeption des BetmG straflos (siehe Botsch. vom 9. April 1951 über die Revision des Bundesgesetzes betreffend Betäubungsmittel, BBl 1951 I 829, 849). Allerdings hat das Bundesgericht im Jahr 1969 entschieden, dass der *Erwerb* von Betäubungsmitteln auch dann strafbar ist, wenn dieser zum Zweck des (an sich straflosen) Eigenkonsums erfolgt (BGE 95 IV 179, E. 3 f., insb. E. 4 a.E.). Die damit verbundene, hohe Strafandrohung veranlasste den Gesetzgeber dazu, den Konsum von Betäubungsmitteln differenziert zu behandeln (Art. 19a ff. BetmG), namentlich *milder* zu bestrafen bzw. für leichte Fälle die Möglichkeit vorzusehen, das Verfahren einzustellen oder auf eine Bestrafung zu verzichten (vgl. dazu Botsch. vom 9. Mai 1973 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über die Betäubungsmittel, BBl 1973 I 1348 ff., 1352 und 1367 f.; ferner SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a, Rz. 1 f.). Dass der Schutz vor Selbstgefährdung lediglich «ein erwünschter Nebeneffekt einer konsequenten und dogmatisch folgerichtigen Durchsetzung des Betäubungsmittelgesetzes» gewesen sei (so RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 536), lässt sich m.E. nicht sagen; der Gesetzgeber hätte den Konsum auch für gänzlich straffrei erklären können.

⁶⁰³ Vgl. dazu SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a, Rz. 3 ff.

⁶⁰⁴ Vgl. Botsch. Änd. BetmG (2001), 3731; Ber. SGK-N BetmG, 8587.

⁶⁰⁵ Vorne, bei Fn. 531.

⁶⁰⁶ AS 1992 1670.

⁶⁰⁷ Vgl. BGE 124 IV 106, E. 3c/aa; BGE 133 IV 31, E. 6.1.2.

⁶⁰⁸ Vgl. BGE 124 IV 106, E. 3c/aa; BGE 133 IV 31, E. 6.1.2.

⁶⁰⁹ Zum nicht überzeugenden Argument des Schutzes der eigenen Würde, um paternalistisches Staatshandeln zu begründen, wenn die Einzelne keinen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt, vgl. hinten, Teil 2 II, insb. Kap. B; bezogen auf die Exkrementenpornographie siehe insb. bei Fn. 1128.

scheint zudem in erheblichem Ausmass von sittlich-moralischen Erwägungen getragen zu sein, wobei die Grenzen zwischen einem Schutz vor sich selbst und dem Schutz der Moral fliegend sind.⁶¹⁰

Auch *Vorschriften zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* wird zuweilen eine paternalistische Motivation unterstellt.⁶¹¹ Gemäss Art. 6 Abs. 3 ArG hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmer für den Gesundheitsschutz zur Mitwirkung heranzuziehen; die Arbeitnehmer werden verpflichtet, «den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen». Konkretisiert werden diese Pflichten in Art. 10 der Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge):⁶¹² Der Arbeitnehmer muss die Weisungen des Arbeitgebers befolgen, die allgemein anerkannten Regeln berücksichtigen, seine persönliche Schutzausrüstung benutzen, darf die Wirksamkeit der Schutzeinrichtungen nicht beeinträchtigen und muss den Gesundheitsschutz beeinträchtigende Mängel beseitigen oder melden. Gemäss Art. 60 ArG macht sich der Arbeitnehmer strafbar, wenn er den Vorschriften über den Gesundheitsschutz zuwiderhandelt. Die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz stehen zu einem wesentlichen Teil im Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer⁶¹³: Es geht um einen Schutz vor einer Gesundheitsgefährdung durch Arbeitskollegen (Schutz vor Drittgefährdung), aber *auch* um einen Schutz des einzelnen Arbeitnehmers vor sich selbst (Schutz vor Selbstgefährdung).⁶¹⁴ Freilich spielen auch anderen Gründe – zumindest mittelbar – eine Rolle, wie etwa der Schutz und die Erhöhung der *Produktivität*.⁶¹⁵

Von gewissen paternalistischen Erwägungen ist die Regelung zum *Schwangerschaftsabbruch* getragen. Die in Art. 119 StGB enthaltene Fristenregelung wird unter anderem mit dem Gesundheitsschutz der Frau begründet, da mit dem Fortschreiten der Schwangerschaft der Schwangerschaftsabbruch risikoreicher und belastender werde.⁶¹⁶ Zudem ist der Abbruch «durch eine zur Berufsausübung zugelassene Ärztin oder einen zur Be-

⁶¹⁰ Zu den Verbindungslinien zwischen dem Schutz der (guten) Sitten und dem Schutz vor sich selbst siehe hinten, Teil 3 IV. D; zur Frage der Rechtfertigung eines Verbots der Exkrementenpornographie unter Berufung auf die guten Sitten oder die öffentliche Sittlichkeit vgl. hinten, bei Fn. 3205.

⁶¹¹ Vgl. KIRCHGÄSSNER, Rz. 22.

⁶¹² ArgV 3, SR 822.113.

⁶¹³ Botsch. ArG, 956 f.; SHK ArG-SCHIEDEGGER/PITTELOU, Art. 6, Rz. 7; OFK ArG-MÜLLER/MADUZ, Art. 6, Rz. 2.

⁶¹⁴ OFK ArG-MÜLLER/MADUZ, Art. 6, Rz. 31; Botsch. ArG, 962.

⁶¹⁵ SHK ArG-SCHIEDEGGER/PITTELOU, Art. 6, Rz. 8; OFK ArG-MÜLLER/MADUZ, Art. 6, Rz. 2. Eine vergleichbare Regelung findet sich – im Kontext der *Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten* – in Art. 11 der Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Unfallverhütung (VUV, SR 832.30): Hier geht es zwar auch um die Verhinderung «persönlichen Leids»; doch bezwecken die Regelungen zur Unfallverhütung und Vorbeugung von Berufskrankheiten in erster Linie, die Ausrichtung von Versicherungsleistungen und «volkswirtschaftliche Verluste» zu vermeiden (Botsch. UVG, 180).

⁶¹⁶ Parlamentarische Initiative, Änderung des Strafgesetzbuches betreffend Schwangerschaftsabbruch, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 19. März 1998, BBl 1998 III 3005 ff., 3014 f.

rufsausübung zugelassenen Arzt» vorzunehmen. Darin liegt ebenfalls eine *Schutzmassnahme* zugunsten der schwangeren Frau.⁶¹⁷

Es kommt vor, dass ein gewisses Verhalten zum Schutz des Betroffenen erschwert oder verboten, die Strafandrohung aber an einen **Dritten** gerichtet wird.⁶¹⁸

Paternalistische Züge trägt das Verbot der *Leihmutterchaft*⁶¹⁹ (Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV; Art. 4 und Art. 31 FMedG).⁶²⁰ Dabei wird die Leihmutter *selbst* nicht als Täterin bestraft, doch diejenigen, die bei einer Leihmutter ein Fortpflanzungsverfahren anwenden oder Leihmutterchaften vermitteln (Art. 31 FMedG).⁶²¹

Zumindest *auch* eine paternalistische Motivation weist die Bestimmung von Art. 37 Abs. 2 Bst. b TxG auf: Danach ist es verboten, «embryonale oder fötale Gewebe oder Zellen einer Person zu transplantieren, die von der Spenderin dafür bezeichnet worden ist»; solche Gewebe oder Zellen stammen in der Regel aus Schwangerschaftsabbrüchen, wobei Schwangerschaftsabbrüche mit Risiken für die Schwangere verbunden sind. Mit der getroffenen Regelung «soll vermieden werden, dass eine Frau eine Schwangerschaft und deren Abbruch gezielt auf sich nimmt, um das Gewebe für sich selbst oder eine Angehörige oder einen Angehörigen therapeutisch nutzbar zu machen».⁶²² Bestraft wird aber lediglich derjenige, der embryonale oder fötale Gewebe oder Zellen einer Person überträgt, die von der Spenderin dafür bezeichnet worden ist (Art. 37 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 69 Abs. 1 Bst. l TxG).

- (14.) Im **Prozessrecht** finden sich ebenfalls paternalistisch motivierte Bestimmungen. Zu erwähnen sind *richterliche Aufklärungs- und Fragepflichten*⁶²³ und die der Einzelnen gegen ihren *Willen aufgedrängte Rechtsvertretung bzw. Verteidigung*.

Gemäss Art. 69 Abs. 1 ZPO und Art. 41 Abs. 1 BGG ist einer Partei durch das Gericht eine Vertretung zu bestellen, wenn diese offensichtlich nicht imstande ist, den Prozess selbst zu führen und – auf Aufforderung des Gerichts hin⁶²⁴ – keinen Vertreter bestimmt.

⁶¹⁷ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 17.

⁶¹⁸ Vgl. zum indirektem Paternalismus vorne, Teil 1 II. B. 11.

⁶¹⁹ Eine Leihmutter ist gemäss der Legaldefinition in Art. 2 Bst. k FMedG «eine Frau, die bereit ist, durch ein Fortpflanzungsverfahren ein Kind zu empfangen, es auszutragen und nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen»; zu den Begrifflichkeiten und Erscheinungsformen im Einzelnen CHRISTENSEN, 7 ff., und BERTSCHI, 8 ff.

⁶²⁰ RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, S. 527 mit Fn. 151; BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, 396; SHK FMedG-TAG, Art. 31, Rz. 2; CR Cst.-BOILLET, Art. 119, Rz. 51 (Schutz der Würde der Leihmutter); FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 52 (Schutz der Leihmutter vor «Ausbeutung»); daneben spielen aber noch andere Interessen eine Rolle – siehe zum Ganzen hinten, bei Fn. 3633 ff.

⁶²¹ Botsch. FMedG, 279; SHK FMedG-TAG, Art. 31, Rz. 5.

⁶²² Botsch. TxG, 161 f.

⁶²³ Vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 2. i) iv).

⁶²⁴ Das Gericht verfügt allerdings über ein gewisses Ermessen, ob es die Partei auffordern will, einen Vertreter zu beauftragen (CR CPC-JEANDIN, Art. 69, Rz. 6; BGER 5A_618/2015, E. 6.7).

Da der Einzelnen (auch) aus fürsorglichen Gründen⁶²⁵ und selbst gegen ihren Willen⁶²⁶ eine Vertretung bestellt werden kann, sind diese Bestimmungen zumindest *auch* paternalistisch motiviert.

Gleich verhält es sich mit der notwendigen Verteidigung gemäss Art. 130 StPO.⁶²⁷ Zum einen wird sie mit allgemeinen rechtsstaatlichen Anliegen begründet: Sicherstellung eines geordneten Verfahrensablaufs – zu denken ist insbesondere an eine erhebliche Störung oder Verlangsamung des Prozessablaufs⁶²⁸ –, Ermöglichung der Wahrheitssuche und Gewährleistung eines fairen Verfahrens sowie eines gerechten Urteils durch das Gericht.⁶²⁹ Daneben steht die Regelung von Art. 130 StPO aber auch *unmit-*

⁶²⁵ LUCA TENCHIO, Komm. zu Art. 69 ZPO, Rz. 5, in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2017; ZPO Kommentar-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69, Rz. 2; als weiterer Grund wird die Verfahrensfairness *als solche* genannt (vgl. BSK BGG-MERZ, Art. 41, Rz. 6; STAEHELIN/SCHWEIZER, Komm. zu Art. 69 ZPO, Rz. 3, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl., Zürich 2016), die mit dem (wohlverstandenen) Interesse des Einzelnen nicht unbedingt deckungsgleich sein muss; die Rechtsgemeinschaft hat allerdings ein legitimes eigenes Interesse daran, dass die von ihr ausgeübte Macht den Ansprüchen der Gerechtigkeit und Billigkeit genügt (vgl. auch hinten, Fn. 629; ferner SUTTER, Verteidigung, 287 ff.).

⁶²⁶ ROGER MORF, Komm. zu Art. 69 ZPO, Rz. 4, in: Myriam A. Gehri/Ingrid Jent-Sørensen/Martin Sarbach (Hrsg.), ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2015; Commentaire LTF-AUBRY GIRARDIN, Art. 41 BGG, Rz. 4 f.

⁶²⁷ Der Beschuldigte kann selbst einen Verteidiger bestimmen (Wahlverteidigung); kommt er dieser Pflicht nicht nach, wird die amtliche Verteidigung angeordnet (Art. 132 Abs. 1 Bst. a StPO), vgl. dazu RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 457 ff.; die notwendige Verteidigung wird vom Bundesgericht dahingehend umschrieben, «dass der Betroffene in Anbetracht der rechtlichen und tatsächlichen Umstände in den verschiedenen Stadien des Strafverfahrens zwingend und ohne entsprechendes Ersuchen vertreten sein muss und dass er darauf auch mit einer persönlichen (Selbst-)Verteidigung nicht verzichten kann» (BGE 143 I 164, E. 2.2; BGer 6B_1208/2020, E. 6.8.3).

⁶²⁸ VETTERLI, 265; vgl. – bezogen auf die notwendige Verteidigung im Völkerstrafrecht – auch SUTTER, Verteidigung, 176 ff. und 286 f.

⁶²⁹ Vgl. BGE 102 Ia 23, E. 2; BGE 95 I 356, E. I.2.b); BGE 131 I 350, E. 3.1; ferner BGE 129 I 281, E. 4.3, BGE 131 I 185, E. 3.2.4, und BGer 6B_28/2018, E. 8.3 (fares Verfahren); HOENEN, 287 f.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 1; JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 11 f.; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 997; BLÄSI, 18 ff.; ferner CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, Art. 130, Rz. 4; siehe bezogen auf die notwendige Verteidigung im formellen Völkerstrafrecht auch SUTTER, Verteidigung, 283 ff.; vgl. ferner EGMR, Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 119 ff., insb. 126 (Verfahrensfairness); die Rechtsgemeinschaft hat m.E. ein schützenswertes eigenes Interesse daran, dass die von ihr ausgeübte Macht richtig und gerecht ausgeübt wird (vgl. vorne, Fn. 625); mit Blick auf das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung ist indessen zu berücksichtigen, dass der Verteidiger auch im Fall der notwendigen Verteidigung nicht der Wahrheit als solche, sondern den (allenfalls gegenteiligen) Interessen des Klienten

telbar⁶³⁰ im Interesse des Beschuldigten selbst und ist fürsorglich motiviert.⁶³¹ Die Regel gilt als zwingend und nicht verzichtbar⁶³² und trägt klar paternalistische Züge.⁶³³ Darauf wird zurückzukommen sein.⁶³⁴

Mit Blick auf die Paternalismusproblematik gibt sodann das *Verhältnis der Verteidigung zu ihrem Klienten* zu Fragen Anlass.

Gemäss Art. 128 StPO ist die Verteidigung «*in den Schranken von Gesetz und Landesregeln allein den Interessen der beschuldigten Person verpflichtet*». Oberflächlich betrachtet, enthält diese Regelung keinen paternalistischen Zweck, vielmehr scheint das Gegenteil der Fall zu sein: Der Verteidiger hat – mit den rechtlich zulässigen Mitteln – die Interessen seines Mandanten umfassend zu wahren; er ist nicht der Wahrheitsfindung oder der Beförderung des Verfahrens verpflichtet, sondern *seinem Mandanten*.⁶³⁵ Die Frage aber bleibt, was denn die (relevanten) «Interessen» des Mandanten sind: die *geäusserten* Wünsche oder doch eher die «wohlverstandenen» Interessen?⁶³⁶ Die schweizerische Rechtsprechung und Lehre scheinen grundsätzlich davon auszugehen, dass der Wille

ten verpflichtet ist (vgl. RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 470 ff.; ZIMMERLIN, Rz. 670; SUTTER, Verteidigung, 286; vgl. auch hinten, bei Fn. 635).

⁶³⁰ Die rechtsstaatlichen Verfahrenssicherungen stehen allerdings ebenfalls gleichzeitig im Interesse des Beschuldigten selbst (vgl. ZIMMERLIN, Rz. 669 ff.).

⁶³¹ BGE 129 I 281, E. 4.3, wonach das Institut der notwendigen Verteidigung «in erster Linie im wohlverstandenen Interesse des Angeschuldigten» liege; BGE 131 I 350, E. 3.1 und 4.2; BGE 95 I 356, E. I.2.b) («Rechtswohltat zugunsten des Angeklagten»); BGE 6B_178/2017, E. 2.7; HOENEN, 288 f.; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 1; CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, Art. 130, Rz. 4; Begleitber. VE StPO, 98, wonach die «allenfalls sogar gegen ihren Willen» verteidigten Beschuldigten «wegen der Schwere der Deliktswürfe oder der besonderen prozessualen Lage, in der sie sich befinden, des besonderen Schutzes [bedürfen]» (Herv. weggelassen); ferner (kritisch) JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 13 und BLÄSI, 17 f.

⁶³² BGE 131 I 350, E. 2.1; Appellationsgericht BS, Urteil vom 7. April 2011, BJM 2012, 48 ff., E. 3.4, 53; OFK StPO-RIKLIN, Art. 130, Rz. 1; ZIMMERLIN, Rz. 658; WOLFGANG WOHLERS, Rechtsfolgen der Nichtbeanstandung von Verfahrensfehlern durch die Verteidigung, *forum* 2010, 366 ff., 369; SARAH SUMMERS/LORENZ GARLAND/DAVID STUDER, Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit, ZStrR 2016, 133 ff., 136.

⁶³³ RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 460 und 472 ff.; HEIMGARTNER, 167; BLÄSI, 16; HOENEN, 288 f. («aufgezwungene Fürsorge»); ZIMMERLIN, Rz. 187, 671 f. und 689 – ZIMMERLIN erachtet die notwendige Verteidigung gar einzig als paternalistisch motiviert, siehe Rz. 671 f. und 689; vgl. zur Rechtfertigung der notwendigen Verteidigung (u.a.) mit den Interessen des Beschuldigten selbst auch EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. November 2001 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 48188/99; EGMR, Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 112, 124, 128, 145, 147, 150 und 152 ff.

⁶³⁴ Hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii.

⁶³⁵ WOHLERS, 55 ff.; vgl. auch vorne, Fn. 629 a.E.

⁶³⁶ WOHLERS, 59.

des Klienten für die Verteidigungsstrategie nicht allein und bedingungslos massgeblich ist, sondern der Verteidiger auch entgegen den Ansichten seines Klienten, aber in dessen *wohlverstandenen* Interesse handeln darf – der Verteidiger ist insofern «nicht bloss das unkritische Sprachrohr seines Mandanten»,⁶³⁷ Eine solche «paternalistische Konzeption» des Verteidigungsverhältnisses wirft grundsätzliche Fragen zum Recht auf Selbstverteidigung und der Stellung des Beschuldigten als «autonomes Prozesssubjekt» auf.⁶³⁸ Der Beschuldigte kann durchaus gute Gründe haben, dass Prozesshandlungen, die zu seiner Entlastung oder einer milderen Bestrafung führen können, unterleiben – vielleicht müsste er dafür eine vom ihm geliebte Person belasten oder im Rahmen eines Alibis eine aussereheliche Liebesbeziehung zugeben. Vielleicht möchte er auch lieber eine Gefängnisstrafe riskieren als wegen Schuldunfähigkeit in die «Fänge der Psychiatrie» zu geraten.⁶³⁹

In diesem Zusammenhang sind auch die sog. **unverjähbaren und unverzichtbaren Grundrechte** zu erwähnen, die – primär in verfahrensrechtlicher Hinsicht – den Einzelnen in fundamentalen Aspekten seiner Persönlichkeit schützen und ihm seine Rechte erhalten wollen.⁶⁴⁰ Darin wird teilweise ebenfalls eine Art Schutz vor sich selbst erblickt.⁶⁴¹

- (15.) Weiter finden sich Regelungen, die in paternalistischer Absicht darauf abzielen, **«negative» Einflussfaktoren auf die Willensbildung zu beseitigen** (oder gar nicht erst entstehen zu lassen).

Zu nennen ist die durch die Biomedizinkonvention, die Verfassung und die Gesetzgebung vorgeschriebene *Unentgeltlichkeit der Spende von Organen, Geweben und Zellen* (Art. 21 Biomedizinkonvention⁶⁴²; Art. 119a Abs. 3 Satz 1 BV; Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 69 Abs. 1 Bst. a TxG; s.a. Art. 4 Abs. 1 Bst. b der Organhandelskonvention). Die Spende soll und kann «nicht Gegenstand kommerzieller Transaktionen sein».⁶⁴³ Dieses «Unentgeltlichkeitsprinzip»⁶⁴⁴ oder «Profitverbot»⁶⁴⁵ wird insbesondere mit dem Schutz der *guten*

⁶³⁷ BGE 138 IV 161, E. 2.4; BGE 116 Ia 102, E. 4b/bb; BGE 105 Ia 296, E. 1e; BGer 1B_425/2020, E. 3.1; BGer 1P.85/1999, E. 2c, ZBl 101/2000, 27 ff., 28; BGer 6P.19/2007, E. 2.3; OFK StPO-RIKLIN, Art. 128, Rz. 3; vgl. ferner die umfassenden Hinweise auf Lehre und Rechtsprechung bei WOHLERS, 64 ff. (der eine solche Konzeption aber grundsätzlich ablehnt).

⁶³⁸ Siehe WOHLERS, 68 f.

⁶³⁹ Vgl. die Beispiele bei WOHLERS, 63 f.; vgl. dazu auch hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii, Ziff. (3.) bei Fn. 4965 ff.

⁶⁴⁰ Vgl. hinten, Fn. 2812 ff.

⁶⁴¹ HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 26; s.a. hinten, bei Fn. 2820.

⁶⁴² Weiterführend zum Kommerzialisierungsverbot im internationalen Recht: GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 9 ff., und BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 2.1.

⁶⁴³ Botsch. Transplantationsartikel, 682.

⁶⁴⁴ OFK BV-BIAGGINI, Art. 119a, Rz. 10.

⁶⁴⁵ Botsch. TxG, 137.

*Sitten*⁶⁴⁶ und *medizinischen Gründen* (Schutz der Qualität der Transplantate und damit der Patienten⁶⁴⁷) gerechtfertigt; weiter etwa damit, dass sich *vermögende Personen* durch die Entgeltlichkeit der Spende *einen Vorteil* auf Kosten finanziell weniger gut gestellter Personen verschaffen könnten.⁶⁴⁸ Es geht aber auch um einen Schutz des *Spenders*⁶⁴⁹ und zwar *vor sich selbst*⁶⁵⁰: Der Einzelne soll seine Gesundheit und körperliche Unversehrtheit⁶⁵¹ nicht «um wirtschaftlicher Vorteile willen» oder zur Beseitigung einer finanziellen Notlage beeinträchtigen;⁶⁵² einem Spendeentscheid, der (auch) durch finanzielle und nicht bloss altruistische Gründe motiviert ist, würde es – so die Befürchtung – an der Freiwilligkeit mangeln.⁶⁵³ Angerufen wird ferner der Schutz der *Würde* des Spenders,⁶⁵⁴ was indessen eine paternalistische Motivation nicht ausschliesst (und einen Schutz vor sich selbst für sich genommen auch nicht rechtfertigt).⁶⁵⁵ Nicht primär paternalistisch motiviert ist hingegen das *Handelsverbot* (Art 119a Abs. 3 Satz 2 BV; Art. 7 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 69 Abs. 1 Bst. b TxG; vgl. auch die Vorgaben in der Organhandelskonvention): Es dient zwar auch dem Schutz des Spenders,⁶⁵⁶ allerdings geht es hier

⁶⁴⁶ Botsch. Transplantationsartikel, 682; Botsch. Biomedizinkonvention, 323; SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 46; BRÜCKNER, 476; s.a. Votum Hochreutener, AB N 1997, 2415: «Wichtig ist auch der Grundsatz der Unentgeltlichkeit der Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen. Bei der Organspende soll die Absicht des Helfens im Zentrum stehen, nicht ein kommerzielles Ziel; dies vorab aus ethischen Gründen.»; vgl. auch hinten, bei Fn. 3214 ff.

⁶⁴⁷ Die Möglichkeit, Organe, Gewebe und Zellen zu verkaufen, könnte dazu führen, dass «Produkte» *schlechter Qualität* auf den Markt kommen. Es geht damit um die *Qualität der Transplantate* und letztlich auch um die Interessen der Empfänger an einem günstigen Transplantationsverlauf, siehe Botsch. Transplantationsartikel, 682; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.4; GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 133 f. (der allerdings die Frage aufwirft, ob diese Problematik nicht durch Qualitätskontrollen entschärft werden könnte); s.a. SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 49; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119a, Rz. 30.

⁶⁴⁸ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119a, Rz. 30; SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 49.

⁶⁴⁹ OFK BV-BIAGGINI, Art. 119a, Rz. 10; SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 49; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1, 3.3 und 6.1.b).

⁶⁵⁰ GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 114; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.3 und 6.1.b); dazu auch hinten, bei Fn. 3644.

⁶⁵¹ SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 49.

⁶⁵² Botsch. TxG, 137; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.3.

⁶⁵³ Botsch. Transplantationsartikel, 682; SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 49; ferner SKIERKA/IMMER/GRUBERSKI, TxG, Rz. 61 (Schutz der Freiwilligkeit); dazu auch hinten, bei Fn. 3644; s.a. bei Fn. 4052.

⁶⁵⁴ SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 49; KLEY/ZAUGG, 178 f.; Votum Philipona (Berichterstatter), AB N 1997, 2410; dies ist keineswegs unumstritten, siehe GRUBERSKI, Entgeltlichkeitsverbot, 192 ff.; zu Recht ablehnend BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1.

⁶⁵⁵ Vgl. hinten, Teil 2 II, insb. Abschnitt B und bei Fn. 1135; s.a. bei Fn. 923.

⁶⁵⁶ OFK BV-BIAGGINI, Art. 119a, Rz. 10.

primär um das Anliegen, kriminelle Organentnahmen *gegen den Willen* der betroffenen Personen zu verhindern.⁶⁵⁷

Zu erwähnen ist ferner die Bestimmung von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV (Verbot des Handels mit menschlichem Keimgut und mit Erzeugnissen aus Embryonen), die – neben dem Schutz der guten Sitten und der Würde (insbesondere des Embryos) – auch damit begründet wird, vor «Verführungsversuchen» oder Druck- und Zwangsausübung zu schützen. Namentlich soll die schwangere Frau davor geschützt werden, eine Schwangerschaft abzubrechen, um Embryonen zur Verfügung zu stellen.⁶⁵⁸ Für die Unentgeltlichkeit der Samenspende (Art. 21 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 FMedG) wird angeführt, sie sei zum Schutz der Freiwilligkeit des Spenders erforderlich.⁶⁵⁹

Weitere Beispiele für (auch) paternalistisch motivierte Kommerzialisierungsverbote finden sich im Bereich der *Humanforschung*. Gemäss Art. 9 Abs. 1 HFG ist es verboten, für den menschlichen Körper oder dessen Teile als solche ein Entgelt oder einen anderen geldwerten Vorteil anzubieten, zu gewähren, zu fordern oder anzunehmen – Zuwiderhandlungen sind strafbar (Art. 62 Abs. 1 Bst. c HFG). Begründet wird diese Regelung mit dem Schutz der guten Sitten und der Menschenwürde, aber insbesondere auch damit, «dass die Autonomie beim Entscheid zur Spende von Organen, Gewebe und Zellen nicht durch übermässige finanzielle Anreize korrumpiert wird».⁶⁶⁰ Auch bei der Unentgeltlichkeit der Teilnahme an Forschungsprojekten mit direktem Nutzen (Art. 14 und Art. 63 Abs. 1 Bst. b HFG) geht es – wenn auch nicht ausschliesslich⁶⁶¹ – um den Schutz der Autonomie vor korrumpierenden Einflüssen.⁶⁶² Ist ein Entgelt zulässig (Teilnahme an Forschungsprojekten *ohne* erwarteten direkten Nutzen), darf dieses jedenfalls «nicht so hoch sein, dass die Person dadurch verleitet wird, mögliche Risiken aus rein ökonomischen Überlegungen zu unterschätzen bzw. bewusst in Kauf zu nehmen. Durch eine derartige Beeinträchtigung der Autonomie der Entscheidung wäre das zentrale Erfordernis einer freien Einwilligung verletzt.»⁶⁶³

Ein weiteres Beispiel für ein (weich) paternalistisches Verbot im Interesse einer freien Entscheidungsfindung stellt Art. 29 HFG dar: Die Teilnahme an einem Forschungsprojekt darf nicht mit *Erleichterungen im Rahmen des Freiheitsentzugs* (bevorzugte Behandlung, Inaussichtstellen einer früheren Haftentlassung usw.) verbunden sein. Damit

⁶⁵⁷ BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 5.2; s.a. SKIERKA/IMMER/GRUBERSKI, TxG, Rz. 124.

⁶⁵⁸ Amstad-Bericht, BB1 1989 III 1120, Ziff. 578; SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24 *novies* Abs. 2 aBV, Rz. 87 mit Fn. 299; s.a. hinten, bei Fn. 3630.

⁶⁵⁹ SHK FMedG-FANKHAUSER, Art. 21, Rz. 21; kritisch: BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, 402.

⁶⁶⁰ Botsch. HFG, 8100.

⁶⁶¹ SHK HFG-SCHOTT, Art. 14, Rz. 10.

⁶⁶² Botsch. HFG, 8058; SHK HFG-SCHOTT, Art. 14, Rz. 9; THOMAS GRUBERSKI, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil G (Humanforschungsgesetz [HFG]), Rz. 117 und 304.

⁶⁶³ Botsch. HFG, 8104 f.; vgl. zu dem in diesen Ausführungen zum Ausdruck kommenden, m.E. zu engen Verständnis der Freiwilligkeit die kritischen Bemerkungen hinten, bei Fn. 4000.

soll sichergestellt werden, dass der Entscheid über die Teilnahme möglichst *unbeeinflusst* erfolgt⁶⁶⁴ und der Einzelne angesichts der Haftsituation keine besonderen Risiken ein- geht.⁶⁶⁵

Durch die Beschränkung der *Werbung* versucht der Staat, eine schädliche Einflussnahme privater Dritter auf den Einzelnen zu unterbinden – etwa in den Bereichen *Heilmittel*⁶⁶⁶, *Alkohol*⁶⁶⁷ und *Tabak*⁶⁶⁸; oder wenn er allgemein vorschreibt, dass Werbung *nicht zu gesundheitsgefährdendem oder die persönliche Sicherheit gefährdendem Verhalten anregen darf* (Art. 10 Abs. 4 Bst. c RTVG). Dabei geht es häufig um *Kinder- und Jugendschutz*⁶⁶⁹, den *Schutz der Gesundheit* und die *Verhinderung von Abhängigkeit*⁶⁷⁰; im Heilmittelbereich soll zudem sichergestellt werden, dass der Entscheid für ein bestimmtes Arzneimittel aufgrund von *Sachwissen* und nicht von Werbung getroffen wird.⁶⁷¹ Eine (auch) paternalistische Motivation wird man solchen Werbebeschränkungen nicht absprechen können.

Zu nennen ist ferner das Verbot *aggressiver Werbung für Konsumkredite* in Art. 36a KKG. Gedacht ist an Slogans wie «Sofortkredit» oder «Ferienkredit», da dies – so die WAK-N – die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen könne.⁶⁷²

Eine Form der Vermeidung negativer Einflüsse stellt eine an die Wirte gerichtete Vorschrift dar, wonach sie eine Auswahl alkoholfreier Getränke billiger (oder nicht teurer) anzubieten haben als das billigste alkoholhaltige Getränk in der gleichen Menge (Minderung der Attraktivität von alkoholischen Getränken; sog. «Sirupartikel»)⁶⁷³; unter anderem soll dies gefährdeten Personen erleichtern, nicht zu Alkoholikern zu werden.⁶⁷⁴

⁶⁶⁴ Botsch. HFG, 8119.

⁶⁶⁵ HÄRLE, 137.

⁶⁶⁶ Vgl. Art. 32 HMG; Art. 10 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 4 RTVG; s.a. KIESER, HMG, Rz. 170 ff.

⁶⁶⁷ Art. 42b AlkG; Art. 43 Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung vom 16. Dezember 2016 (LGV, SR 817.02); Art. 10 Abs. 1 Bst. b und Art. 12 Abs. 4 RTVG; vgl. dazu auch Botsch. Totalrev. AlkG, 1346 f.; Werbebeschränkungen finden sich auch im kantonalen Recht, vgl. z.B. Art. 15 HGG-BE.

⁶⁶⁸ Art. 10 Abs. 1 Bst. a und Art. 12 Abs. 4 RTVG; Art. 18 TabPG (noch nicht in Kraft); für eine kantonale Regelung vgl. Art. 15 HGG-BE.

⁶⁶⁹ Vgl. bezogen auf die *Alkoholwerbung*: Botsch. Totalrev. RTVG, 1625 und 1676; bezogen auf *Tabak*: Botsch. TabPG, 927 f., 931 und 943.

⁶⁷⁰ Vgl. bezogen auf die *Alkoholwerbung* z.B. Botsch. Totalrev. RTVG, 1625 und 1675 f.; Zusatzbotsch. MEDIA, 9113 und 9115 f.; bezogen auf die *Heilmittelwerbung* vgl. Botsch. HMG, 3518 und Botsch. Totalrev. RTVG, 1676.

⁶⁷¹ Vgl. Botsch. HMG, 3518.

⁶⁷² Parlamentarische Initiative 10.467, Schuldenprävention. Keine Werbung für Kleinkredite, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 28. Januar 2014, BBl 2014 3259, 3265.

⁶⁷³ Vgl. z.B. Art. 28 Gastgewerbegesetz BE vom 11. November 1993 (BSG 935.11); siehe dazu auch die Übersicht unter: www.bag.admin.ch/bag/de/home/strategie-und-politik/politische-auftraege-und-aktionsplaene/politische-auftraege-zur-alkoholpraevention/alkoholpraevention-kantone/sirup-artikel.html.

⁶⁷⁴ Vgl. BGE 109 Ia 33, E. 3c; s.a. hinten, bei Fn. 2353 ff., 2992 und 3092.

Man kann darin auch einen *Anreiz* erblicken, nichtalkoholische Getränke zu konsumieren.

- (16.) Ein Schutz vor sich selbst kann dadurch verwirklicht werden, dass der Staat das **Risiko-Nutzen-Verhältnis** einer Massnahme vorgängig **überprüft** (oder eine Überprüfung vorschreibt) und die Einzelne gar nicht selbst bestimmen kann, welche Risiken sie eingehen will.

So darf für die teilnehmende Person bei einem Humanforschungsprojekt kein Missverhältnis zwischen Risiko und Belastung einerseits und Nutzen andererseits vorliegen (Art. 118b Abs. 2 Bst. b BV und Art. 12 Abs. 2 HFG; vgl. ferner Art. 16 Ziff. ii Biomedizin-konvention und Ziff. 16 f. Helsinki-Deklaration des Weltärztebundes⁶⁷⁵). Bevor die Person ihre Einwilligung in ein Forschungsprojekt geben kann, ist die (von der forschenden Person vorgenommene) Risiko-Nutzen-Abwägung durch die zuständige Ethikkommission zu überprüfen.⁶⁷⁶ Diese Regelung ist keineswegs frei von einer paternalistischen Motivation,⁶⁷⁷ wobei es zu Fragen Anlass gibt, *welche Art* von Paternalismus hier verwirklicht werden soll.⁶⁷⁸

- (17.) Als weiteres Beispiel für staatlichen Paternalismus werden häufig **Sozialversicherungspflichten** genannt.⁶⁷⁹ Tatsächlich lässt sich damit dem Umstand entgegenwirken, dass die Individuen zu einer unzureichenden Vorsorge für ihre Zukunft oder die «Wechselfälle des Lebens» neigen: Weil sie einer Willensschwäche unterliegen bzw. ihnen dies nicht als das drängendste Problem erscheint oder sie ihre verfügbaren Mittel lieber in den kurzfristigen Konsum investieren möchten.⁶⁸⁰ Allerdings bleibt zu beachten, dass die Sozialversiche-

⁶⁷⁵ Abrufbar unter: www.wma.net/policies-post/wma-declaration-of-helsinki-ethical-principles-for-medical-research-involving-human-subjects; s.a. Art. 6 des (von der Schweiz nicht unterzeichneten) Zusatzprotokolls vom 25. Januar 2005 zum Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin betreffend biomedizinische Forschung (SEV Nr. 195); siehe ferner International Ethical Guidelines for Health-related Research Involving Humans, Prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), Genf 2016, Guideline 4 (abrufbar unter: <https://cioms.ch/wp-content/uploads/2017/01/WEB-CIOMS-EthicalGuidelines.pdf>).

⁶⁷⁶ Botsch. HFG, 8104; hinten, bei Fn. 3594 ff.

⁶⁷⁷ Siehe BÜRGIN/BÜRKLIGÖTZ, 293 ff.; SALATHÉ, 281 ff.; SHK HFG-JENNI, Art. 45, Rz. 114; JENNI, 118; ferner SEELMANN, Paternalismus und Solidarität, 110 und 112; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 71 (Beschränkung der Entscheidungskompetenz zum «Schutz der Probandinnen und Probanden»); GKOUNTIS, 40 ff.

⁶⁷⁸ Dazu hinten, bei Fn. 3601 ff. und 3616 ff.

⁶⁷⁹ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 125; HEINIG, Paternalismus, 172 und 174; SCHWABE, 67; KUBE, 152 f. und 154; SLEMBECK, 32 f.; BRUTTEL/STOLLEY, 767; VANDEVEER, 14.

⁶⁸⁰ Vgl. HEINIG, Paternalismus, 172 und 174; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 125; vgl. ferner WEBER/BAISCH, 926; dazu auch hinten, Teil 4 III. C. 4. a) iv.

rungen – wenn auch auf unterschiedliche Weise – vom Gedanken der *Solidarität* geprägt sind⁶⁸¹ und auf einen *sozialen Ausgleich* zielen⁶⁸². Dieses Ziel liesse sich ohne ein Versicherungsobligatorium nicht oder nur erschwert erreichen.⁶⁸³

Die Solidarität stellt ein zentrales Begründungselement für das Versicherungsobligatorium im Bereich der *AHV* (Art. 112 Abs. 2 Bst. a BV; Art. 1a Abs. 1 AHVG)⁶⁸⁴ dar, ist aber ebenfalls von wichtiger Bedeutung im Rahmen der *IV* (Art. 1b IVG i.V.m. Art. 1a AHVG⁶⁸⁵)⁶⁸⁶ sowie im Bereich der *Krankenpflegeversicherungen* (Art. 117 Abs. 2 BV; Art. 3 KVG und Art. 1 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung⁶⁸⁷).⁶⁸⁸

Mit Paternalismus hat es aber nichts zu tun, wenn die Einzelne nicht um ihrer selbst willen an die Versicherung beitragen muss, sondern – zwecks Sicherstellung einer möglichst solidarischen Versicherung – im Interesse Dritter, insbesondere der sozial schwächeren Bevölkerungskreise.⁶⁸⁹

Inwiefern *dennoch* paternalistische Argumente eine Rolle spielen, lässt sich nicht immer einfach beantworten, darf aber nicht vorschnell verneint werden.⁶⁹⁰

⁶⁸¹ GABRIELA RIEMER-KAFKA, Hintergründe des Solidaritätsgedankens bei den Sozialversicherungen, *Soziale Sicherheit* CHSS 2/2007, 59 ff.; MURER, *Sozialversicherungsrecht*, 34 ff.; KIESER, *Sozialversicherungsrecht*, 6; BGE 131 V 97, E. 4.3.3.

⁶⁸² MURER, *Sozialversicherungsrecht*, 2 und 34 ff.

⁶⁸³ Vgl. dazu im Einzelnen BAUMANN, *Solidaritätsprinzip*, 106 ff., 125 f. und 137 f.; ferner GÄCHTER, *Grundstrukturen*, 54 f.; MURER, *Sozialversicherungsrecht*, 34 f.; KIESER, *Sozialversicherungsrecht*, 6; SCARTAZZINI/HÜRZELER, 99.

⁶⁸⁴ BAUMANN, *Solidaritätsprinzip*, 106 ff., 169 ff. und 200; Botsch. AHV 1919, 9, 16 f. und 121 ff.; Botsch. AHVG 1929, 169 f. und 175 ff.; Ber. Expertenkommission AHV, 18; Botsch. vom 24. Mai 1946 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, BBl 1946, II 365, 378 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER, 99.

⁶⁸⁵ Vgl. SHK IVG-MURER, Art. 1b, Rz. 9 und 15.

⁶⁸⁶ Vgl. BAUMANN, *Solidaritätsprinzip*, 176 f. und 200; ferner Botsch. IVG, 1154, und Ber. Expertenkommission IV, 34, die u.a. die Bildung einer möglichst grossen Risikogemeinschaft als Grund für das Obligatorium nennen; s.a. SHK IVG-MURER, Art. 1b, Rz. 15.

⁶⁸⁷ KVV, SR 832.102.

⁶⁸⁸ BGE 132 V 310, E. 8.3; BGE 129 V 77, E. 4.2; EVG, Urteil vom 18. Oktober 1999, KV 99, RKUV 1/2000, 1 ff., E. 4a; Botsch. vom 6. November 1991 über die Revision der Krankenversicherung, BBl 1992 I 93, 125 ff.; BAUMANN, *Solidaritätsprinzip*, 108, 184 und 200; DUC, *Komm. zu Art. 34bis aBV*, Rz. 33; SLEMBECK, 32 f.

⁶⁸⁹ Vgl. FEINBERG, *Harm so Self*, 18.

⁶⁹⁰ Vgl. MURER, *Sozialversicherungsrecht*, 35.

Die Einführung des Versicherungsobligatoriums im Bereich der AHV war zumindest *auch* von paternalistischen Überlegungen getragen.⁶⁹¹ Auch betreffend das IVG-Obligatorium scheinen solche Erwägungen eine gewisse Rolle gespielt zu haben.⁶⁹²

Je weniger stark das Solidaritätsprinzip in einem Sozialversicherungszweig ausgeprägt ist, desto mehr stellt sich die Frage nach einer paternalistischen Motivation.

Schwächer ausgeprägt ist das Solidaritätsprinzip etwa bei der *Unfallversicherung* (Art. 117 Abs. 2 BV; Art. 1a UVG)⁶⁹³, deren paternalistische Motivation hier indessen nicht vertieft geprüft werden soll.⁶⁹⁴ Auch im Bereich der (für Arbeitnehmer grundsätzlich obligatorischen) *beruflichen Vorsorge* (Art. 113 Abs. 2 Bst. b BV; Art. 2 f. BVG) steht die Solidarität nicht im Vordergrund.⁶⁹⁵ Sie soll den durch die AHV gewährten «Schutz»

⁶⁹¹ Zur Begründung eines Obligatoriums wurden nicht nur Solidaritätsaspekte angeführt, sondern auch die «*Gleichgültigkeit*» in jenen (wirtschaftlich schwachen) Bevölkerungskreisen, die den Schutz am nötigsten hätten und die ohne Zwang der Versicherung fernblieben (Botsch. AHV 1919, 121 f.; Ber. Expertenkommission AHV, 17; Botsch. AHVG 1929, 176 und 179); ferner wurde das Obligatorium mit den «*wahren Interessen des einzelnen*» begründet, namentlich dem mit einem Versicherungszwang verbundenen Zugewinn an Freiheit und Selbständigkeit und dem Schutz des Einzelnen davor, «an die Armenpflege und die private Wohltätigkeit appellieren [zu] müssen» (Botsch. AHVG 1929, 177). Schliesslich wurde angeführt, dass jüngere Leute sich nicht hinreichend um die «Fristung des Lebens in vorgerücktem Alter» sorgten, es den meisten aber schwerfalle, sich noch angemessen gegen die Risiken des Alters zu versichern, wenn sich die Gefahr aktualisiere und «die Sorge auf die alten Tage stärker» drücke (Botsch. AHVG 1929, 179).

⁶⁹² Vgl. Botsch. IVG, 1154, die zur Begründung des «allgemeinen Volksobligatoriums» auf die Notwendigkeit einer «möglichst grossen Risikogemeinschaft» hinweist, daneben aber *auch* auf die schweren wirtschaftlichen Folgen für die «Invaliden» selbst (und das damit verbundene «Schutzbedürfnis»); verwiesen wird ferner auf die «Erfahrungstatsache, dass einer freiwilligen Versicherung oft gerade jene Kreise fernbleiben, die den Versicherungsschutz am meisten nötig haben» (Ber. Expertenkommission IV, 34); ferner SHK IVG-MURER, Art. 1b, Rz. 15.

⁶⁹³ BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 189 ff.

⁶⁹⁴ In der Botschaft wird die Einführung des Obligatoriums in den Zusammenhang mit dem damaligen (als mangelhaft erachteten) Haftpflichtsystem gestellt, siehe Botsch. vom 10. Dezember 1906 zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Kranken- und Unfallversicherung, BBl 1906 VI 229, 312 f.; zu den historischen Hintergründen der Unfallversicherung vgl. HANS PETER TSCHUDI, Entstehung und Entwicklung der schweizerischen Sozialversicherung, Basel 1989, 67 ff.

⁶⁹⁵ Vgl. BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 101, 180 ff. und 200; THOMAS GÄCHTER/ELISABETH MICHEL-ALDER, Flexibilisierung des Rentenalters, in: Stephan Fuhrer (Hrsg.), Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, 145 ff., 152; Botsch. vom 19. Dezember 1975 zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BBl 1976 I 149, 159.

vollständigen bzw. die entsprechenden Lücken schliessen⁶⁹⁶ und dem Einzelnen die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise ermöglichen.⁶⁹⁷ Das Obligatorium in Art. 113 Abs. 2 Bst. b BV wird denn auch im Kontext des Leistungsziels nach Bst. a gesehen.⁶⁹⁸ Eine (zumindest auch) paternalistische Zwecksetzung wird man dem «Zwangssparen» im Rahmen der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht absprechen können.⁶⁹⁹

Zu berücksichtigen ist zudem, dass für ein Versicherungsobligatorium auch andere, nicht paternalistische Gründe angeführt werden (können): Wer nicht eigenverantwortlich genügend vorsorgt oder Risiken absichert, verursacht der Allgemeinheit Kosten, z.B. in der Form von Sozialhilfeleistungen.⁷⁰⁰ Allerdings ist dieses Argument nicht unproblematisch, um einen Schutz vor sich selbst zu verneinen: Es stellt sich zumindest die Frage, ob die Einzelne im Fall eines (krass) «selbstschädigenden» Verhaltens nicht teilweise von sozialen Leistungen ausgeschlossen werden könnte.⁷⁰¹

- (18.) Auch mit (**medizinischen**) **Zwangsmassnahmen** werden häufig paternalistische Zwecke verfolgt.

Zu erwähnen ist die paternalistisch motivierte *medizinische Zwangsbehandlung* im Rahmen einer *fürsorgerischen Unterbringung* (Art. 434 Abs. 1 ZGB⁷⁰²). Ein weiteres Beispiel ist die *Zwangsernährung* im Strafvollzug. Diese wird (auch) mit dem Schutz von Leben und Gesundheit des Strafgefangenen selbst begründet bzw. zu diesem Zweck als notwendig erachtet.⁷⁰³ Zahlreiche Kantone erlauben eine Zwangsernährung des freiverantwortlich Hungerstreikenden heute nicht mehr.⁷⁰⁴

Weiter zu nennen ist die gemäss Art. 7 Sterilisationsgesetz in engen Grenzen zulässige *Sterilisation einer dauernd urteilsunfähigen Person*. Erforderlich ist u.a., dass «sie nach den gesamten Umständen im Interesse der betroffenen Person vorgenommen wird» (Art. 7 Abs. 2 Bst. a Sterilisationsgesetz). Allgemeininteressen oder «gesellschaftspoliti-

⁶⁹⁶ Bericht des Bundesrates vom 2. September 1970 über die Förderung der beruflichen Alters-, Invaliden- und Hinterlassenenvorsorge, BBl 1970 II 557 ff., 558, 570 f., 637, 647 und 650; BGE 135 I 28, E. 5.3.2.

⁶⁹⁷ Art. 113 Abs. 2 Bst. a BV; Art. 1 Abs. 1 BVG; Botsch. vom 10. November 1971 zum Entwurf betreffend die Änderung der Bundesverfassung auf dem Gebiete der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge und Bericht über das Volksbegehren für eine wirkliche Volkspension, BBl 1971 II 1597, 1598 und 1619 f.

⁶⁹⁸ BSK BV-CARDINAUX, Art. 113, Rz. 43.

⁶⁹⁹ BÜTLER/JAEGER/ENGLER/HÖPPL, 24.

⁷⁰⁰ Vgl. bezogen auf das *AHV-Obligatorium* Botsch. AHVG 1929, 176; ferner KIRCHGÄSSNER, Rz. 16; bezogen auf das *Krankenkassenobligatorium* vgl. SLEMBECK, 32 f.; s.a. POHMER, 157.

⁷⁰¹ Vgl. vorne, Fn. 129 ff.

⁷⁰² Zur paternalistischen Motivation des Erwachsenenschutzrechts vgl. vorne, bei Fn. 96 ff., sowie hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iii).

⁷⁰³ Vgl. vorne, bei Fn. 150 ff.

⁷⁰⁴ Vgl. hinten, Fn. 3850.

sche Erwägungen» dürfen für den Sterilisationsentscheid nicht ausschlaggebend sein; allerdings sollen in einem gewissen Umfang Drittinteressen, namentlich solche der Angehörigen, *mitberücksichtigt* werden dürfen.⁷⁰⁵

Zumindest um einen *faktischen staatlichen Zwang* oder eine *faktische (medizinische) Zwangsmassnahme* (bzw. «Zwangsmedikation») handelt es sich, wenn dem öffentlichen Trinkwasser zwecks Kariesprophylaxe Fluoride beigesetzt werden; die Einzelne wird sich dem Konsum des behandelten Trinkwasser nicht ohne weiteres entziehen können.⁷⁰⁶ Als öffentliche Interessen wurden hierfür «volkshygienische» wie auch «volkswirtschaftliche» Gründe angeführt; befürchtet wurde zudem eine «Kostenexplosion im Gesundheitswesen».⁷⁰⁷ Zumindest hinter den volkshygienischen Gründen dürfte sich auch eine paternalistische Motivation verbergen. Eine Behandlung des Trinkwassers mit Fluoriden wird heute nicht mehr praktiziert und ist gesetzlich bzw. im einschlägigen Verordnungsrecht auch nicht mehr vorgesehen.⁷⁰⁸

Auch *Beschränkungen der Bewegungsfreiheit* können im Dienste eines Schutzes vor sich selbst stehen. Solche Massnahmen sind etwa möglich im Rahmen einer *fürsorgerischen Unterbringung* (Art. 438 ZGB), gegenüber urteilsunfähigen Personen in *Wohn- oder Pflegeeinrichtungen* (Art. 383 ZGB) oder – gestützt auf kantonales Recht – zum Schutz der Patientinnen und Patienten in Spitälern.⁷⁰⁹ Ein weiteres Beispiel ist die *polizeiliche Ingewahrsamnahme* einer Person wegen einer (ernsthaften und unmittelbaren) *Selbstgefährdung*⁷¹⁰, oder wenn sie voraussichtlich der fürsorgerischen Hilfe bedarf^{711, 712}

Auf das «Impfobligatorium» ist weiter hinten näher einzugehen.⁷¹³

- (19.) Paternalistisch handelt der Staat häufig dadurch, dass er die **Zugänglichkeit** zu gewissen «gefährlichen» oder gesundheitsschädlichen **Produkten und Gegenständen** von gewissen Voraussetzungen abhängig macht, erschwert oder verunmöglicht.

⁷⁰⁵ Stn. BR Ber. RK-N Zwangssterilisation, 6365; vorne, bei Fn. 112.

⁷⁰⁶ BGer, Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 3c, 30.

⁷⁰⁷ Siehe dazu ZENGER/ISCHI, 62 f., 102 f. und 118; BGer, Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 2c, 27; vgl. auch SCHWABE, 68.

⁷⁰⁸ Vgl. Bundesamt für Umwelt BAFU/Bundesamt für Gesundheit BAG, Umsetzung des Protokolls Wasser und Gesundheit in der Schweiz – Bewertung der von 2010 bis 2012 erzielten Fortschritte nach Artikel 7 des Protokolls, 16 (abrufbar unter: www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/Protocol_reports/reports_pdf_web/2013_reports/Switzerland_Bericht_WHO_Protokoll_-_290413_D.pdf); gemäss Anhang 3 der Verordnung des EDI vom 16. Dezember 2016 über den Zusatz von Vitaminen, Mineralstoffen und sonstigen Stoffen in Lebensmitteln (VZMV, SR 817.022.32) dürfen dem Trinkwasser keine Vitamine, Mineralstoffe oder bestimmte andere Stoffe zugesetzt werden; vgl. auch hinten, bei Fn. 4789 f.

⁷⁰⁹ Vgl. z.B. § 29 Gesundheitsgesetz Kt. AG vom 20. Januar 2009 (GesG; SAR 301.100).

⁷¹⁰ Art. 40 PolG-SG; Art. 91 Abs. 1 Bst. a PolG-BE; § 25 Bst. a PolG-ZH.

⁷¹¹ § 25 Bst. b PolG-ZH.

⁷¹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2559; s.a. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) v).

⁷¹³ Siehe hinten, Teil 5 II. B. 1. a).

Ein Beispiel für eine entsprechende Intervention (auch) im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen ist die *Beschränkung des freien Kaufs von Medikamenten*. Die *ärztliche Verschreibungspflicht* («Rezeptpflicht») für gewisse Arzneimittel (siehe Art. 24 und 26 HMG) ist ein Instrument, um dem vom HMG anvisierten Gesundheitsschutz (Art. 1 HMG) Rechnung zu tragen und insbesondere die Ziele von Art. 1 Abs. 2 Bst. b HMG (zweckgemässe und massvolle Verwendung von Heilmitteln; die Konsumenten sollen «vor sinnlosen, falschen oder gar missbräuchlichen Anwendungen von Heilmitteln» geschützt werden⁷¹⁴) und Bst. c (fachlichen Information und Beratung) zu verwirklichen: Die Verschreibungspflicht dient (auch) dem Schutz «vor unüberlegten, voreiligen Entschlüssen»⁷¹⁵, soll Arzneimittelmisbrauch und -abhängigkeit – mit allenfalls irreparablen Schäden für die Gesundheit und die Existenz des Einzelnen – verhindern und vor einer falschen und gesundheitsschädlichen Behandlung im Rahmen einer Selbstmedikation schützen.⁷¹⁶ Darin liegt auch eine paternalistische Absicht.⁷¹⁷ Indessen kann eine kontrollierte Abgabe von Medikamenten auch durch andere Gründe gerechtfertigt sein, wie etwa die Verhinderung von Straftaten;⁷¹⁸ Arzneimittelmisbrauch kann zudem mit sozialen Folgekosten einhergehen.

Der Staat kann auch auf andere Weise den Zugang zu gewissen Produkten und Gegenständen erschweren, was etwa im Bereich der Alkoholpolitik eine Rolle spielt (Abgabeverbot an Minderjährige; Abgabeverbot über allgemein zugängliche Automaten usw.; vgl. dazu Art. 41 Abs. 1 AlkG).⁷¹⁹ Auch mit Blick auf die Suizidprävention wird die Frage aufgeworfen, ob nicht der Zugang zu «tödlichen Mitteln und Methoden» erschwert werden müsste.⁷²⁰ Ein weiteres Beispiel findet sich in Art. 8 Abs. 2 Bst. c WG, wonach Personen, die «zur Annahme Anlass geben, dass sie sich selbst oder Dritte mit der Waffe gefährden», keinen Waffenerwerbsschein erhalten.⁷²¹

(20.) Von einer paternalistischen Motivation getragen sind häufig Regelungen, welche die **Zugänglichkeit zu Krediten beschränken**.

Zu erwähnen sind Regelungen im *Konsumkreditwesen* betreffend Höchstzinssätze und Kreditfähigkeitsprüfungen (siehe Art. 14 und 22 ff. KKG; Schutz der Konsumenten vor einer falschen Einschätzung ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bzw. vor der Versuchung einer Kreditaufnahme mit «ruinösen» Folgen).⁷²² Freilich spielen auch andere Gründe eine wichtige Rolle: Namentlich die sozialschädlichen Auswirkungen einer

⁷¹⁴ PETERMANN, Rezeptierung, 442.

⁷¹⁵ Vgl. im Kontext der Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zweck einer Selbsttötung BGE 133 I 58, E. 6.3.2.

⁷¹⁶ PETERMANN, Rezeptierung, 459 f.

⁷¹⁷ Zur Paternalismusproblematik beim Versandhandel mit Medikamenten vgl. auch hinten, bei Fn. 4196 ff.

⁷¹⁸ Vgl. im Kontext der Sterbehilfe BGE 133 I 58, E. 6.3.2.

⁷¹⁹ Vgl. dazu auch Botsch. Totalrev. AlkG, 1341 und 1374.

⁷²⁰ Ber. Suizid und Suizidprävention, 23.

⁷²¹ Vgl. dazu – mit Differenzierungen – auch hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iv.

⁷²² Botsch. Änd. KKG (1998), 3165 und 3168; ferner BGE 120 Ia 286, E. 4c.

Überschuldung auf die Familie des Schuldners, die Gesellschaft und das Gemeinwesen (Ansteigen der Sozialhilfekosten, Steuerausfälle usw.).⁷²³

Ein anderes Beispiel findet sich in Art. 75 Abs. 1 BGS, wonach «[d]ie Veranstalterinnen von Geldspielen [...] Spielerinnen und Spielern weder Darlehen noch Vorschüsse gewähren [dürfen].» Damit ist ein Schutz derjenigen Spieler vor sich selbst beabsichtigt, «die zum exzessiven Spielen neigen oder sich in einem momentanen Spielrausch befinden».⁷²⁴ Hier zu erwähnen ist auch die Bestimmung von Art. 69 Abs. 3 BGS, wonach Spielbanken und Veranstalterinnen von Grossspielen die Gewinne in Form eines Depots zur Verfügung der Spielerinnen und Spieler halten können; sie dürfen diese Depotguthaben aber *nicht verzinsen*. Damit soll «zum Schutz des Spielerpublikums vor sich selber» vermieden werden, dass die Spieler aufgrund einer vorteilhaften Zinspolitik der Spielbank ihre Guthaben dort belassen und damit zu (weiteren) Besuchen der Spielbank («das Geld befindet sich ja bereits auf der Spielbank») veranlasst werden.⁷²⁵

- (21.) Ein weiteres Beispiel für eine paternalistische Massnahme ist es, wenn der Einzelnen *im Interesse ihrer eigenen Gesundheit bzw. des Therapieerfolgs* (die Rede ist auch von der Verhinderung eines «Aufklärungsschadens»⁷²⁶ oder «Offenbarungsschadens»⁷²⁷) **Gesundheitsinformationen vorenthalten** (oder nur über einen Dritten zugänglich gemacht) werden (im medizinischen Kontext findet sich dafür der Begriff des «*therapeutischen Privilegs*») – sei es direkt im Arzt-Patienten-Verhältnis oder anlässlich der Akteneinsicht in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren.⁷²⁸

Der Arzt darf die Aufklärung des Patienten (oder die Einsicht in Krankenakten⁷²⁹) aufgrund des therapeutischen Privilegs in bestimmten Situationen beschränken, um einen für die Gesundheit bzw. die Therapie schädlichen Angst- oder Resignationszustand zu verhindern; deshalb kann es zulässig sein, dem Patienten eine ernste oder tödliche Prog-

⁷²³ Vgl. im Zusammenhang mit *Höchstzinssätzen* im Konsumkreditwesen BGE 119 Ia 59, E. 5b, 5f und 6b; bezogen auf die *Kreditfähigkeitsprüfung* vgl. Botsch. Änd. KKG (1998), 3168; vgl. ferner Botsch. Änd. KKG (1998), 3191; s.a. BGE 120 Ia 299, E. 3b, und BGE 120 Ia 286, E. 3b (übermässige Verschuldung breiter Bevölkerungskreise; siehe hinten, Fn. 2321).

⁷²⁴ Botsch. SBG, 179 (betreffend die – in das neue Recht übernommene – Bestimmung von Art. 27 des aufgehobenen Spielbankengesetzes vom 18. Dezember 1998 [AS 2000 677]).

⁷²⁵ So bezogen auf die (in das BGS übernommene) Bestimmung von Art. 28 Abs. 4 des aufgehobenen Spielbankengesetzes vom 18. Dezember 1998 (AS 2000 677): Botsch. SBG, 180.

⁷²⁶ Botsch. DSG, 454; PAYLLIER, Aufklärung, 86 f.; MANAI, 117; Praxiskomm. IDG BS-RUDIN, § 29, Rz. 56.

⁷²⁷ Praxiskomm. IDG BS-RUDIN, § 29, Rz. 56.

⁷²⁸ Vgl. FISCHER, 29; bezogen auf die Verweigerung des Akteneinsichtsrechts siehe etwa OFK BV-BIAGGINI, Art. 29, Rz. 21; DROESE, 146; UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2020, Art. 47, Rz. 39, wonach die Regelung von Art. 47 Abs. 2 ATSG «zum *Schutz der berechtigten Person*» (Herv. im Original) bestehe; s.a. BGE 122 I 153, E. 6c/cc.

⁷²⁹ ROGGO, S. 221 mit Fn. 999.

nose zu verschweigen.⁷³⁰ Nach Art. 10 Abs. 2 der Standesordnung der FMH⁷³¹ «wägen» Arzt und Ärztin «sorgfältig ab, auf welche Art und Weise sie das Aufklärungsgespräch führen und wieviel Informationen sie ihren Patienten und Patientinnen zumuten können». Das therapeutische Privileg wird zudem in verschiedenen *Patientengesetzen* ausdrücklich vorgesehen, allerdings wird es z.T. erheblich relativiert: Dem Wunsch nach Aufklärung ist gewissen Bestimmungen zufolge selbst dann nachzukommen, wenn dies zu einer übermässigen Belastung bzw. einem Schaden führen kann.⁷³² Das therapeutische Privileg wird zudem durch das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht begrenzt.⁷³³

Auch ist es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) fließende *Akteneinsichtsrecht* in die Krankengeschichte oder ärztliche und psychiatrische Gutachten im Interesse

⁷³⁰ BGer 6B_170/2017, E. 3.2.2; BGer 4P.110/2003, E. 3.1.1; BGer 4P.265/2002, E. 4.2; BGE 105 II 284, E. 6c; s.a. BGE 117 Ib 197, E. 3b; BGE 108 II 59, E. 2; BGE 113 Ib 420, E. 6; auch Art. 10 Abs. 3 der Biomedizinkonvention lässt Raum für das *therapeutische Privileg*; vgl. dazu CHRB Explanatory Report, Rz. 69; aus der Lehre vgl. etwa WIEGAND, 142 ff.; ROGGO, 220 ff.; teilweise wird ein solches therapeutisches Privileg des Arztes *abgelehnt*, vgl. etwa PAYLLIER, Aufklärung, 81 ff.; ZK ZGB-BOENTE, Art. 377, Rz. 56 (bezogen auf die Eingriffsaufklärung); kritisch auch FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD/HERTIG PEA, Art. 377 ZGB, Rz. 23; bei der Anwendung wird jedenfalls *Zurückhaltung* gefordert, vgl. CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 28, Rz. 13; WIEGAND, 143; FELLMANN, 205; KGer SG, Urteil vom 17. Mai 2004, SJZ 2006, 39 ff., E. 4b, 40; die Anwendung des therapeutischen Privilegs darf insbesondere das Aufklärungsrecht nicht aushöhlen (BGer 4P.265/2002, E. 4.2; BGer 4P.110/2003, E. 3.1.1); grundsätzlich sind zudem die Angehörigen zu unterrichten (BGer 6B_170/2017, E. 3.2.2; BGer 4P.265/2002, E. 4.2; BGer 4P.110/2003, E. 3.1.1; BGE 105 II 284, E. 6c). Relevant wird das therapeutische Privileg insbesondere mit Blick auf die Frage, ob eine *Persönlichkeitsverletzung* wegen unterlassener Aufklärung gerechtfertigt werden kann (vgl. CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 28, Rz. 13). Unter Umständen besteht für den Arzt auch die Problematik, wegen eines sorgfaltswidrig verursachten «Aufklärungsschadens» bzw. einer «Übermassaufklärung» *zivilrechtlich haftbar* zu werden (vgl. FELLMANN, 230; WOLFGANG WIEGAND/SANDRO ABEGLLEN, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, recht 1993, 189 ff., 200 f.; CHRISTIAN CONTI, Die Malaise der ärztlichen Aufklärung – Zu den Grenzen ärztlicher Aufklärungspflichten und zu den Informationspflichten des Patienten, AJP 2000, 615 ff., 623 f.; siehe aber auch PAYLLIER, Aufklärung, 86 [keine Sorgfaltspflichtverletzung des Arztes, wenn dieser den Patienten umfassend aufklärt – kein Aufklärungsschaden]). Nicht gänzlich ausgeschlossen ist es, dass das therapeutische Privileg als *Rechtfertigungsgrund i.S.v. Art. 14 StGB* für das Verschweigen einer Diagnose in Frage kommt (Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14, Rz. 9).

⁷³¹ Abrufbar unter: www.fmh.ch/files/pdf7/standesordnung-fmh.pdf.

⁷³² § 14 Abs. 2 PatG-ZH; § 3 Abs. 3 PatV-AG.

⁷³³ Vgl. den Bericht in Erfüllung der Postulate 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli und 12.3207 Steiert, Patientenrechte und Patientenpartizipation in der Schweiz, Bern, 24. Juni 2015, 28 m.w.H.; zum Auskunftsanspruch nach dem DSG siehe hinten, bei Fn. 742.

des Betroffenen und dessen Gesundheit einzuschränken.⁷³⁴ Die wohl überwiegende Lehre will die Zulässigkeit einer paternalistisch motivierten Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ebenfalls nicht gänzlich ausschliessen, steht einer solchen aber keineswegs unkritisch gegenüber.⁷³⁵ Einzuhalten sind jedenfalls die Voraussetzungen nach Art. 36 BV.⁷³⁶

Die vom Gesetzgeber getroffenen Regelungen zur Beschränkung des Akteneinsichtsrechts und des (datenschutzrechtlichen) Auskunftsrechts unterscheiden sich teilweise stark. Nach gewissen Bestimmungen kann nur eine *direkte* Bekanntgabe von für die Gesundheit schädlichen (Gesundheits-)Daten verweigert werden; diese sind der betroffenen Personen immerhin über einen *Dritten* mitzuteilen («mediatisierte» Akteneinsicht,⁷³⁷ «indirektes Auskunftsrecht»⁷³⁸); z.B. Art. 47 Abs. 2 ATSG (Auskunft durch eine Ärztin oder einen Arzt), Art. 22 Abs. 2 KDSG-BE: Möglichkeit der Bekanntgabe über eine «Vertrauensperson»). Geleitet ist dies vom Gedanken, dass z.B. eine Ärztin aufgrund ihrer Ausbildung und Erfahrung die Informationen so zu vermitteln in der Lage sein dürfte, dass der Betroffene keinen (zusätzlichen) Schaden nimmt.⁷³⁹ Nach anderen Bestimmungen ist eine mediatisierte Auskunftserteilung zwar möglich, aber die Auskunft ist trotz einer «übermässigen Belastung» *direkt* zu erteilen, wenn der oder die um Auskunft Ersuchende dies ausdrücklich wünscht: Zu nennen ist etwa § 29 Abs. 4 des Informations- und Datenschutzgesetzes BS vom 9. Juni 2010^{740,741} Nach Art. 25 Abs. 3 DSG ist die *Einwilligung* der betroffenen Person vorausgesetzt, damit ihr Gesundheitsdaten durch eine *andere* Person mitgeteilt werden dürfen – sie hat also das Recht,

⁷³⁴ Eingehend BGE 122 I 153, E. 6c/cc; vgl. schon BGE 92 I 259, E. 3d; BGE 95 I 439, E. 2b; BGE 100 Ia 97, E. 5b; BGE 113 Ia 1, E. 4a; siehe ferner BGE 125 I 257, E. 4b; BGE 126 I 7, E. 2b; BGE 127 V 219, E. 1b; BGE 129 I 249, E. 5.1; BGE 6B_319/2010, E. 2.1; BGE 5A_832/2012, E. 4.2.2; BGE 5A_699/2021, E. 3.1; s.a. unveröffentlichtes Urteil des EVG vom 12. Februar 1992, I 230/91, E. 2a.

⁷³⁵ Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 29, Rz. 21; REINHARDT, 181 und 192; DROESE, 146 f.; COTTIER, 125; Praxiskomm. VwVG-WALDMANN/OESCHGER, Art. 27, Rz. 36; gegen eine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts zum Schutz des urteilsfähigen Gesuchstellers: BSK BGG-GELZER, Art. 56, Rz. 12; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 643; die Notwendigkeit entsprechender Regelungen bestreitet etwa ERNST FISCHLI, Die Akteneinsicht im Verwaltungsprozess, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, 279 ff., 289.

⁷³⁶ BGE 5A_832/2012, 4.2.2.

⁷³⁷ Praxiskomm. VwVG-WALDMANN/OESCHGER, Art. 27, Rz. 36.

⁷³⁸ BSK DSG/BGÖ-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, Art. 8, Rz. 16.

⁷³⁹ Botsch. DSG, 454.

⁷⁴⁰ IDG, SG 153.260.

⁷⁴¹ Diese Bestimmung gewichtet das Selbstbestimmungsrecht ganz bewusst hoch, um einem unerwünschten Paternalismus entgegenzuwirken, siehe Praxiskomm. IDG BS-RUDIN, § 29, Rz. 56; Bericht vom 14. April 2010 der Justiz-, Sicherheits- und Sportkommission des Grossen Rats des Kantons Basel-Stadt zum Ratschlag 08.0637.01 betreffend Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz), 19 f. (abrufbar unter: www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100352/000000352052.pdf).

direkt über ihren Gesundheitszustand informiert zu werden.⁷⁴² Viele gesetzliche Bestimmungen betreffend die Akteneinsicht regeln diese Problematik nicht *explizit*, ermöglichen aber die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts aus überwiegenden Interessen (Art. 449b Abs. 1 ZGB), aus überwiegenden öffentlichen und privaten Interessen (Art. 56 Abs. 2 BGG), wenn wesentliche private Interessen die Geheimhaltung erfordern (Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG) oder «dies für die Sicherheit von Personen oder zur Wahrung öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen erforderlich ist» (Art. 107 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 108 Abs. 1 Bst. b StPO). Gestützt auf solche Bestimmungen wird teilweise auch eine Beschränkung der Akteneinsicht im Interesse des Geschwärtlers *selbst* als zulässig erachtet.⁷⁴³

Auf die (verfassungsrechtliche) Problematik des «therapeutischen Privilegs» bzw. der Beschränkung des Akteneinsichts- und datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts zum Schutz des Betroffenen selbst wird zurückzukommen zu sein.⁷⁴⁴

(22.) Aus paternalistischen Gründen kann der Staat auf die **Anhörung einer Person** bezüglich sie betreffender Massnahmen **verzichten**.

Gemäss Art. 447 Abs. 1 ZGB hat die Erwachsenenschutzbehörde die betroffene Person persönlich anzuhören, «soweit dies nicht als unverhältnismässig erscheint». Auf eine Anhörung soll auch dann verzichtet werden können, wenn diese zu einem gesundheitlichen Schaden bei der betroffenen Person führen kann.⁷⁴⁵ Die Gefahr einer Gesundheitsbeeinträchtigung stellt ferner einen «wichtigen Grund» i.S.v. Art. 314a Abs. 1 ZGB dar, welcher den Verzicht auf eine Anhörung des Kindes im Kindesschutzverfahren rechtfertigen kann.⁷⁴⁶

⁷⁴² Botsch. vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, 7068.

⁷⁴³ Bezogen auf Art. 449b Abs. 1 ZGB: Botsch. Erwachsenenschutz, 7082; FamKomm Erwachsenenschutz-STECK, Art. 449b ZGB, Rz. 11; BSK ZGBI-MARANTA, Art. 449b, Rz. 17 (therapeutisches Privileg als unterstelltes privates Geheimhaltungsinteresse); BGer 5A_1000/2017, E. 4.1 f.; bezogen auf Art. 27 Abs. 1 Bst. b VwVG: Praxiskomm. VwVG-WALDMANN/OESCHGER, Art. 27, Rz. 27 und 36; bezogen auf Art. 56 Abs. 2 BGG vgl. Commentaire LTF-FRÉSARD, Art. 56 BGG, Rz. 12 f. (Beschränkung der Einsicht in Gesundheitsdaten zum Schutz des Betroffenen als mögliches überwiegendes privates Interesse; angezeigt sei aber restriktive Handhabung); vgl. aber BSK BGG-GELZER, Art. 56, Rz. 12 (Unzulässigkeit einer Beschränkung des Akteneinsichtsrechts gegenüber einer urteilsfähigen Person); bezogen auf Art. 108 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 107 Abs. 1 Bst. a StPO: ZK StPO-LIEBER, Art. 108, Rz. 6b (die Akteneinsicht sei jedoch stellvertretend durch den gesetzlichen Vertreter oder den Parteivertreter wahrzunehmen); OFK StPO-RIKLIN, Art. 108, Rz. 7: die Botschaft zur StPO erwähnt diese Fallkonstellation nicht ausdrücklich (Botsch. StPO, 1164).

⁷⁴⁴ Hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii).

⁷⁴⁵ BSK ZGBI-MARANTA, Art. 447, Rz. 14; vgl. ferner (im Zusammenhang mit der Anordnung einer Vormundschaft nach aArt. 368 ff. ZGB) BGer 5A_55/2010, E. 4.1.

⁷⁴⁶ BGer 5A_2/2016, E. 2.3; BGE 131 III 553, E. 1.3.1.

(23.) Paternalistische Elemente finden sich sodann im Bereich der **Sozialhilfe**.

Das Ausrichten von Sozialhilfe in der Form von Gutscheinen oder Naturalien anstelle von Bargeld oder einer Überweisung, um deren zweckwidrige Verwendung zu verhindern,⁷⁴⁷ trägt durchaus gewisse paternalistische Züge.⁷⁴⁸ Allerdings hat die Allgemeinheit auch ein eigenes Interesse daran, dass die von ihr zur Verfügung gestellten Mittel *tatsächlich* für den beabsichtigten Zweck verwendet werden. Massnahmen, die darauf abzielen, die Arbeits- und Leistungsfähigkeit von Sozialhilfe empfangenden Personen wiederherzustellen oder zu steigern (Anhalten zur Arbeitssuche, Weiterbildung) beinhalten ebenfalls ein paternalistisches Moment.⁷⁴⁹ Doch dürfte es hier ganz entscheidend auch darum gehen, das Anfallen weiterer Kosten für die Gemeinschaft zu vermeiden.

(24.) Der Staat kann aus paternalistischen Gründen **Meldepflichten** vorsehen.

Paternalistisch mitmotiviert sind etwa die im Genfer Prostitutionsgesetz vorgesehenen Meldepflichten und behördlichen Erfassungsmassnahmen betreffend Prostituierte (Art. 4 f., 9 f. und 16 f. LProst-GE). Das Gesetz steht wesentlich im (wohlverstandenen) Interesse der Prostituierten an Freiheit, Selbstbestimmung, Gesundheit und einem Schutz vor Ausnutzung (Art. 1 LProst-GE). Die Übermittlung von persönlichen Daten über die Art ihrer Tätigkeit an die Behörden erleichtert Letzteren eine Kontaktaufnahme und Beratung, die Durchführung von Präventionsmassnahmen und Massnahmen des Gesundheitsschutzes sowie die Überprüfung, ob die Prostitution selbstbestimmt erfolgt und keine Personen ausgenutzt werden.⁷⁵⁰ Das Bundesgericht erachtet solche Melde- und Registrierungspflichten mit dem Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Art. 13 BV als vereinbar.⁷⁵¹

(25.) Ein weiteres wichtiges Mittel, um paternalistische Zwecke zu verfolgen, stellt die (staatliche) **Information, Aufklärung und Beratung** dar. Solche Massnahmen sind nicht zuletzt deshalb besonders attraktiv, da die Vermittlung von Informationen verglichen mit Verboten als *milderes* oder zumindest weniger *umstrittenes* Mittel erscheint, aber dennoch eine Verhaltenssteuerung ermöglicht.⁷⁵²

Der Staat verfügt über verschiedene Möglichkeiten, um zu informieren und zu beraten: Er kann *einseitig* aufklären, warnen und empfehlen (direkt, aber auch indirekt, über die Medien⁷⁵³) oder «interaktive» *Beratungsverfahren* vor-

⁷⁴⁷ Vgl. z.B. § 16 Abs. 2 Sozialhilfegesetz ZH vom 14. Juni 1981 (LS 851.1) i.V.m. § 18 Verordnung zum Sozialhilfegesetz ZH vom 21. Oktober 1981 (LS 851.11); s.a. BGE 142 I 1, E. 7.2.5 (betreffend die Nothilfe nach Art. 12 BV).

⁷⁴⁸ Vgl. HEINIG, Paternalismus, 173.

⁷⁴⁹ Vgl. HEINIG, Paternalismus, 174.

⁷⁵⁰ BGE 137 I 167, E. 8.2 und 9.2

⁷⁵¹ BGE 137 I 167, E. 8.2 und 9.2 f.

⁷⁵² Vgl. NÜTZI, 22 ff. und 67; NÖRER, 265 f.

⁷⁵³ Vgl. BARTHE, 16 f.; KARIN SUTTER-SOMM, Werbung aus dem Bundeshaus, recht 1991, 122 ff., 123 f.

sehen.⁷⁵⁴ Die Information und Beratung kann auf freiwilliger Basis erfolgen, dem Einzelnen aber auch faktisch aufgedrängt werden (Kampagnen im öffentlichen Raum) oder es kann eine Pflicht zur Inanspruchnahme staatlicher Beratung statuiert werden («*Offizialberatung*»⁷⁵⁵). Ferner kann der Staat Information und Beratung *durch private Dritte* vorschreiben (z.B. im Rahmen des Konsumentenschutzes).⁷⁵⁶

Ein Beispiel für eine *Beratungspflicht* findet sich in Art. 119 Abs. 2 StGB (obligatorisches Beratungsgespräch beim Schwangerschaftsabbruch).⁷⁵⁷ Es geht hier auch um den Schutz der Frau. Allerdings sind die Bestimmungen zum (straflosen) Schwangerschaftsabbruch in einem grösseren Kontext zu sehen, namentlich dem Schutz des ungeborenen Lebens.

Auch inhaltlich und hinsichtlich ihrer Intensität können die Information und die Beratung Unterschiede aufweisen. Es kann darum gehen, Fakten, Tatsachen und Wissen zu vermitteln, um die Einzelne vor Irrtümern zu bewahren oder über nicht bekannte oder unterschätzte Risiken aufzuklären.⁷⁵⁸

Staatliche Information kann aber auch dazu dienen, das Verhalten der Einzelnen gezielt zu steuern, ihre Handlungsmotivation, Einstellungen, Absichten, Werthaltungen und Präferenzen zu beeinflussen oder zu verändern und sie zu einem bestimmten (z.B. gesundheitsbewussten) Verhalten zu «motivieren».⁷⁵⁹ Die Rede ist diesbezüglich auch von «*verhaltenslenkender Information*»⁷⁶⁰, «*appellativer Verwaltungstätigkeit*»⁷⁶¹ oder «*edukatorischer Öffentlichkeitsarbeit*»⁷⁶². Wenn mit der Information der Genuss an einem riskanten, gesundheitsschädigenden Verhalten geschmälert wird, hat sie zudem einen ähnlichen Effekt wie eine Lenkungssteuer.⁷⁶³ Zwischen einer reinen Vermitt-

⁷⁵⁴ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 125 ff., die zwischen einer (einseitig erfolgenden, generalisierten) *isolierten* und einer *kommunikativen*, durch «Interaktivität» und «Einzelfallbezogenheit» gekennzeichneten «Wahlhilfe» differenziert.

⁷⁵⁵ NORER, 266.

⁷⁵⁶ NÜTZI, 39 f.; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 126.

⁷⁵⁷ Konkretisiert wird der Inhalt des Beratungsgesprächs durch Art. 120 Abs. 1 Bst. b StGB (Aufklärung über gesundheitliche Risiken; Aushändigung eines Leitfadens; siehe Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 119, Rz. 8). Wird das Gespräch unterlassen, macht dies den Schwangerschaftsabbruch für die Frau nicht strafbar (siehe GODENZI, Handkomm. StGB zu Art. 119, Rz. 9); strafrechtliche Konsequenzen hat dies jedoch für den Arzt oder die Ärztin (siehe Art. 120 Abs. 1 Bst. b StGB und Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 119, Rz. 8).

⁷⁵⁸ Vgl. NÜTZI, 35 und 80.

⁷⁵⁹ Vgl. NÜTZI, 21 f., 35 und 80; ferner BARTHE, 15 und 104 ff.

⁷⁶⁰ NÜTZI, 35 ff. und 80 ff.

⁷⁶¹ MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 364.

⁷⁶² Siehe VIERHAUS, 203 ff. und 418 ff.; LÜDEMANN, 106; vgl. bereits vorne, bei Fn. 494.

⁷⁶³ Vgl. GLAESER, 150 f.

lung von Fakten und Sachwissen, einer verhaltensbeeinflussenden oder -steuernden Einwirkung auf die Einstellung und Präferenzen und einer eigentlichen «erzieherischen» Informationsvermittlung lässt sich allerdings nicht immer klar unterscheiden.⁷⁶⁴

Gemäss Art. 24 Abs. 2 LMG – der inhaltlich Art. 12 Abs. 2 aLMG⁷⁶⁵ entspricht⁷⁶⁶ – können die zuständigen Bundesbehörden «der Öffentlichkeit und der obligatorischen Schule ernährungswissenschaftliche Erkenntnisse von allgemeinem Interesse vermitteln, die namentlich für die Gesundheitsvorsorge, den Gesundheitsschutz und die nachhaltige Ernährung von Bedeutung sind». Angesprochen ist damit die Vermittlung von «Informationen über die ermittelten tatsächlichen Verhältnisse bezüglich Ernährungsgewohnheiten und die daraus zu ziehenden Schlüsse. Der Einzelne soll dadurch zu einer gesunden und ausgewogenen Ernährung *motiviert* werden»⁷⁶⁷ (Herv. d. Verf.). Beabsichtigt ist damit also auch ein *verhaltenslenkender* Effekt im Interesse des Konsumenten selbst (in dessen Interesse das LMG steht); allerdings wurde (zumindest) in der parlamentarischen Debatte auch mit den durch eine ungesunde Ernährung bewirkten volkswirtschaftlichen Kosten bzw. Gesundheitskosten argumentiert.⁷⁶⁸ Die Bestimmung war in der parlamentarischen Debatte keineswegs unumstritten.⁷⁶⁹ Welche Informationen mit welcher Intention gestützt auf diese Bestimmung vermittelt werden dürfen, wird noch zu diskutieren sein.⁷⁷⁰

Die gestützt auf Art. 19 KVG (Verhütung von Krankheiten) mögliche «*Gesundheits-erziehung*»⁷⁷¹ durch die Versicherer – die primär durch Aufklärung und Information erfolgen soll⁷⁷² – steht zwar primär im Dienste der «Kostendämpfung» bzw. der Vermeidung von Gesundheitskosten;⁷⁷³ sie soll aber auch die individuelle *Lebensqualität* des Einzelnen verbessern bzw. Krankheit und Leid vermindern.⁷⁷⁴

⁷⁶⁴ Vgl. VIERHAUS, 211; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 34.

⁷⁶⁵ AS 1995 1469.

⁷⁶⁶ Botsch. LMG (2011), 5613.

⁷⁶⁷ Botsch. LMG (1989), 926.

⁷⁶⁸ Voten Weber, AB S 1990 IV 764 und 773 f., Miville, AB S 1990 IV 773, und Cotti (Bundesrat), AB S 1990 IV 775.

⁷⁶⁹ So wurde etwa kritisiert, sie gehe über die Zielsetzung eines Polizeigesetzes hinaus und missachte die Eigenverantwortung des Einzelnen; die Ernährungserziehung sei nicht Aufgabe des Bundes, es werde unter dem Aspekt der «Information» letztlich «Erziehung» oder «Volksbelehrung» betrieben und es ginge in die Richtung einer «missionarischen Tätigkeit», siehe Voten Gautier, AB S 1990 IV 764 und 774; Iten (Berichterstatter), AB S 1990 IV 773; Huber, AB S 1990 IV 774; vgl. ferner die Voten Masoni und Ducret, AB S 1990 IV 774 f.

⁷⁷⁰ Hinten, bei Fn. 4896 ff.

⁷⁷¹ Votum Onken, AB S 1993 1054; EUGSTER, Komm. zu Art. 19 KVG, Rz. 1; s.a. Votum Allenspach, AB N 1993 1836.

⁷⁷² EUGSTER, Komm. zu Art. 19 KVG, Rz. 1.

⁷⁷³ Vgl. etwa die Voten Sandoz, AB N 1993 1835; Onken, AB S 1993 1054; Allenspach, AB N 1993 1836; Gonseth, AB N 1993 1836; Dreifuss (Bundesrätin), AB N 1993 1837 und AB S 1993 1054; ferner EUGSTER, Komm. zu Art. 19 KVG, Rz. 1.

⁷⁷⁴ Voten Gonseth, AB N 1993 1836; Dreifuss (Bundesrätin), AB N 1993 1837 und AB S 1993 1054; EUGSTER, Komm. zu Art. 19 KVG, Rz. 1 («Hebung der Lebensqualität»).

(26.) Ein weiterer Bereich mit stark paternalistischer Zielsetzung ist derjenige der **obligatorischen schulischen Bildung und Erziehung.**

Die «schillernden» Begriffe der Bildung und der Erziehung zu definieren und voneinander abzugrenzen bereitet Mühe.⁷⁷⁵ Man mag *Bildung* vielleicht eher im Sinne einer «planmässigen Vermittlung von Wissen und Fertigkeiten», *Erziehung* eher als «Formung des Charakters durch praktische Einübung von Werten» verstehen.⁷⁷⁶ Letztlich stehen Bildung und Erziehung aber in einem engen Zusammenhang und lassen sich nur schwer voneinander trennen.⁷⁷⁷ Nach dem schweizerischen Bildungsverständnis gehört zum schulischen Bildungsauftrag jedenfalls auch die (erzieherische) Vermittlung von Werten,⁷⁷⁸

⁷⁷⁵ Vgl. DITTMANN, Erziehungsauftrag, 49 f.; vgl. bezogen auf den Begriff der «Erziehung» NICOLE HOLDEREGGER, Die Schutzmassnahmen des Jugendstrafgesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in den Kantonen Schaffhausen und Zürich, Diss., Zürich 2009, 61; bezogen auf den Begriff der «Bildung»: WINTSCH, Fn. 293, und insbesondere Votum EHRENZELLER, in: VVDStRL 73, Berlin/Boston 2014, 98, wonach sich der Begriff der Bildung gar nicht definieren lasse.

⁷⁷⁶ Vgl. WOLFGANG MANTL, Erziehungsauftrag und Erziehungsmassstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat – Länderbericht Österreich, in: VVDStRL 54, Berlin/New York 1995, 75 ff., 78; s.a. EDK, Komm. HarmoS, 14: Dort wird unterschieden zwischen Grundbildung (Kompetenzen und Wissen) und eher erzieherisch geprägten Aufgaben (Persönlichkeitsentwicklung, Entwicklung sozialer und weiterer überfachlicher Kompetenzen, Heranbildung von «Verantwortungsbewusstsein gegenüber Mitmenschen und Umwelt»); kritisch zum Begriff der Bildung PLOTKE, 4: «Wenn man ihn schon beibehalten will, lässt sich Bildung als das Ziel des selbständigen und erzieherisch unterstützten Lernens verstehen oder als lebenslänglich immer wieder zu erwerbende Fähigkeit und Bereitschaft zur individuellen und gesellschaftlichen Emanzipation und Mündigkeit.»

⁷⁷⁷ Vgl. DITTMANN, Erziehungsauftrag, 49 f.; Verfassung des Kantons St. Gallen – Botschaft und Verfassungsentwurf der Verfassungskommission vom 17. Dezember 1999, Amtsblatt SG Nr. 4a/2000, Sonderausgabe vom 28. Januar 2000, 52; s.a. PLOTKE, 3 f.; ferner SGK BV-EHRENZELLER/BERNET, Art. 62, Rz. 8, wonach Bildung (auch) «die *charakterliche Reifung* des Menschen» bezwecke (Herv. im Original); s.a. EDK, Komm. HarmoS-Konkordat, 14, wonach die Vereinbarung davon ausgehe, «dass der Bildungsauftrag der obligatorischen Schule sich nicht von ihrem – subsidiär zur elterlichen Gewalt bestehenden – Erziehungsauftrag trennen» lasse.

⁷⁷⁸ Parlamentarische Initiative 97.419, Bildungsrahmenartikel in der Bundesverfassung, Bericht der Bericht der Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats vom 23. Juni 2005, BBl 2005 5479, 5518 f.; s.a. Art. 3 Abs. 3 HarmoS-Konkordat, wonach unter dem Aspekt der «Grundbildung» auch Werte («verantwortungsvolles Handeln gegenüber Mitmenschen und Umwelt») zu vermitteln sind; ferner EDK, Komm. HarmoS-Konkordat, 14 (vgl. vorne, Rz. 777); s.a. Art. 42 Abs. 1 KV-BE: «Das Bildungswesen hat zum Ziel, die harmonische Entwicklung der körperlichen, geistigen, schöpferischen, emotionalen und sozialen Fähigkeiten zu fördern sowie das Verantwortungsbewusstsein gegenüber der Umwelt zu stärken.»; § 2 Gesetz des Kt. TG vom 29. August 2007 über die Volksschule (RB 411.11): «Die Volksschule fördert die geistigen, seelischen und körperlichen Fähigkeiten der Kinder. In Ergänzung zum Erziehungsauftrag der Eltern erzieht sie die Kinder nach christlichen Grundsätzen und demokratischen Werten zu selbständigen,

die «*charakterliche Reifung des Menschen*» (Herv. im Original)⁷⁷⁹ und eine Hilfestellung, damit die Kinder und Jugendlichen ihre Persönlichkeit entfalten und entwickeln können.⁷⁸⁰ Auch der Begriff der Bildung i.S.v. von Art. 29 Abs. 1 KRK meint – wie sich aus Bst. a–e ergibt – nicht nur die blossе Vermittlung von Wissen; er umfasst die Entwicklung der Persönlichkeit und die Vermittlung von Werten.

Zu beachten ist, dass der (schulischen) Bildung und Erziehung regelmässig eine doppelte Zwecksetzung innewohnt. Zunächst erfolgen sie *im Interesse der Kinder und Jugendlichen selbst* und haben auch darauf ausgerichtet zu sein.⁷⁸¹ Der «Schulzwang» bzw. der obligatorische Grundschulunterricht lässt sich insofern als Beispiel für *staatlichen Paternalismus* nennen.⁷⁸²

Dabei wird der Bildungs- und Erziehungsauftrag grundsätzlich weit verstanden: Zu ihm zählt auch etwa die Gesundheitsförderung und -erziehung⁷⁸³, einschliesslich der «Sexualerziehung»⁷⁸⁴. Zum Teil fordert das kantonale Bildungsrecht – was im vorliegenden Zusammenhang besonders wesentlich ist –, dass die Kinder darin unterstützt bzw. bestärkt werden sollen, Verantwortung *gegenüber sich selbst* wahrzunehmen;⁷⁸⁵ auch der Bund will mit dem Kinder- und Jugendförderungsgesetz vom 30. September 2011⁷⁸⁶ dazu beitragen, dass sich Kinder und Jugendliche «zu Personen entwickeln, die Verantwortung für sich selber [...] übernehmen» (Art. 2 Bst. b).

lebenstüchtigen Persönlichkeiten und zu Verantwortungsbewusstsein gegenüber den Mitmenschen und der Umwelt.»; vgl. schliesslich VGer TG, Urteil vom 26. März 1986, ZBl 1986, 460 ff., E. 2c und insb. 3a, 461 f., wonach die «Erziehung der Kinder zu gesunder Lebensweise und umweltbewusstem Verhalten» zum schulischen Bildungsauftrag gehöre (zustimmend etwa JAAG, Mofaverbot, 418).

⁷⁷⁹ SGK BV-EHRENZELLER/BERNET, Art. 62, Rz. 8.

⁷⁸⁰ WINTSCH, 59; Votum EHRENZELLER, in: VVDSTRL 73, Berlin 2014, 98.

⁷⁸¹ HÖRDEGEN, Bildungsverfassung, 122; WYTTENBACH/KÄLIN, Schulischer Bildungsauftrag, 322; BGE 146 I 20, E. 5.2.2, BGE 142 I 49, E. 8.2.1, und BGE 119 Ia 178, E. 7d, wonach die Schule «ihre Leistungen nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse der Schüler» erbringe.

⁷⁸² WOLF, Konflikte, 11; MAYR, 50 (Schulpflicht als «paternalistisch motivierte autonomiebefördernde Massnahme»); KIRCHGÄSSNER, Rz. 8 (Erziehung von Kindern als paternalistische Massnahme); SZERLETICS, 10; s.a. DITTMANN, Erziehungsauftrag, 50, wonach Erziehung und Bildung «tendenziell auf *Fremdbestimmung* angelegt» (Herv. im Original) seien; vgl. ferner KRONMAN, 763; VANDEVeer, 13.

⁷⁸³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. e HarmoS-Konkordat; ferner VGer TG, Urteil vom 26. März 1986, ZBl 1986, 460 ff., E. 3a, 462; JAAG, Mofaverbot, 418; HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 100; PLOTKE, 38.

⁷⁸⁴ Vgl. PLOTKE, 39 f.; BGer 2C_132/2014, E. 5.4; hinten, bei Fn. 2318.

⁷⁸⁵ Vgl. z.B. § 3b Schulgesetz BS vom 4. April 1929 (SG 410.100); Art. 64 Abs. 2 KV-FR und Art. 3 Abs. 3 Schulgesetz FR vom 9. September 2014 (SGF 411.0.1); § 5 Abs. 2 Bst. c Gesetz des Kt. LU vom 22. März 1999 über die Volksschulbildung (SRL 400a); dazu auch hinten, bei Fn. 3413 ff.

⁷⁸⁶ KJFG, SR 446.1.

Allerdings stehen Bildung und Erziehung nicht nur im Interesse des Einzelnen selbst, sondern es werden damit auch gesamtgesellschaftliche Anliegen verfolgt.⁷⁸⁷

Gut ausgebildete Personen sind wichtig für den *wirtschaftlichen Wohlstand* in einem Land;⁷⁸⁸ zudem stellt Bildung eine zentrale, wenn nicht unerlässliche Voraussetzung für eine funktionierende *Demokratie* dar;⁷⁸⁹ die Schule und die in diesem Rahmen vermittelten Werte haben zudem eine «integrative Bedeutung», fördern den gemeinsamen Zusammenhalt und sichern die Bedingungen für ein *gemeinsames, friedliches Zusammenleben* in einer komplexen, pluralistischen Gesellschaft.⁷⁹⁰ Das Schulobligatorium steht ferner im Dienste der *Chancengleichheit* (Art. 2 Abs. 3 BV).⁷⁹¹

⁷⁸⁷ SGK BV-EHRENZELLER/SAHLFELD, Art. 61a, Rz. 19; WERDER, Rz. 361 f.; WAGNER PFEIFER, 250; ferner DIETER WUNDER, Perspektive Eigenverantwortung? – Nicht abgeschlossene Überlegungen aus bildungspolitischer Sicht, in: NEUBAUER, 190 ff., 194 f.; HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 98; SZERLETICS, 26.

⁷⁸⁸ WAGNER PFEIFER, 250; SGK BV-EHRENZELLER/BERNET, Art. 62, Rz. 8; SGK BV-KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19, Rz. 9 und 15.

⁷⁸⁹ Vgl. J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 205 ff.; SGK BV-KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19, Rz. 10; HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 100; WAGNER PFEIFER, 250; BSK BV-HÄNNI, Art. 62, Rz. 24.

⁷⁹⁰ Vgl. SGK BV-KÄGI-DIENER/BERNET, Art. 19, Rz. 11 f. und 14; WAGNER PFEIFER, 250; WINTSCH, 59.

⁷⁹¹ BSK BV-HÄNNI, Art. 62, Rz. 24; vgl. zum Stellenwert der Chancengleichheit im Kontext paternalistischen Staatshandelns auch hinten, Teil 3 IV. E. 2. h); s.a. bei Fn. 2319 und 3401.

Teil 2 Die Selbstbestimmung in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten

I. Vorbemerkungen

Paternalistisches Staatshandeln kann verschiedenste grundrechtlich geschützte Freiheiten beschränken, weshalb es nicht nur unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes – insbesondere den Garantien von Art. 10, 11 und 13 BV⁷⁹² – relevant ist.⁷⁹³ Betroffen können sowohl grundrechtlich geschützte *Verhaltensfreiheiten* – im Sinne eines Dürfens – wie auch grundrechtlich geschützte *Zustände und Eigenschaften* (wie z.B. die körperliche und die geistige Unversehrtheit) sein.⁷⁹⁴

Das Eingehen von Risiken für die Gesundheit oder eigentliche Gesundheitsschädigungen können durch die *Meinungsäusserungsfreiheit* (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) geschützt sein.⁷⁹⁵ Als relevant kann sich auch die *Glaubens- und Gewissensfreiheit* (Art. 15 BV; Art. 9 EMRK) erweisen;⁷⁹⁶ vor-

⁷⁹² SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 1.

⁷⁹³ Vgl. FISCHER, 30; RIGOPOULOU, 51.

⁷⁹⁴ Zu dieser Differenzierung zwischen Grundrechten des «Dürfens» oder «Tuns» und des «Habens» oder «Seins» («Handlungsrechte» oder «Schutzrechte») vgl. MERTEN, Grundrechtsverzicht, 60 f.

⁷⁹⁵ Zu denken ist an eine Selbstverbrennung, Selbstverstümmelung oder gar an eine Selbsttötung im öffentlichen Raum, um auf ein bestimmtes Anliegen aufmerksam zu machen (vgl. FISCHER, 43), sowie an das «Protestfasten» oder einen Hungerstreik, was namentlich im Zusammenhang mit einer Zwangsernährung von Bedeutung sein kann, vgl. BGE 136 IV 97, E. 6.3; VAN SPYK, 55; SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 21; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 284; CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 38.

⁷⁹⁶ Gerade der Umgang mit dem eigenen Körper, aber auch dem eigenen Tod ist in mancherlei Hinsicht durch Religion und Weltanschauung beeinflusst, vgl. GERMANN, 35 ff.; zu denken ist an die *Ablehnung einer (lebensrettenden) medizinischen Behandlung* wie z.B. einer *Bluttransfusion* (VAN SPYK, 55; KÄLIN, 731; HANGARTNER, Religionsfreiheit, 447; EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 131 ff.; BGer 6B_730/2017, E. 2.4.2 und 2.6) oder die *Ablehnung einer Impfung* (RÜEFLI, 116; HILTI, Gewissensfreiheit, 218 und 245; LANGER, 89 und 100 ff.); dass eine Impfpflicht alle Personen *unabhängig von ihrer Religion* gleichermaßen betrifft, kann m.E. kein Grund sein, um einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit zu verneinen, vgl. demgegenüber EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. Januar 1998 i.S. *Boffa und 13 andere gegen San Marino*, Nr. 26536/95, DR 92-B, 27 ff., 33 f. (s.a. EGMR, Urteil vom 8. April 2021 i.S. *Vavříčka und andere gegen Tschechische Republik*, Nr. 47621/13, Ziff. 331; wie hier kritisch: LANGER, 100 f.); ähnlich die Argumentation des EVG in seinem Urteil vom 18. Oktober 1999, KV 99, RKUV 1/2000, 1 ff., E. 5d, um eine Beschränkung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch das Krankenversicherungsobligatorium zu verneinen. Zu denken ist ferner an eine *Beschneidung* aus religiösen Gründen (vgl. BELSER, Beschneidung, 91 f.), an religiös motivierte Essensvorschriften einschliesslich des *Fastens* (vgl. etwa HANGARTNER, Religionsfreiheit, 446; MÜLLER/SCHEFER, 262; nicht erforderlich ist, dass die Religion eine bestimmte Ernährung *vorschreibt*, vgl. EGMR, Urteil vom 7. Dezember 2010 i.S. *Jakóbski gegen Polen*, Nr. 18429/06, Ziff. 42) oder die Befolgung

ausgesetzt ist aber, dass die fragliche Handlung einen hinreichend engen und direkten Zusammenhang zu einer Religion oder Weltanschauung aufweist.⁷⁹⁷

Ob Art. 15 BV darüber hinaus ein eigenständiges, aus dem Kontext einer Religion oder Weltanschauung herausgelöstes (bzw. neben der Religions- und Weltanschauungsfreiheit bestehendes) Grundrecht auf **Gewissensfreiheit** enthält,⁷⁹⁸ das in grundsätzlicher Weise die individuel-

religiös motivierter *Bekleidungs Vorschriften* (BGE 134 I 56, E. 4.3; BGE 139 I 280, E. 4.1; MÜLLER/SCHEFER, 262 f.; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 17), die allenfalls in Konflikt mit staatlichen Vorschriften zum Gesundheitsschutz geraten können (vgl. bezogen auf eine Helmtraggpflicht für Motorradfahrer BGE 119 IV 260, E. 3b/bb [i.c. war die Glaubens- und Gewissensfreiheit der Sikhs nach Ansicht des Bundesgerichts jedoch nicht beeinträchtigt]; s.a. Wyss, Religionsfreiheit, 385 f., und HILTI, Gewissensfreiheit, 199 und 248); zur Irrelevanz der «Vernünftigkeit» der religiös oder weltanschaulich motivierten Handlung für den Schutz durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit siehe hinten, bei Fn. 1213; für weitere im Kontext paternalistischen Staatshandelns relevante, durch Art. 15 BV geschützte Verhaltensweisen und Überzeugungen siehe hinten, bei Fn. 1918 ff.

⁷⁹⁷ SGK BV-CAVELTI/KLEY, Art. 15, Rz. 12; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, Art. 15, Rz. 59; EVG, Urteil vom 18. Oktober 1999, KV 99, RKUV 1/2000, 1 ff., E. 5d; EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S. gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 55; EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 5. Juli 1984 i.S. V. gegen *Niederlande*, Nr. 10678/83, DR 34, 267 ff., 268 f.; EGMR, Urteil vom 8. April 2021 i.S. *Vavříčka und andere gegen Tschechische Republik*, Nr. 47621/13, Ziff. 330 ff., insb. Ziff. 335 (i.c. kein Schutz einer impfkritischen Haltung durch Art. 9 EMRK: «[...] l'avis critique de l'intéressé sur la vaccination n'est pas de nature à constituer une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9»); HANGARTNER, Sterbehilfe, 14 f.; der EGMR erblickt im Verbot des assistierten Suizids trotz einer entgegenstehenden Überzeugung der suizidwilligen Person keinen Konflikt mit ihrer durch Art. 9 EMRK geschützten Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit: Nicht jede Handlung, die durch eine Religion oder Weltanschauung motiviert oder beeinflusst sei, stelle schon ein «Praktizieren» i.S.v. Art. 9 EMRK dar (Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 80 ff.; kritisch BREITENMOSER, 204 f.). Das bundesgesetzliche *Krankenversicherungsobligatorium* dürfte zu keinem Konflikt mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit führen (EVG, Urteil vom 18. Oktober 1999, KV 99, RKUV 1/2000, 1 ff., E. 5d und e; bestätigt etwa in BGer K 166/04, E. 3; s.a. EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 5. Juli 1984 i.S. V. gegen *Niederlande*, Nr. 10678/83, DR 34, 267 ff., 268 f. [kein genügender Bezug zwischen der Freiheit der anthroposophischen Weltanschauung und der obligatorischen Teilnahme an einer Altersversicherung]); nicht gänzlich ausgeschlossen scheint es mir, dass der (rituelle) *Konsum bewusstseinsverändernder Substanzen* als Ausdruck eines religiösen Brauchs bezeichnet werden kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. Dezember 2000, 3 C 20/00, NJW 2001 1365 ff., 1365; vgl. auch GERMANN, 49, der allerdings die Fragen aufwirft, wie stark der Cannabis-Konsum tatsächlich mit der Religion und deren Ausübung im Zusammenhang stehe und ob die Bezugnahme auf die Religion nicht dazu diene, ein «profanes Interesse» zu verdecken).

⁷⁹⁸ So HILTI, Gewissensfreiheit, 255 ff.; DERS., Beachtung, 375 ff.; KÜHLER, Gewissensfreiheit, 27 f., 42 ff., 209 und 215; s.a. MÜLLER/SCHEFER, 258 f.; die wohl überwiegende Lehre

len, als verbindlich erlebten *moralischen Überzeugungen* über das gute und richtige Leben schützen würde,⁷⁹⁹ soll hier nicht im Einzelnen vertieft werden. Selbst wenn man die Gewissensfreiheit als eigenständiges Grundrecht anerkennen wollte (was m.E. durchaus Fragen aufwirft⁸⁰⁰), ist eine grundrechtlich geschützte «Gewissensentscheidung» nicht vorschnell anzunehmen.⁸⁰¹ Nicht jede «Gewohnheit» oder «Präferenz» qualifiziert sich bereits als solche;⁸⁰² die Entscheidung muss als in hohem Masse verbindlich erlebt werden;⁸⁰³ ferner müssen für die Einzelne zentrale «moralische» Fragen *grundsätzlicher Natur* betroffen sein – es muss ein unzumutbarer innerer Konflikt bzw. ein «moralisches Dilemma» entstehen, wenn sie ihrem Gewissen nicht folgt oder folgen kann.⁸⁰⁴ Eine Vielzahl von gefährlichen oder risikobehafteten Tätigkeiten wird zum Vornherein nicht darunter fallen (Rauchen, Alkoholkonsum, Verzicht auf das Einholen zusätzlicher Informationen, bei Rot über die Ampel gehen usw.⁸⁰⁵). Zweifellos aber sind das Ausbilden eines eigenen Gewissens und das Handeln nach den eigenen mora-

sieht die Gewissensfreiheit mit einer Religion oder (säkularen) Weltanschauung verknüpft, vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 14 f.; DERS., Religionsfreiheit, 441 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 15, Rz. 6; SGK BV-CAVELTI/KLEY, Art. 15, Rz. 8; HAFNER, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: VdS, § 44, Rz. 15; ferner EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 12 (Gewissensfreiheit als Bestandteil der Religionsfreiheit); bezogen auf Art. 49 aBV vgl. HÄFELIN, Komm. zu Art. 49 aBV, Rz. 46; zu den unterschiedlichen Auffassungen vgl. die Darstellung bei KÜHLER, Gewissensfreiheit, 26 ff.

⁷⁹⁹ Zur Gewissensfreiheit als Schutz der als verbindlich erlebten *moralischen Entscheidungen* und *Überzeugungen* sowie als Möglichkeit, selbst über das Gute und Richtige zu bestimmen: HILTI, Gewissensfreiheit, 181, 257 f. und 259 ff.; DERS., Beachtung, 356 f., 359 ff., 365 ff., 376 f.; KÜHLER, Gewissensfreiheit, 171 und 200. Zum Gewissen als «innere kritische Instanz», die «dem Leben und Handeln des Einzelnen ethische oder moralische Massstäbe setzt», siehe MÜLLER/SCHEFER, 258 f.; ferner RENÉ RHINOW, Religionsfreiheit, Religionsfreiheit heute, recht 2/2002, 45 ff., 46; SGK BV-CAVELTI/KLEY, Art. 15, Rz. 8; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 12; s.a. Appellationsgericht BS, Urteil vom 14. August 2013, VD.2012.121, E. 4.4.3.

⁸⁰⁰ Es besteht die Gefahr eines relativ konturlosen und weitläufigen Schutzbereichs, was die Abgrenzung zu anderen Grundrechten schwierig macht: etwa zur Meinungsfreiheit, aber auch zu der durch die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und Art. 13 BV geschützten individuellen Lebensgestaltung (vgl. SCHÄDLER, Fn. 117). Das eigene Gewissen und die «Gewissensentscheidungen» können grundsätzlich auch unter dem Aspekt des Privatlebens bzw. der persönlichen Freiheit als (hinreichend) geschützt erachtet werden (vgl. SCHÄDLER, Fn. 117; KARLEN, Religionsfreiheit, 211 – bezogen auf die säkulare Gewissensfreiheit); vgl. demgegenüber KÜHLER, Gewissensfreiheit, 30 ff., 187 f., 217 ff. und 227.

⁸⁰¹ HILTI, Beachtung, 369.

⁸⁰² KÜHLER, Gewissensfreiheit, 174.

⁸⁰³ MÜLLER/SCHEFER, 258 f.; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 12; HILTI, Gewissensfreiheit, 181; DERS., Beachtung, 357, 360, 363, 366 und 377; s.a. BVerfGE 12, 45 (54 f.).

⁸⁰⁴ Vgl. HILTI, Gewissensfreiheit, 188 ff.; DERS., Beachtung, 357; SCHÄDLER, 115; s.a. KÜHLER, Gewissensfreiheit, 175, 186 f., 200; s.a. BVerfGE 12, 45 (55).

⁸⁰⁵ Vgl. LÜDEMANN, 109.

lischen Massstäben und Richtigkeitsvorstellungen grundlegend mit der *Persönlichkeitsentfaltung*⁸⁰⁶ und der menschlichen *Würde* verbunden.⁸⁰⁷

Eine selbstschädigende Handlung kann als «künstlerische Selbstverletzung» oder «*Body Art*»⁸⁰⁸ durch die *Kunstfreiheit* (Art. 21 BV) geschützt sein.⁸⁰⁹ Die *Wissenschaftsfreiheit* (Art. 20 BV) bzw. die durch sie garantierte Forschungsfreiheit⁸¹⁰ vermag sich im Fall eines *Selbstversuchs* zu aktualisieren.⁸¹¹ Die *Wirtschaftsfreiheit* enthält – in ihrem (auch persönlichkeitsrelevanten⁸¹²) Teilgehalt der «Berufsfreiheit» (Art. 27 Abs. 2 BV)⁸¹³ – das Recht, einem *risikobehafteten Beruf oder Erwerb* nachzugehen (professionelles Glücksspiel, anspruchsvolle Artistik, risikoreiche Sportarten usw.⁸¹⁴).

Verschiedenste Grundrechte können sich bezogen auf *paternalistisches* Staatshandeln als *besonders relevant* erweisen:

Im Kontext medizinischer Eingriffe ist von Bedeutung, dass der Einzelne ein durch die persönliche Freiheit (selbstbestimmte Entfaltung der Persönlichkeit)⁸¹⁵, das Recht auf körperliche Unversehrtheit⁸¹⁶ und Art. 8 EMRK⁸¹⁷ garantiertes Recht hat, eine *medizinische Behandlung ab-*

⁸⁰⁶ Vgl. KÜHLER, Gewissensfreiheit, 80 ff.; MÜLLER, Gewissensfreiheit, 295 f. und 302; KARLEN, Religionsfreiheit, 211; vorne, Fn. 800.

⁸⁰⁷ MÜLLER, Gewissensfreiheit, 303; HILTI, Gewissensfreiheit, 262 f.

⁸⁰⁸ Vgl. dazu ROSEMARIE BRUCHER, Künstlerische Selbstverletzung – Grenzen des ästhetischen Spiels in der Performance Art, in: Mathias Fuchs/Ernst Strouha (Hrsg.), Das Spiel und seine Grenzen – Passagen des Spiels II, Wien 2000, 67 ff.

⁸⁰⁹ Der in Art. 21 BV verwendete Begriff der Kunst darf nicht restriktiv verstanden oder abschliessend definiert werden (vgl. dazu BSK BV-WYTTENBACH, Art. 21, Rz. 6; CR Cst.-RENOLD/DESBOEUF, Art. 21, Rz. 13; s.a. BGE 131 IV 64, E. 10.1.3).

⁸¹⁰ BSK BV-HERTIG, Art. 20, Rz. 8 ff.

⁸¹¹ VAN SPYK, 55; FISCHER, 47; WOITKEWITSCH, 7.

⁸¹² BGE 138 III 322, E. 4.3.1; BGE 122 I 130, E. 2 und 3c/bb; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 14 f.

⁸¹³ Geschützt wird mit der Berufsfreiheit «insb. die freie Wahl des Berufs, der freie Berufszugang sowie die freie Berufsausübung», siehe SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 13.

⁸¹⁴ Vgl. VAN SPYK, 55; s.a. FISCHER, 47 ff., insb. 51.

⁸¹⁵ BGE 133 III 121, E. 4.1.1; BGer 6B_640/2007, E. 3.1; BGer 4P.265/2002, E. 4.1 und 5.6; s.a. BGE 115 Ib 175, E. 2b; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 284; MÜLLER/SCHEFER, 153; KIENER, 275; MANAI, 36.

⁸¹⁶ MAHON, Petit Comm., Art. 10 Cst., Rz. 15; MANAI, 36; BGE 133 III 121, E. 4.1.1; BGE 118 Ia 427, E. 4b; BGer 6B_640/2007, E. 3.1; BGer 4P.265/2002, E. 4.1; BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 4a, 507 f. (Zwangsbehandlung mit Medikamenten); bezogen auf Zwangsernährungen vgl. insb. BGE 136 IV 97, E. 6.3, und MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 284.

⁸¹⁷ EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 63 (medizinische Behandlung ohne Einwilligung als Eingriff in die durch Art. 8 EMRK geschützte körperliche Integrität); EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 10. Dezember 1984 i.S. *Acmanne u.a. gegen Belgien*, DR 40, 251 ff., 253 und 255; s.a. Res. 1859 (2012), Ziff. 1.

zulehnen – im konkreten Fall oder (vorgängig) im Rahmen einer Patientenverfügung^{818, 819} In diesem Einwilligungserfordernis liegt auch ein Schutz vor einem medizinischen Paternalismus bzw. vor medizinischen Eingriffen im «wohlverstandenen» Interesse des Patienten ohne dessen Zustimmung.⁸²⁰ Aus dem Recht, Behandlungen ablehnen zu dürfen, fliesst letztlich eine **Freiheit zur Krankheit**.⁸²¹ Das Recht, eine medizinische Massnahme abzulehnen, besteht unabhängig davon, ob die Nichtaufnahme oder der Abbruch der Behandlung zum Tod führt bzw. führen soll.⁸²² Somit besteht auch ein grundrechtlich abgesichertes **Recht auf passive Sterbehilfe**⁸²³ (verstanden als Verzicht auf die für das Weiterleben nötigen medizinischen Massnahmen⁸²⁴ –

⁸¹⁸ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 79 f.; zur Beachtlichkeit einer Patientenverfügung siehe Art. 370 ff. ZGB; Art. 9 Biomedizinkonvention; vgl. auch Rec. 1418 (1999), Ziff. 9.b.iv.; Res. 1859 (2012), Ziff. 1 ff.; Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, insb. Principle 15.

⁸¹⁹ Zur Irrelevanz der «Vernünftigkeit» dieser Entscheidung vgl. hinten, bei Fn. 1209.

⁸²⁰ Vgl. bezogen auf Art. 5 Biomedizinkonvention: CHRB Explanatory Report, Ziff. 34; s.a. hinten, bei Fn. 1212 ff.

⁸²¹ GETH/MONA, 157; MONA, Unfreiheit, 27; BSK StGB I-HEER, Vor Art. 56, Rz. 12; PÄRLI, Zwangsmassnahmen, 364; SCHUBARTH, 1092; s.a. BGer 4P.265/2002, E. 5.6; vgl. auch BVerfGE 128, 282 (304).

⁸²² BGer 4P.265/2002, E. 5.6; EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 63; EGMR, Urteil vom 25. Juni 2015 i.S. *Lambert* gegen *Frankreich*, Nr. 46043/14, Ziff. 142; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 8. Juni 2021 i.S. *Semenova und Ibatova* gegen *Russland*, Nr. 48053/15 und 37395/16, Ziff. 45; ferner HANGARTNER, Sterbehilfe, 72 und 79; BREITENMOSER, Sterbehilfe, 200; GETH/MONA, 157; vgl. bereits MALACRIDA, 162 ff.

⁸²³ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 71 f. und 79 (persönliche Freiheit; Schutz der Privatsphäre; Recht auf Leben [fraglich; siehe hinten, bei Fn. 826 und 832 f.]; Menschenwürde); REUSSER, 57 (passive Sterbehilfe als Ausdruck der persönlichen Freiheit); DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1459 (persönliche Freiheit); VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 75 (Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV); MAHON, Petit Comm., Art. 10 Cst., Rz. 13 (Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV); IntKommEMRK-WILDHABER, Art. 8, Rz. 270 ff. (Art. 8 EMRK; 2. Lfg. April 1992); BREITENMOSER, Sterbehilfe, 200 (Verweigerung der passiven Sterbehilfe als Zwangsmedikation; Eingriff in die durch Art. 8 EMRK geschützte körperliche Integrität); den Staat trifft keine Pflicht, die passive Sterbehilfe unter Strafe zu stellen (siehe hinten, bei Fn. 2734).

⁸²⁴ Ber. Sterbehilfe, 13 f.; PETERMANN, Einführung, 34 f.; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 9; BGE 142 I 195, E. 3.1; BGer 6B_646/2020, E. 1.3.1; ferner BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 48; HANGARTNER, Sterbehilfe, 76; vgl. zur Unterlassung und zum Abbruch lebenserhaltender Massnahmen auch Ziff. 6.1.1 der SAMW-Richtlinien, Umgang mit Sterben und Tod (2018); ob auch der *Abbruch* von laufenden, lebenserhaltenden Massnahmen (z.B. die künstliche Beatmung, siehe Ziff. 6.1.1 SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod [2018]) als *passive Sterbehilfe* bezeichnet werden kann und soll (so z.B. JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 116; BGE 142 I 195, E. 3.1; BGer 6B_646/2020, E. 1.3.1), ist angesichts des damit verbundenen aktiven Tuns umstritten (vgl. dazu BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 59 ff.; gemäss Ziff. 6.3.1

im Sinne eines «*Sterbenlassens*»⁸²⁵). Durch das *Recht auf Leben* ist die passive Sterbehilfe m.E. nicht geschützt.⁸²⁶ Hingegen bestehen durchaus enge Bezüge zur Menschenwürde.⁸²⁷

Grundrechtlich – wenn auch nicht absolut⁸²⁸ – geschützt ist es ferner, über die *Art und Weise* und den *Zeitpunkt des eigenen Todes zu entscheiden*. Dies stellt eine von der persönlichen Freiheit umfasste elementare Erscheinungsform der Persönlichkeit dar,⁸²⁹ gehört auch zum Pri-

der SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod [2018] ist «[d]ie Herbeiführung des Todes durch Beenden einer lebenserhaltenden Massnahme auf ausdrückliches Verlangen des urteilsfähigen Patienten [...] keine aktive Tötung.» – solche Fälle werden auch der *aktiven Sterbehilfe* zugerechnet (vgl. etwa BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 60 f.: «Spezialfall der direkten aktiven Sterbehilfe»; welche allerdings «aufgrund einer verfassungsrechtlichen Güterabwägung [...] in Ausnahmefällen» gerechtfertigt werden kann, «wenn der aktuelle und eigenverantwortliche oder durch eine Patientenverfügung vorweg geäusserte oder zumindest eruerbare mutmassliche Wille eines Sterbenden auf den Abbruch der lebenserhaltenden Behandlung zielt.»); zur problematischen Unterscheidung zwischen Sterbenlassen und aktiver Tötung bei einem Behandlungsabbruch aus deutscher Sicht vgl. BGH, Urteil vom 25. Juni 2010, 2 StR 454/09, NSTZ 2010, 630 ff., 631 f.; weitere Differenzierungen finden sich bei HANGARTNER, Sterbehilfe, 78 f. und 89 (passive Sterbehilfe bei einem Verzicht auf «besondere medizinisch-technische Vorkehrungen», nicht aber bei einem Verzicht auf Wasser und Nahrungszufuhr); nach der hier vertretenen Auffassung ist der Einzelne durch die grundrechtlich geschützte Verfügungsfreiheit über seinen Körper und das Recht, in elementaren Fragen des Lebens selbstbestimmt entscheiden zu dürfen, jedenfalls auch in seinem Willen geschützt, dass lebenserhaltende Massnahmen abgebrochen werden; abgesehen davon darf auch eine *aktive Sterbehilfe* nicht vornehmlich aus dem grundrechtlichen Persönlichkeitsschutz ausgeklammert werden (hinten, bei Fn. 1444 ff.).

⁸²⁵ JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 116; HANGARTNER, Sterbehilfe, 69.

⁸²⁶ So aber BREITENMOSE, 199 f.; HANGARTNER, Sterbehilfe, 71 f. und 79; vgl. zur Begründung hinten, bei Fn. 832 f.

⁸²⁷ REUSSER, 57.

⁸²⁸ OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 23.

⁸²⁹ KIENER, 275; BELSER/EGLI, 380 und 382 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 255; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 14; HANGARTNER, Sterbehilfe, 72 und 85; PETERMANN, Rezeptierung, 456; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 15 mit Fn. 57; SOLAND, 18 f.; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 99 und 103; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1271 und 1312; MÜLLER/SCHEFER, 152; JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 119 und 127; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 74; OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 23; PÄRLI, Zwangsmassnahmen, 363; SUTTER, Schutz, 47; BGE 142 I 195, E. 3.2 und 3.4; BGER 6B_646/2020, E. 1.3.2; BGER 2C_608/2017, E. 6.5.2; am Schutz der Menschenwürde (Art. 7 BV) braucht die Freiheit zu sterben nicht zwingend selbständig angeknüpft zu werden (vgl. aber HANGARTNER, Sterbehilfe, 72; JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 119), obwohl es zweifellos zur Würde des Menschen gehört, über solch grundlegende Fragen wie den eigenen Tod selbst bestimmen zu können, erst recht, wenn der Betroffene schwer leidet (HANGARTNER, Sterbehilfe, 72; s.a. SCHAEER, 127; hinten, bei Fn. 1132).

vatleben nach Art. 13 BV⁸³⁰ und ist ebenso durch Art. 8 EMRK geschützt⁸³¹ (nicht aber durch das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK,⁸³² das einen bestimmten Zustand – das «Lebendigsein» – und nicht eine Verhaltensfreiheit im Umgang mit dem eigenen Leben schützt;⁸³³ aus demselben Grund [Schutz eines Zustands] fließt eine Freiheit zu sterben

⁸³⁰ SGK BV-BREITENMOSE, Art. 13, Rz. 25; HOTTELIER, 98; PETERMANN, Rezeptierung, 456; PETERMANN, Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention, 1114 und 1128 f.; KIENER, 275; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1271 und 1312; SUTTER, Schutz, 47; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 74; HANGARTNER, Sterbehilfe, 72 (Grundrecht auf Privatsphäre); CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 77.

⁸³¹ EGMR, Urteile vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 51; vom 19. Juli 2012 i.S. *Koch gegen Deutschland*, Nr. 497/09, Ziff. 51 ff.; vom 14. Mai 2013 i.S. *Gross gegen Schweiz*, Nr. 67810/10, Ziff. 59 f. (nicht mehr gültig); noch zurückhaltender die Formulierung des EGMR im Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 67; s.a. EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 4. Juli 1983 i.S. *R. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 10083/82, DR 33, 270 ff., Ziff. 13; ferner BGE 142 I 195, E. 3.2 und 3.4; BGE 133 I 58, E. 6.1 und E. 6.2.1 («Recht auf den eigenen Tod»); BGER 6B_646/2020, E. 1.3.2; BGER 2C_9/2010, E. 2.1; BGER 2C_839/2008, E. 1.2; IntKom-EMRK-WILDHABER, Art. 8 EMKR, Rz. 268 f. (2. Lfg. April 1992); BAUMGARTEN, 93; VON SCHWICHOW, 123 ff., insb. 127.

⁸³² KIENER, 274; HOTTELIER, 98; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 255; MÜLLER/SCHEFER, 46; SCHWEIZER, Sterbehilfe, 32 ff.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 10; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 17; GRABENWARTER/PABEL, § 20, Rz. 4; EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 39 f.; BGE 133 I 58, E. 6.2.2; ferner KNEIHS, 266 ff. (der allerdings dem Argument, das Recht auf Leben sei nicht als «Handlungsgrundrecht» verfasst, keine Bedeutung beimisst – jedoch würden die auf den *Schutz des Lebens* gerichteten «Schrankenvorbehalte» von Art. 2 EMRK «auf einen Schutz auch des Rechtes auf den eigenen Tod nicht passen»); wohl a.A. TEICHMANN/HARZHEIM, 397.

⁸³³ Siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 255; ALEXY, Theorie, 176 f.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 42; vgl. *demgegenüber*: ROUILLER/ROUSSIANOS, 944; ferner HANGARTNER, Bem. zu VGer ZH VB.99.00145, 482, und DERS., Sterbehilfe, 71 und 85, wonach sich die Freiheit zu sterben bzw. auf das Leben zu verzichten auch aus der negativen Seite des Rechts auf Lebens ergebe; in diese Richtung auch MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 312. Das ist zweifelhaft: Beim grundrechtlichen Schutz von Zuständen und Eigenschaften kann sich die negative Freiheit höchstens dahingehend auswirken, von diesem Schutz gegenüber dem Staat keinen Gebrauch machen zu müssen (vgl. bezogen auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG SCHWABE, 69; FISCHER, 69 f.; BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 134). Unerheblich ist, dass der Staat das Recht auf Leben nicht gegen den Einzelnen wenden kann (siehe hinten, bei Fn. 2729 ff.). Damit ist *nur* gesagt, dass sich der Staat nicht auf das Recht auf Leben berufen kann, um der (freiverantwortlich handelnden) Grundrechtsträgerin einen Schutz des Lebens (vor sich selbst) aufzudrängen. Dass Art. 10 Abs. 1 BV auch ein selbständiges Recht auf Selbsttötung enthielte, folgt daraus nicht: Der Umstand, dass ein grundrechtlicher Zustands- oder Eigenschaftenschutz («Lebendigsein») nicht gegen den Einzelnen gewendet werden kann,

auch nicht aus dem durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Recht auf *körperliche Unversehrtheit*⁸³⁴). Umstritten sind freilich die Grenzen dieser Freiheit, namentlich mit Blick auf die *Unterstützung Dritter* beim Sterben. Darauf ist im Kontext paternalistisch motivierter Eingriffe zum Schutz des Lebens zurückzukommen.⁸³⁵

Bezogen auf einen Schutz vor sich selbst im *Strafverfahren*⁸³⁶ ist von Bedeutung, dass der Einzelne ein durch Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK ausdrücklich geschütztes, allerdings beschränkbares Recht hat, sich selbst zu verteidigen (**Recht auf Selbstverteidigung; Selbstverteidigungsrecht**).⁸³⁷ Relevant – z.B. im Zusammenhang mit der Vorenthaltung von Akten und Informationen im Rahmen des sog. *«therapeutischen Privilegs»* bzw. zum Schutz vor Gesundheitsschäden⁸³⁸ – ist ferner das aus Art. 29 Abs. 2 BV abgeleitete **Recht auf Akteneinsicht**⁸³⁹; ein **Recht auf Auskunft über die bzw. Zugang zu den eigenen (Gesundheits-)Daten** ergibt sich zudem aus Art. 13 Abs. 1⁸⁴⁰ und 2⁸⁴¹ BV sowie der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2

macht diesen noch nicht zur Verhaltensfreiheit (vgl. demgegenüber PETERMANN, Rezeptionierung, Fn. 177; DERS., Der Entwurf eines Gesetzes zur Suizid-Prävention, 1114; s.a. BREITENMOSE, 182 f.). Auch dass das Recht auf Leben im Dienste der Würde des Einzelnen steht, rechtfertigt es nicht, einen Schutz von Eigenschaften in einen Schutz von Verhaltensfreiheiten umzudeuten (vgl. bezogen auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG aber FINK, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HGR Bd. IV/I, § 88, Rz. 48); zur vergleichbaren Problematik im Kontext der körperlichen Unversehrtheit, siehe hinten, Fn. 1722).

⁸³⁴ Vgl. demgegenüber KLEY/ZAUGG, 177; dazu auch hinten, Fn. 1722 (mit der Differenzierung, was eine – allenfalls zum Tod führende – *Abwehr* medizinischer Eingriffe in den Körper anbelangt).

⁸³⁵ Vgl. dazu hinten, Teil 2 III. C.

⁸³⁶ Vgl. dazu vorne, Teil 1 II. D, dort Ziff. (14.) bei Fn. 623 ff., und hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii.

⁸³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 119 ff. und 143 ff.; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. November 2001 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 48188/99; s.a. EGMR, Urteil vom 15. November 2007 i.S. *Galstyan gegen Armenien* Nr. 26986/03, Ziff. 91; Frowein/Peukert-PEUKERT, Komm. zu Art. 6 EMRK, Rz. 291 f.; BGE 131 I 350 S. 358, E. 3.2; BGer 6B_725/2011, E. 2.2; BGer 1P.117/2003, E. 3; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 1525; auch nach der BV besteht – obwohl nicht ausdrücklich genannt – ein (beschränkbares) Recht, sich selbst zu verteidigen (vgl. Botsch. VE 96, 187, die das Recht, sich selbst zu verteidigen zu den der angeklagten Person «zustehenden Verteidigungsrechten» i.S.v. Art. 32 BV zählt; ferner BSK BV-GÖKSU, Art. 32, Rz. 16; s.a. BGE 131 I 350, E. 3.1; BGer 1B_253/2007, E. 3.1); offengelassen hat das Bundesgericht in einem älteren Entscheid, ob die persönliche Freiheit ein Recht enthält, sich im Strafverfahren selbst zu verteidigen (BGE 95 I 356, E. I.1.). Ein (beschränkbares) Recht, sich selbst zu verteidigen, garantiert ferner Art. 14 Ziff. 3 Bst. d UNO-Pakt II (Human Rights Committee, Communication No. 1123/2002, adopted on 28 March 2006, *Correia de Matos v. Portugal*, Ziff. 7.1 ff.; ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 6; ZIMMERLIN, Rz. 659); vgl. auch hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii.

⁸³⁸ Vgl. vorne, Teil 1 II. D, dort Ziff. (21.).

⁸³⁹ Siehe etwa BSK BV-WALDMANN, Art. 29, Rz. 54; BGE 140 V 464, E. 4.1.

⁸⁴⁰ SGK BV-BREITENMOSE, Art. 13, Rz. 24; BGE 138 I 6, E. 7.5.2 (Art. 13 BV).

⁸⁴¹ SGK BV-SCHWEIZER/STRIEGEL, Art. 13, Rz. 100 ff. und 133; BGE 127 I 145, E. 4a; Botsch. GumG (2017), 5663 f.

BV)⁸⁴²; ferner aus Art. 10 Abs. 2 Biomedizinkonvention⁸⁴³ und grundsätzlich auch aus Art. 8 EMRK⁸⁴⁴. Der Einzelne hat zudem – was insbesondere im Zusammenhang mit medizinischen *Behandlungsentscheidungen* (Schutz der körperlichen Integrität und der freien, selbstbestimmten Willensbildung) von Bedeutung ist – ein **Recht auf Aufklärung**. Seine Grundlage findet dieser Anspruch in der Garantie der körperlichen Unversehrtheit, vor allem aber auch in dem durch Art. 13 und Art. 10 Abs. 2 BV geschützten Selbstbestimmungsrecht.⁸⁴⁵ Umgekehrt – etwa relevant für das *Aufdrängen von Informationen zum Gesundheitszustand* im «besten» Interesse des Patienten – gibt es ein **Recht auf Nichtwissen** bezüglich der die eigene Person betreffenden Daten (z.B. hinsichtlich des eigenen Erbguts oder festgestellter Krankheiten); es lässt sich als Ausprägung des informationellen Selbstbestimmungsrechts (Art. 13 Abs. 2 BV) verstehen⁸⁴⁶ und dürfte auch durch Art. 8 EMRK geschützt sein⁸⁴⁷ – ausdrücklich verankert ist das Recht auf Nichtwissen zudem in Art. 10 Abs. 2 Biomedizinkonvention⁸⁴⁸ sowie in verschiedenen Bestimmungen auf Gesetzesstufe⁸⁴⁹.

Daneben gibt es *zahlreiche weitere Grundrechte*, die im Kontext paternalistischen Staatshandelns von Bedeutung sein können:

Beispielsweise aktualisiert sich das Recht auf **informationelle Selbstbestimmung** (Art. 13 Abs. 2 BV) bei (auch paternalistisch motivierten⁸⁵⁰) Melde- und Erfassungspflichten für Pros-

⁸⁴² BSK BGG-GELZER, Art. 56, Rz. 12; BGE 128 I 63, E. 3.1; BGE 127 I 145, E. 4a; wie sich die Ansprüche aus Art. 13 BV zu denjenigen aus Art. 10 BV verhalten, ist hier nicht zu vertiefen (vgl. immerhin hinten, bei Fn. 1710 ff.).

⁸⁴³ Diese Bestimmung ist grundsätzlich direkt anwendbar (Botsch. Biomedizinkonvention, 286).

⁸⁴⁴ Vgl. EGMR, Urteil vom 27. Oktober 2009 i.S. *Haralambie gegen Rumänien*, Nr. 21737/03, Ziff. 79 ff.; ferner BGE 138 I 6, E. 7.5.2; BGE 127 I 145, E. 4a.

⁸⁴⁵ VAN SPYK, 204 ff.

⁸⁴⁶ CLAUDIA MUND, Genetische Information und Grundrechtsschutz – Zu den persönlichkeitsrechtlichen Grenzen postnatale genetischer Untersuchungen beim Menschen, *digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit* 2005, 118 ff., 119; CHRISTOPH ERRASS, Genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil K, 997 ff., Rz. 98; RAINER J. SCHWEIZER, Privacy: Selbstbestimmung in der transparenten Gesellschaft, in: Rainer J. Schweizer/Herbert Burkert/Urs Gasser (Hrsg.), *Festschrift für Jean Nicolas Druey*, Zürich etc. 2002, 907 ff., 916 f. und 921; Botsch. GumG (2017), 5666 und 5727.

⁸⁴⁷ MARIE-THERES TINNEFELD, Menschenwürde, Biomedizin und Datenschutz: Zur Aufklärung neuer Risiken im Arbeits- und Versicherungswesen, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2000, 10 ff., 12.

⁸⁴⁸ Allerdings sieht Art. 10 Abs. 3 Biomedizinkonvention vor, dass das Recht auf Nichtwissen im Interesse des Patienten eingeschränkt werden kann. Dies ist dann denkbar, wenn das Wissen um eine bestimmte Krankheitsveranlagung eine Voraussetzung dafür ist, um effektive präventive Massnahmen treffen zu können (siehe CHRHB Explanatory Report, Rz. 70).

⁸⁴⁹ Vgl. Art. 8 Abs. 1 HFG (es gilt absolut, Einschränkungen sind nicht zulässig, siehe Botsch. HFG, 8099 f.; SHK HFG-POLEDNA, Art. 8, Rz. 28) und Art. 8 GumG (auch hier gilt das Recht auf Nichtwissen absolut, vgl. dazu vorne, bei Fn. 533).

⁸⁵⁰ Vgl. vorne, Teil I II. D, dort Ziff. (24.).

tituierte.⁸⁵¹ Das **Recht auf Achtung der Privatsphäre** (Art. 13 Abs. 1 BV) kann sich bei einer staatlichen Zwangsberatung in persönlichkeitsnahen Bereichen als relevant erweisen (z.B. bei Beratungspflichten im Hinblick auf einen Schwangerschaftsabbruch⁸⁵²). Die durch die **Informationsfreiheit** (Art. 16 Abs. 3 BV) garantierte Empfangsfreiheit⁸⁵³ ist bei (paternalistisch motivierten) Beschränkungen des *Zugangs zu Informationen* von Bedeutung;⁸⁵⁴ folgt man der Auffassung, wonach rein kommerzielle Äusserungen *grundsätzlich* nicht unter den Schutz von Art. 16 Abs. 3 BV fallen,⁸⁵⁵ würden Restriktionen im Bereich der (kommerziellen) Werbung die *Informationsfreiheit* der *Werbeempfänger* allerdings nicht beschränken.

Im Kontext der Paternalismusproblematik ist das **Recht auf Leben** (Art. 10 Abs. 1 BV; Art. 2 EMRK) (u.a.) insofern relevant, als der Staat – z.B. bei medizinischen Zwangsmassnahmen – das Leben der Betroffenen nicht gefährden darf,⁸⁵⁶ was z.B. *bei einer Impfung gegen Krankheiten* grundsätzlich nicht der Fall ist.⁸⁵⁷ Die **Bewegungsfreiheit** kann bei der *Zwangsernährung* eines hungerstreikenden Strafgefangenen relevant werden, soweit dazu eine Fixierung des Patienten erforderlich ist bzw. dieser bewegungsunfähig gemacht wird,⁸⁵⁸ ebenso bei freiheitsbeschränkenden Massnahmen im Kontext des *Erwachsenenschutzrechts*.⁸⁵⁹ Durch eine *Gurtentragungspflicht* ist die Bewegungsfreiheit m.E. hingegen nicht tangiert:⁸⁶⁰ Nicht jede noch so geringfügige Ein-

⁸⁵¹ BGE 137 I 167, E. 8.2.

⁸⁵² Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 59 f.; zur auch paternalistischen Motivation entsprechenden Regelungen vgl. vorne, bei Fn. 757.

⁸⁵³ BGE 137 I 8, E. 2.3.

⁸⁵⁴ Etwa bezogen auf kritische Informationen betreffend die «Zwangspsychiatrie» (vgl. vorne, bei Fn. 113, und hinten, bei Fn. 2325); zu denken ist ferner an eine Beschränkung des Zugangs zu privaten Beratungsangeboten (etwa im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs [vgl. MÜLLER/SCHEFER, 519] oder der Sterbehilfe) oder an eine Beschränkung des Zugangs zu (kontroversen) Filmen bzw. Filmvorführungen (vgl. SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 74; BGE 120 Ia 190, E. 2a).

⁸⁵⁵ Vgl. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 23; SCHEFER, Kerngehalte, 454; BGE 128 I 295, E. 5a – diese Auffassung ist nicht unumstritten, vgl. etwa SCHÜTZ, 79 ff., wonach Werbebeschränkungen auch unter dem Aspekt der Informationsfreiheit geprüft werden müssten; kritisch auch CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 5 und 29; s.a. hinten, Fn. 4805.

⁸⁵⁶ Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 49; MÜLLER/SCHEFER, 53.

⁸⁵⁷ Vgl. EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. Januar 1998 i.S. *Boffa und 13 andere* gegen *San Marino*, Nr. 26536/95, DR 92-B, 27 ff., 33.

⁸⁵⁸ Vgl. PAYLLIER, Hungerstreik, 313; KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Rz. 24; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 284.

⁸⁵⁹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 82 f.; zu paternalistisch motivierten, die Bewegungsfreiheit beschränkenden Massnahmen vgl. bereits vorne, bei Fn. 709 ff.

⁸⁶⁰ Vgl. aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber das unpublizierte Urteil P.200/1976 vom 5. Oktober 1977, E. 3: «L'obligation de porter la ceinture de sécurité constitue de toute évidence une atteinte à la liberté personnelle telle qu'elle a été définie par la jurisprudence; destinée à atténuer la gravité des conséquences d'un accident de circulation, elle limite la liberté de mouvement des automobilistes et de certains passagers des véhicules automobiles.» – ob es sich dabei um einen schweren oder einen leichten Eingriff handelt, liess das Bundesgericht offen, ebenso die Frage, ob die Beschränkung der Bewegungsfreiheit als zu-

schränkung, sich ungehindert bewegen zu können, aktualisiert bereits deren Schutz; eine gewisse Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung bzw. eine gewisse Intensität der Auswirkungen wird man (auch) hier verlangen müssen.⁸⁶¹

Fraglich ist, ob die Wirtschaftsfreiheit eine *Freiheit des Konsums (Konsumfreiheit)* enthält. Kann sich die Konsumentin gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit gegen – z.B. gesundheitspolitisch motivierte – konsumbeschränkende oder konsumlenkende Massnahmen zur Wehr setzen (z.B. wenn die Zugänglichkeit zu gesundheitsschädlichen Produkten erschwert wird)? Für eine durch Art. 27 BV geschützte Konsumfreiheit mögen durchaus gute Gründe sprechen,⁸⁶² dieser Problembereich soll hier jedoch nicht vertieft werden. Mit Blick auf paternalistisch motivierte gesetzliche Beschränkungen der Privatautonomie (Bewilligungsvoraussetzungen,

lässig erachtet werden konnte: Die Beschwerde wurde schon deshalb gutheissen, da die Gurtentragpflicht (damals) nicht auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruhte (vgl. dazu hinten, Fn. 4698).

⁸⁶¹ Vgl. FELIX BAUMANN, Inhalt und Tragweite der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), ZBl 2004, 505 ff., 526 f.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 55 (keine «allgemeine Handlungsfreiheit in örtlicher Hinsicht»); REGULA GERBER JENNI, «Abendausgang Kinder»: rechtliche Überlegungen zu einer polizeilichen Vorschrift, FamPra.ch 2006, 845 ff., 847; ferner BGer 1P.134/2001, E. 2, und BGE 126 I 112, E. 3a, wonach der Schutzbereich der persönlichen Freiheit «*samt ihren Ausprägungen*» mit Blick auf die Art und Intensität der Beeinträchtigung sowie eine allfällige besondere Schutzbedürftigkeit des Betroffenen zu konkretisieren ist.

⁸⁶² So ist zu bedenken, dass sowohl Anbieter als auch Konsumenten Teilnehmer am Markt sind, beide ein Interesse an einem funktionierendem Wettbewerb haben und die Konsumenten als entscheidende Grösse für eine funktionierende Wettbewerbsordnung nicht banalisiert werden dürfen; aus solchen und anderen Gründen spricht sich die wohl überwiegende *Lehre* für die Anerkennung einer durch die Wirtschaftsfreiheit geschützten Konsumfreiheit aus (MÜLLER/SCHEFER, 1054; CR Cst.-MARTENET, Art. 27, Rz. 66 f.; RHINOW, Komm. zu Art. 31 aBV, Rz. 117 ff.; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 8; PETER HETTICH, Die Glühbirne – Lucifer neuer Zeiten, ZBl 2015, 567 ff., 581; RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 164, 427 und 473; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 32 [Berücksichtigung der Konsumfreiheit zumindest «im Sinne einer objektiven Grundsatznorm»]; grundsätzliche Möglichkeit auch des Konsumenten, sich unter Berufung auf die Wirtschaftsfreiheit gegen konsumlenkende Massnahmen zur Wehr zu setzen]; ANDREAS GERSBACH, Der Produkttest im schweizerischen Recht, Diss., Zürich 2003, 19 und 27 f.; a.A. MAHON, Petit Comm., Art. 27 Cst., Rz. 8; BELSER, Vertragsrecht, 29; ferner Botsch. VE 96, 176); gemäss BSK BV-UHLMANN, Art. 27, Rz. 18, bestehen zumindest «Gründe, die Konsumfreiheit nicht unter Art. 27 zu subsumieren», er weist jedoch auch auf die mit dieser Auffassung verbundenen Nachteile hin); das *Bundesgericht* hat sich gegen eine Konsumfreiheit ausgesprochen (BGE 102 Ia 104, E. 7; BGer 1P.194/1994, ZBl 1998, 272 ff., E. 7, 279); aus der *kantonalen Rechtsprechung* vgl. demgegenüber den Entscheid des VGer AG vom 28. September 1993, AGVE 1993, 237 ff., 242 f. (eine Konsumfreiheit wird in der Tendenz bejaht, die Frage jedoch letztlich offengelassen).

Verkaufsverbote usw.) stellt sich ferner die Frage, ob die *Vertragsfreiheit*⁸⁶³ ein eigenständiges (ungeschriebenes) Grundrecht darstellt,⁸⁶⁴ was jedoch zu verneinen ist.⁸⁶⁵ Die Vertragsfreiheit ist zwar von grundlegender Bedeutung für die Wahrnehmung anderer grundrechtlich geschützter Freiheiten – was ein Kriterium ist, um ein ungeschriebenes Grundrecht annehmen zu dürfen⁸⁶⁶ –, indessen partizipiert sie an deren Schutz *bereits mit*, ist also durch dasjenige Grundrecht geschützt, in dessen Rahmen die Vertragsfreiheit zur Diskussion steht.⁸⁶⁷ Kann Schutz- und Freiheitsbedürfnissen bereits im Rahmen geschriebener Grundrechte Rechnung getragen werden, besteht kein Bedarf für die Anerkennung eines ungeschriebenen Grundrechts.⁸⁶⁸ Eine grundrechtlich eigenständig geschützte *Vertragsfreiheit* erweist sich insofern nicht als notwendig.⁸⁶⁹

⁸⁶³ Die Vertragsfreiheit setzt sich zusammen aus der *Abschlussfreiheit*, der *Partnerwahlfreiheit*, der *Inhaltsfreiheit*, der *Formfreiheit* und der *Aufhebungs- bzw. Änderungsfreiheit* (vgl. etwa CHK OR AT-KUT, Art. 19–20, Rz. 2; WOLF, Vertragsfreiheit, 8).

⁸⁶⁴ So WOLF, Vertragsfreiheit, 11; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 112 und 253 f., bejahen ein «unbenanntes» «Grundrecht auf Privatautonomie»; wohl auch BELSER, Vertragsrecht, 166 («Grundrecht auf Privatautonomie»), vgl. dann aber 27 und 168.

⁸⁶⁵ Vgl. etwa HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 66 f.; RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 128 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rz. 58; ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 158.

⁸⁶⁶ Ein ungeschriebenes Grundrecht kann auch dann angenommen werden, wenn die fragliche «Befugnis» als unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes erscheint, siehe BGE 121 I 367, E. 2a; SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 22; s.a. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 228.

⁸⁶⁷ Vgl. RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 128 f.; HANGARTNER, Bd. II, 66 f.; ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 158; die Vertragsfreiheit ist insbesondere Bestandteil der *Wirtschaftsfreiheit* (CHK OR-KUT, Art. 19–20, Rz. 1; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5, Rz. 58; Botsch. VE 96, 293; BGE 146 I 70, E. 6.1; BGE 136 I 197, E. 4.4.1; BGE 131 I 223, E. 4.1; BGE 130 I 26, E. 4.3; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 45; BK OR-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 41) und der *Eigentumsgarantie* (BGE 113 Ia 126, E. 8c; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 45; BELSER, Vertragsrecht, S. 29 mit Fn. 77). Wegen der Wichtigkeit der Vertragsfreiheit zur Entfaltung der Persönlichkeit (vgl. BK OR-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 20 und 41; MÜLLER, Grundrechte der Verfassung, 61; BGE 80 II 26, E. 5a) steht sie aber auch unter dem Schutz der *persönlichen Freiheit* (vgl. WOLF, Vertragsfreiheit, 10; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 112 und 253).

⁸⁶⁸ Siehe TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 4.

⁸⁶⁹ Vgl. ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 158; dass ein eigenständiges Grundrecht die Bedeutung der Vertragsfreiheit unterstreichen würde (so für Deutschland JAN-WILLEM WEISCHER, Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit und die Inhaltskontrolle von Absatzmittlungsverträgen, Diss., Berlin 2013, 53 ff.), reicht m.E. nicht aus, um ein eigenständiges, ungeschriebenes Grundrecht anzunehmen. Zudem stellt sich die Frage, ob die Vertragsfreiheit neben den betroffenen Grundrechten überhaupt einen *eigenständigen* Gehalt entfalten könnte (RHINOW, Komm. zu Art. 31 aBV, Rz. 85; ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 158 und Fn. 129). Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit stark auf gesetzgeberische Ausgestaltung angewiesen sind (ARNET,

Im Vordergrund der weiteren Untersuchung sollen die durch *paternalistische* Massnahmen spezifisch aufgeworfenen *Schutzbereichsfragen* stehen. Die Bestimmung des (sachlichen) Schutzbereichs – der grundrechtlich geschützten Verhaltensweisen, Zustände, Interessen und Ansprüche⁸⁷⁰ – ist nicht nur ausserhalb paternalistischer Fragestellungen wichtig,⁸⁷¹ dort aber ganz besonders: Die paternalistische Einwirkung ist insofern aussergewöhnlich, als sie *zum Wohl* des Grundrechtsträgers selbst erfolgen soll und an dessen (wohlverstandenen) eigenen «Interessen» anknüpft.⁸⁷² Damit verbunden sind spezielle Fragen nach der

Freiheit und Zwang, Rz. 158). Die Festlegung eines eigenständigen – von der «ausgestaltenden» Gesetzgebung unabhängigen – abwehrrechtlichen Grundrechtsgehalts «Privatautonomie» dürfte mit einigen Schwierigkeiten verbunden sein (vgl. dazu etwa BUMKE, 21 ff.; vgl. ferner BK OR-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 36, zur «naturrechtlichen» Legitimation einerseits und der «staatlichen Theorie» der Vertragsfreiheit andererseits). Welchen Gehalt die Vertragsfreiheit hätte, ergibt sich jedenfalls nicht unmittelbar aus der Verfassung selbst (ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 158).

⁸⁷⁰ Siehe etwa BOLZ, 26 und 29.

⁸⁷¹ Dass der Staat bei seinem Handeln unabhängig vom Vorliegen eines Grundrechtseingriffs die rechtsstaatlichen Grundsätze einzuhalten hat (Art. 5 BV), vermag die Schutzbereichsproblematik zwar etwas zu entschärfen (vgl. TSCHANNEN, Warnungen, 420; s.a. KLEY, Grundrechtskatalog, 323 und 341 f.), lässt sie aber keinesfalls als irrelevant erscheinen: Immerhin statuieren die Grundrechte *rechtliche Ansprüche* (vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 342); sind Grundrechte betroffen, gelten zudem grundsätzlich *höhere Anforderungen an die Rechtfertigung* des staatlichen Handelns (TSCHANNEN, Warnungen, 420; betreffend Normdichte und Normbestimmtheit vgl. KLEY, Grundrechtskatalog, 342; bezogen auf die Zumutbarkeitsprüfung siehe KLEY, Grundrechtskatalog, 342; YVO HANGARTNER, Bemerkungen zu BGer 2C_704/2007, AJP 2008, 1592 ff., 1594; DERS., Bem. zu BGE 133 I 110, 1585 f.; bezogen auf das öffentliche Interesse: BGE 138 I 378, E. 8.2). Weiter ist zu beachten, dass das Bundesgericht die Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips bei der Anwendung kantonalen Rechts ausserhalb von Grundrechtseingriffen nur unter dem Gesichtswinkel des Willkürverbots beurteilt – der (selbstständige) Stellenwert von Art. 5 Abs. 2 BV ist insofern relativiert (siehe BGE 134 I 153, E. 4.3; BGE 138 I 378, E. 8.2; BGE 141 I 1, E. 5.3.2; BGE 143 I 37, E. 7.5; BGer 2C_595/2020, E. 1.5; Entsprechendes gilt bezogen auf das Legalitätsprinzip, siehe BGer 2C_578/2018, E. 4.1; BGer 2C_595/2020, E. 5.1); ob Grundrechte betroffen sind oder nicht, spielt sodann eine Rolle für die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* (Art. 113 ff. BGG): Mit den «*verfassungsmässigen Rechten*» (Art. 116 BGG) sind (wenn auch nicht ausschliesslich) *Grundrechte* gemeint (vgl. dazu. Commentaire LTF-FRÉSARD, Art. 116 BGG, Rz. 3 ff.; ferner SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 18). Grundrechte statuieren zudem öffentliche Interessen, Handlungsaufträge und Ordnungsprinzipien, sie bedürfen der Verwirklichung in der ganzen Rechtsordnung, enthalten Schutzpflichten und stellen selbst eine Grenze der Freiheit dar (Art. 36 Abs. 1 BV).

⁸⁷² Vgl. auch hinten, bei Fn. 1705.

Reichweite der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung⁸⁷³ (oder *Autonomie*⁸⁷⁴, *Freiheit*⁸⁷⁵, *Eigenverantwortung*⁸⁷⁶ bzw. *Selbstverantwortung*⁸⁷⁷). An-

⁸⁷³ Zur hier nicht zu vertiefenden Frage nach der Herkunft und Entwicklung des Begriffs der Selbstbestimmung vgl. HOLLERBACH, 6 ff.; UWE KRÄHNKE, *Selbstbestimmung – Zur gesellschaftlichen Konstruktion einer normativen Leitidee*, Weilerswist 2007, 29 ff.; ferner VAN SPYK, 27 ff. m.H.; zu beachten ist, dass letztlich alle Grundrechte auf den Schutz von «Selbstbestimmung» gerichtet sind (vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 240; ENDERS, *Menschenwürde*, 491) – im Sinne eines Schutzes vor *Fremdbestimmung* (Fremdbestimmung als Gegenstück zur Selbstbestimmung, siehe etwa HOLLERBACH, 16) oder der Möglichkeit der *Mitbestimmung* im Sinne einer «*partizipativen Selbstbestimmung*» (VAN SPYK, 29 f.); der Gedanke der Selbstbestimmung ist ein tragendes Prinzip für die Interpretation der durch die EMRK garantierten Rechte (vgl. etwa EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 135; ferner EGMR, Urteile vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 61; vom 11. Januar 2006 i.S. *Sørensen und Rasmussen gegen Dänemark*, Nr. 52562/99 und 52620/99, Ziff. 54; vom 27. April 2010 i.S. *Vörður Ólafsson gegen Island*, Nr. 20161/06, Ziff. 46). Das Selbstbestimmungsrecht ist somit nicht nur in der persönlichen Freiheit zu verorten (m.E. insofern zu eng: KLEY/ZAUGG, 167). Freilich nimmt der Begriff der «Selbstbestimmung» gerade im Kontext der konventions- und verfassungsrechtlichen Garantien zum Schutz der Persönlichkeit eine wichtige Rolle ein – Recht auf Selbstbestimmung («*right to self-determination*»; «*droit à l'autodétermination*») als Teilgehalt des durch Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens: siehe etwa EGMR, Urteile vom 22. Januar 2008 i.S. *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02, Ziff. 43 und vom 3. Oktober 2013 i.S. *I.B. gegen Griechenland*, Nr. 552/10, Ziff. 67; zur Entwicklung des Rechts auf Selbstbestimmung als eigenständiger Teilgehalt von Art. 8 EMRK vgl. VAN SPYK, 34; zum Schutz der Selbstbestimmung durch Art. 10 Abs. 2 und 13 BV vgl. auch hinten, bei Fn. 1707 ff.

⁸⁷⁴ Der Begriff der Autonomie stammt aus dem Griechischen («Selbstgesetzgebung», vgl. RÖNNAU, 205; KLEY/ZAUGG, 169) und wird häufig gleichbedeutend mit dem Begriff der Selbstbestimmung verwendet (vgl. etwa HOLLERBACH, 6 f.; MÖLLER, *Paternalismus*, 95; RÖNNAU, 205) – hier nicht näher zu diskutierende Differenzierungen zwischen Selbstbestimmung und Autonomie mit Blick auf das Autonomieverständnis von KANT finden sich bei KLEY/ZAUGG, 168 ff.; für weitere Differenzierung vgl. KIRSTE, *Recht*, 66, und HOLLERBACH, 19 ff.

⁸⁷⁵ Selbstbestimmung wird zuweilen auch als «anderes Wort für Freiheit» bezeichnet (vgl. dazu sowie zu Differenzierungen zwischen den Begriffen «Freiheit» und «Selbstbestimmung» HOLLERBACH, 15 ff.). Dass der Begriff der Freiheit mit ganz unterschiedlichen Bedeutungsgehalten verwendet wird, sei hier lediglich erwähnt (vgl. dazu etwa FALK, 26).

⁸⁷⁶ Zu den engen Bezügen zwischen den Begriffen der Selbstbestimmung und der Eigenverantwortung siehe hinten, bei Fn. 2519; indessen darf nicht übersehen werden, dass die Eigenverantwortung auch als «*Kehrseite*» der Selbstbestimmung begriffen wird (dazu hinten, bei Fn. 1703 und bei Fn. 2525); zum spezifischen Stellenwert der Eigenverantwortung und ihren verschiedenen Bedeutungsgehalten im Kontext der *verfassungsrechtlichen* Diskussion siehe hinten, Teil 3 III. A. 2.

⁸⁷⁷ Die Begriffe «Eigenverantwortung» und «Selbstverantwortung» werden häufig gleichbedeutend verwendet (vgl. RIEMER-KAFKA, *Moral Hazard* 191; FRANK NULLMEIER,

gesichts ihres zentralen Stellenwerts in der Verfassung und ihres umstrittenen Gehalts im Kontext paternalistischen Staatshandelns ist der Blick zunächst auf die *Menschenwürde* zu richten.

Paradoxien der Eigenverantwortung, in: HEIDBRINK/HIRSCH, 151 ff., 151; GÄCHTER, Grundstrukturen, 59). Manchmal wird der Begriff der *Selbstverantwortung* mit einer (zusätzlichen) *ethischen* Verpflichtung oder Dimension in Verbindung gebracht (vgl. FÜHR, 62 und 64; RIEMER-KAFKA, Moral Hazard, 191; für weitere Differenzierungen vgl. HEIDBRINK, Verantwortung, 21). Wird der Begriff der Selbstverantwortung in der Rechtssprache verwendet (vgl. etwa BGE 134 IV 193, E. 9.1, betreffend die «Selbstverantwortung» des Opfers und BBl 2003 2101, 2108 und 2136, betreffend die «Selbstverantwortung» der Inhaber von Datensammlungen), ist damit jedoch regelmässig nicht auch eine spezifische ethische Dimension (mit-)angesprochen; bezogen auf die in Art. 6 BV genannte «Verantwortung für sich selber» vgl. aber OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2; SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 12 und 15; siehe zum Ganzen auch: MÜLLER, Eigenverantwortung, 545 f.

II. Menschenwürde als «Grenze» oder Garantie einer Selbstdefinition des eigenen Wohls?

A. Grundproblematik

Im Zusammenhang mit paternalistischem Staatshandeln stellt sich regelmässig die Frage nach dem Stellenwert und der Bedeutung der *Menschenwürde*. Dieser Problembereich bedarf nicht zuletzt angesichts der verschiedensten Funktionen und Bedeutungsgehalte der Menschenwürde einer besonderen Betrachtung.

Die Menschenwürde wird in Art. 7 BV garantiert und daneben in verschiedenen weiteren Verfassungsnormen⁸⁷⁸ und völkerrechtlichen Bestimmungen⁸⁷⁹ genannt. In ihrem Kern ist auch die EMRK auf den Schutz der menschlichen Freiheit und der Menschenwürde ausgerichtet.⁸⁸⁰ Die BV konstituiert die Würde in Art. 7 BV zunächst als *Grundrecht*,⁸⁸¹ das keine Einschränkungen erduldet.⁸⁸² In gewissen Konstellationen mag die Würde einen *eigenständigen grundrechtlichen Gehalt* haben⁸⁸³ und kann bei Lücken im Grundrechtskatalog die Funktion eines *Auffanggrundrechts* erfüllen.⁸⁸⁴ Sodann – und hier dürfte bezogen auf ihre subjektiv-rechtliche

⁸⁷⁸ Siehe Art. 118b Abs. 1 (Forschung am Menschen), Art. 119 Abs. 2 (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich) und Art. 119a Abs. 1 (Transplantationsmedizin). Mit dem in Art. 12 BV statuierten Recht auf Hilfe in Notlagen werden die Grundvoraussetzungen für ein «menschwürdiges Dasein» garantiert.

⁸⁷⁹ Vgl. dazu KLEY/ZAUGG, 172 f.; eingehend: SCHWEIZER/SPRECHER, 127 ff.

⁸⁸⁰ EGMR, Urteil vom 11. Juli 2002 i.S. *Christine Goodwin* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 28957/95, Ziff. 90 («Nonetheless, the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom»); EGMR, Urteil vom 2. September 2021 i.S. *Ražnatović* gegen *Montenegro*, Nr. 14742/18, Ziff. 37; abweichende Meinung von Richter Martens zum Urteil des EGMR vom 27. September 1990 i.S. *Cossey* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 10843/84, Ziff. 2.7; ferner McCRUDDEN, 683.

⁸⁸¹ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 1; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, 291 ff.; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 8 ff. und 25 ff.

⁸⁸² KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 10, Rz. 20; ENGI, Entwicklungen, 913.

⁸⁸³ BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 143 IV 77, E. 4.1; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 8 und 25 ff.; gemäss SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 22, ist die Menschenwürde ein «sehr weit gefasstes und weitreichendes Grundrecht», das «im Verhältnis der «Fundamentalität» zu den einzelnen Freiheits- und Gleichheitsrechten» stehe.

⁸⁸⁴ BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 143 IV 77, E. 4.1; Botsch. VE 96, 140; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, 292 ff.; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 8 f., 27, 29 und 42; MAHLMANN, Menschenwürde, 1315 («subjektives Auffanggrundrecht»); REGULA SCHLAURI, Ist die Menschenwürde Grundrecht oder Verfassungsprinzip? – Eine rechtsvergleichende Sicht, in: GÄCHTER/BERTSCHI, 73 ff., 85 ff., insb. 94 f.; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 8; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 333; SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 28, und DERS., Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: VdS, § 14, Rz. 45 («stossende Missachtung der Autonomie oder Identität des Menschen», gegen

Seite die primäre Bedeutung der Würde liegen⁸⁸⁵ – dient sie als Mittel zur *Auslegung und Konkretisierung* der Schutzbereiche der (übrigen) Grundrechte;⁸⁸⁶ ebenso ist sie von Bedeutung bei der Bestimmung grundrechtlicher Kerngehalte.⁸⁸⁷ Dies insbesondere im Bereich des *verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*:⁸⁸⁸ Gerade zwischen der Menschenwürde und der *persönlichen Freiheit* bestehen besonders enge Bezüge.⁸⁸⁹ Zu achten ist die Würde auch in ihren programmatischen (und «flankierenden») Gehalten; ihr erwachsen Schutzpflichten⁸⁹⁰ und sie ist bei der Auslegung des Gesetzes- und Verordnungsrechts von Bedeutung.⁸⁹¹ Darüber hinaus

welche die persönliche Freiheit keinen Schutz zu vermitteln vermag); KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, Rz. 14; KLEY, Menschenwürde, 269; fraglich ist, ob es dieser Funktion tatsächlich bedarf: Gibt es Freiheitseingriffe, die nicht bereits durch ein anderes Grundrecht erfasst werden bzw. sich dadurch erfassen lassen (zumal die Menschenwürde selbst wiederum Auslegungs- und Konkretisierungsgesichtspunkt für die Schutzbereiche andere Grundrechte bildet, vgl. Fn. 886)? – siehe dazu BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 39 f. und 43; ENGI, Entwicklungen, 922; OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 8); kritisch zur Konzeption der Würde als *bloss subsidiär* zur Anwendung gelangendes Grundrecht: BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 42; zur Zurückhaltung mahndend: MISIC, Grundrechtskatalog, 76 f.

⁸⁸⁵ SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 8; HALLER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: HGR Bd. VII/2, § 209, Rz. 18; ENGI, Entwicklungen, 922.

⁸⁸⁶ SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 24 und 26; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 37; BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 132 I 49, E. 5.1; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 8; ENGI, Entwicklungen, 916 und 922; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 335e; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 23 f.

⁸⁸⁷ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 37; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 24; SCHEFER, Kerngehalte, 5 ff.; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 23; s.a. hinten, bei Fn. 2170.

⁸⁸⁸ BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 143 IV 77, E. 4.1; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 8; HALLER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: HGR Bd. VII/2, § 209, Rz. 18; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 24.

⁸⁸⁹ Insbesondere ist die Würde ein Mittel zur *Auslegung und Konkretisierung der persönlichen Freiheit* (BGer 6C_1/2008, E. 4 [in BGE 134 I 214 unpubl. Erwägung]). Im Einzelnen stellen sich die Zusammenhänge zwischen der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch etwas verworrener dar: Die persönliche Freiheit wird etwa als *Garantie zum Schutz der Würde* begriffen (siehe BGE 124 I 40, E. 3a; BGE 124 I 170, E. 2b; vgl. ferner BGE 97 I 45, E. 3; BGE 127 I 6, E. 5a; BGE 133 I 110, E. 5.2; BGE 134 I 214, E. 5.1) oder als *Konkretisierung der Würde* (BGer 6C_1/2008, E. 4 [in BGE 134 I 214 unpubl. Erwägung]; s.a. SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 96). Ferner wird die persönliche Freiheit *als durch die Würde garantiert* erachtet (BGE 126 I 112, E. 3a); oder es wird die Menschenwürde *als Teil der persönlichen Freiheit* bezeichnet (BGer 1P.134/2001, E. 2; s.a. BGE 127 I 6, E. 5b und Botsch. VE 96, 140). Ob sich die Menschenwürde tatsächlich als *Teil* der persönlichen Freiheit betrachtet lässt, darin auf geht und insofern ohne eigenständigen Gehalt bliebe, erscheint jedoch äusserst zweifelhaft (kritisch auch ENGI, Entwicklungen, 914).

⁸⁹⁰ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 35; MAHLMANN, Menschenwürde, 1316.

⁸⁹¹ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 36.

stellt die Würde ein *Verfassungsprinzip* dar:⁸⁹² Sie lässt sich als «Zielwert» und «Leitgrundsatz» für das gesamte staatliche Handeln und die ganze Rechtsordnung begreifen⁸⁹³ – der freiheitliche Rechtsstaat ist immer auch auf die Achtung und den Schutz der Würde des Einzelnen ausgerichtet.⁸⁹⁴ Dieser Prinzipiengehalt ist ebenfalls in Art. 7 BV verankert.⁸⁹⁵ Ferner spielt die Würde eine Rolle bei der Frage nach der *Intensität einer Grundrechtsbeeinträchtigung*⁸⁹⁶ und der Prüfung der *Zumutbarkeit*.⁸⁹⁷ Dass am Schutz der Würde ein (hohes) öffentliches Interesse besteht,⁸⁹⁸ bedarf an sich keiner speziellen Hervorhebung.

Zu untersuchen sind zwei Problemkreise:

(1.) Zunächst (*Kap. B*) stellt sich die Frage, ob und inwiefern die eigene Würde der Freiheit im Umgang mit sich selbst eine *Grenze* zu ziehen vermag – im Sinne eines «*Würdeschutzes gegen sich selbst*»⁸⁹⁹. Dies wird besonders dann relevant, wenn sich der Einzelne auf eine Art und Weise verhält, der ein «(selbst-)entwürdigender» Charakter beigemessen wird.⁹⁰⁰

Kann der Würdeträger frei über seine eigene Würde verfügen oder beschränkt seine eigene Würde dessen (grundrechtlich) geschützte Autonomie: grundrechtlicher Schutz auch «selbstentwürdigenden» Verhaltens, *Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche*

⁸⁹² BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 1; RÜTSCHKE, Menschenwürde, 17 ff. und 22; DERS., Rechte von Ungeborenen, 295 ff.; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 159 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 23 ff.

⁸⁹³ Vgl. BGE 143 IV 77, E. 4.1; BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 127 I 6, E. 5b; BGer 6P.147/2006, E. 3.1; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 331; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 1 und 44 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, Rz. 6; OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 4; ENGI, Menschenwürde 659 f. und 671 («Leit- oder Konstitutionsprinzip») m.w.H.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 176; SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 20 f., 23 und 40 ff.

⁸⁹⁴ SALADIN, Verantwortung, 119; s.a. BGE 143 IV 77, E. 4.1, wonach «die gesamte Rechtsordnung der Würde des Menschen» diene.

⁸⁹⁵ Vgl. BGE 143 IV 77, E. 4.1; BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 127 I 6, E. 5b; BGer 6P.147/2006, E. 3.1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 176; OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 4 und 7; SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 20 f., 23 und 40 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 331.

⁸⁹⁶ OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 9; WYTTENBACH, Menschenwürde, in: VdS 2020, Bd. II, V.9, Rz. 18; CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 23.

⁸⁹⁷ MASTRONARDI, Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: VdS, § 14, Rz. 45; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 24; OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 9; WYTTENBACH, Menschenwürde, in: VdS 2020, Bd. II, V.9, Rz. 18; BGE 127 I 6, E. 9a und 9d (Zwangsmedikation).

⁸⁹⁸ Siehe etwa RÜTSCHKE, Menschenwürde, 18.

⁸⁹⁹ BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 149.

⁹⁰⁰ Vgl. dazu die Beispiele hinten, bei Fn. 911 ff.

durch die Würde?⁹⁰¹ Ist die Würde zumindest in ihrer Funktion als *Verfassungsprinzip* und in ihrer *objektiv-rechtlichen Dimension* «unverfügbar» und «unverzichtbar» bzw. einer «Definition» durch die betroffene Würdeträgerin unzugänglich? Ist der Staat aufgrund seiner Schutz- und Fürsorgepflicht legitimiert oder gar gehalten, die Würde des Grundrechtsträgers auch gegen dessen Willen zu schützen? Darf ein Würdeschutz gegen sich selbst über die Bestimmung oder Gewichtung *öffentlicher Interessen* verwirklicht werden?⁹⁰² Oder bei der gesetzgeberischen *Ausgestaltung der Rechtsordnung* und der Anwendung und Auslegung von *unbestimmten Rechtsbegriffen*, namentlich von Sittlichkeitsklauseln? Zu denken ist an Art. 27 ZGB (Zulässigkeit der Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung; Frage der übermässigen Bindung⁹⁰³), aber auch an das Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit und die öffentliche Ordnung⁹⁰⁴. Relevant ist die Frage nach der «Verfügbarkeit» der Würde und der Definitionsmacht über die eigene Würde ferner dann, wenn gesetzliche Regelungen zur Achtung der Menschenwürde verpflichten (z.B. Art. 4 Abs. 1 RTVG; s.a. Art. 7 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens vom 5. Mai 1989 über das grenzüberschreitende Fernsehen⁹⁰⁵). Ebenso im Zusammenhang mit einem *Grundrechtsausübungsverzicht* gegenüber dem Staat (und dessen Grenzen):⁹⁰⁶ Ist eine freiverantwortliche Einwilligung in einen Lügendetektortest oder in ein umstrittenes und riskantes staatliches Forschungsvorhaben für den Staat wegen eines allfälligen Würdeverstosses (zwingend) unbeachtlich?⁹⁰⁷

Im Kontext der Paternalismusproblematik besonders relevant ist die Frage, wie sich Selbstbestimmung und Menschenwürde zueinander verhalten. Inwiefern kann der freiwillig Handelnde überhaupt gegen seine Würde verstossen?⁹⁰⁸ Kann der Würdeträgerin ihre eigene Würde auch dann entgegen-

⁹⁰¹ Für eine solche, grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung *begrenzende* Funktion der Menschenwürde (wenn auch in engen Grenzen) etwa ISENSEE, Menschenwürde, 217 (wonach die Würde den Menschen «zur *Achtung vor sich selbst*» verpflichte und sie dem Menschen «wehre», «sich selbst zu entwürdigen», und «Grenzen der Privatautonomie» markiere, «insbesondere in der Selbstbestimmung am Ende des Lebens»); ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 224; BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108; bezogen auf freiwillige sadomasochistische Aktivitäten (die allerdings mit Verletzungen von einer gewissen Schwere einhergingen); s.a. die *Concurring Opinion* von Richter Pettiti zum Urteil des EGMR vom 19. Februar 1997 i.S. *Laskey u.a.* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 21627/93, 21628/93 und 21974/93.

⁹⁰² Vgl. BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 45 und 70.

⁹⁰³ Zur Relevanz der Würde in diesem Kontext vgl. etwa REUSSER, 52 f.

⁹⁰⁴ Illustrativ etwa Urteil VGER ZH vom 15. Dezember 1967, RB 1967 Nr. 50, 66 f. (Beurteilung der – polizeiwidrigen – Unsittlichkeit eines Films mit Blick auf die nach Art. 27 ZGB «unverzichtbare» Würde).

⁹⁰⁵ EÜGF, SR 0.784.405.

⁹⁰⁶ Vgl. BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108 und 126.

⁹⁰⁷ Vgl. auch hinten, bei Fn. 937 f.

⁹⁰⁸ Vgl. ENDERLEIN, 158.

gehalten werden, wenn sie sich in ihrer Würde nicht verletzt sieht? Wer also definiert die Würde mit welcher Absolutheit?⁹⁰⁹

- (2.) Darüber hinaus (*Kap. C*) stellt sich die Frage, ob und inwiefern die Würde paternalistischem Staatshandeln eine (absolute) *Grenze* zu ziehen vermag, ob solches Handeln also *per se* eine Würdeverletzung darstellt (und damit unzulässig wäre), bzw. welche *Anforderungen* sich aus der Würde für paternalistisch motivierte Intervention ergeben.

B. Freiheitsbegrenzende Wirkung der eigenen Würde?

1. Allgemeines

a) Aktualität und Relevanz der Problematik

Die Frage, ob sich die Würde gegen die Freiheit des Grundrechtsträgers selbst «aufzurichten» vermag, ist problembeladen und von einiger Aktualität,⁹¹⁰ wie ein Blick in die Rechtspraxis, die Gesetzgebung und die (rechts-)politische Diskussion zeigt.

Die Menschenwürde wird etwa herbeigezogen, um den Tatbestand der *schweren Verwahrlosung* gemäss Art. 426 Abs. 1 ZGB zu umschreiben: Verfällt der Einzelne in einen «Zustand der Verkommenheit», der «mit der Menschenwürde schlechterdings nicht mehr vereinbar ist», kann er fürsorglich untergebracht werden (wenn die nötige Fürsorge nicht anders gewährt werden kann).⁹¹¹

⁹⁰⁹ Vgl. SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 16 ff.

⁹¹⁰ Siehe MOLINARI, Rz. 262, 409 ff., 442, 692 ff. und insb. 810; s.a. EGMR, Urteil vom 25. Januar 2007 i.S. *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich*, Nr. 68354/01, gemeinsame abweichende Meinung der Richter Spielmann und Jebens, Ziff. 9; VON SCHWICHOW, 187 f; MATHIS, 131 ff; MATHIS/CATHRY, 262 ff.

⁹¹¹ BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426, Rz. 20; BGE 128 III 12, E. 3, und Botsch. Änd. ZGB (1977), 25 (beide bezogen auf aArt. 397a Abs. 1 ZGB); etwas anders die Formulierung in der Botsch. Erwachsenenschutz, 7062 (schwere Verwahrlosung als Zustand «bei dessen Vorliegen es der Menschenwürde der hilfsbedürftigen Person schlechthin widersprechen würde, ihr nicht die nötige Fürsorge in einer Einrichtung zukommen zu lassen.»); vgl. auch BERNHART, Rz. 120 (Selbstverwahrlosung als Beispiel für eine Kollision zwischen der eigenen Würde und dem Selbstbestimmungsrecht); vgl. – im Zusammenhang mit einem «Clochard» – ferner VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff., 145, wonach die Behörde «zum Eingreifen aus fürsorglichen Gründen berechtigt» sei, «sobald sich ein bestimmter Lebensumstand für den Einzelnen als lebensgefährlich und nicht mehr menschenwürdig erweise – i.c. allerdings beschränkt auf ein staatliches Eingreifen, um «eine gesündere und feuersichere Schlaf- und Arbeitsstätte zu finden»; s.a. hinten, bei Fn. 1134.

Ob er sich verwarlosen lassen *will*, scheint keine Rolle zu spielen.⁹¹² Mit der Menschenwürde argumentierte das Bundesgericht, um eine «minimale Sorgspflicht» gegenüber (i.c. psychisch) kranken – nicht zwingend urteilsunfähigen – Menschen und damit letztlich ein *öffentliches Interesse* an einer *zwangsweisen* medizinischen Behandlung zu begründen.⁹¹³ Ebenso zog es die Menschenwürde bei, um die Verhältnismässigkeit einer medizinischen Zwangsmassnahme mit Blick auf die negativen Folgen eines Behandlungsverzichts zu bejahen.⁹¹⁴ Einen von den individuellen Wünschen und Bedürfnissen abstrahierenden und (potentiell) freiheitsbeschränkenden Gehalt hat die Würde bei der Umschreibung der *Pornographie*: Der Begriff der Pornographie wird durch das Bundesgericht mit Blick auf die Menschenwürde bzw. deren «Negierung» umschrieben;⁹¹⁵ ob sich die Darstellerinnen und Darsteller oder allenfalls die Betrachter tatsächlich entwürdigt fühlen, scheint dabei nicht erheblich zu sein. Die nach Art. 135 StGB strafbaren *Gewaltdarstellungen* werden ebenfalls mit Blick auf eine schwere Verletzung der «elementarsten Würde des Menschen» konkretisiert. Auch hier dürfte es primär um eine «abstrakte» oder «objektive» Konzeption der Würde gehen.⁹¹⁶ Wenn damit (auch) der Schutz der Würde des *Betrachters* gemeint ist,⁹¹⁷ wird der Einzelne um den Schutz seiner eigenen Würde willen am Beschaffen und Besitz⁹¹⁸ entsprechenden Materials gehindert;⁹¹⁹ erachtet man durch Art. 135 StGB (auch) die *Würde der Darsteller* als geschützt,⁹²⁰ würden diese um ihrer eigenen Würde willen an der Herstellung entsprechenden Materials gehindert; auf die Freiwilligkeit der Handlung oder ein abweichendes Verständnis der

⁹¹² Kritisch dazu MICHEL, Versorgung, 813 f.; MOLINARI, Rz. 695; s.a. hinten, bei Fn. 1134; vgl. zu diesem Problemkreis auch hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iii).

⁹¹³ BGE 130 I 16, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 8; s.a. hinten, in Fn. 2668 und bei Fn. 2341 und 2908 f.

⁹¹⁴ Vgl. BGE 127 I 6, E. 9d (i.c. war der Patient bezogen auf seine Behandlungsbedürftigkeit jedoch urteilsunfähig).

⁹¹⁵ BGE 133 II 136, E. 5.3.2: «Pornographisch sind somit Medien, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren; sie als blosser physiologischer Reiz-Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die *Würde des Menschen negieren* [...]» (Herv. d. Verf.); s.a. BGE 144 II 233, E. 8.2.3; BGER 6B_997/2018, E. 2.1.1.

⁹¹⁶ Vgl. CASSANI, 445.

⁹¹⁷ So OGer ZH, Urteil vom 6. September 1995, ZR 1997, 20 ff., E. 2.1, 22; Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/MONA, Art. 135, Rz. 8 (Schutz der «elementare[n] Würde so empfindender Menschen gegen ihre eigenen perversen Triebe»); HURTADO POZO, Droit pénal: Partie spéciale, Rz. 719; a.A. BSK StGB I-HAGENSTEIN, Art. 135, Rz. 41, und DIES., 1306, jeweils m.w.H. (die freiwillige Betrachtung diene der Bedürfnisbefriedigung).

⁹¹⁸ Der Konsum ist für sich genommen straflos, vgl. BSK StGB I-HAGENSTEIN, Art. 135, Rz. 71.

⁹¹⁹ Diese Berufung auf die Würde des Betrachters überzeugt nicht, siehe hinten, bei Fn. 1118.

⁹²⁰ So z.B. DONATSCH, Strafrecht III, 91; HURTADO POZO, Droit pénal: Partie spéciale, Rz. 719; FRANZ RIKLIN, Sinn und Problematik einer «Brutalnorm» im Strafgesetzbuch, in: *L'image de l'homme en droit – Das Menschenbild im Recht*, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, 405 ff., 421; vgl. demgegenüber etwa Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/MONA, Art. 135, Rz. 8, BSK StGB I-HAGENSTEIN, Art. 135, Rz. 41, DIES., 1306, und CR CP II-Ros, Art. 135, Rz. 3, wonach nicht (direkt) die Würde der Darstellerinnen und Darsteller gemeint sei.

eigenen Würde kommt es nicht an. Möglicherweise geht es aber auch um einen Schutz der Würde der Menschheit an sich,⁹²¹ womit eine sog. «Gattungswürde» angesprochen wäre.⁹²² Ferner wird mit der Würde (des Sponsors bzw. der Leihmutter) argumentiert, um das Entgeltlichkeitsverbot im Bereich der *Organspende*⁹²³ oder das Verbot der *Leihmutterschaft*⁹²⁴ zu rechtfertigen. Auch zur Begründung des *Verbots der aktiven Sterbehilfe* wird auf die Menschenwürde rekurriert.⁹²⁵ Ebenso wird ein «*Burkaverbot*» zuweilen mit der Würde begründet.⁹²⁶ Das Bundesgericht zieht die Menschenwürde bei, um gewisse Grundrechte als *unverjährbar und unverzichtbar* zu qualifizie-

⁹²¹ Vgl. CASSANI, 445; vgl. auch CR CP II-Ros, Art. 135, Rz. 3, wonach Art. 135 StGB auf die Unterdrückung von Darstellungen ziele, «qui heurte profondément une civilisation qui a érigé en valeur fondamentale le respect de la vie et une certaine compassion pour la souffrance éprouvée».

⁹²² Vgl. dazu hinten, bei Fn. 956 ff.

⁹²³ Vorne, bei Fn. 654; s.a. hinten, bei Fn. 1135.

⁹²⁴ CR Cst.-BOILLET, Art. 119, Rz. 51; Ber. Leihmutterschaft, 6 und (kritisch) 10 ff.; ferner Botsch. FMedG, 230, 254 und 279, sowie SHK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 4, Rz. 12 (Leihmutterschaft als Instrumentalisierung der Frau); SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 64; s.a. hinten, bei Fn. 3636.

⁹²⁵ Ber. Sterbehilfe, 39 f.; vgl. ferner HÄBERLE, Menschenbild, 95, wonach die Menschenwürde das Verbot der aktiven Sterbehilfe verlange; mit Blick auf («menschenunwürdiges») schweres Leiden zu Recht kritisch bezüglich einer solch einseitigen Interpretation der Menschenwürde: Ber. Po. Ruffy, 9; HANGARTNER, Sterbehilfe, 74, 78, 91 ff. und 102.

⁹²⁶ Vgl. die Stellungnahme des Initiativkomitees zur Tessiner Volksabstimmung vom 22. September 2013 (Verhüllungsverbot), 10 f. insb. 11: «Noi riteniamo invece che in ballo non vi siano solo motivi di sicurezza, ma anche la difesa di valori e di principi meritevoli di essere ancorati nella Costituzione, perché nascondere il proprio viso è contrario alla dignità della persona.» (abrufbar unter: www4.ti.ch/fileadmin/GENERALE/DIRITTIPOLITICI/votazioni/pdf/2013/22-09-2013_Opuscolo-C.pdf); Votum Zuberbühler AB N 2020, 1025 (anlässlich der Beratung der Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» und des indirekten Gegenvorschlags); für die Begründung eines «Burkaverbots» mit der Menschenwürde und der Verbesserung der Stellung der Frau: SAÏDA KELLER-MESSAHLI/ANU SIVAGANESAN, Menschenrechte sind kein Privileg für Einheimische, NZZ vom 28. Mai 2010, 23; bezogen auf das Verhüllungsverbot in Frankreich vgl. LOI No. 2010–1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, *Exposé des motifs*: «Par ailleurs, cette forme de réclusion publique, quand bien même elle serait volontaire ou acceptée, constitue à l'évidence une atteinte au respect de la dignité de la personne. Au reste, il ne s'agit pas seulement de la dignité de la personne ainsi recluse, mais également de celle des personnes qui partagent avec elle l'espace public et se voient traitées comme des personnes dont on doit se protéger par le refus de tout échange, même seulement visuel.» (abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/dossierlegislatif/JORFDOLE000022234691/>) *Exposé des Motifs*); vgl. auch die in Ziff. 82 des Urteils des EGMR vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S. gegen Frankreich, Nr. 43835/11, wiedergegebene Begründung der französischen Regierung; zum Argument der Selbstentwürdigung im Kontext von Verschleierungsverboten s.a. FATEH-MOGHADAM, Burka-Verbote, 196 f.; vgl. ferner hinten, bei Fn. 1120.

ren.⁹²⁷ Auch hat es eine kantonale Regelung, die das *gewerbmässige Beisetzen von Urnen oder Ausbringen von Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen* (gedacht ist insbesondere an Seen) verbietet, unter Bezugnahme auf die Menschenwürde und die daraus fließende Aufgabe des Gemeinwesens, für eine schickliche Bestattung zu sorgen, beurteilt: Zum einen begründet es den Ausschluss solcher Tätigkeiten aus der Wirtschaftsfreiheit (auch) mit dem durch das Verbot verfolgten Schutz der Menschenwürde.⁹²⁸ Zum anderen führt es aus, dass eine solche Regelung «nicht eines sachlichen, vernünftigen Grundes» entbehre, «sondern [...] ihren Regelungszweck im Gebot der Menschenwürde (Art. 7 BV)» habe.⁹²⁹ Für eine solche Beschränkung des Ausbringens der Asche ausserhalb von Friedhöfen, namentlich in öffentlichen Gewässern, mögen durchaus Gründe bestehen. Doch ist die Begründung insofern bemerkenswert, als (auch) unter Berufung auf die Menschenwürde letztlich die selbstbestimmte Wahlmöglichkeit all derjenigen Personen beschnitten wird, die z.B. ein Ausbringen ihrer Asche auf einem See wünschen und diesbezüglich die Hilfe eines entsprechenden (professionellen) Anbieters in Anspruch nehmen möchten. Die Verfügungsmacht über die eigene Asche bzw. die Definitions-macht darüber, was eine schickliche Bestattung ausmacht, wird den Betroffenen damit unter Berufung auf ihre eigene Würde beschränkt.⁹³⁰

Weitere Beispiele, in denen sich die Würde freiheitsbeschränkend auswirkt, finden sich in der ausländischen Rechtsprechung: Etwa im Zusammenhang mit dem «*Werfen*» *kleinwüchsiger Menschen* (despektierlich auch «*Zwergenweitwurf*» genannt)⁹³¹, der *Prostitution*⁹³², einer *Peep-*

⁹²⁷ Vgl. z.B. BGE 90 I 29, E. 3c; s.a. CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 1 und 57; vgl. ferner hinten, Fn. 2813 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 640 f.

⁹²⁸ BGer 2C_234/2016, E. 2 und insb. E. 3.5 (in BGE 143 I 388 ist nur die erstgenannte Erwägung publiziert).

⁹²⁹ BGer 2C_234/2016, E. 3.3 (in BGE 143 I 388 unpubl. Erwägung).

⁹³⁰ Zu Recht kritisch AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2016 und 2017, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2017, 678 ff.

⁹³¹ Der französische *Conseil d'État* stützte ein derartiges, zum Schutz der *öffentlichen Ordnung* verfürgtes Verbot, da damit die Menschenwürde verletzt werde; dass die (kleinwüchsigen) Darsteller freiwillig handelten, war unerheblich, siehe *Conseil d'État*, Entscheide vom 27. Oktober 1995, Nr. 136727 und vom 27. Oktober 1995, Nr. 143578; abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr/initRechJuriAdmin.do; bestätigt durch den UN-Menschenrechtsausschuss, Entscheid vom 26. Juli 2002, CCPR/C/75/D/854/1999 (vgl. insbesondere Ziff. 7.4: Schutz der Menschenwürde im Rahmen der öffentlichen Ordnung als sachlicher Grund für eine Ungleichbehandlung von kleinwüchsigen und anderen Menschen); vgl. dazu auch BEYLEVELD/BROWNSWORD, 26 f.; ferner VGer Neustadt, Beschluss vom 21. Mai 1992, NVwZ 1993, 98 ff., 99 (Bezugnahme auf einen Würdeverlust bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit; allerdings ging es hier nicht primär um den Schutz der Menschenwürde der kleinwüchsigen Menschen selbst, sondern um die Befürchtung, dass Hemmschwellen im Umgang mit anderen Menschen abgebaut würden und dies nachteilige Auswirkungen auf das gemeinsame Zusammenleben haben könne; vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 962 ff.); zustimmend zu den eingangs erwähnten Entscheiden des *Conseil d'État* äussert sich DUBÉY, Droits fondamentaux II, Rz. 1165; s.a. CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 31; kritisch hingegen: CONINX/SCHIEDEGGER, 349 ff.

⁹³² Vgl. z.B. Constitutional Court of South Africa, Urteil vom 9. Oktober 2002 i.S. *Jordan u.a.* gegen den *Staat*, Ziff. 74 (Prostitution als Verstoss gegen die Menschenwürde; das Urteil ist

show⁹³³ und einem *Laserspiel*⁹³⁴. In Frankreich hat es der *Conseil supérieur de l'audiovisuel* (CSA) nicht mit der Würde der Kandidatinnen und Kandidaten einer *Reality Show* als vereinbar erachtet, wenn diese einer dauernden öffentlichen Beobachtung ausgesetzt sind, mithin keine Zeiträume oder Orte bestehen, in welchen sie unbeobachtet sind – dies trotz des Einverständnisses der Teilnehmenden.⁹³⁵ In diesem Zusammenhang ist auch auf die Stimmen hinzuweisen, die in der Fernsehsendung *Big Brother* eine Verletzung der Würde der Teilnehmerinnen und Teilnehmer erblicken.⁹³⁶

Bezogen auf den Würdeschutz im *direkten Verhältnis des Einzelnen zum Staat* soll die Menschenwürde einem *Grundrechtsausübungsverzicht* eine Grenze setzen.⁹³⁷ Beispielsweise wird die Anwendungen der Narkoanalyse oder eines Lügendetektors selbst *auf Wunsch des Betroffenen* als unzulässiger Verstoß gegen die Menschenwürde verstanden.⁹³⁸ Nach Ansicht des deutschen Bundessozialgerichts darf die öffentliche Verwaltung – konkret die Bundesagentur für

abrufbar unter: www.saflii.org/za/cases/ZACC/2002/22.html); zur Bekämpfung der Prostitution mit dem Argument der Würde vgl. auch SCHULZE/NOVO CANTO/MASON/ SKALIN, 19, und STEINER, Rz. 5.

⁹³³ Vgl. dazu das (erste) Peepshow-Urteil des deutschen Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 64, 274; abgedruckt in NJW 1982, 664 f.): Bejahung der *Sittenwidrigkeit* einer Peepshow mit Blick auf die Menschenwürde als Ausdruck einer im deutschen GG verankerten Wertvorstellung – hier ging es allerdings nur zum Teil um einen «Würdeschutz gegen sich selbst» (Schutz der Würde im Interesse der sich zur Schau stellenden Frauen): Ob und inwiefern die Menschen über ihre eigene Würde disponieren können, hat das Gericht offengelassen. Es betonte *die über den Einzelnen hinausreichende Bedeutung* der Menschenwürde für das soziale Zusammenleben. Die Würde richtet sich somit auch gegen den Einzelnen auf, allerdings im Interesse der Allgemeinheit. In einem später zu einer Peepshow ergangenen Entscheid nahm das deutsche Bundesverwaltungsgericht den Fokus weg von der Menschenwürde und argumentierte in erster Linie mit den *guten Sitten* (BVerwGE 84, 314; abgedruckt in NVwZ 1990, 668 ff.). Diesen Weg über die öffentliche Sittlichkeit hat auch das Bundesgericht in einem vergleichbaren Sachverhalt beschritten (BGE 106 Ia 267; Peepshow St. Gallen; vgl. hinten, Fn. 962); zu den Verbindungslinien zwischen Würdeschutz und dem Schutz der öffentlichen Sittlichkeit siehe hinten, bei Fn. 962 ff.

⁹³⁴ Vgl. BVerwGE 115, 189, NVwZ 2002, 598 ff., 602 f. – allerdings ging es (auch) hier nicht um einen eigentlichen Würdeschutz gegen sich selbst: Die Würde der Teilnehmer wurde durch die Spielhandlungen nicht als verletzt erachtet; vielmehr stand die Funktion der Würde zum Schutz des *allgemeinen Zusammenlebens* im Vordergrund, namentlich die Befürchtung, dass durch die Teilnahme an einem «spielerischen Töten» Gewalt – mit negativen Folgen für die Gesellschaft – bagatellisiert werde; s.a. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2004, C-36/02, Ziff. 32 ff.

⁹³⁵ Siehe unter: www.csa.fr/Reguler/Espace-juridique/Les-textes-adoptes-par-l-Arcom/Les-decisions-du-CSA/Tele-realite-le-CSA-adresse-une-recommandation-aux-diffuseurs; s.a. hinten, bei Fn. 1119.

⁹³⁶ Vgl. HINRICHS, Menschenwürde, 2174 ff. («menschenunwürdige Kommerzialisierung des Intimlebens der Kandidaten der Big Brother Show»); vgl. zu der in Deutschland geführten Diskussion im Einzelnen SUCHOMEL, 44 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 1119.

⁹³⁷ Vgl. hinsichtlich des Verzichts auf verfahrensrechtliche Garantien ZIMMERLIN, Rz. 190.

⁹³⁸ Botsch. StPO, 1129 und 1182 f.; vgl. auch hinten, bei Fn. 1129.

Arbeit – aufgrund ihrer Bindung an die Menschenwürde keine Menschen in die Prostitution vermitteln, selbst wenn sie dies aus freiem Willen wünschen.⁹³⁹

b) Unterschiedliche Würdeverständnisse

Ob aber die Würde tatsächlich *gegen ihren Träger selbst* in Stellung gebracht werden darf, wird ganz unterschiedlich beurteilt.⁹⁴⁰ Dies dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass es sich bei der Würde um einen *offenen* und unbestimmten Begriff handelt⁹⁴¹ und die Würde einer einfachen oder gar abschliessenden Definition kaum zugänglich ist.⁹⁴²

Das heisst nicht, dass die Würde inhaltslos wäre.⁹⁴³ Die Offenheit der Würde ist *gewollt*, weil mit jeder Bestimmung, was die Würde ausmacht, die Gefahr von Ausgrenzungen verbunden ist – sie verbietet es dem Staat, den Menschen auf ein *bestimmtes Bild* zu fixieren.⁹⁴⁴ Die Würde ist auch insofern nicht substanzlos, als Selbstbestimmung, Gleichwertigkeit, Gleichheit und

⁹³⁹ Deutsches Bundessozialgericht, Urteil vom 6. Mai 2009, B 11 AL 11/08 R, NJW 2010, 1627 ff., 1630: «Menschenwürde in diesem Sinn ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Achtung und der Schutz des Werts, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt.»

⁹⁴⁰ Siehe HINRICHS, Menschenwürde, 2173; aus einer rechtsvergleichenden Perspektive s.a. HENNETTE-VAUCHEZ, 42 ff.; vgl. dazu die Beispiele vorne, bei Fn. 911 ff.

⁹⁴¹ Siehe etwa SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24^{novies} Abs. 2 aBV, Rz. 44; MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 202, Rz. 4; BGE 143 IV 77, E. 4.1.

⁹⁴² Dazu etwa ENGI, Menschenwürde, 660, 662 und 677; LOHMANN, 15 f.; ISENSEE, Menschenwürde, 183 f. und 214; ferner BGE 132 I 49, E. 5.1, und BGE 143 IV 77, E. 4.1, wonach der «offene Normgehalt» der Menschenwürde «nicht abschliessend positiv festgelegt werden» könne; aus einer rechtsphilosophischen Perspektive: SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 1 ff.; SABRINA ZUCCA-SOEST, Das Recht der Menschenwürde, in: Kurt Seelmann/Benno Zabel (Hrsg.), Autonomie und Normativität, Tübingen 2014, 99 ff., 100 ff.; KUNZ/MONA, Kap. 2, Fn. 15. Die zentrale Rolle der Menschenwürde als Menschenrecht und als Leitprinzip für das staatliche Handeln erklärt sich zu einem wesentlichen Teil durch die Verletzlichkeits- und Unrechtserfahrungen des Zweiten Weltkriegs (vgl. VON BERNSTORFF, 908 ff.; KLEY, Grundrechtskatalog, 324; ISENSEE, Menschenwürde, 175; LOHMANN, 22 f.; TILO WESCHE, Die Würde von Freien und Gleichen, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 41 ff., 41 und 62 f.). Freilich reichen die Diskussionen darüber, was den Wert und die «Würde» des Menschen ausmacht, bis in die Antike zurück (vgl. zu diesen Entwicklungslinien etwa DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 1 ff.; ENGI, Menschenwürde, 667 f.; MAHLMANN, Menschenwürde, 1307 f.; VON BERNSTORFF, 907).

⁹⁴³ SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 39; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 41 und 52; MCCRUDDEN, 678.

⁹⁴⁴ BGE 143 IV 77, E. 4.1; SCHEFER, Kerngehalte, 39 ff.; hinten, bei Fn. 1033; die Würde ist auch nicht mit Blick auf *eine bestimmte* philosophische Auffassung oder Idee zu interpretieren, siehe MOLINARI, Rz. 259 ff., insb. 263; OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 5; HEUN, 855 f.

körperliche und geistige Unversehrtheit anerkanntermassen zentrale Schutzgehalte der Menschenwürde darstellen.⁹⁴⁵ Allerdings ist nicht zu übersehen, dass diese Kriterien teilweise selbst wiederum konkretisierungsbedürftig und unterschiedlichen Interpretationen zugänglich sind.⁹⁴⁶

Zum einen lässt sich in der Menschenwürde eine umfassende Garantie der Selbstbestimmung und des Respekts vor dem Menschen erblicken, mit welcher sich das Aufkrotzieren einer ihm fremden Würdevorstellung nicht verträgt. Zum anderen aber wird die Würde – wie gezeigt – auch freiheitsbegrenzend interpretiert: Für die Bestimmung dessen, was die (unantastbare) Würde ausmacht, wird nicht auf das konkrete Würdeverständnis des Einzelnen abgestellt; relevant ist vielmehr die Vorstellung Dritter, was die Würde des Menschen ausmacht bzw. ausmachen soll.⁹⁴⁷ Die Würde ist so gesehen ein durch die Einzelne *nicht verfügbarer Wert*.⁹⁴⁸ Die Offenheit des Würdebegriffs und seine verschiedenen Deutungsmöglichkeiten bergen dabei die Gefahr, dass die Menschenwürde für die Durchsetzung ganz bestimmter Wert- oder Würdevorstellungen genutzt wird.⁹⁴⁹

Angesprochen sind damit *individualistische* einerseits und *kollektivistische* Würdeverständnisse und -konzeptionen andererseits⁹⁵⁰ oder *autonomistische* auf der einen, *heteronomistische* Deutungen der Würde auf der anderen Seite.⁹⁵¹ Während sich mit individualistischen, autonomistischen Ansätzen eine paternalistische Anrufung der Würde gegen die Einzelne («Würdeschutz gegen sich selbst») grundsätzlich nicht verträgt,⁹⁵² ist dies bei kollektivistischen Würdekonzptionen – der Stossrichtung nach – anders: Wird die Würde der Verfügungs- und Definitionsmacht des Einzelnen entzogen, so vermag sie grundsätzlich auch der individuellen Freiheit eine Grenze zu ziehen.⁹⁵³ Man mag hierin ein *paternalistisches Würdeverständnis* erblicken.⁹⁵⁴ Freilich sind *Differenzierungen* angezeigt: Zu prüfen bleibt immer, *in welchem Interesse* und *mit welchem Ziel* dem Einzelnen die Verfügungs-

⁹⁴⁵ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 50 ff.; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 47 ff.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 236 und 238; aus Sicht des internationalen Menschenrechtsschutzes: SCHWEIZER/SPRECHER 161.

⁹⁴⁶ MCCRUDDEN, 678 ff.

⁹⁴⁷ Vgl. dazu die Beispiele vorne, bei Fn. 911 ff.

⁹⁴⁸ Vgl. zu diesen unterschiedlichen Würdekonzptionen etwa BEYLEVELD/BROWNSWORD, 1, 25 ff. und 33 ff.; MCCRUDDEN, 699 ff.; FELDMAN, Human Dignity Part I, 684 ff. und 699 ff. sowie Part II 75 f.; s.a. SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 16 ff.

⁹⁴⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 974 und 1038.

⁹⁵⁰ MCCRUDDEN, 699 ff.

⁹⁵¹ TIEDEMANN, 90 ff.; MATHIS, 142 ff.; MATHIS/CATHRY, 279 ff.

⁹⁵² Vgl. SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 17; MCCRUDDEN, 705.

⁹⁵³ MATHIS, 143; MATHIS/CATHRY, 280 ff.

⁹⁵⁴ Vgl. SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 17; s.a. FELDMAN, Human Dignity Part I, 699 ff.

und Definitionsmacht über die eigene Würde entzogen sein soll: Geht es tatsächlich darum, die Würde *gegen den Einzelnen* in dessen eigenem Interesse in Stellung zu bringen oder nicht vielleicht darum, ein bestimmtes Verhalten – unter Berufung auf die Würde – im Interesse *Dritter* oder der *Allgemeinheit* zu unterbinden?

Es ist durchaus möglich, dass Handlungen eines Menschen als Gefährdung oder Verletzung der *Würde anderer Personen* erachtet werden⁹⁵⁵ (zuweilen wird dieser Problembereich – vielleicht etwas missverständlich – unter dem Aspekt der Verletzung einer «Gattungswürde»⁹⁵⁶ diskutiert⁹⁵⁷). Um Paternalismus geht es hier nicht.⁹⁵⁸ Oder es kann darum gehen, über den Schutz der Würde ein bestimmtes «*Menschenbild*» zu schützen, und zwar nicht im (wohlverstandenen) Interesse des Würdeträgers selbst, sondern im Interesse der Gesellschaft oder einem (eigenen) Interesse an der Durchsetzung und dem Erhalt bestimmter Wertvorstellungen darüber, wie der Mensch sein *soll*⁹⁵⁹ (auch das wird zuweilen unter dem Aspekt des Schutzes einer Gattungswürde diskutiert⁹⁶⁰) – um eine Instrumentalisierung der

⁹⁵⁵ HUFEN, Staatsrecht II, § 10, Rz. 36 a.E.

⁹⁵⁶ Neben solchen Begriffen finden sich auch andere Bezeichnungen für einen überindividuellen – auf Dritte, die Menschheit an sich, das «Kollektiv» bezogenen – Würdegehalt: etwa «Würde der menschlichen Gattung» (ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 138 f. und 224; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1), «Würde des Menschengeschlechts» (ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 139), «Würde der Menschheit» (SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 41; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; VAN SPYK, 74; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 115), «Würde des Menschen als Gattungswesen» (DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 115; BVerfG, Beschluss vom 20. Oktober 1992, 1 BvR 698/89 [= BVerfGE 87, 209 – Tanz der Teufel], NJW 1993, 1457 ff., 1458 f.; BGH, Urteil vom 22. April 2005, 2 StR 310/04 [«Kannibalen-Fall»], NJW 2005, 1876 ff., 1878).

⁹⁵⁷ Vgl. CONINX, 237 f.; SEELMANN, Würde der Gattung, 212 und 214 ff. («Verletzung individueller Gefühle und Interaktionsmöglichkeiten»); s.a. GRUBERSKI, Entgeltlichkeitsverbot, 198 f.

⁹⁵⁸ SEELMANN, Würde der Gattung, 211 f. und 214; vorne, Teil 1 II. B. 2.

⁹⁵⁹ Vgl. SEELMANN, Würde der Gattung, 212 ff.; NEUMANN, Würde, 162; s.a. BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108 (wonach eine Selbstentwürdigung mit den «Würdevorstellungen» der Gesellschaft in Konflikt geraten könne); bezogen auf Burkaverbote ferner FATEH-MOGHADAM, Burka-Verbote, 197, wonach «[d]as Argument der Selbstentwürdigung [...] bei genauerem Hinsehen gar nicht auf den paternalistischen Schutz des Wohls individueller Frauen» abzielen würde, «sondern vielmehr auf die Normierung eines bestimmten westlichen Frauenbildes, demzufolge Frauen weder zu viel noch zu wenig anhaben dürfen».

⁹⁶⁰ SEELMANN, Würde der Gattung, 212 ff.

Würde für *paternalistische* Zwecke handelt es sich hierbei ebenfalls *nicht*.⁹⁶¹ Insbesondere zwischen dem Schutz der menschlichen Würde und dem Schutz der *guten Sitten* oder der *öffentlichen Sittlichkeit* bestehen enge Verbindungslinien:⁹⁶² Hinter der Anrufung der Menschenwürde dürfte nicht selten die Angst vor einem Verlust der «Orientierungssicherheit» der Gesellschaft und vor einer Beschädigung der Fundamente des gemeinsamen Zusammenlebens stehen; bzw. vor einer «Verrohung» und einem Absinken der «Hemmschwellen» im Umgang mit anderen Menschen (z.B. durch simulierte «Tötungen» durch ein Laser- oder Paintball-Spiel).⁹⁶³ Es geht dann ebenfalls *nicht um den paternalistischen Schutz* der Würde, sondern um den Schutz der für das gemeinsame Zusammenleben als unerlässlich erachteten Sozialnormen bzw. der *Moral*⁹⁶⁴ (wobei anzufügen ist, dass sich hinter dem Schutz der Moral und den guten Sitten häufig auch paternalistische Motive verbergen⁹⁶⁵). Man kann das – soweit es um einen Schutz der Würdeträger vor (künftigen) Verletzungen ihrer Würde geht – ebenfalls unter dem Aspekt einer «Gattungswürde» diskutieren.⁹⁶⁶ Im Vordergrund der Diskussionen um eine –

⁹⁶¹ SEELMANN, Würde der Gattung, 211 ff.; FATEH-MOGHADAM, Burka-Verbote, 197; MOLINARI, 684 ff.; vgl. auch CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 15 f., 18 und 21, wonach die Menschenwürde ein wichtiger Bestandteil der menschlichen Gemeinschaft sei und deshalb der Einzelne – als Teil dieser Gemeinschaft – auch seine eigene Würde zu achten habe; werde er seiner Würde nicht gerecht, betreffe dies die *gesamte menschliche Gemeinschaft*.

⁹⁶² Vgl. BGE 106 Ia 267, E. 3 (die «Zurschaustellung nackter Frauen über einen Geldautomaten» werde – so die Behörden – von der St. Galler Bevölkerung «als menschenunwürdige, kommerzielle Ausbeutung des Sexualtriebs empfunden», weshalb dagegen gestützt auf die *öffentliche Sittlichkeit* eingeschritten worden sei); vgl. ferner die vorne zitierten Peepshow-Urteile des deutschen Bundesverwaltungsgerichts (Fn. 933); vgl. auch EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2004, C-36/02, Ziff. 23 ff., insb. 41, wonach «das Gemeinschaftsrecht einem nationalen Verbot einer in der gewerblichen Veranstaltung von Spielen mit simulierten Tötungshandlungen an Menschen bestehenden wirtschaftlichen Tätigkeit, das zum Schutz der *öffentlichen Ordnung* wegen einer in dieser Tätigkeit gesehenen Verletzung der *Menschenwürde* ergeht, nicht entgegensteht» (Herv. d. Verf.); ferner MOLINARI, Rz. 410 ff.; SUCHOMEL, 224 ff.; ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 224, s.a. 138; LITWIN, 86.

⁹⁶³ Vgl. bezogen auf das «Werfen» kleinwüchsiger Menschen VGer Neustadt, Beschluss vom 21. Mai 1992, 7 L 1271/92, NVwZ 1993, 98 ff., 99 (vorne, Fn. 931); betreffend eine *Peepshow* BVerwGE 64, 274 (280) (abgedruckt in NJW 1982, 664 f.; vorne, Fn. 933); betreffend das «spielerische Töten» im Rahmen eines *Laserspiels* vgl. BVerwGE 115, 189, NVwZ 2002, 598 ff., 602 f. (vorne, Fn. 934); ferner SEELMANN, Würde der Gattung, 214 ff.

⁹⁶⁴ Vgl. HUSTER, Menschenwürde, 3478 f.; FIOLKA, «Big Brother», 816; MÖLLER, Paternalismus, 119; MOLINARI, Rz. 414; zum Begriff der Moral vgl. hinten, bei Fn. 3107 ff.

⁹⁶⁵ Vgl. hinten, Teil 3 IV. D. 2.

⁹⁶⁶ Vgl. Bayer. VGH, Urteil vom 27. November 2012, ZfBR 2013, 271 ff., 272; ferner BVerwGE 115, 189, NVwZ 2002, 598 ff., 602 f.; BVerfGE 87, 209, NJW 1993, 1457 ff., 1458 f. (hier

nicht paternalistisch verwendete – Gattungswürde oder Würde der Menschheit dürfte jedoch die Veränderung des «natürlichen» Menschen (etwa durch Eingriffe in das Erbgut) stehen, werden hier doch die Grenzen vom «natürlichen» zum «künstlichen» Menschen verschoben.⁹⁶⁷ Ob und wie weit eine so verstandene (Gattungs-)Würde *im Interesse Dritter und der Allgemeinheit* freiheitsbeschränkende Wirkungen entfalten darf oder muss, braucht hier nicht vertieft dargestellt zu werden.

Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass ein Verständnis der Würde (auch) als «Gattungswürde» in der Verfassung Rückhalt finden muss. Dies ist zu verneinen für Art. 7 BV, der auf das *Individuum* ausgerichtet ist und nicht auf den Schutz der menschlichen Gattung als solche abzielt.⁹⁶⁸ Auch in Art. 118b Abs. 1 BV (Forschung am Menschen) ist m.E. in erster Linie die Würde des Individuums angesprochen, nicht eine Gattungswürde;⁹⁶⁹ Entsprechendes dürfte für Art. 119a Abs. 1 BV (Transplantationsmedizin)⁹⁷⁰ und wohl auch für Art. 119 Abs. 2 BV (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich)⁹⁷¹ gelten. Eine Interpretation

allerdings im Zusammenhang mit der Auslegung des Begriffs der Menschenwürde im Straftatbestand der Gewaltdarstellungen gemäss § 131 des deutschen Strafgesetzbuches).

⁹⁶⁷ Vgl. ANNER, 243 f.; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, 301; ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 139 (Klonen, Hybride, Eingriffe in das Erbgut); NEUMANN, Menschenbürde, 46 ff.

⁹⁶⁸ VAN SPYK, 74; MOLINARI, Rz. 689; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; vgl. demgegenüber BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 45, wonach die Menschenwürde als *allgemeines Verfassungsprinzip* auf den «Schutz des Menschen als Gattungswesen» abziele.

⁹⁶⁹ Vgl. MAHLMANN, Menschenwürde, 1317 mit Fn. 89; vgl. *demgegenüber* DUBÉY, Droits fondamentaux II, Rz. 1151; CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 15, 18 und insb. 21; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 26 (wonach auch die Würde der Gattung umfasst sei – darauf sei «abzustellen, wenn Forschung den Menschen [als Gattung]» betreffe, «ohne dass dabei einem Grundrechtsträger [gegen seinen Willen] Leid zugefügt» werde; MOLINARI, Rz. 689, 699 und 1042; SHK HFG-RÜTSCHKE/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 25, wonach die Würde als «objektives Prinzip» ihre «Wirkung» dort entfalte, «wo der Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte» ende; vgl. auch hinten, bei Fn. 3575.

⁹⁷⁰ Vgl. BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; MAHLMANN, Menschenwürde, S. 1317 mit Fn. 89; a.A. DUBÉY, Droits fondamentaux II, Rz. 1151; CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 15, 18 und insb. 21; MOLINARI, Rz. 689, 699 und 1042.

⁹⁷¹ BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; ANNER, 244 ff. und 253; RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen, 302 f.; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 24; SHK FMedG-RÜTSCHKE/PICCCHI, Art. 119 BV, Rz. 16 und 34; wohl auch VAN SPYK, 74 f.; vgl. aber MOLINARI, Rz. 689, 699 und 1042; ferner BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119, Rz. 20, wonach das «Verfassungsprinzip der Menschenwürde» auch «die Menschheit als Gattung» schütze; s.a. SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 41, wonach eine «Vermischung von Mensch und Tier» geeignet sei, «die Würde der Menschheit» zu «verletzen»; s.a. MAHLMANN, Menschenwürde, 1317 mit Fn. 89, wonach «der Regelungsbereich von Art. 119 Abs. 2 S. 2 BV Fragen der Gattungswürde unweigerlich» aufwerfe;

der Würde (auch) als Gattungswürde sieht sich jedenfalls verschiedensten Gefahren ausgesetzt: Eine Gattungswürde kann in ein Spannungsfeld mit dem (der Würde selbst zu entnehmenden) «Menschenbildverbot»⁹⁷² geraten, ist geeignet, die *individuelle Würde* und – die (auch) durch die Würde geschützte – *Selbstbestimmung* zu relativieren und im Konfliktfall zurückzudrängen,⁹⁷³ und birgt das Risiko einer Instrumentalisierung der Würde für partikuläre Wertvorstellungen und deren «Immunsierung» gegen abweichende Überzeugungen und Ansichten.⁹⁷⁴

Bezogen auf die Konkretisierung der öffentlichen Sittlichkeit unter Bezugnahme auf die Würde siehe hinten, bei Fn. 3160 f.

Bei einem *kollektivistischen* oder *heteronomistischen* Würdeverständnis geht es also nicht zwingend um eine Beschränkung der Freiheit auf ein würdevolles Verhalten *im Interesse des Würdeträgers* selbst. Es kann auch um den Schutz eines Werts im Interesse der Allgemeinheit und des gemeinsamen Zusammenlebens gehen.⁹⁷⁵ Allerdings sind die Grenzen fließend. Die Abstraktion von der Selbstbestimmung und den Vorstellungen und Wünschen der Einzelnen macht kollektivistische Konzeptionen jedenfalls besonders anfällig dafür, der Einzelnen ihre Würde auch im eigenen Interesse entgegenzuhalten bzw. sie in ihrem eigenen Interesse zu einem «würdevollen» Leben oder zur «wahren» Freiheit anzuhalten.⁹⁷⁶ Insbesondere bergen kollektivistische Ansätze die Gefahr, «unerwünschtes» Verhalten als Verstoss gegen einen übergeordneten Wert auszugeben, paternalistische Absichten zu *verschleiern* und den Schutz vor sich selbst der erforderlichen, *spezifischen* Rechtfertigung zu entziehen.⁹⁷⁷

nach DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1151 ist in Art. 119 BV auch die Würde der Menschheit mitangesprochen (s.a. CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 15, 18 und insb. 21); s.a. hinten, bei Fn. 3627 f.

⁹⁷² Vgl. BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1.

⁹⁷³ Das ist hier nicht zu vertiefen, vgl. dazu näher: MOLINARI, Rz. 686; VAN SPYK, 75; GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 102; SEELMANN, Würde der Gattung, 213; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 118; NEUMANN, Würde, 157; DERS., Menschenwürde, 47 f.; SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 18; CONINX, 238 f.; s.a. SCHEFER, Kerngehalte, 37 f.

⁹⁷⁴ Vgl. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 118; DERS., Menschenwürde, 45 f. und 48; SEELMANN, Würde der Gattung, 213; MATHIS, 143; VAN SPYK, 75; RIGOPOULOU, 63 f.; s.a. SCHEFER, Kerngehalte, 37 f.

⁹⁷⁵ Vgl. FELDMAN, Human Dignity Part I, 684 ff.

⁹⁷⁶ Vgl. FISCHER, 186; FELDMAN, Human Dignity Part I, 699 ff. und Part II, 76; McCRUDDEN, 705 f.; HUSTER, Menschenwürde, 3477 und 3479; ENDERS, Menschenwürde, 369; SCHROTH, Medizinethik, 382; DREIER, Menschenwürde, 42.

⁹⁷⁷ Vgl. HUSTER, Menschenwürde, 3477; s.a. HENNETTE-VAUCHEZ, 47 f. (Attraktivität der Argumentation, um – dem Recht an sich fremde – Pflichten gegen sich selbst zu statuieren bzw. zu begründen).

2. Zum Würdeverständnis der Verfassung

Von welchem Verständnis der Würde und ihrer «Verfügbarkeit» ist nun aber bei Art. 7 BV auszugehen? Aus den nachfolgend darzulegenden Gründen lässt sich ein paternalistisches Würdeverständnis bzw. ein «Würdeschutz gegen sich selbst» m.E. nicht mit der verfassungsrechtlichen Menschenwürdegarantie vereinbaren.

a) Vorbemerkungen

- i) Bestimmung des Würdegehalts «unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen» als Grund für ein kollektivistisches Würdeverständnis?

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Normgehalt der Menschenwürde «unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen» zu bestimmen.⁹⁷⁸ Meines Erachtens lässt sich daraus aber kein paternalistisches Würdeverständnis ableiten. Damit kommt zunächst nur zum Ausdruck, dass die Definitionsmacht über die Würde nicht einer *bestimmten* Person oder Personengruppe zusteht. Sodann ist die Aussage vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Würde einen offenen Gehalt aufweist und damit auch einer Konkretisierung durch die Rechtsprechung und im *demokratischen* Prozess bedarf.⁹⁷⁹ Nur bei einer Mitbeachtung kollektiver Anschauungen bleibt der Würdegehalt zudem hinreichend offen, um neuen Verletzlichkeitserfahrungen oder sich gewandelten gesellschaftlichen Empfindlichkeiten über das, was eine Würdeverletzung ausmacht, Rechnung zu tragen.⁹⁸⁰ Zu weit ginge es hingegen, dieser Aussage eine höchstrichterliche Klärung des Verhältnisses zwischen Selbstbestimmung und Würde zu entnehmen – insbesondere im Sinne einer kollektivistischen Würdekonzption bzw. eines Würdegehalts, der durch die Einzelne nicht verfügbar wäre;⁹⁸¹ dies auch vor dem Hintergrund, dass das Bundesgericht die geforderte Mitbeachtung kollektiver Anschauungen letztlich in den Dienst der «Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit»⁹⁸² stellt.

⁹⁷⁸ BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 143 IV 77, E. 4.1; ähnlich BVerfGE 96, 375, 399 f.

⁹⁷⁹ SCHEFER, Kerngehalte, 140 – was freilich nicht bedeutet, dass die Definition dessen, was die Würde (nicht) ausmacht, im freien Belieben des Gesetzgebers stehen würde, vgl. wiederum SCHEFER, Kerngehalte, 81; ferner MAHLMANN, Menschenwürde, 1312; DERS., Elemente, 232 f. und 344 ff.

⁹⁸⁰ Siehe MAHLMANN, Menschenwürde, 1312; MOLINARI, Rz. 180 und 414; vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, 142; s.a. BVerfGE 96, 375, (399 f.): «Was die Achtung der Menschenwürde im einzelnen erfordert, kann von den jeweiligen gesellschaftlichen Verhältnissen nicht völlig gelöst werden.»

⁹⁸¹ Vgl. demgegenüber VAN SPYK, 41.

⁹⁸² BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 143 IV 77, E. 4.1.

ii) Bedeutung der «Unverzichtbarkeit» der Würde

Eine kollektivistische Würdekonzeption lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass auf die Menschenwürde *nicht verzichtet* und diese *nicht verwirkt* oder *aufgegeben* werden kann.⁹⁸³ Zwar ist die Würde dem Menschen normativ vorgegeben – sie kommt ihm um seiner selbst willen zu⁹⁸⁴ und ist zwingend mit ihm verknüpft⁹⁸⁵. Der Mensch kann diese Würde, durch welches Verhalten auch immer, nicht verlieren oder verwirken⁹⁸⁶ (und es kann ihm eine allfällige Erklärung, auf die Würde zu verzichten, auch nicht entgegengehalten werden⁹⁸⁷). Diese «Unverzichtbarkeit» richtet sich aber *an den Staat*, die Würde ist von ihm unbedingt zu respektieren; nicht gemeint ist hingegen eine irgendwie geartete Innenwirkung oder Bindung an die eigene Würde.⁹⁸⁸ Vor allem aber meint «Unverzichtbarkeit» nicht zwingend, dass die eigene Auffassung des Würdeträgers irrelevant für die Frage wäre, was seine Würde ausmacht oder eben nicht. Auch bleibt die Frage offen, inwiefern Selbstbestimmung und Würde zusammenhängen. Anders gesagt: Dass auf die Würde nicht verzichtet werden kann, ist von der Frage zu trennen, was denn diese – unverzichtbare – Würde ausmacht und wer über sie bestimmt; und damit auch von der Frage, ob ein (freiverantwortliches) Verhalten überhaupt als Verletzung der eigenen Würde begriffen werden kann und ob der Staat den Einzelnen mit einem ihm fremden Verständnis, was seine Würde ausmacht, konfrontieren darf.⁹⁸⁹

⁹⁸³ Zu dieser Unverfügbarkeit und Verzichtsfeindlichkeit der Menschenwürde siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 159 und 235; ferner VAN SPYK, 41 f.

⁹⁸⁴ Die Würde kommt dem Einzelnen wegen seines *Menschseins* zu und nicht wegen seiner Leistungen oder bestimmter (menschlicher) Qualitäten. Sie steht auch nicht unter dem Vorbehalt eines *Anerkennungsakts* seitens der Rechtsgemeinschaft, siehe ISENSEE, Menschenwürde, 185 und 215 f.; MAHLMANN, Menschenwürde, 1314; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 9; LOHMANN, 20 und 32; zu den hier nicht zu vertiefenden, v.a. in Deutschland diskutierten unterschiedlichen Theorien über die «Begründung» der Menschenwürde (Wert- oder Mitgifttheorien, Leistungstheorien, Anerkennungstheorien) vgl. etwa DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 56 ff.; DAMIAN P. STOCKER, Menschenwürde – ein ökonomischer Begründungsversuch, in: ANDORNO/THIER, 55 ff., 56 ff.; s.a. BÖCKENFÖRDE, Menschenwürde, 1219 ff.

⁹⁸⁵ Vgl. HENNETTE-VAUCHEZ, 50.

⁹⁸⁶ Vgl. BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 9; ISENSEE, Menschenwürde, 214 und 216; DÜRIG, 125 f.; REDEKER, 78.

⁹⁸⁷ Vgl. bezogen auf die grundrechtlichen Kerngehalte SCHEFFER, Beeinträchtigung, 98.

⁹⁸⁸ Vgl. MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 36; s.a. CHEN, 104 f.; a.A. BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108.

⁹⁸⁹ Siehe WALLAU, 255 f.; GEDDERT-STEINACHER, 86 f. und 92; RIGOPOULOU 62 f.; STERNBERG-LIEBEN, 47 f.; DIETLEIN, 225; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER,

b) Zur Unzulässigkeit eines «Würdeschutzes gegen sich selbst»

i) Kein selbstverpflichtender Gehalt der Menschenwürde

Zunächst ist zu bemerken, dass es auf eine Art Selbstwirkung und Selbstverpflichtung der Würde – auf eine «Pflicht zur Selbstachtung» oder «Menschenwürdepflicht» – hinausliefe, wenn dem Einzelnen seine eigene Würde freiheitsbegrenzend entgegengehalten werden könnte.⁹⁹⁰ Eine solche die Einzelnen direkt verpflichtende oder zumindest staatliche Freiheitsbeschränkungen legitimierende (Selbst-)Wirkung der Menschenwürde ist Art. 7 BV indessen nicht zu entnehmen;⁹⁹¹ auch besteht keine irgendwie geartete Pflicht, sich gestützt auf die eigene Würde helfen lassen zu müssen.⁹⁹² Nicht nur ist die Würde zu unbestimmt, um ihr einen solchen selbstverpflichtenden Gehalt zuschreiben zu können,⁹⁹³ auch ist

Rz. 159 ff.; ferner HUFEN, Staatsrecht II, § 10, Rz. 36; s.a. SUCHOMEL, 153 f., und BARCZAK, 105.

⁹⁹⁰ Vgl. SEELMANN, Würde der Gattung, 207; SCHROTH, Medizinethik, 382; LOHMANN, S. 20 mit Fn. 25.

⁹⁹¹ Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 98; DERS., Kerngehalte, 376; CONINX, 237; GRUBERSKI, Entgeltlichkeitsverbot, 194; bezogen auf Art. 1 Abs. 1 GG vgl. STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm., Art. 1, Rz. 36; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 36; SEELMANN, Würde der Gattung, 211; vgl. auch SCHROTH, Medizinethik, 382; vgl. ferner – im Kontext völkerrechtlicher Menschenwürdegarantien – LOHMANN, 32 f.; a.A. CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 16 und 18 (allerdings mit Blick auf den Schutz der Würde der Menschen bzw. der menschlichen Gemeinschaft an sich); tendenziell ebenfalls a.A. EICHENBERGER, Komm zu § 9 KV AG, Rz. 4, wonach sich der der Menschenwürde verpflichtete Staat so einrichten dürfe und solle, «dass die nicht-staatlich Handelnden nicht gehindert sind oder dass sie gegenteils *veranlasst* sind, die Würde des Menschen (die *eigene* und die der anderen) zu wahren» (Herv. d. Verf.); gleichzeitig weist er allerdings – zu Recht – darauf hin, dass die Pflicht zum Schutz der Würde «keine Schleusen für eine staatliche Totalbehütung des Menschen nach einem dogmatischen Diktat dessen, was die Würde des Menschen in jeder konkreten Lage ausmachen könnte», öffne – eine «Überprotektion der Menschenwürde» könne «die Menschenwürde selbst zu nichts» machen; eine der Menschenwürde entnommene Pflicht zur Selbstachtung kann höchstens eine sittlich-moralische, nicht durch das Recht erzwingbare Pflicht sein, siehe ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 223 f.; KLEY, Grundpflichten, 123; für eine moralische Pflicht zur Achtung der eigenen Würde: SCHABER, Würde, 15 und 65 ff., insb. 72 ff. und 76.

⁹⁹² A.A. PÄRLI, Zwangsmassnahmen, 363; vgl. auch die vorne, in Fn. 911 ff., zitierte Rechtsprechung zur «schweren Verwahrlosung» als Grund für eine fürsorgliche Unterbringung sowie zur Zwangsmedikation; wie hier SCHEFER, Kerngehalte, 352; s.a. hinten, bei Fn. 1009.

⁹⁹³ KLEY, Grundpflichten, 123.

die Würde in Art. 7 BV als *Grundrecht* ausgestaltet: Grundrechten ist eine solch freiheitsbeschränkende Selbstwirkung fremd.⁹⁹⁴

ii) Selbstbestimmung als zentraler Gehalt der Menschenwürde

Ein Würdeverständnis, wonach die Würde ihren Trägerinnen und Trägern entgegeng gehalten werden könnte, geriete zudem in einen Widerspruch mit der Würdegarantie selbst: Ihr geht es zu einem wesentlichen Teil um den Schutz und die Achtung der individuellen *Selbstbestimmung*.⁹⁹⁵ Sie fordert die Anerkennung und Respektierung des Menschen in seinem *Eigenwert*, seiner «*eigenen Werthaftigkeit*»⁹⁹⁶, «*Selbstzweckhaftigkeit*»⁹⁹⁷, «*Personenhaftigkeit*»⁹⁹⁸, *Individualität* und *Einzigartigkeit*⁹⁹⁹, «*Einmaligkeit*»¹⁰⁰⁰ und (*allfälligen*) *Andersartigkeit*¹⁰⁰¹. Zu schützen

⁹⁹⁴ Vgl. BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70 (allerdings differenzierend für die Würde als Verfassungsprinzip, vgl. hinten, bei Fn. 1056 f.); ferner BEYLEVELD/BROWNSWORD, 36 f.; LOHMANN, S. 20 mit Fn. 25.

⁹⁹⁵ Siehe etwa TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 43 ff.; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Rz. 59 ff.; CONINX, 238 f.; SCHEFER, Kerngehalte, 133, 140 f. und 454; KLEY, Grundrechtskatalog, 324; Botsch. Erwachsenenschutz, 7042; aus einer international- und völkerrechtlichen Perspektive: MCCRUDDEN, 688 f.; LOHMANN, 31 ff.; EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow* gegen *Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 135; abweichende Meinung von Richter van Dijk zum Urteil des EGMR vom 30. Juli 1998 i.S. *Sheffield und Horsham* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 22985/93 und 23390/94, Ziff. 5; neben der Selbstbestimmung und Individualität schützt die Würde auch die körperliche und geistige Unversehrtheit vor (schweren) Verletzungen und v.a. auch die *Gleichheit und Gleichwertigkeit* der Menschen, vgl. vorne, bei Fn. 945, und hinten, bei Fn. 1041 ff.

⁹⁹⁶ BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 143 IV 77, E. 4.1; ferner BGER 6B_734/2014, E. 1.2 («Werthaftigkeit als Mensch»); SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24^{novies} Abs. 2 aBV, Rz. 44 und 116; EICHENBERGER, Komm. zu § 9 KV AG, Rz. 1; MCCRUDDEN, 679 f., 697 und 723.

⁹⁹⁷ MAHLMANN, Menschenwürde, 1311; dieser «Zweck an sich selbst» im Sinne KANTS (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, in: Wilhelm Weischedel [Hrsg.], Immanuel Kant – Kritik der praktischen Vernunft, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd. VII, Frankfurt a.M., 1974, 61: «Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest») ist für die Umschreibung des Würdegehalts in der verfassungsrechtlichen Diskussion noch heute wesentlich, vgl. etwa KLEY, Grundrechtskatalog, 323 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 163; BÖCKENFÖRDE, Menschenwürde, 1225.

⁹⁹⁸ EICHENBERGER, Komm. zu § 9 KV AG, Rz. 1.

⁹⁹⁹ BGE 132 I 49, E. 5.1; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 236 und 238; EICHENBERGER, Komm. zu § 9 KV AG, Rz. 1; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 163.

¹⁰⁰⁰ MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 202, Rz. 4.

¹⁰⁰¹ BGE 132 I 49, E. 5.1.

und zu achten ist der Mensch in seinen «*persönlichen Lebensbedürfnissen*»¹⁰⁰² und seiner «*Eigenständigkeit*»¹⁰⁰³, der Möglichkeit und Fähigkeit zu einer *selbständigen und eigenverantwortlichen Lebensgestaltung*¹⁰⁰⁴ und damit auch darin, sich *eigene Ziele* setzen und das Leben nach den *eigenen* Vorstellungen, Regeln, Wünschen und Präferenzen führen zu können.¹⁰⁰⁵ Dazu gehört auch die Möglichkeit, mittels Einwilligung über die eigenen Rechtsgüter zu verfügen,¹⁰⁰⁶ über das eigene Wohl¹⁰⁰⁷ und die eigenen Angelegenheiten¹⁰⁰⁸ selbst zu bestimmen und – dem Grundsatz nach – das Leben frei von *aufgedrängter, gut gemeinter Hilfe* zu führen^{1009, 1010}. Die Würde stemmt sich gegen Versuche, den Menschen gegen seinen Willen zu (ver-)bessern und ihn zu «optimieren»¹⁰¹¹, und ganz allgemein gegen die «Arroganz der Macht»¹⁰¹² und eine Behandlung des Menschen, als wäre man nicht auf seine Zustimmung oder Einwilligung angewiesen.¹⁰¹³ Das gilt auch dann, wenn die Absicht gut gemeint ist.¹⁰¹⁴ Der Mensch ist immer als *Subjekt* zu achten und zu schützen; er darf nicht *instrumentalisiert* werden und zum blossen *Objekt* der staatlichen Machtausübung verkommen.¹⁰¹⁵

¹⁰⁰² SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 52.

¹⁰⁰³ SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24novies Abs. 2 aBV, Rz. 44 und 116.

¹⁰⁰⁴ LOHMANN, 31 ff.; SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24novies Abs. 2 aBV, Rz. 116; s.a. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203; VGer Dresden, Beschluss vom 28. Januar 2003, 14 K 2777/02, NVwZ-RR 2003, 848 ff., E. 1a/aa, 850: «Zu der geschützten Würde des Menschen in seiner Individualität gehört, dass der Mensch es in der Hand hat, sein Leben eigenverantwortlich zu gestalten und über sich selbst zu verfügen [...]»

¹⁰⁰⁵ Vgl. SCHEFER, Kernegehalte, 133, 140 f. und 454; HÖFLING, Ernährungsverhalten, 132.

¹⁰⁰⁶ HADORN, 109.

¹⁰⁰⁷ LOHMANN, 33 f.

¹⁰⁰⁸ OHLY, 69; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473.

¹⁰⁰⁹ Vgl. LOHMANN, 37 f.; POHMER, 133 und 156; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473; s.a. vorne, bei Fn. 992; hier zeigen sich Bezüge zum *Subsidiaritätsprinzip*, vgl. hinten, bei Fn. 1192.

¹⁰¹⁰ Zu den Folgen dieses Menschenwürdegehalts für paternalistisches Staatshandeln siehe hinten, Teil 2 II. C., insb. Teil 2 II. C. 4.

¹⁰¹¹ ENGI, Menschenwürde, 665.

¹⁰¹² MÜLLER/SCHEFER, 1; ENGI, Menschenwürde, 671.

¹⁰¹³ SCHABER, Instrumentalisierung, 166.

¹⁰¹⁴ Dazu hinten, Teil 2 II. C. 1.

¹⁰¹⁵ MAHLMANN, Menschenwürde, 1311 f.; HALLER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: HGR Bd. VII/2, § 209, Rz. 15 f.; MAHON, Petit. Comm. Art. 7, Rz. 5 Cst.; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 13; SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 32 und 44 f.; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 51 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 163; berühmt geworden ist die an Kant anknüpfende *Objektformel* von DÜRIG (DÜRIG, Komm. zu Art. 1 Abs. 1 GG, Rz. 28, in: Maunz/Dürig, GG Kommentar; vgl. schon DÜRIG, 127) sowie diejenige von JOSEF WINTRICH (Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Verfassung und Verwaltung

Daraus folgt insbesondere, dass der Entscheidung über die individuelle Lebensweise und die verfolgten Ziele ein *eigenständiger Wert* beizumessen ist – unabhängig davon, ob andere diese Entscheidung «besser» treffen könnten.¹⁰¹⁶ Auch ist es nicht mit der gebotenen Achtung des Eigenwerts und der «Eigenständigkeit» sowie dem gebotenen Respekt vor dem Einzelnen vereinbar, wenn diesem mit gut gemeinter Hilfe letztlich ein *Wohlfahrtsverlust* verursacht bzw. ein *Schaden* zugefügt wird,¹⁰¹⁷ ausserdem muss die Entscheidung darüber, was als Nutzen, was als Schaden gilt, mit Blick auf die *konkret betroffene* Person und ihre diesbezügliche *subjektive* Einschätzung beurteilt werden.¹⁰¹⁸ Schliesslich muss die Einzelne in den sie selbst betreffenden Angelegenheiten – das eigene «Wohl» – zumindest *mitbestimmen, mitentscheiden* können und durch die Behörden *angehört* werden.¹⁰¹⁹

Ist der Schutz der Würde damit *immer* auch darauf gerichtet, die individuelle Selbstbestimmung, Mitbestimmung und eigenverantwortliche Lebensgestaltung zu wahren und zu ermöglichen, ist schwer nachvollziehbar, wie gerade diese Selbstbestimmung unter Berufung auf die *eigene Würde* gegen den Willen der Würdeträgerin beschränkt bzw. sie vor «Selbstentwürdigungen» bewahrt werden könnte.¹⁰²⁰

in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Herrn Geheimrat Professor Dr. Wilhelm Laforet anlässlich seines 75. Geburtstages, München 1952, 227 ff., 235 f.); vgl. dazu auch ISENSEE, Menschenwürde, 184. *Allerdings: Wann* der Einzelne zum blossen Objekt degradiert wird, verschliesst sich einer einfachen, allgemeinen Antwort; die sog. «Objektformel» ist insofern nur bedingt aussagekräftig (zur Kritik an der Unbestimmtheit der Objektformel auch HERDEGEN, Komm. zu Art. 1 Abs. 1 GG, Rz. 36, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Kommentar [Lfg. 55, Mai 2009]; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 55; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 12 f.; allgemein zu den gegenüber der «Objektformel» erhobenen Einwänden auch ENGI, Menschenwürde, 661 f.); vgl. auch hinten, bei Fn. 1035 ff.

¹⁰¹⁶ Vgl. LOHMANN, 33 f.

¹⁰¹⁷ Vgl. SCHABER, Würde, 41 f.; s.a. hinten, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) und bei Fn. 3887.

¹⁰¹⁸ S.a. hinten, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (2.) bei Fn. 1168.

¹⁰¹⁹ Vgl. zu dieser Funktion der Würde: SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 44; DERS., Menschenwürde, 239 ff. und 279 MÜLLER/SCHEFER, 2; MAHLMANN, Menschenwürde, 1312; KLEY/ZAUGG, 173; FELDMAN, Human Dignity Part I, 684 f. und 696 und Part II, 68; Botsch. VE 96, 140 f.; ferner LOHMANN, 34; RHINOW, Demokratie, 163; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 54 und 51; s.a. hinten, Teil 2 II. C. 4, dort Ziff. (3.) bei Fn. 1169 f.

¹⁰²⁰ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160; CONINX/SCHWEIDEGGER, 351; LOHMANN, 34; MAHLMANN, Elemente, 232; HADORN, 109 und 118; NETTESHEIM, 105 f.; LIPP, 127 f.; EPELT, 203 f.; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 150; GRUBERSKI, Entgeltlichkeitsverbot, 194; DERS., Kommerzialisierungsverbot, 90 f.; CHEN, 104 f. und 117 f.; CONINX, 238 f.; WALLAU, 255 f.; BVerfG, Urteil vom 9. Mai 2016, 1 BvR 2202/13, Rz. 57; ferner – im Zusammenhang mit dem Grundrechtsverzicht – PIETZCKER, 540.

Sich die eigenen Ziele setzen und diese verfolgen zu dürfen, ist gerade Ausdruck der eigenen Würde; von einer eigentlichen «Selbstentwürdigung» lässt sich deshalb selbst dann nicht sprechen, wenn sich diese Ziele – bzw. die zu deren Erreichung notwendigen Handlungen – auf den Einzelnen ungünstig auswirken oder von aussen gesehen schwer begreiflich sind.¹⁰²¹ Insbesondere lässt es sich m.E. nicht überzeugend begründen, wie sich der Einzelne mit *freiwilligem* Handeln – im Sinne der Objektformel – *selbst* zum *Objekt* degradieren könnte.¹⁰²² Der Grund dafür, dass sich die eigene Würde nicht gegen die eigene Selbstbestimmung richten kann, liegt aber weniger darin, dass jede Beschränkung der (freiverantwortlich ausgeübten) Selbstbestimmung gleichzeitig eine (*unzulässige*) *Würdeverletzung* wäre.¹⁰²³ Entscheidend ist, dass die Selbstbestimmung *im eigenen Interesse* und ohne Einverständnis des Würdeträgers vermindert wird, sich aber eine freiheitsbeschränkende Anrufung der Würde nicht mit ihrer (unbestrittenen) Schutzrichtung verträgt, die *Eigen- und Andersartigkeit* und *Individualität* zu wahren; die Würde liefe in einem zentralen Schutzgehalt geradezu leer.¹⁰²⁴ Zudem besteht die Gefahr, dass der Einzelnen, wenn sie gestützt auf ihre Würde in ihrem «wohlverstandenen» eigenen Interesse in Freiheiten beschränkt wird, letztlich ein *Nutzen- und Wohlfahrtsverlust* verursacht wird. Das aber ist mit dem durch die Würde gebotenen Respekt vor dem Menschen nicht verträglich,¹⁰²⁵ zumal die Würde – wie ausgeführt – gerade das Recht enthält, *selbst* über das eigene Wohl zu bestimmen¹⁰²⁶ (und damit zu entscheiden, was dem eigenen Wohl dienlich oder abträglich ist).

Eine (aufgedrängte) Intervention zum Schutz der Würde *kann* hingegen dann zulässig sein, wenn die betroffene Person *zu selbstbestimmtem Handeln nicht (vollumfänglich) in der Lage* ist¹⁰²⁷ – so wie auch andere Grundrechte angerufen werden können, um die Einzelne an einer «unfreiwilligen» Preisgabe und Verletzung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter zu hindern.¹⁰²⁸ Das bedeutet aber *nicht*,

¹⁰²¹ Vgl. KLEMENT, Verantwortung, 476.

¹⁰²² VAN SPYK, 62; FISCHER, 194 f.; s.a. ENDERLEIN, 159; SCHROTH, Organhandel, 111; Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6741.

¹⁰²³ Vgl. aber TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160. Die Würde garantiert Selbstbestimmung nicht absolut – nicht jede Beschränkung der Selbstbestimmung, nicht jede Fremdbestimmung ist gleichzeitig auch eine Würdeverletzung, siehe hinten, bei Fn. 1148 ff.

¹⁰²⁴ Ähnlich SEELMANN, Würde der Gattung, 211.

¹⁰²⁵ Vorne, bei Fn. 1017.

¹⁰²⁶ Vorne, bei Fn. 1004 ff.

¹⁰²⁷ Siehe MOLINARI, Rz. 695; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70; ferner VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 986; CONINX, 239; hinten, bei Fn. 1096 ff.

¹⁰²⁸ Dazu – mit Differenzierungen – hinten, Teil 3 IV. B. 3.

dass der Staat solchen Menschen eine objektive Würde aufdrängen dürfte; vielmehr verlangt die Würde gerade auch die Berücksichtigung der Wünsche, Gefühle und subjektiven Präferenzen derjenigen Personen, die in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit *reduziert* sind.¹⁰²⁹ Um den Schutz einer objektiven, von aussen festgelegten Würde und um die Durchsetzung des objektiv Vernünftigen geht es (auch hier) nicht.¹⁰³⁰

iii) Offenheit der Menschenwürde

Selbst wenn man die Verbindung zwischen Selbstbestimmung und Menschenwürde weniger eng sehen möchte, liesse sich ein «paternalistisches» Würdeverständnis nicht überzeugend begründen: Eine derartige Interpretation der Würde verbietet sich auch mit Blick auf die durch die Menschenwürde geforderte *Offenheit* gegenüber individuellen Verhaltensweisen und Überzeugungen; der Staat soll sich vom Menschen kein bestimmtes, von spezifischen Vorstellungen des Sittlichen und «Guten» geleitetes, verbindliches Bild machen.¹⁰³¹ Vielmehr wird dem Würdeträger die Freiheit garantiert, sich *sein eigenes Bild* von sich zu machen,¹⁰³² sich selbst zu definieren, neu zu erfinden und zu erschaffen, seinem *eigenen Selbstverständnis* des richtigen und guten Lebens nachzuleben; er wird damit eben gerade davor geschützt, auf ein bestimmtes Bild fixiert oder ausgerichtet zu werden.¹⁰³³

¹⁰²⁹ S.a. hinten, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

¹⁰³⁰ Zur Offenheit der Menschenwürde vgl. gerade nachfolgend, Abschnitt iii).

¹⁰³¹ Vgl. HADORN, 109; CHEN, 105; GUSY, Sittenwidrigkeit, 986; s.a. SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 18.

¹⁰³² Vgl. WOLFRAM HÖFLING/STEFFEN AUGSBERG, Luftsicherheit, Grundrechtsregime und Ausnahmezustand, JZ 2005, 1080 ff., 1081 («Recht auf das je eigene Menschenbild»).

¹⁰³³ SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 39; DERS., Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: VdS, § 14, Rz. 58; SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 42; MAHLMANN, Menschenwürde, 1313 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, Rz. 11; MATHIS/CATHRY, 277 ff.; MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 202, Rz. 4 f.; SCHEFER, Kerngehalte, 39 ff., 105, 140 und 142; MÜLLER/SCHEFER, 3 f.; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 2 ff., 6 ff. und 59; CHEN, 104 f.; SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24*novies* Abs. 2 aBV, Rz. 44; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 164 ff., insb. 166; OESCH, 46 f., wonach «[d]ie Wertschätzung und Achtung der individuellen Einzigartigkeit [...] im schweizerischen Verfassungsrecht das relevante (und einzig zulässige) Menschenbild dar[stelle]»; s.a. SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 18; BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; ferner BGE 143 IV 77, E. 4.1, wonach die Gefahr von Würdebeeinträchtigungen und Ein- und Ausgrenzungen von Menschen bestehe, wenn «mit einer Festlegung der Menschenwürde ein bestimmtes Menschenbild für achtens- und schützenswert erklärt» werde; dass es sich verbietet, ein bestimmtes Menschenbild als das «massgebliche» zu erklären oder den Einzelnen darauf auszurichten, klingt in der bundesgerichtlichen

Darin ist letztlich eine *individualistische* Würdekonzepzion zu erblicken.¹⁰³⁴ Die Würde steht im *Dienste des Einzelnen* und seiner Bedürfnisse, nicht im Interesse der Durchsetzung oder Absicherung *allgemeiner Werthaltungen, sittlicher Normen* und *gesellschaftspolitischer Ideale*¹⁰³⁵ und ebenso wenig im Dienste der «Gesellschaftslenkung».¹⁰³⁶ Es ist ein zentrale Forderung der Würde, dass der Staat für den Einzelnen da zu sein hat und *nicht umgekehrt*.¹⁰³⁷ In diesem Schutzgehalt stellt sich die Würde gegen die Verlockung, gestützt auf ihre Offenheit und «Unantastbarkeit» bestimmte Haltungen, ethische Konzepte, moralische Überzeugungen oder partikuläre Werte und Vorstellungen des guten und richtigen Lebens gegenüber abweichenden Haltungen zu *immunisieren*.¹⁰³⁸ Das Aufdrängen einer der Einzelnen fremden Würdevorstellung im Interesse «allgemeiner» (von ihr nicht geteilter) Vorstellungen der «wahren» und «idealen» Selbstbestimmung oder Freiheit birgt darüber hinaus *zumindest* die Gefahr, dass die Einzelne für einen ihr fremden Zweck missbraucht wird und zum reinen Objekt staatlicher Machtausübung verkommt.¹⁰³⁹ Unter Berufung auf die Menschenwürde sollen und dürfen Personen, die ihre Würde anders verstehen, nicht benachteiligt oder «ins Unrecht» gesetzt werden.¹⁰⁴⁰

Rechtsprechung auch an anderer Stelle an: der Einzelne sei in seiner *Andersartigkeit* anzuerkennen und die Würde beziehe sich auf «*das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen*» (BGE 132 I 49, E. 5.1; vgl. MAHLMANN, Menschenwürde, 1313; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 166); vgl. bereits vorne, bei Fn. 944.

¹⁰³⁴ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 166.

¹⁰³⁵ BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; SCHEFER Kerngehalte, 37 ff. und 142; CONINX, 238 f.; BGE 143 IV 77, E. 4.1; ferner HUFEN, Staatsrecht II, § 10, Rz. 36.

¹⁰³⁶ EICHENBERGER, Komm. zu § 9 KVAG, Rz. 4.

¹⁰³⁷ MCCRUDDEN, 679 f. und 723.

¹⁰³⁸ Zur Gefahr einer Immunisierung partikulärer Auffassungen durch die Würde und den Kampf um die Deutungshoheit über die Würde vgl. etwa SCHEFER, Kerngehalte, 37 f. und 142; KLEY, Freiheitsrechtskataloge, 134 f.; DERS., Menschenwürde, 277 ff.; FIOKA, «Big Brother», 814 und 816; BEYLEVELD/BROWNSWORD, 44 ff.; SUCHOMEL, 16 f.; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 51; WINFRIED HASSEMER, Die Menschenwürde ist ein Solitär – Aber auch ihr Verständnis unterliegt dem sozialen Wandel, ZRP 2005, 101 f., 101; DUTTGE, 151; ferner ISENSEE, Menschenwürde, 187 f. und 194; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 5; s.a. die gemeinsame abweichende Meinung der Richter Spielmann und Jebens zum Urteil des EGMR vom 25. Januar 2007 i.S. *Vereinigung Bildender Künstler gegen Österreich*, Nr. 68354/01, Ziff. 9.

¹⁰³⁹ Vgl. CONINX, 238 f.; FISCHER, 192 ff.; s.a. BGE 143 IV 77, E. 4.1.

¹⁰⁴⁰ Vgl. BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 8 und 13 ff.

iv) Schutz von Gleichheit und Gleichwertigkeit durch die Würde

Von Bedeutung ist ferner, dass die Würde auch die *Gleichheit und die Gleichwertigkeit* der Menschen schützt.¹⁰⁴¹ Daraus folgt zunächst, dass jedem Menschen die gleiche Fähigkeit zuerkannt werden muss, Träger von Rechten und Pflichten zu sein;¹⁰⁴² enge Bezüge bestehen zudem zwischen der Menschenwürde und dem Diskriminierungsverbot.¹⁰⁴³ Die Würde stellt sich aber auch gegen eine Unterteilung in würdigere und weniger würdigere, wertvollere und weniger wertvolle, bessere und schlechtere Menschen.¹⁰⁴⁴ Jeder Mensch hat den *gleichen* Anspruch auf Wertschätzung wie *jeder andere* auch.¹⁰⁴⁵ Damit ist nicht gemeint, dass jede Ungleichbehandlung gleichzeitig ein (unzulässiger) Würdeverstoss wäre.¹⁰⁴⁶ Mit Blick auf dieses «Gleichheitsversprechen»¹⁰⁴⁷ fällt es jedoch schwer zu begründen, wieso sich gewisse Personen ihren Entscheidungen, Präferenzen und Handlungen ihre eigene Würde entgegenhalten lassen müssten, andere hingegen nicht. Damit würden letztlich die Möglichkeiten, die eigenen Interessen und Ziele zu verfolgen, ungleich verteilt.¹⁰⁴⁸ Zudem stellt sich die Problematik einer gewissen Willkürlichkeit, wenn einige Verhaltensweisen als Ausdruck einer «würdigen», schützenswerten Selbstbestimmung erachtet werden, gegen andere unter Berufung auf die Würde hingegen interveniert wird. Willkürliches Handeln vermag aber ebenfalls in einen Konflikt mit der Würde zu geraten.¹⁰⁴⁹ Schliesslich ist der *Diskriminierungsaspekt* zu berücksichtigen: Stellt es bspw. nicht gerade eine Diskriminierung kleinwüchsiger Menschen dar, wenn sich diese nicht gegen Entgelt werfen lassen dürfen, andere Menschen aber schon?¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴¹ SGK BV-SCHWEIZER/SPENLÉ, Art. 7, Rz. 48 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 10, Rz. 8; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 50 ff.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 13; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 236 und 238; ENGI, Menschenwürde, 670 f.; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 61.

¹⁰⁴² BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 52; LOHMANN, 28 ff.

¹⁰⁴³ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 53; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 173 ff.; BGE 148 V 84, E. 7.6.2, BGE 138 I 217, E. 3.3.3 und BGE 136 I 297, E. 7.1, wonach eine Diskriminierung i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV auch «Aspekte der Menschenwürde» beschlage.

¹⁰⁴⁴ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 51; CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 48.

¹⁰⁴⁵ LOHMANN, 26 f. und 30 f.

¹⁰⁴⁶ LOHMANN, 26 f.

¹⁰⁴⁷ DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 150 und BVerfG, Urteil vom 9. Mai 2016, 1 BvR 2202/13, Rz. 57 («Freiheits- und Gleichheitsversprechen»).

¹⁰⁴⁸ Vgl. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 150.

¹⁰⁴⁹ ENGI, Menschenwürde, 670; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 54 («unbegründete» oder «sinnlose» Massnahmen, «die sich erniedrigend oder demütigend auswirken»).

¹⁰⁵⁰ Allgemein zum Diskriminierungsverbot als Grenze paternalistischen Staatshandelns hinten, Teil 3 III. C. 2.

v) Zur eingeschränkten Bedeutung der objektiv-rechtlichen Dimension der Menschenwürde/des Verfassungsprinzips Menschenwürde

Für die Frage der Definitionshoheit über die eigene Würde ist nicht entscheidend, dass die in Art. 7 BV garantierte Würde eine *objektiv-rechtliche* Dimension und eine *programmatische* Funktion aufweist.¹⁰⁵¹ Diese sind nicht zu verwechseln mit einem «objektiven» Würdeverständnis.¹⁰⁵² Die objektiv-rechtliche Dimension ist zwar durch den Einzelnen nicht verfügbar, doch handelt es sich hierbei nicht um einen zusätzlichen, anderen materiellen Menschenwürdegehalt, sondern um eine zusätzliche *Schutzrichtung*. Vermag sich die Menschenwürde in ihrem subjektiv-rechtlichen Gehalt nicht gegen den Einzelnen zu wenden, gelingt ihr dies ebenso wenig in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension: Auch in dieser Richtung statuiert die Würde keine «Werte», die sich gegen den Würdeträger selbst richten, oder Menschenbilder, die gegen den Einzelnen selbst in Stellung gebracht werden könnten. Die in Art. 7 BV statuierte Würde bleibt auch in ihrer programmatischen Schicht auf den Schutz des Individuums und seines Eigenwerts bezogen, fordert die Respektierung abweichender Vorstellungen und hat die Bedürfnisse der Würdeträgerin nach Entfaltung, Selbstbestimmung und selbstverantwortlicher Lebensgestaltung zu respektieren, zu schützen und (wo gewünscht) zu fördern.¹⁰⁵³

Nichts anderes ergibt sich aus dem Prinzipiengehalt der Menschenwürde – der Würde als «*Verfassungsprinzip*». Hier besteht die besondere Gefahr, einen von den konkreten Bedürfnissen und Würdevorstellungen des Betroffenen losgelösten «Wert» durchzusetzen und die Würde für paternalistische Argumentationen zu nutzen.¹⁰⁵⁴ Als Verfassungsprinzip kann die Würde dort eine über den subjektiv-

¹⁰⁵¹ Für eine solche Unverfügbarkeit der Würde in ihrer «programmatischen Ausformung» demgegenüber VAN SPYK, 41 f., 58, 61, 77 (dort allerdings bezogen auf die «Gattungswürde») und 119; vgl. – bezogen auf Deutschland – sodann: HILL, Abschied, 95 (zulässiges «Einschreiten zum Schutz der Menschenwürde in ihrer objektiven Funktion», wenn der Einzelne seine «individuell bestimmte, personale Menschenwürde» missbraucht); ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 246 (Schutz der «objektiven» Menschenwürde im Rahmen der «Grundrechtsfürsorge»); THOMAS DISCHER, Die Peepshow-Urteile des BVerwG – BVerwGE 64, 274 und BVerwG, NVwZ 1990, 668, Juristische Schulung (JuS) 1991, 642 ff., 647; grundsätzlich auch ENDERS, Menschenwürde, 367 ff.

¹⁰⁵² RIGOPOULOU, 62; MURMANN, 251.

¹⁰⁵³ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 43, 45 und 142; Botsch. VE 96, 141 (wonach die Würde «[m]it ihrem «programmatischen» Aspekt [...] den Behörden [gebiete, d. Verf.], ihre Entscheide auf eine Wertordnung zu gründen, die auf Würde und dem Eigenwert des Individuums beruht»; ferner ENDERLEIN, 158 f.; ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 140; EPELT, 123; CUENI, Rz. 25; hinten, bei Fn. 1108.

¹⁰⁵⁴ FELDMAN, Human Dignity Part I, 700.

rechtlichen Gehalt hinausgehende Wirkung entfalten, wo (noch) kein bestimmter Grundrechtsträger betroffen ist, namentlich wenn sich eine Person im Entstehen befindet (vorgeburtliches Leben) oder verstorben ist (Schutz des Leichnams).¹⁰⁵⁵ Zuweilen findet sich jedoch die Auffassung, als Verfassungsprinzip könne sich die Würde auch gegen freiverantwortliche Handlungen des Würdeträgers richten (z.B. eine freiverantwortliche Einwilligung in «unmenschliche» Experimente) bzw. ein *öffentliches Interesse* an einer Beschränkung grundrechtlich geschützter Freiheiten begründen,¹⁰⁵⁶ insbesondere auch am Schutz der *urteilsfähigen* Person vor sich selbst (etwa bezogen auf das «Werfen» kleinwüchsiger Menschen, Peepshows oder eine schwere Verwahrlosung).¹⁰⁵⁷ Auch die Würde als Verfassungsprinzip ist jedoch auf den Eigenwert der Person, ihre Individualität und Selbstbestimmung ausgerichtet und verlangt Offenheit gegenüber individuellen Vorstellungen des guten und richtigen Lebens.¹⁰⁵⁸ Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Würde zur blossen Durchgangsnorm für sittliche Vorstellungen des guten Lebens verkommt.¹⁰⁵⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich eine paternalistisch motivierte Beschränkung individueller Freiheiten deshalb nicht über die Würde als «Verfassungsprinzip» rechtfertigen.¹⁰⁶⁰

Zu differenzieren ist freilich für den Fall, dass die Würdeträgerin in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit vermindert ist. Die Würde als objektives Verfassungsprinzip kann sich (auch¹⁰⁶¹) dann aktualisieren, wenn die Einzelne gar nicht (mehr) zur (vollumfänglichen) Selbstbestimmung in der Lage und gar nicht (mehr) dazu fähig ist, den Schutz und die Achtung ihrer Würde (nach ihren Vorstellungen) sicher-

¹⁰⁵⁵ RÜTSCHKE, Menschenwürde, 18 und 22; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 45; CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 19; SHK FMedG-RÜTSCHKE/PICCCHI, Art. 119 BV, Rz. 35; ferner SHK HFG-RÜTSCHKE/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 25, wonach die Menschenwürde als objektives Verfassungsprinzip ihre Wirkung, dort entfalte, «wo der Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte» ende.

¹⁰⁵⁶ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 45 – hier allerdings primär unter Bezugnahme auf die «Gattungswürde».

¹⁰⁵⁷ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70.

¹⁰⁵⁸ Vgl. RÜTSCHKE, Menschenwürde, 19; SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 42, wonach die Würde (auch) in ihrem «Grundsatzgehalt» auf den «personalen Wert des Menschen» ausgerichtet sei; ferner SCHEFER, Kerngehalte, 37 ff.; das Bundesgericht betont die Notwendigkeit der *Offenheit* der Würde und des durch sie gebotenen Respekts vor der *Einzig- und Andersartigkeit* der Menschen, ohne dabei zwischen ihrer Funktion als Grundrecht oder Leitgrundsatz zu differenzieren, siehe BGE 132 I 49, E. 5.1; BGE 127 I 6, E. 5b; BGE 143 IV 77, E. 4.1.

¹⁰⁵⁹ Vgl. zu dieser Befürchtung auch DUTTGE, 151 f.

¹⁰⁶⁰ So auch MATHIS/CATHRY, 282.

¹⁰⁶¹ Vgl. vorne, bei Fn. 1055.

zustellen.¹⁰⁶² Um eine Durchsetzung des «objektiv Vernünftigen» oder sittlicher Überzeugungen kann es (auch) hier aber nicht gehen.¹⁰⁶³

vi) Sonderprobleme

(a) Würdeschutz gegen sich selbst in Extremfällen?

Allerdings bleibt fraglich, ob es nicht doch *Extremfälle* geben kann, in denen dem freiverantwortlich Handelnden seine eigene Würde entgegengehalten werden kann. Angesprochen ist damit die eigentliche *Selbstaufgabe und -zerstörung*. Gestützt auf die Würde werden etwa Verhaltensweisen eine Grenze gezogen, mit denen sich der Einzelne seiner *Selbstbestimmungsfähigkeit* und seiner *Subjektstellung* *irreversibel begibt* und sich der *völligen, dauernden Fremdbestimmung* ausliefert.¹⁰⁶⁴

Gedacht ist insbesondere an den Fall der (freiwilligen) *Selbstversklavung*.¹⁰⁶⁵ Darunter zu verstehen ist die freiwillige, wohlüberlegte und frei von Zwang und Druck erfolgende Übertragung der vollständigen Entscheidungs- und Verfügungsgewalt über die eigenen Rechtsgüter auf einen Dritten, z.B. aus monetären oder sexuellen Gründen; der Betroffene liefert sich der vollständigen Fremdbestimmung durch den Dritten aus.¹⁰⁶⁶ Als weitere Fälle werden genannt: sklavenähnliche Verhältnisse wie die *Schuldknechtschaft*, die *Leibeigenschaft* oder die Einwilligung in den *Menschenhandel*.¹⁰⁶⁷ Zu denken ist weiter an Situationen, in denen die Einzelne ihre *Fähigkeit zur freien Willensbildung* aufgeben will, insbesondere durch Zustimmung zu einer physischen oder psychischen Beeinträchtigung der Willensbildung (z.B. durch eine Schädigung des Gehirns).¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶² FELDMAN, Public Dignity Part I, 688; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70.

¹⁰⁶³ Vgl. vorne, bei Fn. 1029 f.

¹⁰⁶⁴ Vgl. etwa DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 149; VAN SPYK, 61 ff.; DÜRIG, 124; BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108 und 126; BVerfG, Urteil vom 9. Mai 2016, 1 BvR 2202/13, Rz. 57 («wenn der Betroffene davor bewahrt werden soll, seiner Selbstbestimmungsfähigkeit als solcher für immer zu entsagen»); ferner SCHMOLKE, 60 und 86 f. (Beseitigung der «faktischen Voraussetzungen eines der eigenen Personenwürde angemessenen Lebens» «fundamentale Freiheitsbeschränkungen für die Zukunft» wie Selbstversklavung «oder sonstwie die eigene Selbstbestimmung unangemessen lange und intensiv beschränkende Entscheidungen»); dem Grundsatz nach auch ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 138.

¹⁰⁶⁵ DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 149; SCHMOLKE, 60 und 86 f.; VAN SPYK, 63; ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 138; BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108 und 126; SEELMANN/DEMKO, § 12, Rz. 17.

¹⁰⁶⁶ Vgl. BUYX, 268; ob in eine Selbstversklavung tatsächlich «freiwillig» eingewilligt werden kann, gibt freilich zu Fragen Anlass, vgl. hinten, bei Fn. 4060 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4788.

¹⁰⁶⁷ VAN SPYK, 63.

¹⁰⁶⁸ VAN SPYK, 62 und 64; s.a. GEDDERT-STEINACHER, 90 und EPELT, 124 f. («manipulative Hirnoperationen»).

Nun mag man zu Recht darüber diskutieren, ob eine solch weitreichende Selbstaufgabe zulässig sein soll.¹⁰⁶⁹ Aber fließen allfällige Grenzen tatsächlich aus der *Würde*? Lassen sich der *Würde* hinreichend klare Grenzen der Selbstbestimmung entnehmen, die nicht gleichzeitig in einem Konflikt mit dem durch die *Würde immer* auch verlangten Respekt vor der Selbstbestimmung und Individualität stehen? Besteht nicht die Gefahr, auf die *Würde* zu rekurrieren, um das eigene sittliche Empfinden zu schützen? Insbesondere mit Blick auf die Frage, in welchem Interesse die *Würde* angerufen wird (im Interesse des Betroffenen selbst oder im Interesse Dritter), ist m.E. wie folgt zu differenzieren:

- Zunächst kann mit der Anrufung der *Würde* eine *paternalistische* Absicht verfolgt werden; bei der *Selbstversklavung* steht insbesondere das Argument der *Freiheitsmaximierung* i.S. einer Erhaltung möglichst vieler (künftiger) Freiheitsoptionen im Vordergrund.¹⁰⁷⁰ Oder es kann ganz allgemein darum gehen, dem Einzelnen *schwere Nachteile und Schäden* ersparen zu wollen, ganz unabhängig davon, ob er diese freiverantwortlich will oder zumindest in Kauf nimmt. Problematisch hierbei ist, dass die Diskussion um die Grenzen eines zulässigen Paternalismus in die *Würdediskussion* verschoben wird, der Gehalt der *Würde* aber zu verschiedensten Fragen Anlass gibt – besonders in seinen Bezügen zur Selbstbestimmung. Es besteht die Gefahr, die *Würde* vorschnell für eine bestimmte Überzeugung hinsichtlich der Grenzen der Autonomie fruchtbar zu machen. Die *Würde* fordert jedenfalls auch dann Respekt vor individuellen Entscheidungen, wenn diese von aussen gesehen nur schwer nachvollziehbar sind.¹⁰⁷¹ Zudem scheint es mir nicht ohne weiteres überzeugend, die – ohnehin unscharfe¹⁰⁷² – Objektformel auf Fälle anzuwenden, in denen der Entschluss, sich der Fremdbestimmung auszuliefern, auf einem freien Willen beruht.¹⁰⁷³ Der Menschenwürde lässt sich jedenfalls keine Pflicht entnehmen, sich freiheitsmaximierend zu verhalten oder nicht auf Freiheiten zu

¹⁰⁶⁹ NIDA-RÜMELIN, Verantwortung, 118; GUTMANN, Short cuts, 148 ff., insb. bezogen auf eine «Wunschlobotomie».

¹⁰⁷⁰ Vgl. zu diesem Begründungsansatz BUYX, 274; ein «freiheitsmaximierender» Schutz bzw. Paternalismus will Entscheidungen verhindern, mit welchen sich der Einzelne *zukünftigen* «Wahlfreiheiten» begibt – es sollen die «Freiheitsräume des Entscheidenden in gegenwärtigen und in zukünftigen Lebensphasen, in ihrer Gesamtheit betrachtet, [...] maximiert werden» (ENDERLEIN, 52 ff. und 552); dazu auch hinten, bei Fn. 3807 ff.

¹⁰⁷¹ Vgl. bezogen auf eine «Wunschlobotomie»: GUTMANN, Short cuts, 147 f.

¹⁰⁷² Vorne, Fn. 1015.

¹⁰⁷³ Vgl. STERNBERG-LIEBEN, 47 f.; vgl. demgegenüber VAN SPYK, 62, s.a. 65; BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 108 (bezogen auf die Selbstversklavung).

verzichten¹⁰⁷⁴ (weshalb auch etwa die Selbsttötung keinen Würdeverstoss darstellt¹⁰⁷⁵). Vor allem aber besteht die Gefahr, die *paternalistische* Intervention über die Würde der gebotenen *spezifischen* Prüfung und Rechtfertigung zu entziehen, was selbst wiederum Konflikte mit der Würde provoziert: Die Würde fordert, dass der vor sich selbst zu schützenden Person *nicht geschadet wird*, was eine Abwägung im konkreten Einzelfall bedingt – und diesbezüglich eine subjektive Sicht einzunehmen ist.¹⁰⁷⁶ Keineswegs ist es ausgeschlossen, dass die Einzelne ihre Freiheit aufgeben will, um damit ein bestimmtes – aus ihrer Sicht nützliches oder wertvolles – Ziel zu erreichen.

- Gegen eine Selbstaufgabe, wie insbesondere eine Selbstversklavung oder ähnliche Erscheinungsformen, können auch «*überindividuelle*» *Interessen* angeführt und die Würde in den Dienst dieser Interessen gestellt werden. Damit wird das – hier interessierende – Feld einer *paternalistischen* Verwendungsweise der Würde *verlassen*. Es geht dann um gesamtgesellschaftliche Anliegen und insbesondere um den Schutz der öffentlichen Moral.¹⁰⁷⁷

Verletzung des sittlichen Empfindens der Bevölkerung; Befürchtung, dass die völlige Selbstaufgabe zu einer Erosion der für das gemeinsame Zusammenleben als unerlässlich erachteten Werte führt¹⁰⁷⁸ oder dass die Grundlagen der Rechtsordnung, die auf gegenseitiger Anerkennung beruht, beseitigt werden.¹⁰⁷⁹ Auch dürften viele Menschen nicht in einer Gesellschaft leben wollen, in der ein Selbstversklavungsvertrag rechtlich gültig ist, insbesondere mit der Folge, dass «entlaufene» Sklaven dem Besitzer zurückgegeben werden müssten.¹⁰⁸⁰ Möglicherweise führt die Zulassung der *freiwilligen* Selbstversklavung zu einem (gesellschaftlichen) Klima, in dem auch die (unfreiwillige) Versklavung wieder möglich und akzeptiert wird. Schliesslich kann die Allgemeinheit mit erheblichen *psychisch-moralischen* Kosten belastet werden, wenn sie mitansehen muss, wie jemand von Dritten fremdbestimmt wird.¹⁰⁸¹

Eine solche Anrufung der *Würde* – im Sinne einer «Gattungswürde» –, um für die *Gemeinschaft* als wesentlich erachtete Werte zu schützen, ist jedoch nicht

¹⁰⁷⁴ Ähnlich SEELMANN, *Würde der Gattung*, 209: «Ist aber nicht einmal der generelle Verzicht auf Rechte ein logischer Widerspruch, so kann es auch nicht der auf das Recht auf Würdeschutz sein.»

¹⁰⁷⁵ Vgl. hinten, bei Fn. 1131 f.

¹⁰⁷⁶ Vorne, bei Fn. 995 ff., insb. 1017 f.; hinten, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) und (2.).

¹⁰⁷⁷ Vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 959 ff.

¹⁰⁷⁸ Vgl. BUYX, 275 ff., die solche Gründe aber nicht als ausreichend erachtet, um eine Selbstversklavung zu untersagen; ferner WOLF, *Paternalismus*, 56 («Wir wollen keine Gesellschaft, in der Menschenrechtsverletzungen legal sind»).

¹⁰⁷⁹ Vgl. SEELMANN, *Selbstwiderspruch*, 260 ff., insb. 263.

¹⁰⁸⁰ DWORKIN, *Second Thoughts*, 111.

¹⁰⁸¹ FEINBERG, *Legal Paternalism*, 13.

unproblematisch.¹⁰⁸² Entsprechend motivierte Beschränkungen sollten als solche der *öffentlichen Moral* diskutiert und *entsprechend gerechtfertigt* werden: Dies setzt eine Befassung mit der Frage voraus, ob ein Verhalten *tatsächlich* für das gemeinsame Zusammenleben unerlässliche Werte in Gefahr bringt und – wenn dies der Fall ist – die Freiheitsbeschränkung mit Blick auf die dem Einzelnen verursachten Nachteile gerechtfertigt, namentlich verhältnismässig ist.¹⁰⁸³

- Zuweilen wird eine Zerstörung der Autonomiegrundlagen (Zustimmung zum Verlust der Rechtsfähigkeit oder zu manipulierenden Hirnoperationen usw.) auch deshalb als unzulässiger Würdeverstoss erachtet, weil der Staat auf *freie und selbstbestimmte, zur Mitwirkung an der Gemeinschaft* fähige Individuen angewiesen sei, um seine Ziele – Realisierung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – zu erreichen. Die «staatliche Gemeinschaft» als «Gemeinschaft autonomer Individuen» dürfe «sich nicht dadurch selbst negieren, dass sie den Individuen gestatte, ihre Autonomie aufzugeben».¹⁰⁸⁴ Dies ist ein gutes Beispiel für eine m.E. unzulässige¹⁰⁸⁵ Funktionalisierung der Würde für *gemeinschaftliche Interessen*.¹⁰⁸⁶ Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Zulassung einer Selbstzerstörung der Autonomie tatsächlich zur Folge hätte, dass die staatliche Gemeinschaft geradezu funktionsunfähig würde und Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ernsthaft in Gefahr gerieten.¹⁰⁸⁷ Im Übrigen liessen sich mit dieser – reichlich diffusen – Argumentation umfassende Verbote rechtfertigen, was zudem selbst wieder in einen Konflikt mit der Würde geraten könnte: Etwa bei einer Beschränkung der Freiheit zu sterben mit der Begründung, die Einzelne müsse in der Lage bleiben, einen Beitrag an die Gemeinschaft zu leisten.

Meines Erachtens bietet die Menschenwürde selbst für Extremfälle wie die (freiverantwortliche) Selbstaufgabe und die (freiwillige) vollumfängliche Übertragung von Handlungsbefugnissen auf Dritte jedenfalls *keine* Grundlage für einen *Würdeschutz gegen sich selbst* bzw. für eine *paternalistisch* motivierte Verengung von Freiheiten. Es erscheint mir nicht einsichtig, warum dem freiverantwortlich Handelnden *seine eigene Würde* entgegengehalten werden könnte, wenn – wie hier – davon ausgegan-

¹⁰⁸² Vorne, bei Fn. 972 ff.

¹⁰⁸³ Dazu hinten, Teil 3 IV. D. 3. c). Auch wenn die Würde – in ihrer Funktion als Verfassungsprinzip – als öffentliches Interesse für Freiheitsbeschränkungen herangezogen wird, hat sich die Freiheitsbeschränkung an den Massstäben von Art. 36 BV zu messen (BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70).

¹⁰⁸⁴ EPEL, 124 f.

¹⁰⁸⁵ Vorne, bei Fn. 1035 ff.

¹⁰⁸⁶ Ähnlich im Kontext der Tötung auf Verlangen: TAG, Körperverletzungstatbestand, 291.

¹⁰⁸⁷ Zu Recht kritisch auch VAN SPYK, 62.

gen wird, dass Art. 7 BV ein individualistisches Würdeverständnis zugrunde liegt. Dass die Freiheit grenzenlos und auch die völlige Aufgabe der Selbstbestimmung unbedingte zu respektieren wäre, ist damit indessen *nicht gesagt*. Nur scheint mir die Würde *des Betroffenen selbst* nicht der richtige Ansatzpunkt dafür zu sein, um entsprechende (absolute) Grenzen festzulegen.

(b) *Würdeschutz gegen sich selbst bei einer Involvierung Dritter?*

Ein Würdeschutz gegen sich selbst lässt sich m.E. auch dann nicht begründen, wenn die Würdeträgerin *private Dritte* in ihre Handlungen involviert oder diesen Dritten weitreichende Handlungsbefugnisse erteilt, soweit die Würdeträgerin diesbezüglich freiverantwortlich handelt.¹⁰⁸⁸ Die eigene Würde stellt keine Einwilligungsschranke dar.¹⁰⁸⁹ Selbst wenn man – zum Schutz der Würde – dem *Staat* eine Grenze ziehen will, dem Einzelnen auch mit dessen Willen massive Verletzungen zuzufügen, bedeutet das nicht, dass die gleiche Grenze für private Dritte gelten würde.¹⁰⁹⁰ Die Einzelne ist gerade auch in ihrem sozialen Umgang mit Dritten frei, welche Ziele sie verfolgen will – die Würde richtet sich auch hier nicht gegen sie auf.¹⁰⁹¹

3. Ergebnis: Individuelle Definitionsmacht über die eigene Würde – kein Würdeschutz gegen sich selbst ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite

Aufgrund der durch die Würde gebotenen *Offenheit* gegenüber dem Menschen und seinen Werthaltungen, des durch sie vermittelten Schutzes der *Selbstbestimmung* und dem von ihr geforderten *Respekt vor dem Menschen und seinen selbstgewählten Zielen* muss es letztlich zur Würde gehören, *selbst* die massgebliche «Instanz» für die Beurteilung der Frage zu sein, was die eigene Würde in einem konkreten Fall «ausmacht»; die Einzelne selbst darf beurteilen, wann sie sich *nicht* in ihrer Würde als betroffen oder verletzt erachtet.¹⁰⁹² Der Mensch ist durch die ihm zukommende

¹⁰⁸⁸ Vgl. auch Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6741 (grundsätzlich keine Verletzung der Menschenwürde, «wenn eine Person sich freiwillig und hinreichend aufklärt für die Forschung zur Verfügung stellt»).

¹⁰⁸⁹ TAG, Körperverletzungstatbestand, 289 f. (allerdings mit der Ausnahme von die Subjektqualität des Menschen verachtenden Zwangsbehandlungen, -experimenten und -sterilisationen wie zu Zeiten des NS-Regimes, in die der Betroffene einwillige, «um als Gegenleistung die versprochene Freiheit zu erlangen»).

¹⁰⁹⁰ Vgl. DÜRIG, 124.

¹⁰⁹¹ A.A. REDEKER, 78.

¹⁰⁹² KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, Rz. 11; MATHIS/CATHRY, 282; CONINX/SCHNEIDEGGER, 351; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 25; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 14, wonach es zur Menschenwürde gehöre, «dass jeder Mensch selbst be-

Würde davor geschützt «zum Objekt der Menschenwürdedefinition eines anderen zu werden».¹⁰⁹³ Das gilt auch dann, wenn das Verhalten – wäre es fremdbestimmt – als Würdeverletzung zu bezeichnen wäre.¹⁰⁹⁴ Der Einzelne verstößt selbst dann nicht gegen seine Würde und es kann ihm seine eigene Würde auch dann nicht entgegengehalten werden, wenn er seine Gesundheit oder sein Leben zur Erreichung *bestimmter Ziele* riskiert (wie z.B.: finanzieller Profit beim Verkauf eines eigenen Organs; bessere Haftbedingungen beim Hungerstreik).¹⁰⁹⁵

stimmen kann, was seine Würde ausmacht»; ferner BSK BV-BELSER/MOLINARI Art. 7, Rz. 70 (allerdings relativierend für die Menschenwürde als «allgemeines Verfassungsprinzip»); s.a. SCHEFER, Kerngehalte, 375, wonach es «Ausdruck der Würde eines Menschen sein kann, selbst darüber zu bestimmen, welche grundrechtlichen Schutzgehalte für ihn besonders wichtig und daher unaufgebbar sind»; vgl. ferner GEDDERT-STEINACHER, 89 f. und 91 f.; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 149; HÖFLING, Menschenwürde, 1583 f.; HUFEN, Selbstbestimmung, 89; BVerfGE 115, 1 (14): «Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird [...]»

¹⁰⁹³ HUFEN, Selbstbestimmung, 89; s.a. BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 14.

¹⁰⁹⁴ Wie hier: TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160 f. und 240 f.; CONINX, 235 ff.; VETTERLI, 266 ff. und insb. 271 f.; FIOLOKA, «Big Brother», 815; CHEN, 104 f. und 117 f.; GRUBERSKI, Entgeltlichkeitsverbot, 197; DERS., Kommerzialisierungsverbot, 98 f.; VAN SPYK, 62 und 71 ff. (allerdings differenzierend für die programmatischen Würdegehalte und eine umfassende Übertragung «grundrechtliche[r] Handlungsbefugnisse» auf Dritte; siehe vorne, Fn. 1051 und 1067 f.); aus der deutschen Lehre und Rechtsprechung vgl. CHINNOW, 74 ff.; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 149 f. (mit Ausnahme der Selbstversklavung); STERNBERG-LIEBEN, 47 f.; Jarass/Pieroth-JARASS, Komm. zu Art. 1 GG, Rz. 4 und 14 (in Rz. 13 allerdings differenzierend für staatliche Eingriffe: eine Zustimmung des Betroffenen ändere nichts am Eingriff in die Menschenwürde; dazu auch hinten, bei Fn. 2825 ff.); MÖLLER, Paternalismus, 116; FISCHER, 191 ff.; RIGOPOULOU, 61 ff.; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 36; HÖFLING, Menschenwürde, 1583 f.; NETTESHEIM, 105 f. ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 138 (mit Ausnahme der Selbstversklavung) und 223 f.; GEDDERT-STEINACHER, 86 ff., insb. 88 ff. und 91 ff. (allerdings relativierend für den Suizid und «manipulative Hirnoperationen»); BVerfG, Urteil vom 9. Mai 2016, 1 BvR 2202/13, Rz. 57 (mit Ausnahme einer vollständigen Aufgabe der Selbstbestimmungsfähigkeit); Bayer. VGH, Urteil vom 27. November 2012, ZfBR 2013, 271 ff., 272; VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 986; STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm., Art. 1, Rz. 36 und 114; mit Bezug auf die Würdegarantie der EU-Grundrechtecharta WALLAU, 255 f.; vgl. *demgegenüber* HILLGRUBER, Selbstverantwortung, Fn. 54; differenzierend bezogen auf «Selbstentwürdigungen» und «Selbsterniedrigungen» aus rechtsphilosophischer Sicht JOHN KLEINIG, Paternalismus und Menschenwürde, in: VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, Paternalismus im Strafrecht, 145 ff., 162 ff.

¹⁰⁹⁵ So – bezogen auf den Hungerstreik – auch GEDDERT-STEINACHER, 91.

Differenziert ist die Zulässigkeit eines (aufgedrängten) Schutzes der eigenen Würde hingegen dann zu beurteilen, wenn der Einzelne zu einem selbstbestimmten Handeln *nicht oder nicht vollumfänglich in der Lage* ist. Hier *kann* sich eine Schutzfunktion der Würde aktualisieren,¹⁰⁹⁶ was aber – wie erwähnt – nicht mit dem Aufdrängen einer dem Betroffenen *fremden* Würdevorstellung zu verwechseln ist.¹⁰⁹⁷ Allein anhand der Würde lässt sich allerdings keine scharfe Grenze zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Handeln ziehen.¹⁰⁹⁸ Ein Würdeschutz gegen sich selbst ist aber zum Vornherein dort *ausgeschlossen*, wo der Staat nicht auf Defizite in der Willensbildung und/oder -umsetzung Bezug nehmen kann.¹⁰⁹⁹ Zudem setzt die Würde – worauf noch einzugehen ist – auch einem *weich* paternalistischen bzw. autonomieorientierten Eingriff gewisse Grenzen.¹¹⁰⁰

Eine Konturlosigkeit oder eine vollständige Überantwortung der Menschenwürde in das Selbstverständnis des Einzelnen¹¹⁰¹ hat dies nicht zur Folge: Selbst über die eigene Würde zu bestimmen bedeutet nicht, selbst definieren zu können, was der Staat allgemein unter dem Aspekt der Würde zu schützen und (unbedingt) zu respektieren hat. Gemeint ist bloss, aber immerhin, dass der Einzelnen – wenn es um ihren Schutz geht – kein ihr fremdes Würdeverständnis aufgedrängt werden kann und sie nicht gestützt auf ihre eigene Würde an Handlungen gehindert werden darf, die sie mit ihrer Würde als *vereinbar* erachtet. Auch reicht das subjektive Empfinden des Einzelnen, in seiner Würde verletzt worden zu sein, allein nicht aus, um eine – in rechtlicher Hinsicht relevante – *Würdeverletzung* anzunehmen;¹¹⁰² der Stellenwert des individuellen Verständnisses, was die eigene Würde ausmacht, ist ein anderer, wenn der Einzelne eine *Verletzung* seiner Würde durch Dritte bzw. den Staat geltend macht.¹¹⁰³ Insofern relativiert sich die zuweilen geäußerte Befürchtung, die Würde werde durch die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen des Würdeträgers, was seine Würde ausmacht, ihres Gehalts und ihrer «Justiziabi-

¹⁰⁹⁶ Bayer. VGH, Urteil vom 27. Nov. 2012, ZfBR 2013, 271 ff., 272; WALLAU, 256; vorne, bei Fn. 1027 ff. (mit der auch hier geltenden Relativierung, dass bei einer nicht oder nur beschränkt vorhandenen Selbstbestimmung die Vorstellungen des Betroffenen, was seine eigene Würde ausmacht, nicht einfach irrelevant werden).

¹⁰⁹⁷ Vorne, bei Fn. 1029 f. und 1063.

¹⁰⁹⁸ Hinten, bei Fn. 1161 und 1187.

¹⁰⁹⁹ Hinten, bei Fn. 1175.

¹¹⁰⁰ Vgl. hinten, bei Fn. 1162 f. und 1185 f.

¹¹⁰¹ So etwa die Befürchtung von PUPPINCK/DE LA HOUGUE, Rz. 55; zur Problematik vgl. auch hinten, bei Fn. 1778 ff.

¹¹⁰² Vgl. GEDDERT-STEINACHER, 91 f.

¹¹⁰³ CHINNOW, 76 und 78.

lität» entleert.¹¹⁰⁴ Ohnehin kann gerade bei persönlichkeitsnahen Grundrechten einschliesslich der Würde das «Selbstverständnis» nicht gänzlich ausser Acht bleiben.¹¹⁰⁵ Und selbst wenn man es als problematisch erachtete, dass die Einzelne selbst beurteilen darf, ob sie in ihrer eigenen Würde verletzt ist: Es gehört immer noch zur Würde, selbst darüber zu entscheiden, ob deren Schutz *in Anspruch genommen* werden soll.¹¹⁰⁶ Nicht mit der Würde ist es vereinbar, zur «Leistung» von Würde *gezwungen* zu werden oder sich eine Würde *vorschreiben* lassen zu müssen.¹¹⁰⁷ Darauf aber liefe es letztlich hinaus, wenn man der Würdeträgerin ihre eigene Würde entgegenhielte.

Dass sich Freiheitsbeschränkungen unter Berufung auf die eigene Würde höchstens bei *Defiziten* in der Willensbildung und -umsetzung rechtfertigen lassen, gilt in jeglicher Hinsicht: Es spielt keine Rolle, ob *Dritte* in die Selbstschädigung involviert sind und wie *extrem* sich der Akt der «Selbstschädigung» darstellt. Die Würde lässt sich auch nicht als Verfassungsprinzip oder in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension gegen ihren Träger wenden¹¹⁰⁸ – etwa bei der Auslegung von *General-klauseln* (wie der *öffentlichen Sittlichkeit*, der *guten Sitten*¹¹⁰⁹ oder der *öffentlichen Ordnung*¹¹¹⁰) oder zur Begründung einer *staatlichen Schutzpflicht*¹¹¹¹. Ebenso wenig darf die Würde bei der *Verhältnismässigkeitsprüfung* oder der Bestimmung und Gewichtung *öffentlicher Interessen*¹¹¹² freiheitsbeschränkend gegen das Handeln

¹¹⁰⁴ So die Befürchtung z.B. von REDEKER, 77; vgl. auch KLEMENT, Verantwortung, 476, wonach der Würdeträger nicht über die Kompetenz verfüge, den Begriff der Würde positiv zu definieren.

¹¹⁰⁵ Hinten, bei Fn. 1778 ff.; bezogen auf die Würde s.a. HÖFLING, Menschenwürde, 1583 f., und MAHLMANN, Elemente, 232.

¹¹⁰⁶ CHEN, 105; zum Schutz gegen ungewollte Fürsorge und Hilfe durch die Würde vgl. vorne, bei Fn. 1009.

¹¹⁰⁷ Vgl. CHEN, 105 und 117 f.; DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 149.

¹¹⁰⁸ Vorne, bei Fn. 1051 ff.; bezogen auf die objektiv-rechtliche Dimension der in Art. 1 EU-Grundrechtecharta statuierten Würdegarantie s.a. WALLAU, 254 ff.

¹¹⁰⁹ Wie hier MALACRIDA, 155 f.; s.a. TAG, Körperverletzungstatbestand, 301 f.; FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 25; hinten, bei Fn. 3160.

¹¹¹⁰ Vgl. demgegenüber die vorne, in Fn. 931, zitierten Entscheide des französischen *Conseil d'État*; vgl. auch EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2004, C-36/02, Ziff. 23 ff., insb. 41 (dazu vorne, Fn. 962).

¹¹¹¹ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160; MATHIS/CATHRY, 278 und 282; vgl. demgegenüber ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 246 (unter dem Aspekt der «Grundrechtsfürsorge»), und WYSS, Öffentliche Interessen, S. 299 mit Fn. 547.

¹¹¹² Vgl. demgegenüber die vorne, in Fn. 913, zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung und BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70 (im Zusammenhang mit der Würde als Verfas-

der Würdeträgerin selbst gerichtet werden, wenn nicht gleichzeitig dargelegt werden kann, dass sie sich einer (schweren) Gefährdung aussetzt, die sie so nicht will. Die Würde ist auch kein geeigneter Ansatzpunkt, um die «Unverzichtbarkeit» eines Grundrechts zu begründen, soweit der Verzicht freiverantwortlich erfolgt.¹¹¹³ Erst recht kann die Würde der Würdeträgerin nicht angerufen werden, um die Selbstbestimmung auf der Ebene *grundrechtlicher Schutzbereiche* (in ihrem «wohlverstandenen», eigenen Interesse) zu beschränken.

Damit verletzt seine *eigene* Würde nicht bzw. kann höchstens bei einer Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung und/oder -umsetzung in seiner *eigenen* Würde geschützt werden: wer sich gegen Entgelt als *Leihmutter* zur Verfügung stellt,¹¹¹⁴ wer unentgeltlich oder entgeltlich *Eizellen spendet*,¹¹¹⁵ wer sich werfen lässt, auch wenn er *kleinwüchsig* ist,¹¹¹⁶ wer *bettelt*,¹¹¹⁷ wer brutale *Gewaltvideos* konsumiert,¹¹¹⁸ an («exhibitionistischen») *Reality-Shows* wie «*Ich bin ein Star – Holt mich hier raus!*» («*Dschungelcamp*»), «*Big Brother*» oder «*Expedition Robinson*» teilnimmt,¹¹¹⁹

sungsprinzip); a.A. auch DUBEY, *Droits fondamentaux* II, Rz. 1165 und CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 31 (bezogen auf das Werfen kleinwüchsiger Menschen); wie hier: MATHIS/CATHRY, 282.

¹¹¹³ Vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 2824 und Teil 3 IV. B. 2. c) vii) (b).

¹¹¹⁴ BERTSCHI, 42 f.; BGH, Beschluss vom 10. Dezember 2014, XII ZB 463/13, Rz. 49 und 51; SCHABER, *Würde*, 144 f. (keine Instrumentalisierung, keine Verletzung der Selbstachtung, keine Herabsetzung gegenüber Dritten durch die entgeltliche Zurverfügungstellung des eigenen Körpers); zurückhaltend mit der Annahme einer Würdeverletzung auch Ber. Leihmuttertschaft, 10 ff.; kritisch auch SANDRA HOTZ, Besprechung von BGER 5A_748/2014, AJP 2015 S. 1325 ff., 1330; vgl. demgegenüber RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, S. 527 mit Fn. 151 (grundsätzliche «Selbstentwürdigung» durch eine primär aus finanziellen Motiven eingegangene Leihmuttertschaft, was «eine Einschränkung der Autonomie der Frau rechtfertigen könnte»).

¹¹¹⁵ HÖRNLE, 120 ff. und 126 f.

¹¹¹⁶ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160 und 241; STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm., Art. 1, Rz. 114; MATHIS/CATHRY, 282; vgl. demgegenüber DUBEY, *Droits fondamentaux* II, Rz. 1165 und CR Cst.-DUBEY, Art. 7, Rz. 31; vgl. auch vorne, Fn. 931.

¹¹¹⁷ CUENI, Rz. 25; vielmehr stellt sich die Frage, ob Bettelverbote nicht zu einer *Verletzung* der Würde derjenigen Menschen führen, die auf das Betteln angewiesen sind, um das eigene Überleben zu sichern (so EGMR, Urteil vom 19. Januar 2021 i.S. *Lacatus* gegen *Schweiz*, Nr. 14065/15, Ziff. 107 und 115).

¹¹¹⁸ FIOŁKA, «*Big Brother*», 816; BSK StGB I-HAGENSTEIN, Art. 135, Rz. 41; HAGENSTEIN, 1306; vgl. aber auch vorne, bei Fn. 916 ff.

¹¹¹⁹ FIOŁKA, «*Big Brother*», 815 f.; STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm., Art. 1, Rz. 114; SCHEFER, *Kerngehalte*, 376; CHINNOW, 74 ff.; HUSTER, *Menschenwürde*, 3477 ff.; vgl. auch DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 151; vgl. demgegenüber vorne, bei Fn. 935 f.

einen *Gesichtsschleier* trägt,¹¹²⁰ an «*Lasertag*»-¹¹²¹ oder *Paintball-Spielen*¹¹²² teilnimmt, sich in einem *Käfig zur Schau stellt*,¹¹²³ wer *Swingerclubs* besucht,¹¹²⁴ in einer *Peepshow* auftritt,¹¹²⁵ sich *prostituiert*¹¹²⁶ oder in *pornographischen Filmen* mitwirkt¹¹²⁷ (unter Einschluss der sog. Exkrementenpornographie¹¹²⁸) oder sich einem *Lügendetektortest*¹¹²⁹ oder einem (allerdings aus anderen Gründen problematischen und fragwürdigen) psychologischen «Test» zum Nachweis seiner Homosexualität¹¹³⁰ unterzieht. Auch wer sich aufgrund eines eigenverantwortlichen Entschlusses das Leben nimmt, verletzt nicht seine eigene Würde¹¹³¹ – die Freiheit, (endgültig) über das eigene Leben entscheiden zu können und zu sterben, ist vielmehr *Ausdruck* menschlicher Würde

¹¹²⁰ HADORN, 109 ff. und 118.; FATEH-MOGHADAM, *Burka-Verbote*, 196 f.; der EGMR ist der Argumentation der französischen Regierung nicht gefolgt, wonach ein Verbot, einen Gesichtsschleier zu tragen, zum Schutz der Würde der betroffenen Frauen erforderlich sei, siehe EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S. gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 82 und 120; kritisch zu einer «Instrumentalisierung» der Frauenrechte und der Gleichberechtigung für «fremdenfeindliche und antiislamische Kampagnen» KATRIN RIEDER/ELISABETH JORIS, *Ein feministisches Nein zum Burkaverbot*, NZZ vom 12. Mai 2010, 17; vgl. auch vorne, bei Fn. 926, sowie hinten, Teil 3 IV. E. 2. i) v).

¹¹²¹ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160 und 241.

¹¹²² Vgl. VGer Dresden, Beschluss vom 28. Januar 2003, 14 K 2777/02, NVwZ-RR 2003, 848 ff., E. 1a/aa, 850 f.

¹¹²³ STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm., Art. 1, Rz. 114; BVerwG, 6 C 16/02, NVwZ 2003, 603 ff., 604.

¹¹²⁴ Vgl. STARCK, in: v. MANGOLDT/KLEIN/STARCK, GG-Komm., Art. 1, Rz. 114.

¹¹²⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160 und 240; MATHIS/CATHRY, 282; HÖFLING, *Menschenwürde*, 1583 f.; HENNING v. OLSHAUSEN, *Menschenwürde im Grundgesetz: Wertabsolutismus oder Selbstbestimmung?*, NJW 1982, 2221 ff., 2222 ff.; GUSY, *Sittenwidrigkeit*, 985 f.

¹¹²⁶ HEINZL, 231 f.; ferner SCHEFER, *Kerngehalte*, 376 (zulässiger Verzicht auf den Schutz der Menschenwürde durch den Staat; kein aus Art. 7 BV ableitbares Verbot der Prostitution); VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 986 (prägnant auch im Leitsatz: «Wer die Menschenwürde von Prostituierten gegen ihren Willen schützen zu müssen meint, vergreift sich in Wahrheit an ihrer von der Menschenwürde geschützten Freiheit der Selbstbestimmung und zementiert ihre rechtliche und soziale Benachteiligung.»).

¹¹²⁷ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 160 und 241.

¹¹²⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 609.

¹¹²⁹ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 161; hinten, bei Fn. 2839; zur Argumentation mit der Würde, um die Unzulässigkeit eines Lügendetektortests zu begründen, vgl. vorne, bei Fn. 938.

¹¹³⁰ A.A. MÜLLER, *Verwirklichung*, 40 f. Dass dem Einzelnen die freiverantwortliche Teilnahme an einem solchen Test nicht unter Berufung auf seine *eigene Würde* untersagt werden kann, bedeutet – das sei klargestellt – aber *nicht*, dass solche Tests für zulässig erklärt werden müssten, siehe hinten, bei Fn. 2840 f. und 4092 f.

¹¹³¹ Vgl. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 154; VAN SPYK, 66.; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 907, Rz. 211; SCHABER, *Würde*, 148 ff., entnimmt der Würde eine Pflicht zur Selbsterhaltung und zwar

und durch sie mitgeschützt.¹¹³² Ebenso wenig kann ein Sterbewilliger unter Berufung auf seine eigene Würde am Leben erhalten oder in seinem Sterbewunsch missachtet werden, wenn er ein Weiterleben als mit seiner Würde nicht (mehr) vereinbar empfindet – dies ist vor allem im Kontext der Sterbehilfe von Bedeutung.¹¹³³ Nicht gegen seine Würde verstößt auch derjenige, der sich vernachlässigt und verkommen lässt, wenn dies tatsächlich seine Absicht ist; er muss sich nicht gestützt auf seine eigene Würde helfen lassen.¹¹³⁴ Ebenfalls kann es niemandem unter Berufung auf seine *eigene* Würde untersagt werden, seine Organe aus freiem Willensentschluss gegen Entgelt zu verkaufen.¹¹³⁵

Selbst wer die hier vertretene Auffassung *nicht teilt* und sich für eine «Unverfügbarkeit» der Würde – etwa in ihrer Funktion als Verfassungsprinzip – aussprechen möchte, wird nicht umhinkommen, bei einem «Würdeschutz gegen sich selbst» eine *Abwägung* mit der Selbstbestimmung und den Wünschen und Bedürfnissen des (vor sich selbst) Geschützten vorzunehmen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass dieser (paternalistische) Würdeschutz lediglich zu *Nachteilen* und einer *Schlechterstellung* führt, was aber seinerseits nicht würdekonform ist.¹¹³⁶ Eine völlige Missachtung der Selbstbestimmung liesse die Würde zudem in einer ihrer *zentralen* Schutzrichtungen – dem Respekt vor dem Einzelnen und seiner Individualität – leerlaufen. Dass bei einer paternalistischen Handhabung der Würde entgegenstehende Interessen – hier der Würdeträgerin selbst – berücksichtigt werden (müssen), ist auch kein Widerspruch zur «Unabwägbarkeit» der Würde. Selbst *massivste Eingriffe* des Staates in die Rechtsgüter des Einzelnen können als zulässig und würdekonform gelten, wenn hochrangige Schutzgüter (anderer) auf dem Spiel stehen (Tötung zur Rettung anderer Personen in Notwehr[hilfe]¹¹³⁷). Erst recht müssen gegenläufige Interessen des *Betroffenen* selbst berücksichtigt werden, wenn die Würde in seinem eigenem «wohlverstandenen» Interesse gewahrt und geschützt werden soll. Mit Blick auf paternalistische Würdeverständnisse bleibt zudem ganz

(auch) dahingehend, sich nicht aus «nichtigen» Gründen zu töten – diese Pflicht gegen sich selbst dürfe der Staat jedoch nicht erzwingen.

¹¹³² VAN SPYK, 66; FINK, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HGR Bd. IV/I, § 88, Rz. 49; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 907, Rz. 211; vorne, Fn. 829 a.E.

¹¹³³ PAOLO BECCHI, Menschenwürde als Bremse, in: DEMKO/SEELMANN/BECCHI, 169 ff., 176; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 907, Rz. 211.

¹¹³⁴ MOLINARI, Rz. 695; ferner SCHEFER, Beeinträchtigung, 98; DERS., Kerngehalte, 376; vgl. demgegenüber vorne, bei Fn. 911 f.

¹¹³⁵ Vgl. BJ, Gutachten Handelsverbote/Unentgeltlichkeitsprinzip, Ziff. 3.1; SCHROTH, Organhandel, 110 ff.; DERS., Paternalismusproblem, 214 ff.; vgl. auch vorne, bei Fn. 654 f. und bei Fn. 923.

¹¹³⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 1017, sowie hinten, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) und bei Fn. 3887.

¹¹³⁷ Vgl. im Kontext des Rechts auf Leben auch hinten, bei Fn. 2849 ff.

grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass ein Verstoss gegen die Würde nicht vor- schnell angenommen werden darf und kann.¹¹³⁸ Damit überhaupt von einer ent- würdigenden, demütigenden, die Werthaftigkeit des Menschen in Frage stellenden Behandlung gesprochen werden kann, muss diese eine gewisse Schwere errei- chen.¹¹³⁹ Insbesondere kann nicht alles, was als «geschmacklos» oder als «zweifel- hafter Zeitvertreib» empfunden wird, bereits als Würdeverletzung begriffen wer- den.¹¹⁴⁰ Selbst wenn man eine Bindung an die eigene (unverfügbare) Würde annehmen wollte, wird vielen als «entwürdigend» erachteten Verhaltensweisen zum Vornherein die für die Annahme einer Würdeverletzung erforderliche Schwere abgehen: etwa dem Entblößen im Rahmen einer *Peepshow* oder der Teilnahme an *Paintball*- oder *Lasertag*-Spielen¹¹⁴¹ und m.E. auch dem «Sichwerfenlassen»¹¹⁴².

C. Paternalistisches Staatshandeln und Respektierung der Würde

Vom Problemkreis, ob der Würdeträgerin ihre eigene Würde entgegengehalten werden kann, ist die Frage zu trennen, ob und unter welchen Voraussetzungen pa- ternalistisches Staatshandeln schon für sich genommen einen *Verstoss* gegen die *Menschenwürde* bewirkt.

1. Mögliche Würdeverletzung trotz gut gemeinter Absicht

Zunächst ist zu bemerken, dass die *gut gemeinte* – helfende, schützende, unterstüt- zende – Absicht keineswegs ausreicht, um einen Würdeverstoss zu *verneinen*: Zwar gebietet es der Schutz der Würde, den Einzelnen in seiner Verletzlichkeit und Hilfs- bedürftigkeit ernst zu nehmen und nicht seinem Schicksal zu überlassen.¹¹⁴³ Und

¹¹³⁸ MAHLMANN, Menschenwürde, 1317; MATHIS, 144.

¹¹³⁹ BGer 6B_734/2014, E. 1.2; MATHIS, 144.

¹¹⁴⁰ Vgl. etwa DÜRIG, 124; ferner DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 152.

¹¹⁴¹ Vgl. VGer Dresden, Beschluss vom 28. Januar 2003, NVwZ-RR 2003, 848 ff., 851 (*Paintball*); keine Leugnung des personalen Eigenwerts und keine Herabwürdigung zum Objekt der Mitspieler durch die Simulation von Gewalt im Rahmen eines Mannschaftsspiels); BVerwGE 115, 189 in: NVwZ 2002, 598 ff., 602 f. («*Laserspiel*»); keine Herabwürdigung der Mitspieler zum Objekt, da sich die Spieler im «Kampf» grundsätzlich «chancengleich» ge- genüberstehen); Bayer. VGH, Urteil vom 27. November 2012, ZfBR 2013, 271 ff., 272 (*Paintball*); keine entwürdigende Behandlung der Mitspieler, da sich die Spieler chancen- gleich gegenüberstehen und niemand zur blossen Zielscheibe herabgewürdigt wird).

¹¹⁴² Kritisch auch ISENSEE, Menschenwürde, 188 f.

¹¹⁴³ Hinten, bei Fn. 1188.

eine demütigende, «degradierende» *Absicht* kann durchaus von Relevanz sein, um eine Würdeverletzung zu bejahen.¹¹⁴⁴ Das bedeutet aber nicht, dass bei einem *gut gemeinten* Handeln im «wohlverstandenen» Interesse des Einzelnen eine Würdeverletzung nicht möglich wäre.¹¹⁴⁵ Der Schutz der Würde vermag sich auch gegen solche staatlichen Massnahmen zu aktualisieren, die sich für den Einzelnen – von aussen gesehen – als vorteilhaft und nutzenstiftend erweisen (sollen);¹¹⁴⁶ der Würde geht es immer auch um den Schutz der Selbstbestimmung und der jeweils subjektiven Auffassung, was dem individuellen Wohl dienlich ist.¹¹⁴⁷ Zudem kann sich selbst ein gut gemeintes Handeln erheblich negativ auf den Einzelnen auswirken (zu denken ist an eine Zwangsernährung) und *grundlegende* Konflikte mit der Selbstbestimmung – etwa im Umgang mit der eigenen Gesundheit – provozieren. Zur Annahme einer Würdeverletzung ist es für sich genommen aber nicht ausreichend, dass der Staat Selbstbestimmung beschränkt, dass der Einzelne fremdbestimmt wird: Die menschliche Würde ist insofern nicht mit Autonomie gleichzusetzen;¹¹⁴⁸ nicht jede Beschränkung grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung stellt gleichzeitig eine (unzulässige) Würdeverletzung dar¹¹⁴⁹ (auch wenn sich der Einzelne entwürdigt *fühlt*¹¹⁵⁰).

¹¹⁴⁴ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 14.

¹¹⁴⁵ Vgl. ENGI, Menschenwürde, 662; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473; bezogen auf die im deutschen GG verankerte Menschenwürde vgl. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 55 m.w.H., wonach «auch Missachtungen des Personenwerts (in guter Absicht) Menschenwürdeverletzungen» blieben; ferner LOHMANN, 34 und POHMER, 133 und 156; vgl. bezogen auf die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772.

¹¹⁴⁶ Vgl. NEUMANN, Menschenwürde, 42 f.

¹¹⁴⁷ Vorne, Teil 2 II. B. 2. b) ii.

¹¹⁴⁸ Vgl. demgegenüber aus einer philosophischen Perspektive RUTH MACKLIN, Dignity is a useless concept, *British Medical Journal (BMJ)* 2003 1419 f., 1420.

¹¹⁴⁹ Vgl. MAHLMANN, Menschenwürde, 1315; ENDERS, Menschenwürde, 499; DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1156; aus einer philosophischen Perspektive vgl. auch MUDERS, 7 f., 12, 21 und 24 sowie SCHABER, Instrumentalisierung, 166 (wonach eine Würdeverletzung erst dann vorliege, wenn jemand so behandelt werde, als wäre man nicht auf seine Einwilligung angewiesen); bei einer umfassenden würdebasierten Absicherung der Selbstbestimmung gegen jegliche Art von Fremdbestimmung wandelte sich die Würde zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit – diese Funktion soll ihr aber nicht zukommen (KLEY, Grundrechtskatalog, 332; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 21). Die Folge wären zudem unzählige Würdekollisionen. Vgl. auch vorne, bei Fn. 1023.

¹¹⁵⁰ Vgl. BGE 100 Ia 189, E. 3d; – das heisst aber nicht, dass ein Gefühl des Ausgeliefertseins und der Fremdbestimmung im Kontext der Würde irrelevant wäre, vgl. hinten, bei Fn. 2144.

2. Enger Bezug zwischen der Würde und der Entscheidungsfreiheit bezüglich des eigenen Wohls

Allerdings hat es einen ausgeprägten Würdebezug, über die das *eigene Wohl* betreffenden Angelegenheiten selbst entscheiden zu können, sich nicht gegen seinen Willen in den eigenen, «wohlverstandenen» Interessen befördern und schützen lassen zu müssen und selbst seine Präferenzen bilden und diesen nachleben zu können.¹¹⁵¹ Ein Konflikt mit der Würde kann sich besonders dann ergeben, wenn der Staat auch *nicht durch Selbstbestimmungsdefizite verzerrte* Entscheidungen und Handlungen im *wohlverstandenen* Interesse des Betroffenen überspielt, wenn der Staat also einen sog. *harten Paternalismus* verfolgt.¹¹⁵² Der Einzelne wird in seiner Subjekthaftigkeit, Individualität und seinen selbstgewählten Zielen nicht respektiert,¹¹⁵³ in seinem eigenen Interesse auf *ihm fremde Zwecke* ausgerichtet.¹¹⁵⁴ Zudem geht das Übergehen der freiverantwortlichen Entscheidung mit einer (gewissen) «Respektlosigkeit» gegenüber dem Einzelnen einher, wird damit doch impliziert, «dass der Betroffene unfähig sei, seine Freiheit sinnvoll zu nutzen»¹¹⁵⁵. Letztlich wird der Einzelne *zumindest* in die Nähe eines *Objekts* staatlichen Handelns gerückt, wenn der Staat die selbstgewählten Ziele des Einzelnen hinterfragt und ihn auf eine bessere, «sinnerfülltere» Freiheit ausrichtet.¹¹⁵⁶ Die Konfliktrichtigkeit des paternalistischen Eingriffs mit der Würde *relativiert* sich allerdings in den Fällen, in denen der Staat Entscheide, die nicht (oder nur beschränkt) einem freien Willen entsprechen, zu verhindern versucht, wenn die Einzelne also Defiziten in ihrer Selbstbestimmung unterliegt¹¹⁵⁷ – angesprochen ist damit der *weiche* Paternalis-

¹¹⁵¹ Vorne, Teil 2 II. B. 2. b) ii.

¹¹⁵² Vgl. GKOUNTIS, 20 und 23; MURMANN, 264 und 271; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473; EPELT, 203 f.; LOHMANN, 31, 34 und 38; s.a. EICHENBERGER, Komm. zu § 9 KV AG, Rz. 4; ferner SALADIN, Verantwortung, 212, wonach ein staatlicher Schutz individueller Freiheiten nicht zu einer «Entmündigung» der Bürger führen dürfe; «das wäre das Ende von Verantwortung und Würde».

¹¹⁵³ KLEINIG, 28; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473.

¹¹⁵⁴ DWORKIN, Second Thoughts, 107: «At one level, therefore, paternalism seems to treat others as means (with the important difference that it is as a means to their ends, not ours).»

¹¹⁵⁵ MÖLLER, Paternalismus, 13.

¹¹⁵⁶ RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473; ferner MÜLLER, Soziale Grundrechte, 224 f., wonach die «Sinnerfüllung menschlichen Lebens dem Recht entzogen» bleibe: «Wo es diesen Anspruch erhebt und damit Lebenstotalität beansprucht, wird es totalitär, mach den Menschen zum Objekt seiner Zielsetzung und Verfahren»; zustimmend BGE 123 I 152, E. 5b.

¹¹⁵⁷ Vgl. HERDEGEN, Komm. zu Art. 1 Abs. 1 GG, Rz. 79, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Kommentar (Lfg. 55, Mai 2009); ENDERS, Menschenwürde, 499 f.; GKOUNTIS, 23; KURT AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht,

mus. Soweit die Einzelne zu einem selbstbestimmten Entscheid nicht in der Lage ist, erwächst dem Staat aufgrund des Grundrechtsverwirklichungsauftrags (unter den hinten näher zu erörternden Voraussetzungen¹¹⁵⁸) allenfalls sogar eine *Pflicht* zur Intervention, die allerdings selbst wiederum so auszugestalten ist, dass der Einzelnen ein Höchstmass an Freiheit und Selbstbestimmung verbleibt.¹¹⁵⁹

3. Dennoch: Schwierige Beurteilung paternalistischen Staatshandelns (allein) anhand der Menschenwürde

Allerdings bleiben *Zweifelsfragen*: Aktualisiert sich – bei *paternalistisch* motivierten Eingriffen – der *absolute* Schutz der Würde bei jeder («freiverantwortlich» getroffenen) Entscheidung für jeden Lebensbereich, so «unwichtig» und «banal» er (von aussen gesehen) auch sein mag? Wie ist es, wenn sich der Staat aus paternalistischen Gründen gegen freiverantwortliches Handeln richtet, dem Einzelnen aber nur (zumindest von aussen gesehen) *geringfügige* Freiheitsverluste aufbürdet? Liesse sich z.B. eine «hart» paternalistisch motivierte Gurtenantragpflicht¹¹⁶⁰ als eigentlicher Verstoss gegen die Würde begreifen? Wie verhält es sich, wenn der Staat dem Einzelnen eine Wahl lässt, ihn aber – z.B. durch einen *Nudge* – in eine bestimmte Richtung lenkt? Liegt hier eine derart erhebliche Missachtung der Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung vor, dass von einer eigentlichen *Würdeverletzung* gesprochen werden muss? Legt also die paternalistische Absicht allein und in jedem Fall eine Würdeverletzung nahe?

Letztlich fällt es nicht leicht, allein aufgrund der Würde über die Zulässigkeit einzelner paternalistischer Massnahmen zu entscheiden bzw. einzelne Massnahmen danach zu kategorisieren, ob sie einen Würdeverstoss bewirken oder damit im Einklang stehen. Zwar haben die Selbstbestimmung und der Respekt vor dem Einzelnen einen hohen Stellenwert, weshalb staatliches Handeln, das die freiverantwortlichen Entscheidungen und Handlungen *im* («wohlverstandenen») *Interesse des Betroffenen selbst* nicht respektiert, *dem Grundsatz nach* als mit der menschlichen Würde nicht vereinbar zu betrachten ist oder diese *zumindest gefährden* kann. Dennoch sieht man sich – was besonders auf die eben aufgeworfenen Fragen zutrifft –

AJP 2006, 1057 ff., 1059; HUBER, Menschenbild, 508; SCHROTH, Organhandel, 110 ff.; hinten, bei Fn. 3977 ff.

¹¹⁵⁸ Hinten, Teil 3 IV. B. 3.

¹¹⁵⁹ Vgl. Begleitber. Rev. Vormundschaftsrecht. 6; hinten, bei Fn. 1193.

¹¹⁶⁰ Eine Gurtenantragpflicht lässt sich allenfalls aber mit Selbstbestimmungsdefiziten rechtfertigen, siehe hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii); zudem werden Gurtenantragpflichten häufig (auch) mit Drittinteressen gerechtfertigt, siehe vorne, bei Fn. 593 ff.

mit der Schwierigkeit konfrontiert, ein komplexes und vielschichtiges Problem (isoliert) anhand eines ebenso vielschichtigen Begriffs wie der Würde beurteilen zu müssen, und dies erst noch mit der Folge, dass gewisse staatliche Interventionen – wenn man sie als Würdeverletzung ausweist – per se *unzulässig* wären. Es besteht auch die bereits beschriebene Gefahr, die Würde für eine ganz bestimmte (eigene) Auffassung zu instrumentalisieren. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass sich über die Würde nicht eindeutig bestimmen lässt, was ein freiwilliges oder unfreiwilliges Verhalten ausmacht bzw. wann die Einzelne so freiwillig handelt, dass ein Schutz vor sich selbst als eigentliche Würdeverletzung begriffen werden müsste.¹¹⁶¹

Beim *weichen Paternalismus* bleibt zu beachten, dass er unter dem Aspekt der Würde zwar als weniger problematisch zu beurteilen ist, aber dennoch nicht vor-schnell als würdekonform bezeichnet werden sollte. So ist zu bedenken, dass dem Einzelnen die Erhöhung und die Absicherung der Selbstbestimmung aufgedrängt wird, was unter dem Aspekt der Würde nicht einfach irrelevant ist.¹¹⁶² Ausserdem kann auch ein autonomieorientierter Paternalismus mit schweren Eingriffen verbunden sein. Und auch hier gibt es zu Fragen Anlass, was ein – durch die Würde geschütztes – «freiwilliges» Verhalten ist und was – einen Würdeverstoss zumindest relativierendes – «unfreiwilliges» Verhalten ausmacht. Wann also handelt die Einzelne so unfreiwillig, dass eine Intervention gegen die entsprechende Handlung *keinen* Würdeverstoss darstellt? Wer einen weichen Paternalismus als würdekonform bezeichnen will, muss deshalb auch eine Aussage darüber treffen, von welchem Konzept und Verständnis der «Freiwilligkeit» er ausgeht. Dabei ist selbst für klare Fälle der Urteilsunfähigkeit zu beachten, dass auch der «Urteilsunfähige» ein legitimes Interesse daran haben kann, in seinem *tatsächlichen* Willen geschützt zu werden, etwa weil der Eingriff Gefühle von Angst, Verunsicherung, Ohnmacht oder eines Ausgeliefertseins auslöst.¹¹⁶³

Meines Erachtens ist es nicht überzeugend, *allein mit der Würde* – ohne Berücksichtigung anderer verfassungsrechtlicher Kontexte – eine *trennscharfe, absolute* Grenze für paternalistisches Staatshandeln zu bestimmen und namentlich einem «harten» Paternalismus die Zulässigkeit *einzig* mit der Begründung pauschal abzusprechen, er würde eine eigentliche Menschenwürdeverletzung darstellen. Dennoch: Die Menschenwürde steuert *wichtige Gesichtspunkte* zur Beurteilung der Frage bei, unter *welchen Voraussetzungen* dem Staat ein paternalistisches Handeln erlaubt ist. Darauf ist nachstehend einzugehen.

¹¹⁶¹ Vorne, bei Fn. 1098, und hinten, bei Fn. 1187.

¹¹⁶² POHMER, 133 und 156; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473.

¹¹⁶³ Hinten, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (8.) bei Fn. 1190, und Teil 2 III. F. 3. c) ii.

4. Leitlinien und Vorgaben für paternalistisches Staatshandeln

Unabhängig von der Frage, ob und inwiefern die Menschenwürde gewissen staatlichen Massnahmen eine *absolute* Grenze zu ziehen vermag, lassen sich ihr – gestützt auf die vorherigen Ausführungen – doch einige wichtige, sich aber teils erst im Zusammenspiel mit anderen verfassungsrechtlichen Wertungen entfaltende *Vorgaben* für paternalistisches Staatshandeln entnehmen:

- (1.) Die menschliche Würde verlangt, dass die mit der paternalistischen Intervention für den Einzelnen verbundenen Nachteile und Freiheitsverluste durch die dadurch bewirkten Vorteile bzw. Freiheitsgewinne *überwogen* werden. Keinesfalls ist es würdekonform, den Einzelnen «um seiner selbst willen» mit Massnahmen zu belasten, die das individuelle Wohl letztlich vermindern.¹¹⁶⁴

Dies ist u.a. relevant für die Bestimmung der verfassungsrechtlich zulässigen (öffentlichen) Eingriffsinteressen¹¹⁶⁵ und bei der Verhältnismässigkeitsprüfung¹¹⁶⁶; ferner bei der Frage, was als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeit zu gelten hat bzw. ob sich – im Kontext paternalistischen Staatshandelns – «Bagatellvorbehalte» rechtfertigen.¹¹⁶⁷
- (2.) Was sich für die Einzelne als Nutzen und was als Freiheits- und Wohlfahrtsverlust darstellt, ist wegen des durch die Würde gebotenen Respekts vor der Individualität und Einzigartigkeit des Menschen grundsätzlich und in erster Linie aufgrund einer *subjektiven*, am konkret betroffenen Menschen orientierten Perspektive zu beurteilen.¹¹⁶⁸
- (3.) Die Würde verlangt, dass die vor sich selbst zu schützende Person *angehört* und ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre Sichtweise darzulegen und ihre Selbstbestimmung einzufordern;¹¹⁶⁹ dies ist gerade mit Blick auf die eben in Ziff. (1.) und (2.) skizzierten Vorgaben von Bedeutung (und dabei auch bezogen auf urteilsunfähige Personen¹¹⁷⁰).
- (4.) Unter anderem aus der Würde folgt, dass die Begründungspflicht und die Beweislast für die Zulässigkeit und Angemessenheit des paternalistischen Ein-

¹¹⁶⁴ Vorne, bei Fn. 1017.

¹¹⁶⁵ Hinten, bei Fn. 3887.

¹¹⁶⁶ Hinten, bei Fn. 4266.

¹¹⁶⁷ Siehe hinten, Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (4.), insb. bei Fn. 1845; s.a. hinten in diesem Abschnitt, Ziff. (6.).

¹¹⁶⁸ Vorne, bei Fn. 1018; s.a. hinten, bei Fn. 3938, sowie Teil 4 II. B. 2.

¹¹⁶⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 1019.

¹¹⁷⁰ Vgl. hinten, bei Fn. 2153.

griffs beim Staat liegt – *dieser* hat zu begründen, nachzuweisen und sich gegenüber der Einzelnen zu rechtfertigen, warum sie mit dem Eingriff besser dasteht als ohne.¹¹⁷¹ Dabei hat der Staat diese Prüfung besonders sorgfältig vorzunehmen.¹¹⁷²

- (5.) Mit dem Respekt vor der menschlichen Würde und der durch sie gebotenen Offenheit gegenüber individuellen Überzeugungen, Wünschen, Bedürfnissen und Vorstellungen des guten und richtigen Lebens¹¹⁷³ ist ein Freiheitsverständnis wert, wonach nur die «wahre» oder objektiv «vernünftige» Freiheit schützenswert wäre, prinzipiell nicht vereinbar. Dies würde auch zu einem Konflikt mit dem in der Würde enthaltenen Gleichheitsversprechen führen.¹¹⁷⁴ Die Würde verlangt zudem, dass paternalistisches Handeln *individuelle Freiheiten* und Möglichkeiten zur Selbstbestimmung *absichert* und *erhöht*. Das bedeutet auch, dass der Staat bei der Gewährung eines paternalistischen Schutzes die Frage nicht unberücksichtigt lassen darf, ob und inwiefern die Einzelne in ihrer Selbstbestimmung eingeschränkt oder «verzerrt» ist.¹¹⁷⁵ Ebenso wenig kann es einer mit Blick auf die Würde zu bestimmenden Freiheit nur (oder primär) um den Schutz der *langfristigen* Freiheiten und Präferenzen gehen. Die Einzelne ist auch in der Verfolgung kurzfristig auftretender Bedürfnisse und spontaner Wünsche geschützt, selbst wenn sie dafür allenfalls *langfristigere* Ziele und Interessen opfern muss.¹¹⁷⁶

Von Bedeutung ist dies insbesondere im Zusammenhang mit der Bestimmung *grundrechtlicher Schutzbereiche*¹¹⁷⁷ (einschliesslich grundrechtlicher *Kerngehalte*¹¹⁷⁸) sowie der Beurteilung, was *zulässige Gründe* und *legitime öffentlichen Interessen* für eine paternalistische Intervention sein können.¹¹⁷⁹

- (6.) Relevant ist die Würde sodann für die Frage, welche Lebensbereiche und Verhaltensweisen überhaupt vom grundrechtlichen Schutz umfasst sind,¹¹⁸⁰ namentlich was als nach Art. 10 Abs. 2 BV geschützte *elementare Erscheinungsform der Persönlichkeit* zu gelten hat. Die jedem Menschen gleichermaßen

¹¹⁷¹ Vgl. MUDERS, 21 f.; s.a. hinten, bei Fn. 3712.

¹¹⁷² Vgl. hinten, bei Fn. 3709.

¹¹⁷³ Vorne, bei Fn. 1031 ff.

¹¹⁷⁴ Vorne, bei Fn. 1041 ff.

¹¹⁷⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 1099.

¹¹⁷⁶ Vgl. auch HETTICH, Rz. 142 mit Fn. 442 (dort unter Bezugnahme auf das «Menschsein»); s.a. hinten, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.)(a.) bei Fn. 1336, und Ziff. (4.) bei Fn. 1353 ff., sowie hinten, Teil 4 III. B. 7.

¹¹⁷⁷ Vgl. hinten, bei Fn. 1235 f., 1250 f. sowie 1357; s.a. vorne, bei Fn. 886.

¹¹⁷⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 2217 f.; s.a. vorne, bei Fn. 887.

¹¹⁷⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 2707 und 3750.

¹¹⁸⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 886.

sen geschuldete Achtung seiner *Individualität* und seines *Eigenwerts* und das der Würde zu entnehmende Verbot, einer Person unter Berufung auf «wohlverstandene» Interessen letztlich einen Freiheitsverlust zu verursachen,¹¹⁸¹ sprechen – zusammen mit weiteren, noch zu erläuternden Gründen – für einen *umfassenden* grundrechtlichen Schutz gegen paternalistische Interventionen. Es sollte (auch) mit Blick auf die Würde eine *eigenständige* elementare Erscheinungsform der Persönlichkeit darstellen, bezüglich des eigenen Wohls selbstständig und ohne staatliche Einmischung entscheiden zu können. Für einen «Bagatellvorbehalt» – im Sinne einer Ausklammerung (vermeintlich) trivialer Verhaltensweisen aus dem verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz – besteht insofern kein Raum:¹¹⁸² Würde kann sich selbst in den «kleinen», banalen Handlungen des Alltags manifestieren,¹¹⁸³ auch hier kann der Einzelne ein legitimes Bedürfnis haben, in Ruhe gelassen zu werden, jedenfalls wenn es um eine aufgedrängte Wahrnehmung wohlverstandener Interessen geht. Eine durch die Würde verbotene Geringschätzung und «stossende Missachtung der Autonomie» kann jedenfalls auch in Bereichen vorliegen, die herkömmlicherweise nicht als durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte elementare Erscheinungsformen der Persönlichkeit betrachtet werden.¹¹⁸⁴

- (7.) Aus der Würdegarantie ergibt sich ferner, dass der Staat von der Möglichkeit und Fähigkeit zur *Selbstbestimmung* nach dem eigenen *freien* Willen ausgeht und auszugehen hat.¹¹⁸⁵ Der dem Einzelnen aufgrund seiner Würde geschuldete Respekt und die durch die Würde gebotene Orientierung am *Menschen*, und zwar am Menschen, wie er *wirklich* ist, verlangt zudem, dass der Begriff

¹¹⁸¹ Vgl. vorne in diesem Abschnitt, Ziff. (1.).

¹¹⁸² Vgl. bezogen auf Art. 2 Abs. 1 des deutschen GG RIGOPOULOU, 54.

¹¹⁸³ Vgl. MAHLMANN, Menschenwürde, 1307 f.

¹¹⁸⁴ SGK BV (3. Aufl.)-MASTRONARDI, Art. 7, Rz. 28, und DERS., Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: VdS, § 14, Rz. 45 («stossende Missachtung der Autonomie oder Identität des Menschen», die vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit nicht umfasst sind); ferner SGK BV (3. Aufl.)-SCHWEIZER/VAN SPYK, Art. 118b, Rz. 18, wonach die Menschenwürde «die Funktion eines Auffanggrundrechtes» hat, «wenn der Persönlichkeitsschutz nicht greift»; kritisch BSK BV-BELSER, Art. 7, Rz. 43; siehe zum Ganzen hinten, Teil 2 III. E. 2, insb. bei Fn. 1776 ff. und 1814 ff.; s.a. bei Fn. 1855.

¹¹⁸⁵ EPELDT, 40; CHEN, 133; HILLGRUBER, Selbstverantwortung, 171 ff.; s.a. MASTRONARDI, Menschenwürde, 62, wonach die Menschenwürde ein Menschenbild zeichne, «das den Menschen als freie mündige Person anerkennt[e]»; s.a. hinten, bei Fn. 2534 und 4236. Damit relativiert sich für die verfassungsrechtliche Diskussion auch die v.a. in der Philosophie intensiv diskutierte und durch Erkenntnisse aus der Hirnforschung befeuerte Frage, ob es die *Willensfreiheit* tatsächlich gibt (vgl. zu dieser Diskussion und ihren Hintergründen ULRICH POTHAST, Freiheit und Verantwortung – Eine Debatte, die nicht sterben will – und auch nicht sterben kann, Frankfurt a.M. 2011, 9 ff.).

der Autonomie nicht zu streng verstanden wird bzw. die Anforderungen an die Freiwilligkeit nicht zu hoch angesetzt werden. Dies ist besonders für weich paternalistische Massnahmen von Bedeutung.¹¹⁸⁶ Allein anhand der Würde lässt sich – dies sei hier noch einmal betont – jedoch nicht abschliessend darüber entscheiden, ob ein gewisses Verhalten «freiwillig» oder «unfreiwillig» ist.¹¹⁸⁷

Wenn sich der Staat aufgrund der Würde am Menschen zu orientieren hat, wie er wirklich ist, bedeutet das *aber auch*, ihn nicht mit unrealistisch hohen Anforderungen bezüglich der Fähigkeit zu einer selbstbestimmten Lebensführung zu konfrontieren, ihn in seiner Schwäche und Verletzlichkeit ernst zu nehmen und ihm helfend und schützend zur Seite zu stehen.¹¹⁸⁸ Zu beachten ist auch Folgendes: Wenn sich die Einzelne in einer Weise verhält, die als Verletzung ihrer eigenen Würde zu qualifizieren wäre, wenn sie *nicht* freiverantwortlich handeln würde, ist grundsätzlich eine vertiefere Prüfung angezeigt, ob ihre Handlung *tatsächlich* auf freiem Willen basiert.¹¹⁸⁹

- (8.) Weiter verlangt die Würde, dass der Mensch auch dann in seinen Bedürfnissen, Wünschen und Ängsten ernst genommen wird, wenn er erheblich in seiner Selbstbestimmungsfähigkeit beeinträchtigt – namentlich *urteilsunfähig* – ist. Aus grundrechtlicher Sicht ist der bloss «natürliche Wille» deshalb keineswegs irrelevant.¹¹⁹⁰
- (9.) Bezogen auf *nicht imperatives* staatliches Handeln ist die Würde besonders dann von Bedeutung, wenn der Staat in unserem «wohlverstandenen» Interesse – allenfalls gar verdeckt oder manipulativ – auf unsere Präferenzen, Wünsche und Einstellungen einwirkt und diese verändern will. Zur menschlichen Würde gehört es auch, die *eigenen* Wünsche ausbilden zu können und dabei nicht vom Staat in eine bestimmte Richtung gelenkt zu werden. Nicht zuletzt deshalb sollte bei der Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche verstärkt der *Prozess* der Entscheidungsfindung und Präferenzenfestlegung

¹¹⁸⁶ Dazu näher hinten, Teil 2 III. F. 3. c) i), insb. bei Fn. 2073 ff.; ferner bei Fn. 4013, 4066 und 4102.

¹¹⁸⁷ Vorne, bei Fn. 1098 und 1161.

¹¹⁸⁸ Vgl. MASTRONARDI, Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: VdS, § 14, Rz. 58; ISENSEE, Menschenwürde, 215 f.; BGE 130 I 16, E. 5.2, und BGE 127 I 6, E. 8 und 9d; im Kontext des Erwachsenenschutzrechts vgl. HÄFELI, Rz. 276; Begleitber. Rev. Vormundschaftsrecht, 6; aus einer ethischen Perspektive: MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 36, Rz. 61; s.a. hinten, bei Fn. 2545 f. und 3980.

¹¹⁸⁹ CONINX, 239; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 240 und 164; s.a. hinten, bei Fn. 4056, 4428 und v.a. 4434.

¹¹⁹⁰ Teil 2 III. F. 3. c) ii), insb. bei Fn. 2141 ff.

bzw. die «Willensbildung» Berücksichtigung finden, jedenfalls dann, wenn die Präferenzen, Überzeugungen und Einstellungen im eigenen Interesse des Betroffenen verändert oder geformt werden sollen.¹¹⁹¹

- (10.) Aus dem durch die Würde gebotenen Respekt vor dem Menschen und seiner Selbstbestimmung folgt zudem die grundsätzliche *Nachrangigkeit* staatlichen Handelns vor der eigenverantwortlichen Bedürfnisbefriedigung und Problemlösung. Insofern ergeben sich enge Bezüge zwischen dem Grundsatz der Menschenwürde und dem Subsidiaritätsprinzip.¹¹⁹² Zudem ist die paternalistische Intervention so auszugestalten, dass dem Einzelnen ein *Höchstmass an Freiheit und Selbstbestimmung* verbleibt.¹¹⁹³ Sodann mag man in der Menschenwürde auch insofern eine Grenze für eine fürsorgliche Intervention erachten, als der Geschützte und Betreute nicht in seiner Fähigkeit zur Wahrnehmung von Eigenverantwortung geschwächt und in eine eigentliche Abhängigkeit vom Staat gedrängt werden darf.¹¹⁹⁴ Allerdings: Wer so argumentiert, sieht sich selbst wiederum dem Vorwurf ausgesetzt, die Würde paternalistisch zu verwenden, nämlich dann, wenn der Einzelne freiverantwortlich und im Bewusstsein um eine «Deresponsabilisierung» die staatliche Hilfe in Anspruch nimmt.
- (11.) Schliesslich ist Folgendes zu berücksichtigen: Da sich die Würde nicht gegen den Einzelnen wenden kann, wäre es beispielsweise nicht zulässig, dem Urteilsunfähigen einzig unter Berufung auf seine Würde aktive Sterbehilfe zu leisten, um ihn von einem «menschenwürdigen» Zustand und Leiden zu befreien. Es ist nämlich nicht klar, wie sich der Einzelne entscheiden würde, wenn er zu einem vernunftgemässen Handeln in der Lage wäre: Nur weil sich der Einzelne in einem Zustand befindet, der von aussen gesehen als «menschenunwürdig» erachtet wird, lässt sich nicht darauf schliessen, dass er – wäre er urteilsfähig – den Willen hätte, diesen Zustand zu beenden.¹¹⁹⁵

¹¹⁹¹ Vgl. dazu hinten, Teil 2 III. F. 2, insb. bei Fn. 1990.

¹¹⁹² Vgl. POHMER, 133 und 156; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203; GUT, 36; vorne, in Fn. 1009, und hinten, bei Fn. 2433; zum (eingeschränkten) Stellenwert des Subsidiaritätsprinzips bezüglich paternalistischen Staatshandelns vgl. hinten, Teil 3 III. A. 1.

¹¹⁹³ Vgl. vorne, bei Fn. 1159.

¹¹⁹⁴ In diese Richtung RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203.

¹¹⁹⁵ TIEDEMANN, 446 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4304.

5. Zusammenfassende Bemerkungen

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Würde auch durch *gut gemeintes* (paternalistisches) Staatshandeln *verletzt* werden kann. Gleichzeitig dürfte unbestritten sein, dass ein staatlicher – jedenfalls ein harter – Paternalismus ein *hohes Konfliktpotential* mit der menschlichen Würde aufweist. Dennoch ist m.E. Zurückhaltung angebracht, *allein* aufgrund der Würde über die Zulässigkeit und Unzulässigkeit paternalistischer Massnahmen zu entscheiden. Zwar ist m.E. ein harter Paternalismus *grundsätzlich* nicht vereinbar mit der menschlichen Würde und ganz sicher problematischer als ein «weicher» bzw. autonomieorientierter Paternalismus (der aber seinerseits nicht vorschnell als würdekonform bezeichnet werden darf). Mit einer Aussage, wonach *jeder* dem Einzelnen gegen seinen freien Willen aufgedrängte Schutz vor sich selbst, ganz unabhängig von der Art der Massnahme und den dadurch verursachten Nachteilen, zu einer *eigentlichen Menschenwürdeverletzung* führen würde, begibt man sich jedoch auf ein unsicheres Terrain. Ausserdem lässt sich über die Würde nicht befriedigend bestimmen, wo die Grenzen zwischen einem freiwilligen und einem unfreiwilligen Verhalten genau verlaufen. Wie gezeigt lassen sich der Würde aber wichtige – etwa bei der Konkretisierung grundrechtlicher Schutzbereiche oder der Interessenabwägung relevante – *Leitlinien für paternalistisches Staatshandeln* entnehmen: Wesentlich ist insbesondere, dass der Einzelnen nicht geschadet werden darf, wenn in ihrem wohlverstandenen Interesse gehandelt wird, dem Staat keine «Vernunftlosigkeit» zukommt, die Selbstbestimmung über das eigene Wohl (auch in vermeintlich «banalen» Angelegenheiten») einen eigenen Wert aufweist und der Staat die Frage nicht ausblenden darf, ob und inwiefern die Einzelne zu einem selbstbestimmten Entscheiden und Handeln in der Lage ist, wenn er einen Schutz vor sich selbst anstrebt.

III. Umfang der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung

A. Grundsatz: Freiheit auch zur «unvernünftigen», «selbstschädigenden» Wahl

1. Im Allgemeinen

Für den grundrechtlichen Schutz eines Verhaltens ist es grundsätzlich – die Problematik der Selbstbestimmungsdefizite und der Aussenwirkungen des Freiheitsgebrauchs werden weiter hinten thematisiert¹¹⁹⁶ – unerheblich, wie «vernünftig» die Einzelne von ihrer Freiheit Gebrauch macht. Die Grundrechte gewähren auch das Recht zur Gefährdung oder Schädigung des *grundrechtlichen Schutzgutes* – die grundrechtlich geschützte Freiheit darf auch für ein risikobehaftetes und selbstschädigendes, den «wohlverstandenen» eigenen Interessen zuwiderlaufendes Verhalten in Anspruch genommen werden.¹¹⁹⁷ Ob der Freiheitsgebrauch von aussen gesehen nachvollziehbar oder klug, «schlecht» oder «gut» ist, stellt kein massgebliches Kriterium zur Bestimmung der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung dar.¹¹⁹⁸ Die Einzelne hat das Recht, sich die eigenen «Vernünftigkeitmass-

¹¹⁹⁶ Vgl. hinten, Teil 2 III. F. 3. c) und Teil 2 III. D.

¹¹⁹⁷ Dazu näher hinten, Teil 2 III. A. 3.

¹¹⁹⁸ Vgl. EGLI, 311; HETTICH, Rz. 142; GROSS, 54 (Freiheit zur Krankheit als «Akt persönlicher Selbstbestimmung»); SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41; BSK StGBI-HEER, Vor Art. 56, Rz. 12; VAN AAKEN, Nudge, 90; bezogen auf die Entscheidung zu sterben siehe KIENER, 276; im Kontext der Zwangsmedikation siehe TIEDEMANN, 347 – vgl. ferner: HILLGRUBER, Schutz, 115 f.; DIETLEIN, 223; STERNBERG-LIEBEN, 37 f. und 39; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 27; GRIMM, 216 f.; HUFEN, Selbstbestimmung, 91; MERTEN, Grundrechtsverzicht, 59; RIGOPOULOU, 39; GUTMANN, Grenzen, 3388; KOLBE, 169 f.; WILMS/JÄGER, 43; OSWALD, 105 und 112; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 71, 109 und 244; SEELMANN, Paternalismus und Solidarität, 112; RÖNNAU, 215 ff. und 225; MATTHES-WEGFRASS, 124 ff.; ENDERLEIN, 32; ARZT, Sterbehilfe, 84 f. und 96; BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 74; BVerfGE 128, 282 (304); BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3401; BVerwG, Urteil vom 27. April 1989, NJW 1989, 2960 f., 2960; BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff., 1063 f. m.w.H.; zu pauschal m.E. EGMR, Urteil vom 26. Februar 2002 i.S. *H.M. gegen Schweiz*, Nr. 39187/98, Ziff. 48, wonach ein Handeln im besten Interesse des Betroffenen ein Grund dafür sein soll, die Anwendbarkeit der Garantien von Art. 5 Abs. 1 EMRK zu verneinen; vgl. dazu hinten, bei Fn. 1216 f.; vgl. im Kontext einer medizinischen Behandlung aber auch EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 136: «The freedom to accept or refuse specific medical treatment, or to

stäbe» zu setzen,¹¹⁹⁹ selbst zu entscheiden, wie risikoreich und gefährlich sie das eigene Leben führen will,¹²⁰⁰ das eigene Wohl, das eigene «Wohlbefinden» selbst zu definieren¹²⁰¹ und Entscheidungen zu treffen, die sie später vielleicht bereut bzw. von denen sie schon jetzt annimmt, das sie sich im Nachhinein als «falsch» und «unklug» herausstellen könnten.¹²⁰² Damit bieten Grundrechte auch gegen eine «gut gemeinte» staatliche Intervention im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen Schutz.¹²⁰³ Ein Grundrechtseingriff lässt sich nicht einfach mit der Begründung verneinen, er zielt auf das «wohlverstandene» und «beste» Interesse des Grundrechtsträgers ab.¹²⁰⁴

Nach der Rechtsprechung des EGMR kann das durch **Art. 8 EMRK** geschützte Recht, das Leben nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten, auch die Möglichkeit umfassen, körperlich oder moralisch schädliche Handlungen vorzunehmen.¹²⁰⁵ Entsprechendes gilt für die durch **Art. 13 und Art. 10 Abs. 2 BV** geschützte Selbstbestimmung in der individuellen Lebensgestaltung.¹²⁰⁶

select an alternative form of treatment, is vital to the principles of self-determination and personal autonomy. A competent adult patient is free to decide, for instance, whether or not to undergo surgery or treatment or, by the same token, to have a blood transfusion. However, for this freedom to be meaningful, patients must have the right to make choices that accord with their own views and values, regardless of how irrational, unwise or imprudent such choices may appear to others.»; kritisch zu einem umfassenden Schutz selbstschädigender Handlungen durch die persönliche Freiheit und das Recht auf Privatleben hingegen RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 48 ff., 76, insb. 518 und 533 f.; dass die BV keine allgemeine Handlungsfreiheit garantiert (vgl. hinten, bei Fn. 1731 ff.), bedeutet nicht, dass es keine grundrechtlich geschützte Freiheit gäbe, sich «unvernünftig» zu verhalten (insofern zumindest missverständlich MATHIS/CATHRY, 278).

¹¹⁹⁹ Vgl. WEISSENBERGER, Einwilligung, 77.

¹²⁰⁰ SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41; HAFFKE, 777; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 244; s.a. hinten, bei Fn. 1331.

¹²⁰¹ GROSS, 51; ferner HÖFLING, Ernährungsverhalten, 131 f., wonach «[d]ie Grundrechte [...] die Beachtlichkeit der Perspektive und der Lebensführungskonzepte ihrer jeweiligen Inhaber [garantieren]».

¹²⁰² Vgl. hinten, bei Fn. 4039.

¹²⁰³ Vgl. bezogen auf die – auch für die Umschreibung grundrechtlicher Schutzbereiche bedeutsame (vorne, bei Fn. 886) – Würde vorne, Teil 2 II. C. 1.

¹²⁰⁴ ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 109.

¹²⁰⁵ EGMR, Urteile vom 29. April 2002 i.S. *Pretty* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 41 und v.a. 62; vom 17. Februar 2005 i.S. *K.A. et A.D.* gegen *Belgien*, Nr. 42758/98 und 45558/99, Ziff. 83; vom 26. Februar 2015 i.S. *Prilutskiy* gegen *Ukraine*, Nr. 40429/08, Ziff. 32; vgl. auch EGMR, Urteil vom 3. April 2001 i.S. *Keenan* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 27229/95, Rz. 92.

¹²⁰⁶ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 112 und 255 ff., die gar von einem Grundrecht «auf Risiko und Tod» sprechen (dazu hinten, bei Fn. 1218 ff.); VAN SPYK, 35;

Die **Zustimmung einer Person zu einer medizinischen Behandlung** ist selbst dann gültig, wenn sie nicht dem «wohlverstandenen» Interesse des Patienten entspricht.¹²⁰⁷ Auch muss der Entscheid, eine (weitere) medizinische **Behandlung abzulehnen** nicht («objektiv») *vernünftig* sein, um grundrechtlichen Schutz zu erfahren.¹²⁰⁸ Die grundrechtlich abgesicherte Freiheit, eine medizinische Behandlung abzulehnen, besteht selbst dann, wenn die Massnahme einen *heilenden oder gesundheitspräventiven Zweck* verfolgt.¹²⁰⁹ Ob ein («unvernünftiger») Entscheid für einen Behandlungsverzicht oder -abbruch nur dann zu *akzeptieren ist*, wenn eine vorherige Aufklärung stattgefunden hat,¹²¹⁰ ist keine Frage des Schutzbereichs, sondern der *Rechtfertigung einer paternalistischen Massnahme*.¹²¹¹ Der Wille des Patienten, sich für eine neue, kaum erprobte Behandlungsmethode zu entscheiden, kann ebenfalls nicht einfach mit der Begründung übergangen werden, dieser Entscheid sei (objektiv) «unvernünftig».¹²¹²

Wenn eine **religiös oder weltanschaulich motivierte Handlung** den allgemeinen Anschauungen des «Vernünftigen» und «Richtigen» widerspricht, ist dies noch kein Grund, sie vom Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit auszunehmen.¹²¹³ Dies ist besonders dann von Bedeutung, wenn sich die staatliche Fürsorge auf einen religiös motivierten Umgang mit dem eigenen Körper richtet.¹²¹⁴

JOST, 52; SUTTER, Schutz, 47; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41; kritisch zu einem umfassenden Schutz von Selbstschädigungen durch die persönliche Freiheit und das Recht auf Privatleben äussert sich RIEMER-KAFKA (vorne, Fn. 1198 a.E.).

¹²⁰⁷ Vgl. Botsch. Biomedizinkonvention, 294: «Grundlage der Zustimmung zu einer medizinischen Intervention bei einer einwilligungsfähigen Person ist ihr Wille, selbst wenn dieser nicht ihren wohlverstandenen Interessen entspricht.»; EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 136 (vgl. vorne, Fn. 1198).

¹²⁰⁸ Vgl. GETH/MONA, 157 und 161; SCHUBARTH, 1092; PÄRLI, Zwangsmassnahmen, 364; BERNHART, Rz. 76; MONA, Unfreiheit, 26; bezogen auf die Verweigerung einer Bluttransfusion: BGer 6B_730/2017, E. 2.6, und EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 136; s.a. BVerfGE 128, 282 (304).

¹²⁰⁹ BGE 118 Ia 427, E. 4b («Auch wenn medizinische Behandlungen gerade die Wiederherstellung der physischen und psychischen Unversehrtheit bezwecken, liegt im Therapieakt selbst ein Eingriff in die persönliche Freiheit des Patienten [...]»); BGer, Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 2c, 27 (volkshygienische und prophylaktische Zwecke); siehe bereits vorne, bei Fn. 820.

¹²¹⁰ So SCHUBARTH, 1092; PÄRLI, Zwangsmassnahmen, 364; vgl. demgegenüber GETH/MONA, 161, und PETERMANN, Demenz, Rz. 141 (Wirksamkeit und Gültigkeit der Entscheidung, auf eine Behandlung zu verzichten oder eine solche abubrechen, auch ohne vorgängige Aufklärung über die damit verbundenen Auswirkungen).

¹²¹¹ Zum Aufklärungsverzicht vgl. hinten, bei Fn. 4578 ff.

¹²¹² SCHUBARTH, 1092.

¹²¹³ HANGARTNER, Religionsfreiheit, 447; vgl. auch vorne, Fn. 796.

¹²¹⁴ Vgl. GERMANN, 51 f.; s.a. BGer 6B_730/2017, E. 2.4.2 und 2.6, betreffend die Verweigerung einer Bluttransfusion.

Das **Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV)** schützt auch einen Umgang mit den eigenen Daten, der nicht nach «objektiven» Kriterien «vernünftig» ist.¹²¹⁵

Dass eine fürsorgliche Unterbringung im «besten» bzw. wohlverstandenen Interesse des Betroffenen erfolgt, ist m.E. kein zulässiges Argument, um die Anwendbarkeit von **Art. 5 Abs. 1 EMRK** (Garantien beim Freiheitsentzug) zu verneinen.¹²¹⁶ Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Garantie leerläuft.¹²¹⁷

Ein **eigenständiges Grundrecht auf Risiko (und Tod)** gibt es nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht.¹²¹⁸ Meines Erachtens hat das *Eingehen eines Risikos* für sich genommen keinen ausreichenden Wert, um es in den Rang eines selbständigen grundrechtlichen Schutzobjekts erheben zu können. Vielmehr stellt sich die Frage, ob von einer grundrechtlich eingeräumten Freiheit in dem durch sie geschützten Lebensbereich auch für riskantes Verhalten Gebrauch gemacht werden darf,¹²¹⁹ was zu bejahen ist. Die *Freiheit zu sterben* ist ohnehin durch die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie Art. 13 BV und Art. 8 EMRK abgesichert.¹²²⁰

2. Zur Begründung im Einzelnen

Ein Freiheits- oder Grundrechtsverständnis¹²²¹, das den grundrechtlichen Schutz auf «vernünftige», «kluge», für Aussenstehende nachvollziehbare oder «konstruktive» Zwecke verengen wollte, stünde nicht im Einklang mit grundlegenden – auch in der BV zum Ausdruck kommenden – rechtsstaatlichen und freiheitlichen Vorstellungen, Zielen und Werten:

¹²¹⁵ Vgl. BSK DSG/BGÖ-MAURER-LAMBROU/STEINER, Art. 4, Rz. 17 a.E.

¹²¹⁶ So aber EGMR, Urteil vom 26. Februar 2002 i.S. *H.M.* gegen *Schweiz*, Nr. 39187/98, Ziff. 40 ff., insb. Ziff. 48 f. (s.a. vorne, Fn. 1198).

¹²¹⁷ Wie hier kritisch Richter Loucaides in seiner abweichenden Meinung zum Urteil des EGMR vom 26. Februar 2002 i.S. *H.M.* gegen *Schweiz*, Nr. 39187/98; IntKommEMRK-RENNIKOWSKI Art. 5, Rz. 57 und 69 (19. Lfg. März 2016); vgl. auch hinten, bei Fn. 5013 f.

¹²¹⁸ A.A. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 112 und 255 ff., die von einem unbenannten, aber eigenständigen – wenn auch «unter dem Schirm der persönlichen Freiheit» stehenden – Grundrecht «auf Risiko und Tod» sprechen; dieses umfasse die «Befugnis, sich allein oder mit Hilfe anderer zu gefährden oder zu töten».

¹²¹⁹ Zu dieser Differenzierung zwischen einem Recht, sich «unklug» und riskant zu verhalten, und dem Recht, von einer grundrechtlich eingeräumten Freiheit nach eigenem Gutdünken und auch auf unkluge oder (für sich selbst) gefährliche Weise Gebrauch zu machen, s.a. BROCK, 239.

¹²²⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 829 ff.

¹²²¹ Beim Grundrechtsverständnis geht es um die Frage nach dem Stellenwert, Charakter und Wesen sowie den Aufgaben, Zielen und (Schutz-)Funktionen der Grundrechte (vgl. MÜLLER, Privateigentum, 22 ff.; RHINOW, Grundrechtstheorie, 428 ff.).

- (1.) Grundrechtlich geschützte Freiheit ist (in erster Linie¹²²²) **negative Freiheit**¹²²³ – im Sinne der Abwesenheit von Zwang und fremder Einmischung.¹²²⁴ Der «rechtsstaatlichen» Autonomie und grundrechtlich geschützten Freiheit geht es in erster Linie um eine Freiheit *von Staat*. Wie der Einzelne von seiner grundrechtlich geschützten Freiheit Gebrauch macht, mit welchem Inhalt er sie füllt und zu welchen Zwecken er sie nutzt, ist ihm selbst überlassen.¹²²⁵
- (2.) Grundrechte wollen den Einzelnen in zentralen Fragen des Lebens und der «menschlichen Existenz» vor **Gefährdungen durch staatliche Machtausübung** schützen und sind auch im Kontext solcher Bedrohungen zu interpretieren.¹²²⁶ Ein grundrechtlicher Schutz bloss des objektiv Vernünftigen oder (lediglich) der «wohlverstandenen» Interessen würde diesen Schutz von Auffassungen Dritter abhängig machen und damit *substanziell verringern* oder ihn *gar verunmöglichen*.¹²²⁷ Grundrechte dürfen nicht illusorisch bleiben oder werden.¹²²⁸

¹²²² Nicht zu vergessen ist allerdings, dass Grundrechten auch Schutz- und Gewährleistungspflichten entfließen, siehe hinten, Teil 2 III.B und Teil 2 V; zur Relevanz der Schutzpflichten für die Begründung paternalistisch motivierter Interventionen siehe hinten, Teil 3 IV.B.

¹²²³ Siehe HANGARTNER, Sterbehilfe, 71; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 71; SPOENDLIN, 6 und 8 f.; HENNING OTTMANN, Liberale, republikanische, deliberative Demokratie, Synthesis Philosophica 2006, 315 ff., 317 f.; HAVERKATE, 68 ff.

¹²²⁴ Zur negativen Freiheit als *Abwesenheit von Zwang* und fremder Einmischung vgl. BÖCKENFÖRDE, Recht, Staat, Freiheit, 44 ff.; WOLF, Konflikte, 6 ff.; BERLIN, Liberty, 121 ff.; zu den unterschiedlichen Verwendungsarten und Bedeutungsgehalten von positiver und negativer Freiheit vgl. etwa LÜDDECKE, 11 ff.; FALK, 26 ff.

¹²²⁵ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1869; WYSS, Öffentliche Interessen, 319; VOLKMANN, Selbstbestimmung, 56 ff.; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 71; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 7; HAVERKATE, 68 ff.; vgl. auch RAWLS, 488, wonach in einer «wohlgeordneten Gesellschaft» – d.h. einer Gesellschaft, «die auf das Wohl ihrer Mitglieder abzielt, und in der eine öffentliche Gerechtigkeitsvorstellung massgeblich wirksam ist» (ebd., 493) – «die Lebenspläne der Menschen in dem Sinne verschieden [sind], dass verschiedene Ziele in ihrem Mittelpunkt stehen und es den Menschen überlassen bleibt, über ihr Wohl zu entscheiden; die Ansicht anderer sind lediglich Ratschläge.»; s.a. hinten, bei Fn. 1609 (Freiheit zu «Beliebigkeit» und «Willkür»); zu dem eng mit «Vernunft» verknüpften Autonomieverständnis bei KANT (Autonomie als «Selbstgesetzgebung der Vernunft») vgl. FALK, 48 f.; VAN SPYK, 28 f.; GKOUNTIS, 100 f.

¹²²⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 1766 f.

¹²²⁷ Vgl. die abweichende Meinung von Richter Loucaides zum Urteil des EGMR vom 26. Februar 2002 i.S. *H.M.* gegen *Schweiz*, Nr. 39187/98.

¹²²⁸ Vgl. bezogen auf die Interpretation der durch die EMRK garantierten Rechte z.B. EGMR, Urteil vom 13. Dezember 2016 i.S. *Paposhvili* gegen *Belgien*, Nr. 41738/10, Ziff. 182: «[...] reiterating that it is essential that the Convention is interpreted and applied in a manner

- (3.) Zudem sind die Grundrechte im Licht der **Werte, Grundprinzipien und Grundentscheidungen der Verfassung** zu interpretieren. Das aber bedingt eine – um diesen umstrittenen Begriff zu verwenden – «*Neutralität*» in der Interpretation grundrechtlicher Schutzbereiche:¹²²⁹ Neutralität in dem Sinn, dass sich der Staat in der Bewertung des *guten und richtigen* Lebens – worunter auch der Umgang mit sich selbst fällt¹²³⁰ – und des «*Vernünftigen*» zurückhält und abweichende Vorstellungen respektiert.¹²³¹ Eine in diese Richtung weisende «*Toleranz*» klingt bereits in der *Präambel* an («gegenseitige Rücksichtnahme und Achtung», «*Vielfalt in der Einheit*»).¹²³² Auch der Betonung der *Selbstverantwortlichkeit* des Menschen in Art. 6 BV kann man das Gebot entnehmen, ihn in seiner Individualität und seinen selbstgesetzten Zielen ernst zu nehmen.¹²³³ Vor allem aber die – für die Grundrechtskonkretisierung relevante¹²³⁴ – *Menschenwürde* fordert vom Staat, den Einzelnen in den ihm eigenen Wünschen und Präferenzen ernst zu nehmen, und verlangt Offenheit gegenüber individuellen Lebens- und Sinnentwürfen.¹²³⁵ Eine Verengung des grundrechtlichen Schutzes auf eine bestimmte Sinn- und Werthaftigkeit des Freiheitsgebrauchs verträgt sich damit nicht.¹²³⁶ Gegenseitiger Respekt, Aufgeschlossenheit und Toleranz gegenüber unterschiedlichen Arten der Lebensgestaltung sind zudem zentrale Elemente und Kennzeichen einer *demokratischen Gesellschaft*.¹²³⁷ Alle sind gleichermaßen befugt, die eigenen Bedürfnisse

which renders its rights practical and effective and not theoretical and illusory [...]» m.w.H.; ferner etwa EGMR, Urteile vom 20. März 2007 i.S. *Tysi c gegen Polen*, Nr. 5410/03, Ziff. 113, und vom 16. Mai 1978 i.S. *Airey gegen Irland*, Nr. 6289/73, Ziff. 24.

- ¹²²⁹ Zu dieser im freiheitlichen Staat gebotenen «neutralen» Interpretation grundrechtlicher Schutzbereiche vgl. HUSTER, Neutralität, 653.
- ¹²³⁰ Siehe HÖFFE, Politische Gerechtigkeit, 392: «Entsprechende Verbote, sein Leben zu gefährden oder sich selbst zu töten, sind jedoch Fragen des guten Lebens, die eine Rechts- und Staatsethik, dem Prinzip der Handlungsfreiheit folgend, dem einzelnen überlasst.»
- ¹²³¹ Vgl. HUSTER, Neutralität, 12; MATTHES-WEGFRASS, 127; allgemein ENGI, Neutralität, 123 ff., 189 f. 349 und 494 f., wonach die vom Staat für sein Handeln angeführten Gründen «ethisch und religiös neutral» sein müssen – «umfassende Lebenskonzeptionen» oder «religiöse Lehren» dürfe er nicht zur Rechtfertigung seines Handelns anführen.
- ¹²³² Zur rechtlichen Normativität der Präambel siehe hinten, bei Fn. 1571 ff.
- ¹²³³ Wyss, Öffentliche Interessen, 319; SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 23; s.a. hinten, bei Fn. 1517 ff. und bei Fn. 1822; zur rechtsnormativen Kraft von Art. 6 BV siehe hinten, bei Fn. 1574 ff.
- ¹²³⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 886.
- ¹²³⁵ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 995 ff. und 1031 ff.
- ¹²³⁶ Vgl. KAHL, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: HGR Bd. V/II, § 124, Rz. 54; Wyss, Öffentliche Interessen, 319; vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (5.).
- ¹²³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S. gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 128 (s.a. Ziff. 120, wonach eine Gesichtverschleierung zwar von manchen Menschen als selt-

einzubringen und darin respektiert zu werden, niemand verfügt (allein) über die massgebliche, «privilegierte» und wahre Einsicht in das «Richtige und Gute»;¹²³⁸ auch kann eine demokratische Gemeinschaft nur mit einem gewissen Mass an «Werttoleranz» – aber auch «Mässigung»¹²³⁹ – überhaupt *funktionsfähig* sein.¹²⁴⁰ Dies ist auch für das Grundrechtsverständnis und die Grundrechtsinterpretation bedeutsam.¹²⁴¹ Ferner hält das für eine *gerechte* staatliche Ordnung bzw. die Verwirklichung von «Gerechtigkeit» zentrale¹²⁴² (und ebenfalls für das Grundrechtsverständnis relevante¹²⁴³) verfassungsrechtliche und rechtsstaatliche Grundprinzip¹²⁴⁴ der *Rechtsgleichheit* zu «*Neutralität*» an¹²⁴⁵ – und zwar dergestalt, dass allen Menschen die *gleiche Freiheit* zuteil kommen muss,¹²⁴⁶ jeder in seinen Überzeugungen, Ansichten und Lebensentwürfen *gleichermassen zu respektieren* ist,¹²⁴⁷ die Freiheitsrechte *rechtsgleich* zu verwirklichen sind und jeder seine *grundrechtlichen Freiheiten in gleicher*

sam [*«strange»*] empfunden werde, aber doch Ausdruck einer kulturellen Identität sei, die ihrerseits zu einem der Demokratie inhärenten Pluralismus beitrage); siehe ferner EGMR, Urteile vom 10. November 2005 i.S. *Leyla Şahin* gegen *Türkei*, Nr. 44774/98, Ziff. 108; vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 53; vom 7. Dezember 1976 i.S. *Handyside* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 5493/72, Ziff. 49; s.a. WENGER, Rz. 2.

¹²³⁸ Vgl. dazu J.P. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, 15, 22 ff., 32, 94, 112 und 154 f.; MARKUS SCHEFER/ALEXANDRA ZIMMERMANN, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 2011/3, 343 ff., 346.

¹²³⁹ Zur Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche mit Blick auf die Aussenwirkungen selbstschädigenden Verhaltens vgl. hinten, Teil 2 III. D.

¹²⁴⁰ HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 227.

¹²⁴¹ Zur Relevanz des Strukturprinzips «Demokratie» für das Grundrechtsverständnis: MÜLLER, Privateigentum, 36.

¹²⁴² Vgl. etwa SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 9; MÜLLER/SCHEFER, 651; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 35, Rz. 4 ff.; BGE 6 I 171, E. 1.

¹²⁴³ Zur Relevanz der Rechtsgleichheit für das Grundrechtsverständnis vgl. MÜLLER, Privateigentum, 36.

¹²⁴⁴ SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 9 («Gleichheit im Recht») als «ein Grundprinzip der Verfassung» [Herv. im Original]; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 12 («Gleichheitsprinzip») als «ein Grundprinzip des Rechtsstaates».

¹²⁴⁵ Vgl. UHLMANN, 213 f.

¹²⁴⁶ OESCH, 15; zum Grundsatz der gleichen Freiheit für alle als zentrales Element der Gerechtigkeit vgl. RAWLS, 62, 81 und 223 ff.

¹²⁴⁷ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 744 («Die Überzeugung von der Würde und Freiheit der menschlichen Person, die vom Staat bei allen Menschen *gleichermassen* zu respektieren ist [...]») [Herv. im Original]; HUBER, Menschenbild, 509; ferner – mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das Paternalismusproblem – NIDA-RÜMELIN, Eigenverantwortung, 33.

Weise wahrnehmen kann¹²⁴⁸.¹²⁴⁹ Die Gleichwertigkeit und Gleichheit der Menschen ist darüber hinaus ein (wichtiges) Element der Menschenwürde.¹²⁵⁰ Wenn aber jedermann die gleiche Möglichkeit haben soll, seine *eigenen* Ziele und Wünsche zu verwirklichen, dann kann die grundrechtlich geschützte Freiheit prinzipiell nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Freiheitsgebrauch von aussen gesehen als richtig, gut oder sinnvoll beurteilt wird.¹²⁵¹

- (4.) Besonders wichtig ist die Neutralität des Staates in Bereichen, die **religiös und weltanschaulich geprägt** sind. Art. 15 BV enthält ein – insbesondere in Abs. 1 und Abs. 4 zu verortendes¹²⁵² – *Neutralitätsgebot*, im Sinne einer an den Staat gerichteten Verpflichtung zu *religiöser und konfessioneller*¹²⁵³, aber auch *weltanschaulicher*¹²⁵⁴ Neutralität. Diese Neutralität hat eine *subjektiv-rechtliche Seite*¹²⁵⁵ und ist gleichzeitig ein «Verfassungsgrundsatz» und eine «politische Leitlinie staatlichen Handelns».¹²⁵⁶ Sie hängt auch mit dem in Art. 8 Abs. 2 BV enthaltenen Verbot der Diskriminierung wegen einer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung zusammen.¹²⁵⁷ Diese religiöse und weltanschauliche Neutralität wirkt sich ebenfalls auf die *Interpretation grundrechtlicher Schutzbereiche* aus.¹²⁵⁸ Ein Konflikt mit dem Neutralitätsgebot bestünde dann, wenn (angeblich) «selbstschädigende» Verhaltensweisen, die gleichzeitig *religiös oder weltanschaulich motiviert* sind, aus dem Grundrechtsschutz ausgeschlossen würden. Zu denken ist etwa an die religiös motivierte Körper- oder Gesichtsverschleierung, die zuweilen mit der Begründung kritisiert wird, die Frauen würden sich «entwürdigen».¹²⁵⁹ Im vorliegenden Zusammenhang ist von Bedeutung, dass unter den Begriff der Weltanschauung auch zentrale *ethische und moralische Grundüberzeugungen* fallen können.¹²⁶⁰

¹²⁴⁸ RHINOW/SCHEFER//UEBERSAX, Rz. 1868.

¹²⁴⁹ Dazu auch HUSTER, Neutralität, 652 f.

¹²⁵⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 945 und 1041 ff.

¹²⁵¹ Vgl. HUSTER, Neutralität, 652.

¹²⁵² OFK BV-BIAGGINI, Art. 15, Rz. 14.

¹²⁵³ OFK BV-BIAGGINI, Art. 15, Rz. 14; BGer 2C_897/2012, E. 3.2; ferner SGK BV-CAVELTI/KLEY, Art. 15, Rz. 21 ff.; UHLMANN, 215 f.

¹²⁵⁴ Vgl. BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, Rz. 44 und 48.

¹²⁵⁵ MÜLLER/SCHEFER, 269; OFK BV-BIAGGINI, Art. 15, Rz. 14; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, Rz. 45; BGE 118 Ia 46, E. 3b und E. 4e/aa.

¹²⁵⁶ EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 32.

¹²⁵⁷ MÜLLER/SCHEFER, 269; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, Rz. 13; CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, Art. 15, Rz. 112 und 115.

¹²⁵⁸ Vgl. HUSTER, Neutralität, 653; FATEH-MOGHADAM, Burka-Verbote, 190 f.

¹²⁵⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 926.

¹²⁶⁰ Hinten, bei Fn. 1918.

- (5.) Der Schutz nur eines «vernünftigen» Umgangs mit dem grundrechtlich geschützten Gut würde auf eine Art «**Selbstwirkung**» und «**Selbstverpflichtung**» der Grundrechte hinauslaufen. Eine solche kommt ihnen jedoch nicht zu: Weder kann der (freiverantwortlich handelnde) Grundrechtsträger durch den Gebrauch seiner Freiheit gleichzeitig in die ihm zustehenden (Grund-) Rechte eingreifen und diese verletzen¹²⁶¹ – eine *Grundrechtskollision* (in ein und derselben Person) kann insofern nicht vorliegen¹²⁶² –, noch enthalten die Grundrechte irgendwelche Grundpflichten gegen sich selbst. Beispielsweise folgt aus dem grundrechtlich garantierten Recht auf Leben keine Pflicht, (weiter) zu leben.¹²⁶³

Die Grundrechtsträgerin an ihr eigenes Grundrecht binden zu wollen, hätte zur Folge, dass Grundrechtsträgerin und Grundrechtsadressatin zusammenfielen, und würde zudem in einen Konflikt mit Art. 35 BV geraten: Die Grundrechtsbindung trifft diejenigen, die *staatliche Aufgaben wahrnehmen* – und das ist nicht die Grundrechtsträgerin, die von ihren Freiheiten Gebrauch macht. Auch die (mittelbare oder allenfalls unmittelbare) Bindung Privater an Grundrechte im Rahmen der *Horizontal- oder Drittwirkung* besteht einzig anderen Grundrechtsträgern gegenüber («unter Privaten»).¹²⁶⁴ Wesentliches Anliegen der Horizontalwirkung ist zudem das Bedürfnis nach Schutz der *eigenen Freiheit* (auch) gegen Machtausübungen *Privater*¹²⁶⁵, nicht aber vor sich selbst. Vor diesem Hintergrund scheint es mir auch kaum möglich, eine «Eignung» der Grundrechte zur Selbstwirkung zu begründen, wie dies von Art. 35 Abs. 3 BV vorausgesetzt ist. Ganz abgesehen davon sind die Grundrechte für die Ableitung von Pflichten (gegen sich selbst) zu unbestimmt. Eine Umdeutung der Grundrechte in Grundpflichten ist auch nicht Aufgabe der Grundrechtsinterpretation.¹²⁶⁶

- (6.) Selbst dann, wenn der Einzelne mit der Ausübung einer grundrechtlich geschützten Freiheit eine seiner *anderen* geschützten Freiheiten in Gefahr

¹²⁶¹ KNEIHS, 259; BREITENMOSER, 182; offenbar a.A. RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 534, welche schuldhaftige Eigenschädigungen gleich behandeln will wie schuldhaftige Drittschädigung: «Die eigene Person» sei «ebenso geschütztes Rechtsgut wie jede andere».

¹²⁶² Siehe HILLGRUBER, Schutz, 84; KNEIHS, 204; STERNBERG-LIEBEN, 35 f.; eine solche Kollision kann höchstens dann angenommen werden, wenn die Einzelne über den Gebrauch einer Freiheit nicht freiverantwortlich entscheiden kann (vgl. hinten, bei Fn. 3973 ff.); vgl. demgegenüber BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 54, der die Möglichkeit einer Grundrechtskollision auch bei freiverantwortlichem selbstschädigendem Handeln zu bejahen scheint.

¹²⁶³ HANGARTNER, Sterbehilfe, 71; SCHAERZ, 125 f.; bezogen auf Art. 2 EMRK: VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 67; IntKommEMRK-LAGODNY, Art. 2, Rz. 55 (5. Lfg. Januar 2002); IntKommEMRK-WILDHABER, Art. 8, Rz. 268 (2. Lfg. April 1992); ferner BAUMGARTEN, 120 ff., 127; KIENER, 276.

¹²⁶⁴ KÄLIN, 731.

¹²⁶⁵ Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 35, Rz. 2.

¹²⁶⁶ HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 33.

bringt, ändert dies nichts am Grundrechtsschutz dieser Handlung. Ein **Grundrecht** lässt sich nicht zur **Begrenzung des Schutzbereichs** eines anderen Grundrechts ein und desselben Grundrechtsträgers herbeiziehen.¹²⁶⁷ Darin läge ebenfalls eine nicht überzeugend begründbare Selbstwirkung. Zudem wollen Grundrechte spezifische, wesentliche Ausschnitte des Lebens mit Schutz versehen. Mit der Gewährleistung einer grundrechtlich abgesicherten Freiheitssphäre ist aber keine Vorabentscheidung verbunden, dass und inwiefern sie im (vermeintlichen)¹²⁶⁸ «Konfliktfall» eine andere Freiheit zurückdrängen würde.¹²⁶⁹ Die Gewichtung der eigenen grundrechtlich geschützten Freiheiten ist Sache des Einzelnen.¹²⁷⁰

Dies gilt auch bezogen auf die (eigene) **Würde**, die nach der hier vertretenen Auffassung keine freiheitsbeschränkende Wirkung zum Schutz der «wohlverstandenen» Interessen des Würdeträgers selbst zu entfalten vermag – jedenfalls wenn der Betroffene freiverantwortlich handelt.¹²⁷¹ Ebenso wenig lässt sich das in Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK verbürgte **Recht auf Leben** gegen den freiverantwortlichen (Sterbe-)Entscheid des Einzelnen wenden.¹²⁷² Das Recht auf Leben richtet sich *nicht gegen die Grundrechtsträgerin selbst*.¹²⁷³ Dem Recht auf Leben lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung auch dann keine (immanente) Schutzbereichsbegrenzung entnehmen, wenn es um eine *Einwilligungserteilung an private Dritte* geht (Einwilligung in die Beihilfe zur Selbsttötung oder eine aktive Sterbehilfe) – und nicht «bloss» um Selbsttötungshandlungen ohne Beizug Dritter.¹²⁷⁴ Darin läge ebenfalls eine m.E.

¹²⁶⁷ WILMS/JÄGER, 43.

¹²⁶⁸ Vorne, bei Fn. 1261 f.

¹²⁶⁹ Vgl. auch FISCHER, 88 f.

¹²⁷⁰ S.a. hinten, bei Fn. 1304 ff. und 3919 ff.

¹²⁷¹ Dazu vorne, Teil 2 II. B.

¹²⁷² Vgl. bezogen auf das Recht auf Leben HANGARTNER, Sterbehilfe, 71 und 91 (vgl. aber auch hinten, Fn. 1274); für eine Berücksichtigung der objektiven Gehalte von Art. 2 EMRK bei der Bestimmung der nach Art. 8 EMRK grundrechtlich geschützten Freiheit zu sterben: HOTTELIER, 112 f.; s.a. EGMR, Urteil vom 26. Februar 2015 i.S. *Prilutskiy gegen Ukraine*, Nr. 40429/08, Ziff. 32: «Still in the field of dangerous activities, the positive obligations under Article 2 should not be unduly impaired by paternalistic interpretations, bearing in mind that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the Convention guarantees, primarily those pertinent to private life.»

¹²⁷³ Vgl. BAUMGARTEN, 117 und 127.

¹²⁷⁴ Zuweilen wird Art. 2 EMRK eine (immanente) Schranke des Verzichts auf das eigene Leben gegenüber Dritten bzw. der Erteilung einer Einwilligung in Tötungshandlungen (direkte aktive Sterbehilfe) entnommen, siehe HANGARTNER, Sterbehilfe, 73, 78 und 91 ff. (allerdings relativierend mit Blick auf die Würde und das Verbot unmenschlicher Behandlung); PUPPINCK/DE LA HOUGUE, Rz. 51 ff., insb. Rz. 60 und 64.

nicht begründbare Selbstwirkung. Zudem wird m.E. zu Recht bestritten, dass eine *mit Zustimmung* erfolgte Tötung *überhaupt* in einen Konflikt mit dem Recht auf Leben geraten könne. Geschützt ist das *Recht* auf Leben – von einem grundrechtsrelevanten (privaten) Übergriff oder einem Eingriff lässt sich nicht sprechen, wenn sich die Handlung auf eine (freiverantwortliche) Zustimmung des Grundrechtsträgers stützen kann.¹²⁷⁵ Weiter ist zu bedenken, dass das Recht auf Leben selbst *staatlichem* Handeln keine absolute Grenze zu setzen vermag und Raum für eine Interessenabwägung lässt,¹²⁷⁶ was ebenfalls gegen eine pauschale Ausklammerung der Beihilfe zum Suizid oder der aktiven Sterbehilfe aus der Freiheit zu sterben spricht. Auch wenn man eine «Selbstwirkung» des Rechts auf Leben annehmen wollte, bliebe es mit der Selbstbestimmung in Einklang zu bringen und würde dadurch gleichzeitig relativiert.¹²⁷⁷ Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass die BV oder die EMRK eine Wertentscheidung enthielten, wonach das Recht auf Leben immer höher zu gewichten wäre als die individuelle Autonomie:¹²⁷⁸ Selbst wenn man dem Recht auf Leben den Höchstwert innerhalb der Hierarchie der Grundrechte beimisst,¹²⁷⁹ ist damit noch keine Aussage verbunden, wie sich dieser Höchstwert zum individuellen, selbstbestimmten Entscheid verhält, eben dieses Leben beenden zu wollen.¹²⁸⁰ Solche Fragen wären angesichts der vorzunehmenden Abwägungen auf der Ebene der Grundrechtsschranken und jedenfalls nicht des Schutzbereichs zu diskutieren. «Schutzpflichten» und objektivrechtliche Gehalte des Rechts auf Leben lassen sich ebenfalls nicht zu einer Schutzbereichsbegrenzung anführen: Selbst wenn man eine staatliche Schutzpflicht (Schutz des Lebens vor sich selbst) bejahen wollte – was sich bei freiverantwortlichem Handeln m.E. nicht begründen lässt¹²⁸¹ –, führte dies jedenfalls nicht zu einer (unmittelbaren) Verkürzung grundrechtlicher *Schutzbereiche*.

¹²⁷⁵ Vgl. bezogen auf Art. 2 EMRK KNEIHS, 257 ff.; BREITENMOSER, 182; s.a. hinten, bei Fn. 2847 ff.

¹²⁷⁶ Siehe hinten, bei Fn. 2849 ff.

¹²⁷⁷ Vgl. BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 12 ff. und 19 ff.

¹²⁷⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 26. Februar 2015 i.S. *Prilutskiy gegen Ukraine*, Nr. 40429/08, Ziff. 32 (vorne, Fn. 1272).

¹²⁷⁹ Vgl. EGMR, Urteile vom 22 März 2001 i.S. *K.-H. W. gegen Deutschland*, Nr. 37201/97, Ziff. 66, 75, 90 und 96; vom 20. Oktober 2015 i.S. *Vasiliaskas gegen Litauen*, Nr. 35343/05, Ziff. 158; vom 12. März 2019 i.S. *Drėlingas gegen Litauen*, Nr. 28859/16, Ziff. 99.

¹²⁸⁰ Vgl. KIENZERLE, 100 f. und 339 ff.; bezogen auf die EMRK und die Sterbehilfe siehe aber z.B. PUPPINCCK/DE LA HOUGUE, Rz. 52, wonach der EGMR mit der Betonung des Selbstbestimmungsrechts im Kontext des Sterbens und der Sterbehilfe vom Grundsatz abkehre, dass das Recht auf Leben den Höchstwert in der Hierarchie der Grundrechte bilde.

¹²⁸¹ Vgl. zu den grundrechtlichen «Schutzpflichten» im Einzelnen hinten, Teil 3 IV. B.

- (7.) Die grundrechtlich geschützte Dispositionsfreiheit im Umgang mit sich selbst und Dritten (Erteilung von Einwilligungen, Handlungsermächtigungen usw.) findet keine (immanente) Grenze in grundrechtlichen **Kerngehalten**.¹²⁸² Kerngehalte sichern bestimmte *Mindestansprüche* ab – sind insofern «*Gehalt des sachlichen Schutzbereichs*»¹²⁸³ oder «*Mindestpositionen*»¹²⁸⁴. Sie entfalten ihre Wirkung – wie sich aus Art. 36 BV ergibt – gegenüber *Grundrechtseinschränkungen*; diese aber gehen vom *Staat* aus, nicht von sich selbst oder privaten Dritten (die mit Einwilligung des Grundrechtsträgers handeln). Kerngehalte setzen damit lediglich staatlichem Handeln¹²⁸⁵ eine *absolute* Grenze¹²⁸⁶, nicht aber dem Handeln des Grundrechtsträgers selbst; sie entfalten keinerlei Selbstbindung, wollen den Einzelnen nicht in die Pflicht nehmen und lassen keine Schlüsse auf die Grenzen der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung (im Umgang mit sich selbst) zu.¹²⁸⁷ Dies gilt auch dann, wenn die Einzelne gegenüber privaten Dritten *umfassend* auf Freiheiten verzichtet, diese zu weitreichenden Eingriffen ermächtigt oder ihnen umfangreiche Handlungsbefugnisse über sich selbst überträgt: Durch die Kerngehalte ist sie in diesen Freiheiten nicht zurückgebunden – auch in solchen Fällen liegt

¹²⁸² Vgl. demgegenüber VAN SPYK, S. 40 ff., 62, 96, 119 sowie Fn. 433 (vgl. dann aber S. 71 ff.); BLECKMANN, Grundrechtsschutz, 336 (bezogen auf den «Wesensgehalt» der Grundrechte).

¹²⁸³ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 6, Rz. 6; Schutzbereich und Kerngehalt können indessen auch zusammenfallen, wie etwa bei Art. 12 BV; vgl. dazu auch die Differenzierungen bei BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 36 f.

¹²⁸⁴ WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 243.

¹²⁸⁵ Vorbehalten bleiben immerhin die Fälle einer ausnahmsweisen direkten Horizontalwirkung der Grundrechte.

¹²⁸⁶ Und zwar dahingehend, dass keine gegenläufigen Interessen der Allgemeinheit, wie ausgeprägt sie auch sein mögen, eine Verletzung des Kerngehalts rechtfertigen können, siehe SCHEFER, Beeinträchtigung, 93 und 95 f.; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 58; WYSS, Öffentliche Interessen, 214; freilich werden die mit einem Eingriff in den Kerngehalt verbundenen, massiven Grundrechtsbeeinträchtigungen in der Regel ohnehin bereits am Verhältnismässigkeitsprinzip scheitern, sich namentlich als unzumutbar erweisen (vgl. SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 61; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 61; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 24 und 26; s.a. MAHON, Petit Comm., Art. 36 Cst., Rz. 18).

¹²⁸⁷ Vgl. CHEN, 104 f. und 117 f., wonach sich der absolute Schutz der Menschenwürde und der Kerngehalte nur dort rechtfertigt, wo eine staatliche Handlung gegen den Willen des Grundrechtsträgers erfolge; ferner BAUMANN, Persönliche Freiheit, 316 (keine Beschränkung des «Selbstverzichts» durch den «Grundrechtskern»); vgl. bezogen auf die Wesensgehaltsgarantie von Art. 19 Abs. 2 GG: BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 113; MERTEN, Grundrechtsverzicht, 57; ENDERLEIN, 157.

keine Kerngehaltsverletzung durch den Dritten vor, wenn dieser mit Zustimmung der Betroffenen handelt.¹²⁸⁸ Die Kerngehalte stellen damit insbesondere keine Einwilligungsschranke dar, oder anders gesagt: Es findet die Einwilligungsfähigkeit keine Grenze in den Kerngehalten.¹²⁸⁹

Gegen eine Bestimmung bzw. Begrenzung grundrechtlicher Freiheiten mit Blick auf die Kerngehalte sprechen auch weitere Gründe: Kerngehalte sind Ausdruck grundlegender, mit Blick auf (historische) Verletzlichkeitserfahrungen¹²⁹⁰ etablierter *Schutzbedürfnisse* und *Schutzinteressen* des Einzelnen.¹²⁹¹ Damit sich der Kerngehaltsschutz aktualisiert, bleibt aber immer vorausgesetzt, dass ein solches *Schutzinteresse* des betroffenen Menschen im konkreten Einzelfall tatsächlich besteht. Der Kerngehaltsschutz hat nicht die Funktion und darf nicht dazu verwendet werden, Vorstellungen der Allgemeinheit über den «richtigen» Freiheitsgebrauch und dessen Grenzen in den grundrechtlichen Schutzbereich zu ziehen – er steht immer *im Dienste des Einzelnen*¹²⁹². Weiter ist zu berücksichtigen, dass Kerngehalte «vorweggenommene» Interessen- oder Güterabwägungen sind.¹²⁹³ Hat der Einzelne Interessen, die einem absoluten Schutz der Kerngehalte entgegenlaufen, rechtfertigt sich eine solche absolute Abwägungsschranke nicht – sie ist nur dann sachgerecht und zulässig, wenn überwiegende gegenläufige Interesse nicht in Frage kommen.¹²⁹⁴ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich Kerngehalte aus dem *Schutzzweck* des betreffenden Grundrechts ableiten lassen müssen¹²⁹⁵ – Grundrechte aber wollen Freiheit sichern, nicht die Einzelne in ihrer Freiheit selbst beschränken. Der Kerngehaltsschutz kann daher immer nur Selbstbestimmung garantieren, diese aber niemals im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen oder im Interesse der Allgemeinheit beschränken. Gegen freiverantwortliches Handeln des Grundrechtsträgers vermag sich der Kerngehaltsschutz nicht zu wenden.¹²⁹⁶

¹²⁸⁸ Vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, 410, wonach der Staat aufgrund der grundrechtlichen Kerngehalte jedenfalls nicht verpflichtet sei, gegen eine konsentrierte Tötung einzuschreiten; bezogen auf die «Wesensgehaltssperre» von Art. 19 Abs. 2 GG vgl. STERNBERG-LIEBEN, S. 40 mit Fn. 51.

¹²⁸⁹ Vgl. demgegenüber HURTADO POZO, Droit pénal: Partie générale, Rz. 630 (im strafrechtlichen Kontext; insbesondere bezogen auf die Einwilligung in die Tötung durch einen Dritten und die Selbstverklavung); wie hier bezogen auf die «Wesensgehaltssperre» von Art. 19 Abs. 2 GG: STERNBERG-LIEBEN, S. 40 mit Fn. 51.

¹²⁹⁰ SCHEFER, Beeinträchtigung, 93.

¹²⁹¹ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 3 und 561 f.

¹²⁹² Vgl. – bezogen auf die Ehefreiheit – SCHEFER, Kerngehalte, 297.

¹²⁹³ GERTSCH, Rz. 18; SCHEFER, Kerngehalte, 74 ff. («kristallisierte Güterabwägungen»); ferner SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 40, wonach zwar ein Abwägungsverbot bestehe, eine Abwägung aber bei «der Bestimmung des Umfangs des Kerngehalts» stattfinde; ferner DUBEY, Vol. I, Rz. 776 (Kerngehalt als Unterfall der Verhältnismässigkeit i.e.S.).

¹²⁹⁴ Vgl. ALEXY, Theorie, 328; s.a. FINK, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HGR Bd. IV/I, § 88, Rz. 8.

¹²⁹⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 213.

¹²⁹⁶ So auch CHEN, 104 f. und 117 f.

Auch wenn man die Kerngehalte als Ausdruck oder Konkretisierung der *Menschenwürde* verstehen will,¹²⁹⁷ ändert sich daran nichts. Die Menschenwürde lässt sich nicht gegen die Würdeträgerin selbst richten, jedenfalls soweit diese nicht in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit eingeschränkt ist.¹²⁹⁸ Vielmehr sind die zwischen der Menschenwürde und den Kerngehalten bestehenden Verbindungen gerade ein zusätzlicher Grund, die Kerngehalte *nicht* freiheitsbeschränkend zu verstehen.

Davon zu trennen ist die hinten zu erörternde Frage, ob der Einzelne im Verhältnis zum Staat *auf Kerngehalte (bzw. deren Schutz) verzichten kann* (also z.B. in eine aktive Tötung in einem staatlichen Spital, in einen Lügendetektortest oder in Folter durch Strafverfolgungsbehörden einwilligen darf). Das ist in erster Linie eine Frage des *Grundrechtsausübungsverzichts* und dessen Grenzen. Handelt die Einzelne freiverantwortlich, sind die Kerngehalte jedoch dogmatisch m.E. nicht der richtige Ansatzpunkt, um dem Staat solche Handlungen absolut zu untersagen.¹²⁹⁹ Eine andere Frage ist es auch, ob den Staat eine *Schutzpflicht* trifft, gegen (angebliche) «*Kerngehaltsverletzungen*» unter Privaten (z.B.

¹²⁹⁷ So SCHEFER, Beeinträchtigung, 94 f.; DERS., Kerngehalte, 5, 72, 141 und 170 f.; ferner KLEY/ZAUGG, 173. Zweifelsohne ist die Menschenwürde ein wichtiges Element zur Bestimmung grundrechtlicher Kerngehalte (OFK BV-BIAGGINI, Art. 7, Rz. 9, und zu Art. 36, Rz. 24; MASTRONARDI, Menschenwürde als materielle «Grundnorm» des Rechtsstaates?, in: VdS, § 14, Rz. 45; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 325) – und die einzelnen Kerngehalte gleichzeitig relevant für die Bestimmung des Gehalts der Menschenwürde (SCHEFER, Beeinträchtigung, 94; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 213 und 237); dass die Kerngehalte *immer* auch Ausdruck bzw. Konkretisierungen der Menschenwürde sind, würde jedoch bedingen, dass *sämtliche* Grundrechte zumindest in einem inneren Kern Ausdruck der Menschenwürde wären, was zumindest Fragen aufwirft, vgl. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 19 II GG, Rz. 17 und 20; DERS., in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 161–163; MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 202, Rz. 13; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 24; ferner TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 263 («Ansichtssache»); vgl. aber etwa MAHLMANN, Menschenwürde, 1315 (Menschenwürde «als Grundlage der Grundrechte»); CR Cst.-DUBÉY, Art. 7, Rz. 8 und 23; RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, 287 ff. und 293; BGE 143 IV 77, E. 4.1, BGE 132 I 49, E. 5.1, und BGE 127 I 6, E. 5b – allerdings bezogen auf «Freiheitsrechte» (Menschenwürde als «Grundlage der Freiheitsrechte»); Botsch. VE 96, 140 («Schutz der Menschenwürde» als «Kern und Anknüpfungspunkt anderer Grundrechte»); ISENSEE, Menschenwürde, 210 f.; s.a. die Präambeln der UNO-Pakte I und II («... in der Erkenntnis, dass sich diese Rechte aus der dem Menschen innewohnenden Würde herleiten . . .»); immerhin lässt sich sagen, dass die Selbstbestimmung einen wichtigen Schutzgehalt der Menschenwürde ausmacht und sämtliche Grundrechte auf den Schutz von Selbstbestimmung angelegt sind (vgl. HUBER, Menschenbild, 508; s.a. vorne, Fn. 873 und 995 ff.); zu den verschiedenen Ansichten zum Verhältnis der Menschenwürde zu den (übrigen) Grund- und Menschenrechten vgl. McCRUDDEN, 680 f.

¹²⁹⁸ Vgl. vorne, Teil 2 II. B.

¹²⁹⁹ Hinten, Teil 3 IV. B. 2. c) vii) (b).

gegen die aktive Sterbehilfe unter Privaten) einzuschreiten. Das ist bei freiverantwortlichem Handeln bzw. einer freiverantwortlich erteilten Einwilligung zu verneinen,¹³⁰⁰ zumal hier schon gar keine Kerngehaltsverletzung vorliegt.¹³⁰¹

- (8.) Ebenso wenig liegt in der Inanspruchnahme von Grundrechten für die selbstgewählten, allenfalls «unvernünftigen» Ziele ein irgendwie gearteter **Grundrechtsmissbrauch**¹³⁰² – mit der Folge, dass der Grundrechtsschutz gegenüber anderen Interessen in den Hintergrund treten müsste.¹³⁰³ Der Einzelne setzt sich auch nicht in einen (grundrechtswidrigen, den Schutzzweck vereitelnden) **Widerspruch** zu seiner grundrechtlich geschützten (körperlichen) Integrität, wenn er diese in Ausübung seiner Freiheit zur individuellen Lebensgestaltung schädigt¹³⁰⁴ – geschützt ist der *selbstbestimmte* Umgang mit der eigenen Gesundheit, dem eigenen Körper, dem eigenen Leben als Ausdruck der Selbstverwirklichung und der Verfolgung der eigenen Lebenspläne; von einem widersprüchlichen Verhalten lässt sich nicht sprechen, wenn die Einzelne ihre Freiheit zu einen *bestimmten Zweck* – einschliesslich der Freiheitsaufgabe – einsetzt, enthält doch die Freiheit das Recht, diese nach *eigenem Belieben* einzusetzen.¹³⁰⁵ Dem Einzelnen kommt die «*Definitions*macht» und die «*Verfügung*shoheit» über die eigene Gesundheit, den eigenen Körper und das

¹³⁰⁰ Hinten, bei Fn. 2726 ff.

¹³⁰¹ Vorne, bei Fn. 1288 f.

¹³⁰² Vgl. zum Begriff BGE 131 I 166, E. 6.3 – Missbrauch eines Grundrechts (i.c. von Art. 12 BV), wenn dessen *Schutzzweck* vereitelt wird.

¹³⁰³ Vgl. zu dieser Konsequenz: SCHEFER, Beeinträchtigung, 21.

¹³⁰⁴ S.a. hinten, Fn. 1339; m.E. etwas verunglückt ist die Formulierung des Bundesgerichts in BGE 133 I 110, E. 5.2.3, wonach sich der Raucher in einen Widerspruch zu seiner durch die persönliche Freiheit geschützten (eigenen) Gesundheit und zu seinem eigenen Leben setze; kritisch äussert sich RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 518, wonach «[d]as aus der persönlichen Freiheit abgeleitete Selbstbestimmungsrecht des Menschen, nach Belieben über sich selbst verfügen zu dürfen, [...] pervertiert» werde, «wenn es letztlich zur Schmälerung der Selbstbestimmungsmöglichkeiten» führe; a.A. für das deutsche Verfassungsrecht auch MÖLLER, Paternalismus, 181 ff., insb. 184 f., der sich für eine «teleologische Beschränkung» des Persönlichkeitsrechts auf solche Verhaltensweisen ausspricht, welche die eigene «Integrität» nicht verletzen; von einem «Konflikt» zwischen Freiheiten lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung höchstens dann sprechen, wenn die Einzelne zu einem freiverantwortlichen Handeln nicht in der Lage ist, vgl. hinten, bei Fn. 3973 ff.

¹³⁰⁵ Vgl. im Kontext der Selbstversklavung und des Arguments des «widersprüchlichen» Verhaltens: BUYX, 273 ff.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 384; zum Argument der «Selbstwidersprüchlichkeit» ferner SEELMANN, Würde der Gattung, 209; DERS., Selbstwiderspruch, 256 ff.; mit dem Recht, von der Freiheit nach eigenem Belieben Gebrauch zu machen, ist natürlich nicht gemeint, dass die eigene Freiheit keine Grenze an den Freiheiten der anderen fände (dazu auch hinten, Teil 2 III. D).

eigene Leben zu,¹³⁰⁶ es obliegt *seiner* Entscheidung, ob und inwieweit er seinen Körper und seine Gesundheit «achten» will.¹³⁰⁷ Der grundrechtliche Integritätsschutz will den Einzelnen vor (ungewollten) Zugriffen des Staates (und allenfalls Dritter) «abschirmen», nicht vor der eigenen Selbstbestimmung.¹³⁰⁸ Das gilt auch in Extremfällen wie dem Suizid:¹³⁰⁹ Die Person verfällt nicht in einen Widerspruch, wenn sie ihr Recht zu Leben nur so lange wahrnimmt, wie sie es als vernünftig erachtet, nur so lange, «bis sie sich zu sterben entschliesst»¹³¹⁰. Ein selbstzerstörender Freiheitsgebrauch ist lediglich «*nicht wiederholbar*».¹³¹¹ Abzulehnen ist deshalb namentlich eine «*werttheoretische*»¹³¹² Verengung grundrechtlich geschützten Verhaltens auf eine (angebliche) «Wertverwirklichung»¹³¹³.

- (9.) Auch über die (durchaus schillernde¹³¹⁴) Figur des «**Grundrechtsverzichts**» (und den Voraussetzungen, welchen er untersteht) lassen sich keine Grenzen der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung herleiten. Zwar ist die Problematik des Grundrechtsverzichts durchaus mit der Frage nach der individuellen Verfügbarkeit über grundrechtlich garantierte Ansprüche ver-

¹³⁰⁶ Vgl. HAFFKE, 776 und 778.

¹³⁰⁷ Vgl. SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41; JOST, 52; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 22 (bezogen auf die körperliche Unversehrtheit).

¹³⁰⁸ CORNILS, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR Bd. VII, § 168, Rz. 31.

¹³⁰⁹ SOLAND, 69 (kein «widersprüchliches» Verhalten beim Suizid).

¹³¹⁰ GUTMANN, Short cuts, 149; vgl. ferner KIENZERLE, 104 f. und 345 ff.

¹³¹¹ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 30.

¹³¹² Vgl. zur «Werttheorie» der Grundrechte ARNOLD, 51; BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie, 1533 f.; s.a. ALEXY, Theorie, 511 f.; hinten, bei Fn. 1755.

¹³¹³ Vgl. KLEY, Grundpflichten, 105 ff.; für eine Berücksichtigung werttheoretischer Elemente bei Abwägungsfragen im Rahmen des Schutzes vor sich selbst aber VAN SPYK, 93 f.; zur Kritik an der Werttheorie vgl. BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie, 1533 f.

¹³¹⁴ Vgl. MÄCHLER, 197 ff.; MALACRIDA, 7 ff.; BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 3 f. und 91; TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2012/2013, 793. Von einem «Grundrechtsverzicht» sollte jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn der Einzelne von einer grundrechtlich verbürgten Freiheit (einstweilen) bloss *keinen* Gebrauch macht oder eine *negative* Freiheit ausübt. Zu denken ist an Situationen, in denen die Einzelne einer Versammlung fernbleibt, einem Verein nicht beitrifft oder nicht heiratet, siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 28; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 3 und 9; DERS., Grundrechtsverzicht, 53 ff.; BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 132; s.a. HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 25 («faktischer Verzicht» auf Freiheitsrechte); teilweise ist diesbezüglich von einem «*unechten Grundrechtsverzicht*» die Rede, siehe MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 3 ff.

bunden.¹³¹⁵ Doch stellt die Schädigung des Grundrechtsgutes weder einen (nicht grundsätzlich unzulässigen¹³¹⁶) *Grundrechtsausübungsverzicht* (Verzicht auf die Ausübung eines Grundrechts) dar, noch einen (gemeinhin als unzulässig erachteten¹³¹⁷) Verzicht auf das *Grundrecht an sich*¹³¹⁸ (im Sinne eines «*Totalverzichts*» auf alle oder einzelne Grundrechte¹³¹⁹): Wer von einer grundrechtlich verbürgten Freiheit *Gebrauch* macht, verzichtet damit zwar vielleicht «faktisch» auf Freiheiten (Gesundheit, Leben, Schutz seiner körperlichen Integrität, Vermögen usw.); er «verzichtet» aber nicht auf Grundrechte, sondern *übt grundrechtlich geschützte Freiheit* aus.¹³²⁰ Von einem Grundrechts(ausübungs)verzicht sollte grundsätzlich auch dann nicht gesprochen werden, wenn gegenüber (anderen) *Privaten* auf Freiheiten «verzichtet» bzw. in Handlungen eingewilligt wird.¹³²¹ Zum einen geht es auch hier um die Ausübung

¹³¹⁵ Vgl. BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 6, 97 und 99; MALACRIDA, 37 ff. und 208; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 334.

¹³¹⁶ Vgl. BGE 138 I 331, E. 6.1; BGE 90 I 29, E. 3c; VETTERLI, 259 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45; hinten, in Fn. 2657 und bei Fn. 2805 ff.

¹³¹⁷ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 27; MÄCHLER, 198 f. und 202; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 158; CHEN, 8 f.; HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 25; ZIMMERLIN, Rz. 488, 490 und 513; ferner BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 105 f.; MERTEN, in: HGR, § 73, Rz. 51; DERS., Grundrechtsverzicht, 73; bezogen auf das rechtliche Gehör vgl. BVGer C-987/2012, E. 4.3.1; bezogen auf die persönliche Freiheit siehe BGE 90 I 29, E. 3c.

¹³¹⁸ BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 104 ff.

¹³¹⁹ BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 104 ff.; die Rede ist auch vom «Grundrechtsverzicht i.e.S.» (MERTEN, Grundrechtsverzicht, 54 und 72 f.; DERS., Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 48), von einem «vollständige[n] Grundrechtsverlust» (MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 48), von einer «gänzliche[n] Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Rechtsposition» (VAN SPYK, 49), einer «endgültige[n] Aufgabe des Rechts an sich oder einzelner Teilaspekte davon» (VAN SPYK, 50) oder einer «Rechtsaufgabe in toto et abstracto» (ZIMMERLIN, Rz. 490).

¹³²⁰ Vgl. BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 134; ferner MALACRIDA, 10; PIETZCKER, 540; KIENZERLE, 60 und 435 f.; s.a. FISCHER, 200 f., und SCHWABE, 68 («Verzicht» gegenüber sich selbst keine Form des Grundrechtsverzichts); im Ergebnis auch SPERLICH, Suizidbeihilfe, Rz. 49; vgl. bereits vorne, bei Fn. 1305 ff.

¹³²¹ So auch KIENZERLE, 435 f.; vgl. demgegenüber BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Rz. 105 und 127 ff.; a.A. wohl auch MALACRIDA, 10 (aktive Sterbehilfe im Unterschied zum Suizidversuch als Grundrechtsverzicht, da hier eine «Eingriffshandlung durch Dritte»

grundrechtlich geschützter Freiheiten.¹³²² Zum anderen sollte der «Grundrechtsverzicht» für Konstellationen vorbehalten bleiben, in denen durch eine (allenfalls konkludente) Willenserklärung überhaupt auf grundrechtlich geschützte *Rechte und Ansprüche bzw. deren Ausübung* verzichtet werden kann: Das ist aber (wenn überhaupt) nur möglich gegenüber denjenigen, die daran gebunden sind – den Grundrechtsadressaten –, also dem *Staat* und Akteuren, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV);¹³²³ und gegenüber (anderen) Privaten nur in den Fällen einer ausnahmsweisen unmittelbaren Horizontalwirkung (z.B. Art. 8 Abs. 3 BV).¹³²⁴ Auch die *weitreichende* Erteilung von Eingriffs- und Handlungsermächtigungen an private Dritte bis hin zur *völligen Aufgabe* von Rechten sollte man – aus den genannten Gründen – nicht als Problem des *Grundrechtsausübungsverzicht* diskutieren; und ebenso wenig als solches eines (unzulässigen) *gänzlichen Verzichts* auf die Grundrechte: Die Unzulässigkeit eines derartigen «Totalverzichts» hängt damit zusammen, dass die Grundrechtsfähigkeit und die Grundrechtsträgerschaft dem Einzelnen normativ vorgegeben ist und nicht zu seiner Disposition stehen.¹³²⁵ Damit ist m.E. allerdings nur gesagt, dass der Staat den Einzelnen selbst dann als *Grundrechtsträger* behandeln muss, wenn er auf die Grundrechtsträgerschaft «verzichten» möchte bzw. (gegenüber Dritten) «verzichtet» hat (Aspekt des persönlichen Schutzbereichs), aber es wird damit nicht auch

vorliege – allerdings ist nicht ganz klar, ob mit «Dritten» tatsächlich Private oder aber staatliche Akteure gemeint sind).

¹³²² ENDERLEIN, 155; siehe dazu näher hinten, Teil 2 III. C.

¹³²³ HILLGRUBER, Schutz, 135 und v.a. 137; FISCHER, 200; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 43; KNEIHS, 164, s.a. 257; vgl. demgegenüber VON MÜNCH, 127.

¹³²⁴ Vgl. MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 43; die Einwilligung in eine medizinische Heilbehandlung unter Privaten ist deshalb ebenso wenig Grundrechtsausübungsverzicht (vgl. HILLGRUBER, Schutz, 137) wie das Eingehen (weitreichender) privatautonomer vertraglicher Verpflichtungen gegenüber privaten Dritten (MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 42 ff.; s.a. ENDERLEIN, 155). Auch die Erklärung gegenüber einem Privaten, verfassungsrechtlich garantierte Rechte nicht in Anspruch zu nehmen (z.B. Recht auf den Wohnsitzrichter), ist mangels direkter Staatserichtetheit m.E. keine Frage eines Grundrechtsausübungsverzichts, sondern allenfalls einer zivilrechtlich unzulässigen bzw. übermäßigen Bindung (vgl. BGE 87 I 53, E. 3b, wonach ein umfassender Verzicht auf die Garantie des Wohnsitzrichters [Art. 59 aBV, heute Art. 30 Abs. 2 BV] wegen Art. 27 ZGB unzulässig sein könne) – soweit über Art. 27 ZGB ein «Schutz vor sich selbst» verwirklicht werden soll, sind damit freilich zusätzliche Fragen aufgeworfen, siehe dazu hinten, Teil 3 IV. D. 3. b) ii.

¹³²⁵ Vgl. BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 106; CHEN, 9; ZIMMERLIN, Rz. 513; MERTEN, in: HGR Bd. III/II § 73, Rz. 51; DERS., Grundrechtsverzicht, 73.

gleichzeitig eine Aussage darüber getroffen, wie weit die grundrechtlich geschützte Freiheit des Einzelnen im Umgang mit sich selbst und privaten Dritten tatsächlich reicht (Frage des sachlichen Schutzbereichs).

Der Grundrechtsausübungsverzicht spielt im Kontext der Paternalismusproblematik hingegen für die Frage eine Rolle, ob die Einzelne gegenüber dem Staat auf grundrechtliche Schutz- und Leistungsansprüche verzichten kann bzw. ob und inwiefern ein Grundrechtsschutz vor sich selbst zulässig ist.¹³²⁶ Von Bedeutung ist sie auch etwa im Zusammenhang mit dem Problemkreis, ob sich der Staat von Privaten zu einem Eingriff in deren Grundrechte «ermächtigen» lassen kann und darf.¹³²⁷

3. Präzisierungen mit Blick auf paternalistisches Staatshandeln

Bezogen auf paternalistisches Staatshandeln und der hierfür – namentlich in der Verhaltensökonomie und der Rechtsphilosophie – diskutierten Legitimationsansätze sind folgende Aspekte besonders hervorzuheben:

- (1.) Geschützt ist «unvernünftiges» Verhalten auch insofern, als sich der mit einer Handlung oder Einwilligung verfolgte **Zweck gar nicht erreichen lässt**¹³²⁸ oder es **mildere, weniger «schädigende» Mittel** und Wege gäbe, das Handlungsziel zu erreichen.¹³²⁹ Das Verhältnismäßigkeitsprinzip entfaltet keine dem entgegenstehende Selbstwirkung. In solchen Fällen kann sich allerdings die Frage stellen, ob ein Selbstbestimmungsdefizit vorliegt (Irrtümer, Unkenntnis von Handlungsalternativen usw.).¹³³⁰
- (2.) Ebenso ist die Entscheidung grundrechtlich geschützt, welche Risiken man zur Erreichung eines bestimmten Ziels eingehen will.¹³³¹ Die Einzelne hat insbesondere das Recht, ein grundrechtlich geschütztes Rechtsgut zur Erreichung eines bestimmten Ziels **zu riskieren**. Davon umfasst ist es auch, das eigene Leben aufs Spiel zu setzen, um damit auf etwas aufmerksam zu machen oder um zu protestieren (etwa im Rahmen eines Hungerstreiks oder einer «Selbstverbrennung»)¹³³².

¹³²⁶ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 2636 f. und 2682 ff.

¹³²⁷ Vgl. dazu hinten, Teil 3 IV. B. 1, dort Ziff. (4.), sowie Teil 3 IV. B. 2. c) vii).

¹³²⁸ Vgl. RÖNNAU, 216.

¹³²⁹ Z.B. der Konsum von Tabakersatzprodukten anstatt Tabakwaren im herkömmlichen Sinn, um eine Nikotinsucht zu befriedigen.

¹³³⁰ Vgl. hinten, bei Fn. 4058 f.; s.a. in Fn. 3770.

¹³³¹ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 37 f.; s.a. vorne, bei Fn. 1200.

¹³³² So auch MURMANN, 248; s.a. SOLAND, 110; ferner hinten, Teil 3 IV. B. 2. c) ii; aus dem Umstand, dass jemand sein Leben riskiert, um damit ein gewisses Ziel zu erreichen, lässt

Zu pauschal erscheinen mir insofern die Ausführungen des EGMR, wonach der Hungerstreik deshalb nicht unter Art. 8 EMRK zu subsumieren sei, da der hungerstreikende Strafgefangene gar nicht sterben, sondern vielmehr die Behörden unter Druck setzen wolle.¹³³³ Entscheidend ist m.E., dass er einen persönlichen Entscheid über seinen Körper und sein Leben trifft und das Risiko zu sterben *in Kauf nimmt*.¹³³⁴

(3.) Insbesondere mit Blick auf die «Figur» des *freiheitsmaximierenden Paternalismus*¹³³⁵ und bezogen auf *schwere und irreversible Selbstschädigungen* ist auf Folgendes hinzuweisen:

(a.) Grundrechtlich geschützt ist eine Entscheidung selbst dann, wenn **damit künftige Freiheitsoptionen verkürzt oder vernichtet werden bzw.** auf künftige Freiheiten verzichtet wird. Geschützt ist die aktuelle Wahl, die Selbstbestimmung im «Hier und Jetzt»; der grundrechtliche Schutz einer Freiheit steht nicht unter dem Vorbehalt, dass der Freiheitsgebrauch künftige Freiheitsoptionen nicht vermindert.¹³³⁶

(b.) Unerheblich ist, dass der **Grundrechtsgebrauch final und unwiderruflich** ist.¹³³⁷ Zur schützenswerten Freiheit gehört grundsätzlich auch die «Vernichtung» der eigenen Persönlichkeit¹³³⁸, andernfalls man die Freiheit auf einen bestimmten, als «vernünftig» erachteten Freiheitsgebrauch verkürzen würde.¹³³⁹ Ebenso wenig lässt sich sagen, in der Vernichtung

sich auch nicht ohne weiteres auf ein Selbstbestimmungsdefizit schliessen – die Einzelne kann diesen Entscheid durchaus freiverantwortlich treffen, vgl. hinten, Teil 4 III. B. 2.

¹³³³ Vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 52.

¹³³⁴ Vgl. hinten, bei Fn. 4541 ff.

¹³³⁵ Zum (äusserst problematischen) Argument der «Freiheitsmaximierung», um paternalistische Eingriffe zu legitimieren, siehe näher hinten, bei Fn. 3807 ff.

¹³³⁶ Vgl. ENDERLEIN, 148; GUTMANN, Konsequentialismus, 49 ff. insb. 52 f.; KIENZERLE, 146 f.; MÖLLER, Paternalismus, 124; RIGOPOULOU, 29 ff.; BRUNHÖBER, 155 f.; aus rechtsphilosophischer Sicht vgl. FEINBERG, Harm to Self, 76 f.; vgl. demgegenüber etwa RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 518 (dazu bereits vorne, Fn. 1304 und 1198 a.E.).

¹³³⁷ Zweifelnd, «ob eine Person selbst nach umfassender Aufklärung freiwillig einer dauernden schweren körperlichen Schädigung oder Verstümmelung zustimmen kann»: SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 99 (die aber im Übrigen davon ausgehen, dass die persönliche Freiheit auch «das Recht auf Selbstschädigung» schütze); zurückhaltend auch ISENSEE, Würde des Menschen, in: HGR Bd. IV/I § 87, Rz. 224, wonach «die grundrechtliche Freiheit nicht den völligen Verzicht auf eben diese Freiheit» abdecke.

¹³³⁸ Vgl. etwa REUSSER, 55 ff.; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 315; siehe aber auch die in Fn. 1336 zitierten abweichenden Meinungen.

¹³³⁹ Vgl. MINELLI, Schopenhauer-Syndrom, Rz. 20; DIETLEIN, 225; f.; SCHWABE, 69; STERNBERG-LIEBEN, 39; darin liegt auch kein Würdeverstoss – siehe vorne, Teil 2 II. B. 2. b) vi (a) – und ebenso wenig ein missbräuchlicher, widersprüchlicher oder sich selbst «pervertierender» Freiheitsgebrauch (vgl. vorne, bei Fn. 1304 ff.).

der Persönlichkeit liege keine «Persönlichkeitsentfaltung»: In der Vernichtung des Lebens kann man durchaus einen (wenn auch) «letzten Akt der freien Selbstbestimmung» erblicken.¹³⁴⁰ Die Irreversibilität einer Handlung spielt selbst dann keine Rolle für den grundrechtlichen Schutz, wenn sich die Einzelne aus (von aussen gesehen) «*banalen*» oder *nicht (direkt) nachvollziehbaren Gründen* ihrer Freiheit entäussern will. Welche Motive sie verfolgt, ist ihr überlassen.¹³⁴¹

Das ist etwa im Zusammenhang mit der für das Strafrecht vertretenen Auffassung von Bedeutung, wonach eine **Einwilligung in eine schwere, irreversible Körperverletzung** eines «vernünftigen» Grundes bedürfe.¹³⁴²

Die grundrechtlich geschützte **Freiheit zu sterben**¹³⁴³ untersteht keinen besonderen («Vernünftigen») Voraussetzungen.¹³⁴⁴ Sie kann insbesondere nicht davon abhängig gemacht werden, ob eine Person *terminal krank* ist¹³⁴⁵ bzw. *am Lebensende* steht¹³⁴⁶ oder an einer *schweren Krankheit leidet*¹³⁴⁷. Neben *gesunden Personen*¹³⁴⁸

¹³⁴⁰ RIGOPOULOU, 54; GUTMANN, Short cuts, 149.

¹³⁴¹ Anders aus ethischer Sicht etwa KÖHLER, 435 ff., insb. 438 ff. und 444 ff.: «Rechtlich ausgeschlossen» sei es, «die äusseren Daseinsbedingungen menschenrechtlicher Selbstbestimmung in ihrem Entfaltungspotential überhaupt mit einer gewissen Totalität zu negieren» (z.B. Selbsttötung, Selbstverstümmelung, Tötung auf Verlangen, Selbstversklavung); anders sei dies dann, wenn «die intendierte Selbstverfügung noch zum Beurteilungsspielraum verantwortlicher Selbsterhaltung personaler Freiheit im leiblichen Potential» gehöre, wie z.B. bei der Ablehnung einer medizinischen Behandlung in einer Grenzsituation des Sterbens.

¹³⁴² Dazu hinten, bei Fn. 3759 ff.

¹³⁴³ Vgl. vorne, bei Fn. 828 ff.

¹³⁴⁴ Vgl. BELSER/EGLI, 398 f. und 405 f.; zur Problematik der Urteilsunfähigkeit vgl. aber hinten, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

¹³⁴⁵ Siehe EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 7, 45 und insb. 51–53 (keine «terminal illness»); s.a. das (nicht mehr gültige) Urteil des EGMR vom 14. Mai 2013 i.S. *Gross gegen Schweiz*, Nr. 67810/10, Ziff. 7, 21, 41 und 58 ff., insb. Ziff. 60; BGE 133 I 58, E. 6 (psychisch kranke, nicht am Lebensende stehende Person); zumindest implizit BGer 2C_9/2010, E. 2 und 3 (insb. E. 3.1); ferner MINELLI, Schopenhauer-Syndrom, Rz. 15; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 41; BELSER/EGLI, 393 ff. und 398 f.; siehe ferner, BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, Rz. 24; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 907, Rz. 210, wonach «das den innersten Bereich individueller Selbstbestimmung berührende Verfügungsrecht über das eigene Leben [...] nicht auf schwere oder unheilbare Krankheitszustände oder bestimmte Lebens- und Krankheitsphasen beschränkt» sei; hinten, bei Fn. 1428.

¹³⁴⁶ Appellationsgericht BS, Urteil vom 6. Juli 2017, VD.2017.21, E. 5.4.8; hinten, bei Fn. 1428.

¹³⁴⁷ Vgl. MINELLI, Kritik, 342 f.; DERS., Schopenhauer-Syndrom, Rz. 15; BELSER/EGLI, 394 und 398 f.; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 907, Rz. 210 (vgl. gerade eben, Fn. 1345).

¹³⁴⁸ TEICHMANN/CAMPRUBI, 31; PULTRONE, 191; s.a. PUPPINCK/DE LA HOUGUE, Rz. 35.

steht diese Freiheit bspw. auch Personen zu, die sich in einem Zustand der altersbedingten «Lebensmüdigkeit» befinden.¹³⁴⁹ Eine Koppelung der Freiheit zu sterben an einen bestimmten Gesundheitszustand oder ein bestimmtes Alter ginge zudem mit einer problematischen Einteilung in würdigeres und weniger würdiges Leben einher¹³⁵⁰ und trägt gar diskriminierende Züge¹³⁵¹. Auch das Recht auf **passive Sterbehilfe** besteht nicht nur in der Endphase des Lebens, sondern auch dann, wenn (noch) keine unmittelbare Todesnähe oder spezifische Leidenszustände vorliegen.¹³⁵²

- (4.) Im Zusammenhang mit Begründungsansätzen, die einen Paternalismus zum **Schutz der langfristigen Präferenzen des Betroffenen** als gerechtfertigt erachten,¹³⁵³ stellt sich die Frage, inwiefern auch das Verfolgen kurzfristiger – in einem *Widerspruch* zu langfristigen Präferenzen stehender – Bedürfnisse und Wünsche grundrechtlich geschützt ist.

Dieser hinten näher zu diskutierende Begründungsansatz beruht auf der Erkenntnis, dass der Einzelne Präferenzen unterschiedlicher Ordnung hat: Eher kurzfristige Wünsche (das Bedürfnis nach «fettigem» Essen), die mit langfristigen, «tieferen» Wünschen oder «Langzeitpräferenzen» in Konflikt geraten können (Gewicht zu verlieren, gesund zu leben).¹³⁵⁴

Die (aktuelle, gegenwärtige¹³⁵⁵) Entscheidung ist *unabhängig* davon geschützt, ob sie den eigenen langfristigen Wünschen entspricht bzw. Ausdruck eines reflektierten, verfestigten Lebensplans ist. Die Einzelne hat ein legitimes und schützenswertes Interesse daran, ihrem kurzfristigen Verlangen, ihren spontanen Gefühlen und Bedürfnissen nachzugeben, langfristige Präferenzen oder

¹³⁴⁹ Vgl. das (nicht mehr gültige) Urteil des EGMR vom 14. Mai 2013 i.S. *Gross gegen Schweiz*, Nr. 67810/10, Ziff. 7 ff., 21 und 58 ff., insb. Ziff. 60; davon scheint auch das Bundesgericht auszugehen, siehe BGer 2C_9/2010, E. 2 und 3 (insb. E. 3.1).

¹³⁵⁰ SOLAND, 101.

¹³⁵¹ So auch SCHAEERZ, 128.

¹³⁵² BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, Rz. 33; wohl enger SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 104, die nur auf die «unheilbare Krankheit» Bezug nehmen; zur hier angesprochenen Differenzierung zwischen passiver Sterbehilfe *i.e.S.* (Sterbehilfe «in der unmittelbaren Endphase» des Lebens) und jener *i.w.S.* (noch keine «unmittelbaren Todesnähe») siehe BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 45 f., und VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 4 f.; bezogen auf die *Beihilfe zur Selbsttötung* s.a. hinten, bei Fn. 1440.

¹³⁵³ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 3855 ff.; bezogen auf den libertären Paternalismus vgl. vorne, Teil 1 II. B. 10, Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff.

¹³⁵⁴ Vgl. dazu etwa die Unterteilung von HARRY G. FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, The Journal of Philosophy 1971, 5 ff., 6 ff., insb. 10 ff., in «second-order volitions» und «first-order desires»; ferner VAN AAKEN, Nudge, 89 f.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 25; dazu hinten, bei Fn. 3855 ff.

¹³⁵⁵ Zum Schutz der Selbstbestimmung im «Hier und Jetzt» siehe vorne, bei Fn. 1336.

Lebenspläne im konkreten Fall tiefer zu gewichten und die Erreichung langfristiger Ziele zu gefährden oder sich damit in einen Widerspruch zu setzen.¹³⁵⁶ Dies verlangt bereits die Menschenwürde: Der Staat hat den Menschen auch in seinen spontanen Bedürfnissen und in seiner Widersprüchlichkeit ernst zu nehmen und zu respektieren.¹³⁵⁷

4. Grundsätzliche Irrelevanz von Alter, Schwäche, Verletzlichkeit und Sonderstatusverhältnis

Diese Freiheit zur «unklugen», «unvernünftigen» und «selbstschädigenden» Wahl besteht unabhängig vom *Alter*, von einer «*Schwäche*» oder *Verletzlichkeit* oder vom Vorliegen eines *Sonderstatusverhältnisses*.

- (1.) Das **Alter**, namentlich der Umstand, dass die zu schützende Person minderjährig ist, stellt *für sich allein* genommen keinen Grund dar, den *sachlichen Schutzbereich eines Grundrechts*¹³⁵⁸ auf Handlungen zu beschränken, welche

¹³⁵⁶ Vgl. SEELMANN, Würde der Gattung, 210 f.; RIGOPOULOU, 80; ENDERLEIN, 34; VON HIRSCH, 237 und insb. 240: «Selbstbestimmung umfasst streng genommen den Umgang mit sich selbst, für den man sich jetzt entscheidet, unbeschadet der langfristigen Präferenzen, die man vermutlich vorher entwickelt hatte.»; VAN AAKEN, Nudge, 89 ff. und 111; vgl. – im Kontext des *Zivilrechts* – auch THÜSING, Rz. 14; ferner HETTICH, Rz. 142 mit Fn. 442 (Freiheit zur Verfolgung auch schädlicher, sich widersprechender Ziele); vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 3855 ff.; vgl. ferner KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 115 (hinten, Fn. 4036).

¹³⁵⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 1176.

¹³⁵⁸ Davon zu trennen ist die *Grundrechtsfähigkeit* (die *Fähigkeit*, Grundrechte zu *haben* bzw. Inhaber und Träger von Grundrechten zu sein), die ohnehin allen natürlichen Personen unabhängig vom Alter zukommt (RYSER BÜSCHI, 48 f.; MISIC, Verfassungsbeschwerde, Rz. 381), sowie die Frage nach der – den *persönlichen* Schutzbereich eines Grundrechts beschlagenden (SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 7; MISIC, Verfassungsbeschwerde, Rz. 381) – *Grundrechtsträgerschaft* (oder *Grundrechtsberechtigung*; gemeint ist dasselbe, siehe etwa SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 7; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 282 ff.): Diese ist grundrechtspezifisch mit Blick auf den jeweiligen Zweck des Grundrechts zu prüfen (TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 283; MÜLLER, Komm. aBV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 103; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 1; MISIC, Verfassungsbeschwerde, Rz. 381 und 384 ff.); das *Alter* oder die *Mündigkeit* spielen – von gewissen Ausnahmen (Art. 34 i.V.m. 136 Abs. 1 BV, siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 138; OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 7) abgesehen – für sich genommen *keine Rolle* bei der Frage nach der *Grundrechtsträgerschaft* (RYSER BÜSCHI, 47 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 291; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 138; OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 7; HERZIG, Rz. 224; HÄNNI/BELSER, 140; HOCHHEUSER, 63 ff.; Botsch. Änd. ZGB [1993], 1176). Die Grundrechte – so der Grundsatz – gelten für alle

die «wohlverstandenen Interessen» oder das grundrechtlich geschützte Rechtsgut nicht schädigen. Die durch die Verfassung gebotene rechtsgleiche, nicht-diskriminierende und den Menschen in das Zentrum stellende Freiheitsverwirklichung¹³⁵⁹ steht solchen Differenzierungen entgegen. Auch die in Art. 11 Abs. 1 BV¹³⁶⁰ normierte Schutz- und Förderungspflicht gegenüber Kindern und Jugendlichen führt nicht zu einer irgendwie gearteten Beschränkung grundrechtlicher Schutzbereiche auf «wohlverstandene» Interessen – im Gegenteil: Kinder und Jugendliche bedürfen als besonders der Gefahr umfassender Fremdbestimmung ausgesetzte Menschen und im Interesse ihrer eigenen Entwicklung auch eines Schutzes vor einer übermässigen staatlichen «Bvormundung»; dass das Kind über Freiräume zur Ausübung grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung verfügt, ist wichtig für den Erwerb von Selbständigkeit¹³⁶¹ (was wiederum ein Aspekt des – vom Staat zu schützenden und zu fördernden – Kindeswohls ist¹³⁶²).

Ein paternalistisch motiviertes Verbot des Alkoholkonsums oder der Nutzung von «Soralien» gegenüber Minderjährigen ist grundrechtlich ebenso rechtfertigungsbedürftig wie ein entsprechendes, gegenüber erwachsenen Personen ausgesprochenes Verbot.¹³⁶³ Auch die unmündige Person hat das grundrechtlich geschützte Recht, lebenserhal-

Menschen unterschiedslos gleich (RYSER BÜSCHI, 48 f.; Botsch. VE 96, 138 f.). Umstritten ist freilich die Frage, wann die Grundrechtsträgerschaft beginnt, ob also auch das «werdende Leben» Grundrechtsträger ist (vgl. etwa OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 9 und zu Art. 119 BV, Rz. 11). Zudem kann sich das Alter mittelbar auf die Grundrechtsträgerschaft auswirken, etwa wenn dem (Klein-)Kind eine durch das Grundrecht «vorausgesetzte persönliche Eigenschaft» fehlt, die naturgemäss mit einem gewissen Alter einhergeht (wie etwa die Eigenschaft Arbeitnehmer oder Arbeitgeber zu sein; relevant bei Art. 28 BV); es ist dann streng genommen aber nicht das *Alter an sich*, das die Grundrechtsträgerschaft dahinfallen lässt (vgl. ROTH, Grundrechte Minderjähriger, 21). Weiter kann sich die hier nicht zu vertiefende Frage stellen, ob die Festlegung eines Mindestalters eine *gesetzgeberische Ausgestaltung* oder eine Konkretisierung eines grundrechtlichen Schutzbereichs – z.B. der Ehefreiheit – ist.

¹³⁵⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 1229 ff.

¹³⁶⁰ Zur Irrelevanz der in Art. 11 Abs. 2 BV angesprochenen *Urteilsfähigkeit* für die Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche vgl. hinten, bei Fn. 2037.

¹³⁶¹ Vgl. REGULA GERBER JENNI, Das Zusammenleben von Kindern und Eltern; Anmerkungen zu einer – nicht nur rechtspolitischen – Diskussion, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN, 149 ff., 160: «Die klassischen Grundrechte sind eben Rechte, die (auch) die Selbständigkeit des Kindes fördern!».

¹³⁶² Vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 2. c), dort Ziff. (2.) bei Fn. 3381 ff.

¹³⁶³ Zur Reichweite der persönlichen Freiheit im Kontext paternalistisch motivierter Interventionen, vgl. hinten, Teil 2 III. E.

tende Massnahmen abzulehnen¹³⁶⁴ oder Beihilfe zum Suizid¹³⁶⁵ in Anspruch zu nehmen.¹³⁶⁶

- (2.) Auch der finanziell, sozial, körperlich oder sonst wie «**Schwache**» oder «**Verletzliche**» verfügt über das Recht, sich seine eigenen, auch unvernünftigen Ziele zu setzen und diese zu verfolgen. Eine Beschränkung der Freiheit zur «Selbstschädigung» oder zur «Unvernunft» auf den «Starken» scheidet nicht zuletzt daran, dass damit die Freiheit ungleich gewährt würde (wenn sich entsprechende Differenzierungen zwischen «Schwachen» und «Starken» denn überhaupt treffen und sachlich begründen lassen).
- (3.) Unerheblich ist, ob ein **Sonderstatusverhältnis** vorliegt. Ein grundrechtlicher Schutzbereich verändert bzw. verengt sich nicht, wenn sich die Einzelne in einer besonderen Nähe zum Staat befindet.¹³⁶⁷

Davon zu unterscheiden ist die Situation, dass nicht das Alter, eine bestimmte Schwäche oder ein Sonderstatusverhältnis an sich den Anknüpfungspunkt für den Schutz (vor sich selbst) bilden sollen, sondern damit verbundene oder daraus resultierende – z.B. *altersbezogene* oder durch eine bestimmte «Verletzlichkeit» bedingte – *Selbstbestimmungs- oder Freiwilligkeitsdefizite*. Auf deren Bedeutung für die Bestimmung der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung wird hinten gesondert eingegangen.¹³⁶⁸

B. Anspruch auf staatliche Leistungen und Unterstützung?

Existiert ein *an den Staat gerichteter, grundrechtlicher* (verfassungsunmittelbarer) *Anspruch*, die für eine «Selbstschädigung» notwendige Hilfe und Unterstützung zu erhalten? Aus dem Umstand, dass die Einzelne die Freiheit hat, sich selbst (irreversibel) zu schädigen, folgt keineswegs zwingend ein Recht, vom Staat darin unterstützt zu werden.¹³⁶⁹ Dennoch ist ein verfassungsunmittelbarer Leistungsanspruch, die für eine Freiheitsausübung notwendige Hilfe und die dazu erforderlichen Mittel zu erhalten, auch dann nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Einzelne die Vornahme einer – von aussen gesehen – schädlichen Handlung beabsichtigt.

¹³⁶⁴ Vgl. bezogen auf die Inanspruchnahme passiver Sterbehilfe HANGARTNER, Sterbehilfe, 80; zum Recht auf passive Sterbehilfe siehe vorne, bei Fn. 822 ff.

¹³⁶⁵ Siehe hinten, bei Fn. 1439 ff.

¹³⁶⁶ Ob dem Kind die für einen solchen Entscheid notwendige Urteilsfähigkeit und Reife zukommt, ist allerdings eine andere Frage, siehe VENETZ, Urteilsfähigkeit, 61 ff.

¹³⁶⁷ Hinten, bei Fn. 2771 ff.; s.a. Teil 4 II. A. 2, Ziff. (10.) bei Fn. 3828 ff., und Teil 5 I. D. 2.

¹³⁶⁸ Vgl. dazu hinten, Teil 2 III. F. 3. c).

¹³⁶⁹ Vgl. BAUMANN, Persönliche Freiheit, 316.

Grundrechtsverwirklichung erfordert – was namentlich durch Art. 35 BV zum Ausdruck gebracht wird¹³⁷⁰ – auch die Schaffung der für den Freiheitsgebrauch notwendigen *materiellen und faktischen Voraussetzungen*.¹³⁷¹ Ein rein negatives Freiheitsverständnis würde zu stark von den realen, tatsächlichen Bedingungen und Umständen der Freiheitsausübung abstrahieren.¹³⁷² Dem Staat obliegen – neben Unterlassungspflichten – («staatliche» oder «grundrechtliche»¹³⁷³) *Schutz- und Gewährleistungspflichten* – er hat die zur Grundrechtsverwirklichung erforderlichen Massnahmen zu treffen.¹³⁷⁴ Dabei können aus Grundrechten – auch ausserhalb der durch die Verfassung direkt und ausdrücklich garantierten («originären») Leistungsrechte (insb. Art. 12, Art. 19 und Art. 29 Abs. 3 BV) – justiziable Ansprüche auf staatliche Leistungen fliessen («derivative Leistungsrechte»)¹³⁷⁵ (sofern sie dafür hinreichend bestimmt sind¹³⁷⁶). Anders gesagt: Die Schutzpflicht «realisiert» sich dadurch oder «konkretisiert» sich dahingehend, dass der Einzelnen gestützt auf ein Grundrecht (justiziable) Ansprüche auf eine staatliche Leistung eingeräumt werden.¹³⁷⁷ Die Rede ist auch von *subjektiv-rechtlichen Schutzpflichten*.¹³⁷⁸

Solche subjektiv-rechtlichen Leistungsansprüche werden nicht selten als Konkretisierung oder Folge der *objektiv-rechtlichen* Grundrechtsdimension begriffen.¹³⁷⁹ Das Verhältnis zwischen objektiv-rechtlicher und subjektiv-rechtlicher Dimension kann durchaus zu Fragen

¹³⁷⁰ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 330.

¹³⁷¹ Vgl. etwa RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1130; s.a. Botsch. VE 96, 192 (Förderung der Grundrechte).

¹³⁷² Vgl. etwa LÜDDECKE, 14.

¹³⁷³ Vgl. ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, 502.

¹³⁷⁴ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1175.

¹³⁷⁵ Siehe dazu MÜLLER, Verwirklichung, 78 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14, Rz. 14; zu denken ist an das Zurverfügungstellen öffentlichen Raums für eine private Veranstaltung oder Kundgebung (RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1175 f.; MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 204, Rz. 6 f.). Auch ein an den Staat gerichteter Anspruch auf Schutz vor Gefährdungen und Übergriffen Dritter lässt sich als *Leistungsanspruch* begreifen (TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 332), allerdings ist hier häufig nicht von einem «Leistungsanspruch», sondern von einem «Schutzanspruch» die Rede (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 17 ff.).

¹³⁷⁶ Vgl. BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 130.

¹³⁷⁷ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 330; SCHEFER, Schutzpflichten, 1134.

¹³⁷⁸ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 331 ff.

¹³⁷⁹ Vgl. MÜLLER, Bedeutung, 40 f.; HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 29 f. (wonach nicht ausgeschlossen sei, «dass sich eine allgemeine Anweisung in einem bestimmten Zusammenhang zu einer eindeutigen Direktive verdichte[.], deren Missachtung einen Verstoss gegen den objektivrechtlichen Sinngehalt des betreffenden Grundrechts darstellen würde»).

Anlass geben.¹³⁸⁰ Richtig ist m.E., dass Art. 35 BV und das *dahinterstehende Grundrechtsverständnis* für eine umfassende Verwirklichung der Grundrechte sprechen: Auch die *Voraussetzungen* für den Freiheitsgebrauch sind in den Blick zu nehmen, was die Einräumung (derivativer) subjektiv-rechtlicher Ansprüche auf Schutz und Leistung erforderlich machen kann.¹³⁸¹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist jedoch zwischen der *subjektiv-rechtlichen* Dimension (Grundrechte als subjektive, justiziable Rechte bzw. Ansprüche¹³⁸²) einerseits und der *objektiv-rechtlichen* Dimension andererseits klar zu differenzieren. Die objektiv-rechtliche Seite der Grundrechte meint eine über subjektiv-rechtliche Abwehr- und Leistungsansprüche *hinausreichende* und davon zu *unterscheidende* Wirkungsrichtung oder Grundrechtsfunktion.¹³⁸³ Es geht um die Verwirklichung der Grundrechte in der *Rechtsetzung* und der *Rechtsanwendung* – um ihre programmatische und flankierende Funktion.¹³⁸⁴ Aus objektiv-rechtlichen Gehalten lassen sich nach der hier vertretenen Auffassung keine subjektiven Rechte ableiten und insofern scheint mir auch die zuweilen anzutreffende Konstruktion einer «Resubjektivierung der objektiv-rechtlichen Dimension»¹³⁸⁵ *zumindest* missverständlich.¹³⁸⁶ Allerdings mag sich die «bloss» objektiv-rechtliche Verpflichtung nicht als ausreichend erweisen, um den individuellen Schutzbedürfnissen Rechnung zu tragen, weshalb sich (zusätzlich) die Einräumung eines subjektiv-rechtlichen, justiziablen (Grundrechts-)Anspruchs als geboten erweisen kann.¹³⁸⁷

Grundrechte sind jedoch *in erster Linie* Abwehrrechte und begründen nur punktuell unmittelbare und justiziable (derivative) Ansprüche auf positive staatliche Leistungen.¹³⁸⁸ Primär aufgerufen zur Einräumung individueller Ansprüche auf Schutz und Leistung bleibt – insbesondere mit Blick auf die vorzunehmenden

¹³⁸⁰ Vgl. zu den diesbezüglichen Diskussionen BÖCKENFÖRDE, Grundrechte als Grundsatznormen, 1 ff.; MÜLLER, Bedeutung, 33 ff.; ALEXU, Grundrechte, 50 ff.

¹³⁸¹ BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 35 ff.; vgl. – bezogen auf Schutzpflichten gegenüber Gefährdungen und Beeinträchtigungen Dritter – EGLI, 333 ff., insb. 336 f. sowie 340 f.

¹³⁸² TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 278; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 117.

¹³⁸³ BESSON, 66 f.; DREIER, Grundrechtsgehalte, 509; LINDNER, 440; ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 1990, 1 ff., 13 f.; ALEXU, Grundrechte, 53; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 281 und 293 ff.

¹³⁸⁴ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 14; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 281 und 293 ff.

¹³⁸⁵ TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 8; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 118 und 231; zur Resubjektivierung objektiver Grundrechtsgehalte ferner MICHAEL DOLDERER, Objektive Grundrechtsgehalte, Habil., Berlin 2000, 351 ff.

¹³⁸⁶ Kritisch auch LINDNER, 20 und 440; VAN SPYK, Fn. 49; BESSON, 66 f.

¹³⁸⁷ MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 31; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1146.

¹³⁸⁸ BGE 113 V 22, E. 4d; BGE 121 I 367, E. 2c; BGE 126 V 334, E. 2d; BGE 134 I 105, E. 6; BGE 138 I 225, E. 3.5; BGE 147 V 312, E. 6.3.1; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 39; s.a. vorne, bei Fn. 1222 ff.; auf verschiedenste, in der Verfassung direkt oder indirekt verankerte soziale Grundrechte weist SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 47 ff. hin.

Interessenabwägungen und die Begrenztheit staatlicher Ressourcen¹³⁸⁹ – der (demokratisch legitimierte) *Gesetzgeber*.¹³⁹⁰ Ein allgemeiner (Leistungs-)Anspruch, die für die Vornahme einer selbstschädigenden Handlung notwendigen Mittel vom Staat zu erhalten, besteht so gesehen nicht (ebenso wenig besteht ein allgemeiner Anspruch darauf, dass der Staat für die mit dem individuellen Freiheitsgebrauch verbundenen Kosten aufkommt¹³⁹¹). Zu bedenken ist ferner, dass die Rechtsgemeinschaft mit der direkten staatlichen Unterstützung selbstschädigender Handlungen in eine besondere Nähe zu privatem – aus ihrer Sicht (allenfalls) problematischem – Verhalten gedrängt wird; eine demokratische Verständigung über Bestand und Umfang staatlicher Leistungen ist besonders dort wichtig, wo gesellschaftspolitisch umstrittene, moralische Fragen betroffen sind.¹³⁹² Umgekehrt ist aber zu berücksichtigen, ob und inwiefern die Grundrechtsausübung «illusorisch» würde, wenn der Staat Leistungen unterlässt.¹³⁹³ Leistungspflichten sind insbesondere dann von Bedeutung, wenn die staatliche «Leistung faktische und unentbehrliche Voraussetzung der Ausübung bestimmter Grundrechte ist».¹³⁹⁴ Auch eine Grundrechtskonkretisierung mit Blick auf die in Art. 41 BV statuierten Sozialziele kann im Einzelfall für die Zusprache von Leistungsrechten sprechen.¹³⁹⁵ Immer aber bleibt mitzubedenken, dass die Verfassung den Einzelnen in Art. 6 BV und Art. 41 Abs. 1 BV zur Wahrnehmung von Eigen- und Mitverantwortung im Interesse der Gemeinschaft anhält; dies gebietet eine gewisse Zurückhaltung mit der Ableitung von Leistungsansprüchen aus grundrechtlich garantierten Freiheiten – jedenfalls soweit der Einzelne seine Bedürfnisse aus eigener Kraft befriedigen

¹³⁸⁹ Freilich bleibt im konkreten Anwendungsfall zu prüfen, wie gross die finanzielle Belastung des Staates durch die Einräumung eines grundrechtlichen Leistungsanspruchs tatsächlich ist, vgl. MÜLLER, Verwirklichung, 81 und 84.

¹³⁹⁰ Vgl. BGE 121 I 367, E. 2c; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 15; MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 204, Rz. 10; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 39; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 269; MÜLLER, Bedeutung, 40 f.; s.a. DREIER, Grundrechtsgehalte, 508; ferner MÜLLER, Grundrechtstheorie, 65, wonach der Leistungsanspruch «im Verfahren und mit den Mitteln des Gerichts konkretisier- und durchsetzbar sein» müsse.

¹³⁹¹ Vgl. hinten, bei Fn. 1700 ff.

¹³⁹² Vgl. MÜLLER, Bedeutung, 40 f.; im Kontext der Sterbehilfe: BGE 133 I 58, E. 6.3.2; BGER 2C_839/2008, E. 3.2.2; BGER 2C_9/2010, E. 2.3; BGE 142 I 195, E. 4.

¹³⁹³ Vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 23; im Zusammenhang mit der Sterbehilfe: BGE 133 I 58, E. 6.2.3; BGER 2C_839/2008, E. 3.2.2; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 60.

¹³⁹⁴ MÜLLER, Verwirklichung, 78, s.a. 82.

¹³⁹⁵ Vgl. SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 22, 50 und 107; zur Berücksichtigung der Sozialziele bei der verfassungskonformen Auslegung des Gesetzesrechts vgl. BGE 131 V 9, E. 3.5.1.2

kann.¹³⁹⁶ Je stärker der Einzelne auf staatliche Unterstützung angewiesen ist und je weniger umstritten die individuelle Handlung ist, desto eher ist ein verfassungs-unmittelbarer grundrechtlicher Anspruch auf staatliche Unterstützung zu bejahen.

So kann sich gerade im Sonderstatusverhältnis und den – etwa im Strafvollzug – entsprechend reduzierten Möglichkeiten, Freiheiten auszuüben, die Frage stellen, ob der Staat grundrechtlich dazu verpflichtet ist, dem Einzelnen im Sinne einer «Kompensation» gewisse *Leistungen* zu erbringen, damit er seine Grundrechte tatsächlich und effektiv wahrnehmen kann.¹³⁹⁷

Die Problematik von Leistungsansprüchen gegenüber dem Staat wird im vorliegenden Kontext besonders im Zusammenhang mit der Ermöglichung des Suizids relevant: Grundrechtlich ist der Staat dazu angehalten, einen *würdevollen* Suizid zu ermöglichen¹³⁹⁸ und sicherzustellen, dass die Freiheit zu sterben nicht illusorisch und theoretisch ist.¹³⁹⁹ Aus Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK lässt sich jedoch – so der *Grundsatz* – kein unmittelbarer, an den Staat gerichteter *grundrechtlicher Leistungsanspruch* ableiten, vom Staat die für einen Suizid geeigneten Mittel zur Verfügung gestellt zu bekommen, vom Staat direkt Beihilfe zur Selbsttötung zu erhalten oder gar vom Staat getötet zu werden.¹⁴⁰⁰ Es geht so gesehen eben primär um eine *Freiheit* zu sterben, nicht um ein an den Staat gerichtetes *Recht* zu sterben und die dafür notwendigen Leistungen zu erhalten.¹⁴⁰¹ Eine solch grundsätzliche und um-

¹³⁹⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 1702 f.

¹³⁹⁷ Vgl. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 242 f.

¹³⁹⁸ EGMR, Urteile vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 53; vom 14. Mai 2013 i.S. *Gross gegen Schweiz*, Nr. 67810/10, Ziff. 63 (nicht mehr gültig); vom 19. Juli 2012 i.S. *Koch gegen Deutschland*, Nr. 497/09, Ziff. 52.

¹³⁹⁹ EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 60; BGE 133 I 58, E. 6.2.3; BGer 2C_839/2008, E. 3.2.2; BGer 2C_9/2010, E. 2.3.

¹⁴⁰⁰ Siehe BGE 142 I 195, E. 3.2, 3.4 und 4; BGE 133 I 58, E. 6.2; BGer 2C_9/2010, E. 2.1 (zumindest kein Anspruch auf eine «vorbehaltlose» Sterbehilfe durch den Staat); BGer 2C_839/2008, E. 1.2; EGMR, Urteil vom 12. April 2022 i.S. *Lings gegen Dänemark*, Nr. 15136/20, Ziff. 52 («There is no support in the Court's case-law, however, for concluding that a right to assisted suicide exists under the Convention [...]»); MÜLLER/SCHEFER, 154; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 119 f.; VAN SPYK, 57; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Das Mittel zur Suizidbeihilfe und das Recht auf den eigenen Tod, SÄZ 2007, 843 ff., 844; URWYLER/NOLL, Rz. 11; hinten, bei Fn. 2854.

¹⁴⁰¹ BGE 142 I 195, E. 3.4: «En revanche, le droit protège l'individu s'il est entravé illicitement dans son projet de suicide. Les personnes capables de discernement qui sont en mesure de prendre elles-mêmes le produit légal bénéficient ainsi d'un droit protégeant leur décision. En ce sens, il ne s'agit pas d'un droit de mourir, mais bien plutôt d'une liberté de mourir, dans la mesure où un droit porte sur une prestation que l'on peut exiger de l'Etat alors qu'une liberté vise à respecter l'autonomie de la personne, c'est-à-dire un choix qui est garanti par l'Etat.»

strittene Fragen betreffende staatliche Pflicht müsste durch den Gesetzgeber selbst vorgesehen werden.

Davon zu trennen ist die Frage, ob der Staat die Freiheit zu sterben beschränkt oder verletzt, wenn er durch restriktive Regelungen (etwa bezüglich der Abgabe von Betäubungsmitteln) den Suizid erschwert.¹⁴⁰²

Mit Blick auf die effektive Verwirklichung der Freiheit zu sterben sind *Ausnahmen* immerhin dann denkbar, wenn faktisch die Möglichkeit *nicht vorhanden ist*, an für den Suizid geeignete Mittel im Rahmen einer ärztlichen Verschreibung zu gelangen.¹⁴⁰³ Zu denken ist dabei an die Situation, dass sich eine Person in Haft befindet und in ihren Möglichkeiten, für den Suizid geeignete Mittel zu beschaffen, beschränkt ist. In solchen Fällen – und unter der Voraussetzung, dass es um die (nicht eigenverantwortlich mögliche) Beendigung unmenschlichen Leidens geht – besteht zumindest Raum dafür, eine staatliche Pflicht zur Bereitstellung von für die Selbsttötung erforderlichen bzw. geeigneten Mittel unmittelbar gestützt auf die Grundrechte zu bejahen.¹⁴⁰⁴ Ob es sich für *Extremfälle* gar rechtfertigt, einen grundrechtlichen Anspruch auf staatliche *direkte aktive* Sterbehilfe zu bejahen – wenn der Patient *unmenschlichem*, «unwürdigem» Leiden ausgesetzt ist, sein Leben nicht selbst beenden kann und er auf staatliche Hilfe zwingend angewiesen ist – lässt sich in einem dem Schutz der menschlichen Würde verpflichteten Staat wohl ebenfalls nicht kategorisch und pauschal verneinen. Diese komplexe, auch gesamtgesellschaftliche Interessen tangierende Frage soll hier aber nicht weiter diskutiert werden.¹⁴⁰⁵

¹⁴⁰² Dazu nachfolgend, Teil 2 III. C.

¹⁴⁰³ EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 60 (i.c. verneint).

¹⁴⁰⁴ Vgl. demgegenüber URWYLER/NOLL, Rz. 15, wonach «der Inhaftierte nicht verlangen könnte, dass ihm der Gefängnisarzt Beihilfe zum Suizid leistet, indem er etwa das betreffende Medikament abgibt oder die Suizidhilfe für den Insassen organisiert» – der Staat habe aber diejenigen Leistungen zu erbringen, «welche geradezu Voraussetzung dafür bilden, damit der Gefangene sein Recht auf Selbsttötung effektiv ausüben kann» (wie etwa das Zurverfügungstellen eines Sterberaums); problematisch erscheinen mir die Ausführungen der EKMR in ihrer Zulässigkeitsentscheidung vom 4. Oktober 1989 i.S. *Adler gegen Deutschland*, Nr. 13371/87: Angesichts der durch Art. 2 EMRK gebotenen Pflichten zum Schutz des Lebens könne die Verweigerung der Strafbehörden, einem suizidwilligen Strafgefangenen ein tödliches Medikament zur Verfügung zu stellen, in keiner Weise als Verstoß gegen die EMRK erachtet werden – nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich dem Recht auf Leben aber weder eine Berechtigung noch eine Pflicht entnehmen, den Einzelnen vor sich selbst zu schützen, soweit er keinen Freiwilligkeitsdefiziten unterliegt (dazu hinten, bei Fn. 2729 ff.; s.a. Teil 3 IV. B. 2. c) vii) (c)); hinten, bei Fn. 2795 f.

¹⁴⁰⁵ Vgl. zur Bedeutung des Rechts auf Leben in diesem Zusammenhang auch hinten, Teil 3 IV. B. 2. c) vii) (c).

C. Zugang zu Mitteln und Inanspruchnahme fremder Hilfe

1. Im Allgemeinen

Eine andere Frage ist es, inwiefern der Staat in die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung eingreift, wenn er Privaten verunmöglicht oder erschwert, von *anderen Privaten* Hilfe und Unterstützung für eine «selbstschädigende» Handlung zu erhalten oder die dafür notwendigen Mittel zu beziehen.

Zum Beispiel stellt sich die Frage, ob der Staat in die Suizidfreiheit eingreift, wenn er die *Zugänglichkeit zu Betäubungsmitteln* verunmöglicht, erschwert oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht (z.B. durch ärztliche Abklärungs- und Rezeptpflichten) oder die *Hilfeleistung privater Dritter* unterbindet bzw. unter Strafe stellt. Um *staatliche, den Grundrechten entnommene positive Leistungen* (Leistungspflichten) oder um die Frage nach einer (unmittelbaren) *staatlichen Beihilfe zum Suizid* geht es hier nicht. Angesprochen ist vielmehr die abwehrrechtliche Seite der Suizidfreiheit bzw. die Frage, welche staatlichen Massnahmen sich gegenüber der Suizidfreiheit zu rechtfertigen haben.¹⁴⁰⁶ Sind die gesetzlichen Regelungen (Beschränkung des Zugangs zu Mitteln, Beschränkungen der Sterbehilfe usw.) grundrechtswidrig, sind sie aufzuheben oder – was angesichts der Bestimmung von Art. 190 BV von Bedeutung ist – zumindest verfassungs- und grundrechtskonform auszulegen und zu handhaben.¹⁴⁰⁷ Wenn der Betroffene geltend macht, eine bundesrechtliche Regelung sei grundrechtswidrig und in seinem Fall nicht anwendbar, verlangt er keine staatliche *Leistung*, sondern letztlich die grundrechtskonforme Handhabung des Gesetzesrechts. Zugegebenermassen lässt sich zwischen der leistungs- und der abwehrrechtlichen Seite nicht immer sauber trennen¹⁴⁰⁸ – im

¹⁴⁰⁶ Siehe TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2009/2010, 968 f.; DERS., BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2018/2019, 678; PETERMANN, Rezeptierung, 457 und Fn. 187; JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 123; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 257; KIENZERLE, 67 f.; vgl. auch CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 79; ferner BGE 142 I 195, E. 5, wonach eine gesetzliche Regelung, die als gemeinnützig anerkannte Institutionen dazu verpflichtet, die Anwesenheit von privaten Sterbehilfeorganisationen zu tolerieren und keine praktischen Einschränkungen zur Verhinderung der Beihilfe zum Suizid zu treffen, kein Recht einräumt, mit Hilfe des Staates zu sterben; s.a. BVGE 2009/14, E. 5.

¹⁴⁰⁷ Vgl. BVGE 2009/14, E. 5 (vgl. hinten, Fn. 1430); s.a. BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, Rz. 26 f.; auch wenn einem Grundrecht kein Leistungsanspruch entnommen werden kann, ist den Grundrechten bei der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen und der Ermessensausübung – im Rahmen von Art. 190 BV – Rechnung zu tragen (vgl. im Kontext sozialversicherungsrechtlicher Leistungsansprüche: BGE 134 I 105, E. 6; BGE 147 V 312, E. 6.3.1); dazu auch hinten, Teil 5 II.

¹⁴⁰⁸ Vgl. HILTI, Gewissensfreiheit, 215; RHINOW, Grundrechtstheorie, 440 ff.; BESSON, 64 f.; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 79 (im spezifischen Kontext der Sterbehilfe); s.a. EGMR, Urteil vom 8. Juli 2003 i.S. *Hatton u.a.* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 36022/97, Ziff. 98 und 119, wonach die staatliche Flexibilisierung von Fluglärmm-

Kontext der Sterbehilfe hat der EGMR die Frage einer Befreiung von einer Rezeptpflicht unter dem Aspekt einer «*positive obligation*» geprüft.¹⁴⁰⁹ Die Differenzierung bleibt aber insofern wichtig, da – wie gezeigt¹⁴¹⁰ – den Staat grundsätzlich keine aus den Grundrechten abgeleiteten (verfassungsunmittelbaren) Leistungspflichten treffen. Dies birgt die Gefahr, vorschnell mit nicht vorhandenen grundrechtlichen Leistungspflichten zu argumentieren, um umstrittene, aber legitime Freiheiten – insbesondere was den Suizid anbelangt – zu beschränken.

Die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung umfasst auch das Recht, für die Freiheitsausübung die *Hilfe Dritter* in Anspruch zu nehmen – auch dann, wenn sich die Einzelne einen (angeblichen) Schaden zufügen will.¹⁴¹¹ Eingeschlossen ist das Recht, in eine Beeinträchtigung individueller Rechtsgüter (z.B. in eine Körperverletzung) *einzuwilligen*.¹⁴¹² Ebenso hat die Einzelne das Recht, die für die Grundrechtsausübung aus ihrer Sicht erforderlichen *Mittel* bei Dritten zu beschaffen und zu erwerben. Andernfalls würde die Selbstbestimmung illusorisch, da deren Verwirklichung vielfältige Interaktionen mit Dritten voraussetzt.¹⁴¹³

Dies ist von besonderer Bedeutung im Kontext des sog. *indirekten Paternalismus*:¹⁴¹⁴ Auf sein Recht, von der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung

vorschriften einerseits als Eingriff in Art. 8 EMRK behandelt werden könne, andererseits aber auch als Frage der Verletzung einer positiven Pflicht, die Privatwirtschaft in einer Weise zu regeln, dass Rechte aus Art. 8 EMRK respektiert werden – der EGMR liess die Frage offen, da in beiden Fällen im Wesentlichen die gleichen Prinzipien zur Anwendung kämen; ferner EGMR, Urteil vom 3. November 2011 i.S. *S.H. und andere gegen Österreich*, Nr. 57813/00, Ziff. 85 ff.: Hier hat sich der EGMR mit der Frage befasst, ob ein gesetzliches Verbot heterologer Methoden der künstlichen Fortpflanzung (Ei- und Samenzellenspende) als Beeinträchtigung des Rechts auf Privat- und Familienleben («*the State's negative obligations*») oder unter dem Gesichtspunkt einer positiven staatlichen Pflicht («*positive obligation*»; besteht eine positive staatliche Pflicht, gewisse künstliche Fortpflanzungsmethoden zuzulassen?) zu prüfen ist – der EGMR weist auf die schwierigen Abgrenzungsfragen hin, erachtet beides als möglich, entscheidet sich in der Folge dafür, die Frage als solche einer direkten Beeinträchtigung von Art. 8 EMRK zu prüfen, und bemerkt (wiederum), dass für «*positive und negative obligations*» ohnehin weitgehend die gleichen Prinzipien zur Anwendung gelangen würden.

¹⁴⁰⁹ EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 53.

¹⁴¹⁰ Vorne, Teil 2 III. B.

¹⁴¹¹ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 24 und 26; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 257; ferner MURMANN, 305 f.; KIENZERLE, 58 f.; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 908, Rz. 212 f.; SCHRAMME, Indirect Paternalism, 111 f.

¹⁴¹² KLEY/ZAUGG, 177; STERNBERG-LIEBEN, 41 f.; KIENZERLE, 58 f. und 186 f.

¹⁴¹³ Vgl. STERNBERG-LIEBEN, 42; bezogen auf den Zugang zu für den Suizid geeigneten Betäubungsmitteln vgl. auch PETERMANN, Verschreibung, 1126 und 1134.

¹⁴¹⁴ Vgl. SCHRAMME, Indirect Paternalism, 111 ff.; zum indirekten Paternalismus vorne, Teil 1 II. B. 11.

einen «unklugen», «selbstschädigenden» Gebrauch zu machen, kann sich der Einzelne auch gegenüber solchen Regelungen berufen, die *nicht ihn selbst mit konkreten, unmittelbaren Pflichten* belasten, aber – in der Absicht ihn vor sich selbst zu schützen – Dritten Pflichten auferlegen (Verkaufsverbote für gesundheitsschädliche Produkte; Verbot, Minderjährigen Zutritt zu einem Sonnenstudio zu gewähren; Bestrafung der *Freier* und nicht der Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter usw.¹⁴¹⁵).¹⁴¹⁶ Entscheidend ist nicht der direkte Ansatzpunkt, sondern die *Wirkung*, die beim Einzelnen erreicht werden soll. Werden Dritte mit Verboten und Geboten belastet, kann sich dies gleich auswirken, wie wenn dem zu Schützenden selbst ein Verhalten untersagt wird (Produkte zu erwerben oder zu konsumieren, ein «Solarium» zu benützen oder seinen Körper für sexuelle Dienstleistungen zur Verfügung zu stellen).¹⁴¹⁷ Der Betroffene hat ein legitimes Interesse daran, dass sich der Staat nicht über die Wahl des Ansatzpunktes bzw. die Ausgestaltung der paternalistischen Regelung (direkter oder indirekter Schutz vor sich selbst) der Rechtfertigung für seine paternalistisch motivierten Freiheitsbeschränkungen entziehen kann. Die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung aktualisiert sich in solchen Konstellationen – Schutz vor sich selbst durch die Belastung Dritter mit Pflichten – in ihrem *individualrechtlichen* Gehalt.¹⁴¹⁸

Einem indirekten Paternalismus geht die Eingriffsqualität nicht ab: Die fürsorgliche – aber freiheitsvermindernde – Wirkung auf den Geschützten ist das Ziel der Massnahme und dem Staat *zurechenbar*.¹⁴¹⁹ Meines Erachtens handelt es sich auch nicht bloss um einen indirekten

¹⁴¹⁵ Vgl. auch die Beispiele bei VAN SPYK, 81 f.

¹⁴¹⁶ MURMANN, 305 f.; BARCZAK, 107 f.; FATEH-MOGHADAM, Lebendorganspende, 79 f.; vgl. ferner KIENZERLE, 70 (bezogen auf «indirekt paternalistisch wirkende Einwilligungsschranken»).

¹⁴¹⁷ Vgl. OHLY, 96 f.; KOLBE, 62, 154 und 206 ff.; bezogen auf eine Vorschrift, die sich zum Schutz von Minderjährigen an die Betreiber von Sonnenstudios richtet, sich aber im Ergebnis gleich auswirkt wie ein Verbot der Nutzung von Solarien: BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff., 1063; s.a. hinten, bei Fn. 3771 ff., 3788 ff. und 4193; vgl. auch POPE, 687 f. (konsentierete «Schädigungen» durch Dritte kein Anwendungsfall des «*harm principle*»; vgl. dazu hinten, bei Fn. 3772).

¹⁴¹⁸ Unabhängig davon bleibt das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen aufgrund seines programmatischen Gehalts bzw. des allgemeinen Grundrechtsverwirklichungsauftrags zumindest bei der Ausgestaltung der Dritten auferlegten Pflichten zu berücksichtigen, vgl. VAN SPYK, 81 ff., und – im Kontext der Forschung am Menschen – SHK HFG-JENNI, Art. 45, Rz. 34; VAN SPYK, 313; s.a. hinten, bei Fn. 2241.

¹⁴¹⁹ Ein Grundrechtseingriff liegt nur dann vor, wenn die freiheitsvermindernde Wirkung dem Staat zurechenbar ist, siehe SCHEFER, Beeinträchtigung, 34 ff.; TSCHANNEN, Warnungen, 411 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 10.

oder *mittelbaren Grundrechtseingriff*¹⁴²⁰ oder ein *reflexartiges Betroffensein*¹⁴²¹ (im Sinne einer nicht beabsichtigten oder nicht unmittelbar mit der staatlichen Massnahmen verbundenen *Nebenwirkung*¹⁴²²), sondern um eine *unmittelbare* Grundrechtsbeeinträchtigung, die sich auf das Selbstbestimmungsrecht des (vor sich selbst) Geschützten auswirkt und auswirken *soll*. Die Massnahme zielt darauf ab, Freiheitsoptionen des Einzelnen – wenn auch «vermittelt» über einen Dritten – zu vermindern; das ist die intendierte Folge.¹⁴²³

Auch die Suizidfreiheit gewährt dem Einzelnen das Recht, selbst über die Mittel zu bestimmen und die Mittel zu erwerben, um den Suizid auszuführen. So sind zum Schutz des Einzelnen statuierte *Beschränkungen* der Betäubungsmittelabgabe in der Heilmittel- und Betäubungsmittelgesetzgebung (wie Rezeptpflichten¹⁴²⁴, nur eingeschränkte Abgabe an Organisationen¹⁴²⁵) nach der hier vertretenen Auffassung *rechtfertigungsbedürftige* (allerdings nicht absolut verbotene¹⁴²⁶) *Eingriffe* in die Suizidfreiheit.¹⁴²⁷ Das gilt auch dann, wenn der Suizidwillige *nicht am Lebensende* steht und *nicht (unheilbar) krank* ist.¹⁴²⁸ Entsprechende Regelungen – wie auch andere

¹⁴²⁰ Vgl. demgegenüber OSWALD, 96 f.; SCHWABE, 68; BRUNHÖBER, 159; VAN SPYK, 81 f.; FATEH-MOGHADAM, Lebendorganspende, 79 f.

¹⁴²¹ Vgl. aber VAN SPYK, 81 f.

¹⁴²² Zu diesen Neben- oder Reflexwirkungen vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 26, 34 f. und 37.

¹⁴²³ Wenn der Staat einen Film zum Schutz des Publikums und der öffentlichen Moral zensiert, sind deshalb m.E. nicht nur die Kinobetreiber, sondern auch die potentiellen Kinobesucher *direkt* in ihrer Meinungs- und Informationsfreiheit betroffen (vgl. BGE 120 Ia 190, E. 2); um eine bloss Reflexwirkung handelt es sich m.E. nicht (vgl. demgegenüber SCHEFER, Beeinträchtigung, 35).

¹⁴²⁴ Vgl. dazu die Darstellung der einschlägigen Regelungen in BGE 133 I 58, E. 4; zur auch paternalistischen Motivation solcher Bestimmungen vorne, bei Fn. 714 ff.

¹⁴²⁵ Art. 14a BetmG; vgl. dazu BGer 2C_839/2008, E. 3.

¹⁴²⁶ Vgl. ENTENZA, 348 f.; insofern m.E. zu pauschal MINELLI, Kritik, 342 f.

¹⁴²⁷ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 257; TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2009/2010, 968 f.; DERS., BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2018/2019, 678; BELSER/EGLI, 381, 383 f. und 390 f.; PETERMANN, Verschreibung, 1126 f. und 1134; ENTENZA, 348; BVGE 2009/14, E. 5; EGMR, Urteil vom 14. Mai 2013 i.S. *Gross gegen Schweiz*, Nr. 67810/10, Ziff. 60 («Having regard to the above, the Court considers that the applicant's wish to be provided with a dose of sodium pentobarbital allowing her to end her life falls within the scope of her right to respect for her private life under Article 8 of the Convention»; das Urteil ist allerdings nicht mehr gültig); s.a. BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, Rz. 26; BREITENMOSER, 198; das Bundesgericht erachtet die Suizidfreiheit durch Beschränkungen des freien Zugang zu Betäubungsmitteln (ärztliche Verschreibungspflichten) in gewissen Erwägungen als nicht tangiert (BGE 133 I 58, E. 6.2.3; s.a. BGer 2C_839/2008, E. 3.2.2); in anderen Erwägungen spricht es von einer jedenfalls nach Art. 36 BV gerechtfertigten Beschränkung (BGE 133 I 58, E. 6.3; BGer 2C_9/2010, E. 2.3).

¹⁴²⁸ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 41; DERS., BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2021/2022, 501 f.; PETERMANN, Verschreibung, 1126 und 1134; vorne, Fn. 1345 ff.

(an Dritte gerichtete) Bestimmungen, die sich negativ auf die Suizidfreiheit auswirken¹⁴²⁹ – sind (zumindest) *grundrechtskonform anzuwenden und auszulegen*;¹⁴³⁰ dabei kann sich auch die Frage nach einer *Ausnahme* von einer (gemäss ihrem Wortlaut) zu restriktiven, für eine Beachtung des Einzelfalls nicht hinreichend Raum lassenden Regelung stellen.¹⁴³¹

Zum Beispiel kann sich die Frage stellen, ob gesetzliche Vorschriften, wonach (für den Suizid geeignete) Betäubungsmittel nur auf ärztliches Rezept hin abgegeben werden dürfen, verfassungskonform dahingehend auszulegen sind, dass in gewissen Fällen eine rezeptfreie Abgabe möglich ist. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich eine Rezeptpflicht jedoch mit guten Gründen rechtfertigen (Übereilungsschutz) – allerdings muss es tatsächlich möglich sein, im Rahmen einer Verschreibung an die für eine Selbsttötung geeigneten Mittel zu gelangen.¹⁴³² Anders kann sich die Sachlage darstellen, wenn die einschlägige Gesetzgebung zwar die Abgabe von Betäubungsmitteln auf ärztliches Rezept hin ermöglicht, es aber faktisch unmöglich ist, einen Arzt zu finden, der zur Ausstellung eines Rezeptes bereit ist. Zum Beispiel weil sich – so in einem vom deutschen Bundesverwaltungsgericht zu beurteilenden Sachverhalt – «die Ärzteschaft mehrheitlich darauf geeinigt habe, dass sich die Verschreibung einer tödlichen Dosis nicht mit den Regeln der Heilkunde und dem hippokratischen Eid vereinbaren lasse» bzw. die Strafbarkeit einer Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zweck der Selbsttötung nicht abschliessend geklärt ist. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht spricht sich für eine Auslegung von

¹⁴²⁹ Bezogen auf die in Art. 40 Bst. a des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die universitären Medizinalberufe (Medizinalberufegesetz, SR 811.11) statuierten ärztlichen Berufspflichten siehe Appellationsgericht BS, Urteil vom 6. Juli 2017, VD.2017.21, E. 5.4.8; vgl. auch SCHAERZ, 125 ff., insb. 128.

¹⁴³⁰ Vgl. TSCHENTSCHER, BGER-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2021/2022, 502; BVGE 2009/14, E. 5 (die grundrechtskonforme Auslegung und Anwendung von Art. 14a BetmG führt nach Auffassung des BVGer allerdings nicht dazu, dass einer Sterbehilfeorganisation eine Bewilligung zum Umgang mit Betäubungsmitteln erteilt werden müsste); s.a. vorne, Fn. 1407. Das bedeutet auch, dass sich die Zulässigkeit einer ärztlichen Abgabe von Betäubungsmitteln zum Zweck des Suizids *nicht (allein) nach den Richtlinien der SAMW* richten kann (wie hier TEICHMANN/CAMPRUBI, 31; SCHAERZ, 128; PETERMANN, Verschreibung, 1127 ff.) – für die ärztliche Suizidhilfe setzen die Richtlinien voraus, dass beim Patienten Krankheitssymptome und/oder Funktionseinschränkungen vorliegen, die zu einem schwerwiegenden, unerträglichen Leiden führen (Ziff. 6.2.1 der SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod [2018]). Das Bundesgericht konnte in BGER 6B_646/2020, E. 1.3.6, die Frage offenlassen, ob ein Arzt einer gesunden Person auch dann Pentobarbital verschreiben darf, wenn die Voraussetzungen der SAMW-Richtlinien nicht erfüllt sind; vgl. zur Problematik auch PULTRONE, 191 ff.; PETERMANN, Verschreibung, 1127 ff.

¹⁴³¹ Zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung siehe hinten, bei Fn. 4906.

¹⁴³² Vgl. BGE 133 I 58, E. 5 f., insb. E. 6.3.6; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas* gegen Schweiz, Nr. 31322/07, Ziff. 60; zur Rechtfertigung einer Rezeptpflicht s.a. hinten, bei Fn. 4488 und 4785.

§ 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG¹⁴³³ aus, wonach die Abgabe von Betäubungsmitteln ausnahmsweise zulässig ist, «wenn sich der suizidwillige Erwerber wegen einer schweren und unheilbaren Erkrankung in einer extremen Notlage befindet». Das ist nach Auffassung des Gerichts dann «der Fall, wenn – erstens – die schwere und unheilbare Erkrankung mit gravierenden körperlichen Leiden, insbesondere starken Schmerzen verbunden ist, die bei dem Betroffenen zu einem unerträglichen Leidensdruck führen und nicht ausreichend gelindert werden können [...], – zweitens – der Betroffene entscheidungsfähig ist und sich frei und ernsthaft entschieden hat, sein Leben beenden zu wollen und ihm – drittens – eine andere zumutbare Möglichkeit zur Verwirklichung des Sterbewunsches nicht zur Verfügung steht.»¹⁴³⁴

2. Zur Problematik der Inanspruchnahme fremder Hilfe für das Sterben

Teils schwierige Fragen betreffend den Umfang der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung ergeben sich bei der Inanspruchnahme fremder Hilfe für das Sterben (oder allgemein der Einwilligung in lebensgefährdende Handlungen):

- Grundrechtlich geschützt ist die Entscheidung, *indirekte aktive Sterbehilfe* in Anspruch zu nehmen,¹⁴³⁵ zumal hier ohnehin nicht das Sterben, sondern die Linderung von Schmerzen im Vordergrund steht.

¹⁴³³ (Deutsches) Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz), i.d.F. vom 1. März 1994 (BGBl. I S. 358), zuletzt geändert durch Art. 7e des Gesetzes vom 19. Juli 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 197); nach § 5 Abs. 1 Nr. 6 BtMG ist die Erlaubnis zum Verkehr mit Betäubungsmitteln zu versagen, wenn «die Art und der Zweck des beantragten Verkehrs nicht mit dem Zweck dieses Gesetzes, die notwendige medizinische Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen, daneben aber den Missbrauch von Betäubungsmitteln oder die missbräuchliche Herstellung ausgenommener Zubereitungen sowie das Entstehen oder Erhalten einer Betäubungsmittelabhängigkeit soweit wie möglich auszuschließen, vereinbar ist».

¹⁴³⁴ BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, insb. Rz. 16 und 26 ff.; kritisch etwa STEFFEN AUGSBERG/PETER DABROCK, (Selbst)Tötung als Therapie?, FAZ vom 4. Dezember 2017, 6.

¹⁴³⁵ MÜLLER/SCHEFER, 154; HANGARTNER, Sterbehilfe, 88; DUBÉY, Droits fondamentaux II, Rz. 1458; KNEIHS, 524; FLORIAN JENAL Indirekte Sterbehilfe – Gebotener Dienst am Patienten oder strafbare Tötung auf Verlangen?, ZStrR 2016, 100 ff., 109 ff.; Rec. 1418 (1999), Ziff. 9.a.vii.; s.a. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 154; bei der indirekten aktiven Sterbehilfe werden zwecks Linderung von Leiden Mittel verabreicht, die als Nebeneffekt zu einer Verkürzung der Lebensdauer bzw. zu einem schnelleren Todeseintritt führen (können) – nicht die Tötung bzw. Lebensverkürzung ist das Ziel, sondern die Schmerzlinderung (palliative Medizin), vgl. BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 62; PETERMANN, Einführung, 32 f.; HANGARTNER, Sterbehilfe, 87; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 7; Ber. Sterbehilfe, 13; BGE 142 I 195, E. 3.1; BGer 6B_646/2020, E. 1.3.1; der Begriff «Sterbehilfe» ist in diesem Zusammenhang deshalb missverständlich (vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 69 und 88). Die indirekte aktive Sterbe-

- Ist es aber auch grundrechtlich geschützt, in eine Tötung durch einen Dritten einzuwilligen, um das eigene Leid zu verkürzen (Problematik der **direkten aktiven Sterbehilfe**¹⁴³⁶), oder von einem Dritten Hilfe für die Selbsttötung zu erhalten, z.B. durch das Zurverfügungstellen gewisser Substanzen (**Beihilfe zum Suizid**)¹⁴³⁷? Diese (schwierigen) Fragen sind umstritten.¹⁴³⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung gehört es zur Freiheit zu sterben, von Dritten (nicht dem Staat direkt) **Beihilfe zur Selbsttötung** zu erhalten bzw. Dritte zu entsprechenden Handlungen zu ermächtigen.¹⁴³⁹ Das gilt unabhängig

hilfe ist grundsätzlich nicht strafbar bzw. durch Rechtfertigungsgründe gedeckt (vgl. dazu BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 63 f.; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 7 f.; BGE 142 I 195, E. 3.1; BGer 6B_646/2020, E. 1.3.1) und auch unter medizinischen Gesichtspunkten zulässig oder gar geboten (siehe Ziff. 6.1.2 SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod [2018]); freilich sind die Grenzen zwischen einer beabsichtigten Linderung von Schmerzen und einer beabsichtigten Verkürzung des Lebens nicht einfach zu ziehen (BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 62 und 67; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 6; PETERMANN, Sterbehilfe, 33: s.a. Ber. Sterbehilfe, 13 und 32; HANGARTNER, Sterbehilfe, 89).

¹⁴³⁶ Vgl. zum Begriff: PETERMANN, Einführung, 27; Ber. Sterbehilfe, 12; JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 115; HANGARTNER, Sterbehilfe, 88; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 65; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 6; manchmal ist auch die Rede von «Mitleidstötung» (HANGARTNER, Sterbehilfe, 88); die direkte aktive Sterbehilfe ist als Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB) – allenfalls wegen anderer Tatbestände wie namentlich Art. 111 StGB – strafbar (siehe BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 66; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 6; BGE 142 I 195, E. 3.1; BGer 6B_646/2020); sie wird auch in Ziff. 6.3 SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod (2018) für unzulässig erklärt; der Europarat steht einer Legalisierung der aktiven Sterbehilfe ablehnend gegenüber, siehe Res. 1859 (2012), Ziff. 5, und Rec. 1418 (1999), Ziff. 9.3.1–9.3.3 (unter Bezugnahme auf die Würde und das Recht auf Leben).

¹⁴³⁷ Die Beihilfe zur Selbsttötung ist straflos, wenn sie aus *nicht* selbstsüchtigen Beweggründen erfolgt (Art. 115 StGB; HURTADO POZO, Euthanasie active, 215; BGE 142 I 195, E. 3.1; BGer 6B_646/2020, E. 1.3.1). Allerdings: Wer einem Urteilsunfähigen Beihilfe zur Selbsttötung leistet, kann sich nicht auf Art. 115 StGB berufen und macht sich wegen einer Tötung strafbar (BGer 6B_48/2009, E. 2.1; BGE 136 II 415, E. 2.3.5); besonders relevant ist die Bestimmung von Art. 115 StGB für Sterbehilfeorganisationen (vgl. Ber. Sterbehilfe, 12; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 14; HANGARTNER, Sterbehilfe, 75; JAAG/RÜSSELI, Sterbehilfe, 116); gemäss Ziff. 6.2.1 der SAMW-Richtlinien Umgang mit Sterben und Tod (2018) kann Suizidhilfe von einem Arzt unter den dort näher spezifizierten Voraussetzungen geleistet werden (vgl. vorne, Fn. 1430).

¹⁴³⁸ Vgl. bezogen auf die direkte aktive Sterbehilfe BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 16.

¹⁴³⁹ Wie hier: KIENER, 276 f.; BELSER/EGLI, 384; BREITENMOSER, 199 f. und 210 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 257; TEICHMANN/CAMPRUBI, 30 f.; MINELLI, Recht auf den eigenen Tod, 577 f.; DERS., Schopenhauer-Syndrom, Rz. 10; ferner aus deutscher Perspektive: MATTHES-WEGFRASS, 110 ff. und 133 ff.; BVerfG, Urteil vom

davon, ob eine unmittelbare Todesnähe oder schweres Leid zu bejahen ist.¹⁴⁴⁰ Unerheblich ist auch, ob ein Sonderstatusverhältnis vorliegt,¹⁴⁴¹ weshalb der Staat grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig ist, wenn er einen sterbewilligen

26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 908, Rz. 211 ff.; grundsätzlich auch EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 67; zumindest in der Tendenz auch EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 4. Juli 1983 i.S. *R. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 10083/82, DR 33, 270 ff., Ziff. 13; vgl. aber EGMR, Urteil vom 12. April 2022 i.S. *Lings gegen Dänemark*, Nr. 15136/20, Ziff. 52: «There is no support in the Court's case-law, however, for concluding that a right to assisted suicide exists under the Convention [...]»; *anderer Ansicht*: HANGARTNER, Sterbehilfe, 73 f.; DERS., Bem. zu VGer ZH VB.99.00145, 482; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 78; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 119 f., vgl. dann aber 123 f.; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 15; BAUMGARTEN, 120; BGE 133 I 58, E. 6.2.1; BGer 2C_9/2010, E. 2.3 (allerdings insofern relativierend, als weder den einzelnen Ärzten noch dem Staat gegenüber ein positiver Anspruch darauf bestehe, dass «vorbehaltslos» Beihilfe zur Selbsttötung geleistet werde); nicht ganz eindeutig m.E. BGE 142 I 195: E. 3.2 und 3.4 deuten eher darauf hin, dass der Einzelne keine Beihilfe zum Suizid durch Private beanspruchen kann, in E. 4 und 5.7 geht das Bundesgericht jedoch davon aus, dass der Suizidfreiheit «Wirksamkeit» verliehen werde, wenn der Einzelne Sterbehilfe in Anspruch nehmen könne. Nicht weiter zu vertiefen ist an dieser Stelle die Frage, ob es grundrechtlich geschützt sein kann, *einem Dritten* (z.B. *einem nahen Angehörigen*) *Sterbehilfe zu leisten* (gegen ein solches aus Art. 8 EMRK fließendes Recht: EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 4. Juli 1983 i.S. *R. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 10083/82, DR 33, 270 ff., Ziff. 13; für einen grundrechtlichen Schutz der Freiheit, bei einem Suizid helfen zu dürfen: PETERMANN, Verschreibung, 1127, s.a. 1131 f.); etwas anders gelagert ist die Frage, ob eine staatliche Beschränkung oder Erschwerung des Suizids gleichzeitig zu einem Eingriff in das Privatleben der *Angehörigen* der sterbewilligen Person führen kann, was keineswegs ausgeschlossen ist (siehe dazu EGMR, Urteil vom 19. Juli 2012 i.S. *Koch gegen Deutschland*, Nr. 497/09, Ziff. 43 ff., 65 ff. und 81, wonach der *Ehemann* der sterbewilligen Frau selbständig durch Art. 8 EMRK berechtigt sei, die Verweigerung der Bewilligungserteilung an seine Ehefrau, eine tödliche Dosis von Betäubungsmitteln zu erwerben, anzufechten).

¹⁴⁴⁰ Vgl. TEICHMANN/CAMPRUBI, 30 f.; vorne, bei Fn. 1344 ff.; die angedachte – dann allerdings verworfene – Ergänzung von Art. 115 StGB, wonach die Suizidhilfe im Rahmen der Tätigkeit einer *Suizidhilfeorganisation* nur unter der Voraussetzung «einer unheilbaren Krankheit mit *unmittelbar bevorstehender Todesfolge*» (Herv. d. Verf.) hätte straffrei bleiben sollen, zählte zu den umstrittensten der betreffenden Vorlage (vgl. die Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf betreffend die organisierte Suizidhilfe, Bern, Juni 2010, 19 f., abrufbar unter: www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/ve-ber-d.pdf).

¹⁴⁴¹ Siehe vorne, Teil 2 III. A. 4, Ziff. (3.), und hinten, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (10.) bei Fn. 3828 ff.; bezogen auf die Suizidhilfe im Straf- und Massnahmenvollzug: BRIGITTE TAG/ISABEL BAUR, Suizidhilfe im Freiheitsentzug – Expertise zuhanden des Schweizerischen Kompetenzzentrums für den Justizvollzug, Juli 2019, 23 f. und 33 (abrufbar unter: www.skjv.ch/sites/default/files/documents/Gutachten_Suizidhilfe_im_Justizvollzug.pdf).

Strafgefangenen von der Möglichkeit abschneidet, in den Räumen der Strafvollzugsanstalt Sterbehilfe in Anspruch zu nehmen.¹⁴⁴² Ebenfalls zur Sterbefreiheit gehört es m.E. im Grundsatz, sich von einem Dritten (nicht dem Staat direkt¹⁴⁴³) auf eigenes Verlangen töten zu lassen; deshalb ist zumindest der Entscheid, **direkte aktive Sterbehilfe** in Anspruch zu nehmen, grundrechtlich geschützt.¹⁴⁴⁴ Mit anderen Worten liegt ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff auch dann vor, wenn der Staat – jedenfalls dem Urteilsfähigen gegenüber¹⁴⁴⁵ – aktive Sterbehilfe erschwert oder verbietet.

Dem durch Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 2 EMRK garantierten *Recht auf Leben* lässt sich – was bereits erläutert wurde – keine diesbezügliche Schutzbereichsbegrenzung entnehmen.¹⁴⁴⁶ Und selbst wenn man einen grundsätzlichen Konflikt zwischen privater aktiver Sterbehilfe oder Beihilfe zum Suizid mit dem Recht auf Leben bejahen wollte, müsste der Schutz des Lebens wegen der Verpflichtung des Staates auf den Schutz der *menschlichen Würde* dann relativiert werden, wenn das Weiterleben mit unmenschlichem Leiden verbunden ist.¹⁴⁴⁷ Gleich zu behandeln sind andere Fälle, in welchen Dritte zu lebensgefährdenden Handlungen ermächtigt werden sollen. Auch hier lässt sich das Recht auf Leben nicht zu einer Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts anführen.

¹⁴⁴² BRÄGGER, Sterben, 12; grundsätzlich auch MAUSBACH, 162 ff., der jedoch das öffentliche Interesse an der Nichtzulassung der Suizidbeihilfe im Strafvollzug höher gewichtet als das Selbstbestimmungsrecht der Inhaftierten – es gäbe kein Recht auf Suizidbeihilfe im Freiheitsentzug; s.a. vorne, Fn. 1404.

¹⁴⁴³ Vgl. aber vorne, bei Fn. 1405.

¹⁴⁴⁴ Wie hier: BREITENMOSER, 200; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 257; BELSER/EGLI, 411 ff.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 24; KNEIHS, 522; SCHWARZENEGGER, 16 ff. und 20; ferner MÜLLER/SCHEFER, 154, wonach der Wunsch nach zielgerichteter Tötung durch den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz erfasst werde, allerdings in einem Konflikt mit dem Tötungstabu stehe; vgl. ferner MINELLI, Recht auf den eigenen Tod, 577 f. (wenn der Einzelne nicht [mehr] in der Lage ist, sich selbst zu töten); aus deutscher Perspektive FINK, Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: HGR Bd. IV/I, § 88, Rz. 52; BARCZAK, 106 f.; KIENZERLE, 433 f.; a.A.: HANGARTNER, Sterbehilfe, 73 und 91; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 119 f.; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 77; DUBÉY, Droits fondamentaux II, Rz. 1457; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 15; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 75; VAN SPYK, 68; BAUMGARTEN, 120; BGE 142 I 195, E. 3.2 und 3.4; BGE 133 I 58, E. 6.2.1; BGer 2C_9/2010, E. 2.1; BGer 2C_839/2008, E. 1.2.

¹⁴⁴⁵ Dazu näher hinten, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

¹⁴⁴⁶ Vorne, bei Fn. 1272 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 2729 ff., sowie Teil 3 IV. B. 2. c) vii) (c).

¹⁴⁴⁷ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 78 f. und 91 ff.; EMRK/GG Konkordanzkommentar-ALLEWELDT, Kap. 10, Rz. 100; siehe im Zusammenhang mit dem «Tötungstabu» auch hinten, bei Fn. 1466 ff.

So lässt sich dem Recht auf Leben keine Grenze entnehmen, gegenüber einem Privaten (vertraglich) in die Entnahme lebenswichtiger Organe einzuwilligen.¹⁴⁴⁸

Dass dem Recht auf Leben keine Grenze der freiverantwortlichen Selbstbestimmung entnommen werden kann, bedeutet nun aber *nicht*, dass konsentierete Handlungen Dritter, die eine Lebensgefährdung oder Tötung bezwecken oder unterstützen, in jedem Fall staatlicherseits zu akzeptieren wären. Dass es grundrechtlich geschützt ist, Hilfe für das Sterben in Anspruch zu nehmen, bedeutet nicht, dass diesem Recht in der Abwägung mit anderen Interessen ein absoluter Vorrang zukommen müsste. Es stellen sich zentrale (ethische) Fragen hinsichtlich des gemeinschaftlichen Zusammenlebens.¹⁴⁴⁹ Dies gilt ganz besonders für die direkte aktive Sterbehilfe. An der Unantastbarkeit fremden Lebens bzw. dem «Fremdtötungsverbot» besteht ein hohes öffentliches Interesse.¹⁴⁵⁰

Hingewiesen wird auf die Gefahr missbräuchlicher¹⁴⁵¹, insbesondere nicht auf einem freiverantwortlichen Entschluss beruhender Tötungen¹⁴⁵²; z.B. könne die Zulassung der aktiven Sterbehilfe einen Erwartungsdruck seitens der Gesellschaft oder des Umfelds der Betroffenen befördern, in eine Tötung einzuwilligen.¹⁴⁵³ Befürchtet wird ferner, dass eine Ausweitung der Sterbehilfe zu einer «Aufweichung des Lebensschutzes» und einem Absinken der Hemmungen gegen Tötungshandlungen führt («Dammbbruch»)¹⁴⁵⁴ oder dass sich die Zulassung aktiver Sterbehilfe negativ auf das «Sicherheitsbedürfnis» der Gesellschaft auswirkt.¹⁴⁵⁵ Freilich ist umstritten, ob und inwiefern diese Argumente tatsächlich stichhaltig und (immer) überzeugend sind.¹⁴⁵⁶ Hingewiesen wird auch auf die ganz erheblich negativen geschichtlichen Erfahrungen mit der Euthanasie.¹⁴⁵⁷

¹⁴⁴⁸ So aber KLEY/ZAUFG, 192, u.H. auf SCHEFER, Kerngehalte, 435, der dort m.E. aber das Verhältnis Private–Staat im Blick hat.

¹⁴⁴⁹ Vgl. bezogen auf die Suizidhilfe BGE 133 I 58, E. 6.3.2; BGer 2C_9/2010, E. 2.3; BGer 2C_839/2008, E. 3.2.2.

¹⁴⁵⁰ BGE 133 I 58, E. 6.3.2; Ber. Sterbehilfe, 33.

¹⁴⁵¹ Ber. Sterbehilfe, 29 f.; kritisch zum Missbrauchsargument etwa RIGOPOULOU, 305 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 1464.

¹⁴⁵² Vgl. BGE 133 I 58, E. 6.3.2.

¹⁴⁵³ Vgl. KIENER, 283 ff. (allerdings nicht im spezifischen Kontext der *aktiven* Sterbehilfe); Ber. Sterbehilfe, 22 f. und 40; kritisch zur Stichhaltigkeit dieser Argumentation etwa SCHÖNE-SEIFERT, Suizidhilfe, 39 ff.; RIGOPOULOU, 311 ff.

¹⁴⁵⁴ Vgl. KIENER, 283 ff.; Ber. Sterbehilfe, 39 und 41; kritisch zu dieser Argumentation SCHÖNE-SEIFERT, Suizidhilfe, 54 f.; LÜTHI, Rz. 363 ff.; SPERLICH, Suizidbeihilfe, Rz. 198 ff., insb. 202 ff.; jedenfalls bleibt immer zu fragen, wie *wahrscheinlich* der Eintritt der befürchteten negativen Folgen ist, und es hat eine *Abwägung* mit dem Nutzen einer «Liberalisierung» der Sterbehilfe stattzufinden (TEICHMANN/HARZHEIM, 391); s.a. hinten, bei Fn. 1463.

¹⁴⁵⁵ Ber. Sterbehilfe, 29.

¹⁴⁵⁶ Siehe Fn. 1451, 1453 und 1454 jeweils a.E.; hinten, bei Fn. 1462 ff.

¹⁴⁵⁷ Votum Furgler (Bundesrat), AB N 1979, 34.

Dieses «Tötungstabu» oder «Tötungsverbot» lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung aber nicht herbeiziehen, um einen grundrechtlich (wenn auch *nicht absolut*) geschützten Anspruch auf (direkte aktive) Sterbehilfe durch einen Dritten zu verneinen.¹⁴⁵⁸ Zunächst handelt es sich zwar um eine Fremdtötung,¹⁴⁵⁹ nicht aber um eine *fremdbestimmte* Tötung, wenn diese auf einem freien Willen des Betroffenen beruht.¹⁴⁶⁰ Zu beachten ist ferner, dass der gesellschaftliche Konsens über ein generelles, ausnahmsloses Verbot der aktiven Sterbehilfe nicht mehr so gefestigt scheint wie auch schon.¹⁴⁶¹ Auch sind die zur Begründung des Tötungstabus angeführten Argumente nicht durchwegs so überzeugend,¹⁴⁶² dass sie ohne weiteres eine Schutzbereichsbegrenzung rechtfertigen könnten. Fraglich ist etwa, ob die befürchtete Aufweichung des Lebensschutzes durch eine Zulassung der aktiven Sterbehilfe tatsächlich eintritt und ob ein allgemeines Interesse am Lebensschutz wirklich die (gegenläufigen) Interessen des konkreten Einzelnen zu überwiegen vermag, jedenfalls wenn dieser schwerem und unmenschlichem Leiden ausgesetzt ist.¹⁴⁶³ Schliesslich dürfte

¹⁴⁵⁸ Vgl. demgegenüber – bezogen auf die *Beihilfe zum Suizid* und die *Tötung auf Verlangen* – HANGARTNER, Sterbehilfe, 73; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 15 und – bezogen auf die *aktive Sterbehilfe* – VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 75.

¹⁴⁵⁹ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 24.

¹⁴⁶⁰ Wohl anders SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 15.

¹⁴⁶¹ CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/PATRIK MANZONI/DAVID STUDER/CATIA LEANZA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, Jusletter vom 13. September 2010, Rz. 18 (kritisch zu dieser Befragung: HANSPETER SCHMITT, Ist die Schweiz mehrheitlich für die aktive Sterbehilfe?, Jusletter vom 21. März 2011, Rz. 3 ff.); ferner DIES., Attitudes towards Euthanasia and Assisted Suicide in Switzerland, in: André Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 425 ff., 430 ff. und 435 f.; SCHWARZENEGGER, 18; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 22; LÜTHI, Rz. 163; VAN SPYK, 70; die Mehrheit der Arbeitsgruppe Sterbehilfe schlug in ihrem im Jahr 1999 veröffentlichten Bericht eine (strafrechtliche) Lockerung des Tötungsverbots vor («Strafbefreiungsklausel»), vgl. im Einzelnen Ber. Sterbehilfe, 34 ff.; siehe ferner Ber. Po. Ruffy, 7; LÜTHI, Rz. 163; zu ausländischen Regelungen, die eine direkte aktive Sterbehilfe (unter engen Voraussetzungen) erlauben, siehe HELENA PETERKOVÁ, Sterbehilfe und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, Diss., Bern 2013, 17 ff.; eine diesbezüglich hilfreiche Übersicht findet sich auch bei MANUELA LÖTSCHER/VOLKER DITTMANN/BEAT VOSER/KATHRIN GERLACH, Schweiz: Sterbehilfe – Der assistierte Suizid, Kriministik 2016, 186 ff., 187 und 194 f.; s.a. hinten, bei Fn. 3211.

¹⁴⁶² Vgl. vorne, bei Fn. 1456.

¹⁴⁶³ Vgl. dazu CONINX, 179 ff.; LÜTHI, Rz. 363 ff.; BELSER/EGLI, 412; HANGARTNER, Sterbehilfe, 93; vorne, Fn. 1454.

sich Missbrauchsgefahren – jedenfalls teilweise – auch durch gesetzliche Regelungen und angemessene Kontrollen Rechnung tragen lassen.¹⁴⁶⁴ Soweit das Tötungsverbot von der Sorge um das gemeinsame Zusammenleben und von moralischen Bedenken getragen ist, muss auch beachtet werden, dass ein Schutz der guten Sitten und der öffentlichen Moral nicht über eine (einschränkende) Interpretation grundrechtlicher Schutzbereiche erfolgen sollte.¹⁴⁶⁵ Das Tötungsverbot ist nach der hier vertretenen Auffassung in erster Linie eine Frage der *Grundrechtsschranken* (und nicht des Schutzbereichs).

Selbst wenn man eine Schutzbereichsbegrenzung mit Blick auf Dritt- und Allgemeininteressen (hier insbesondere das «Tötungstabu») bejahen möchte, wäre eine solche mit Blick auf die für die Grundrechtskonkretisierung massgeblichen *Schutzbedürfnisse* des Einzelnen und die dafür ebenso relevante *Menschenwürde* und *Rechtsgleichheit differenziert* zu handhaben. Ein legitimes Schutzbedürfnis an einer Beihilfe zum Suizid oder gar an einer direkten aktiven Sterbehilfe kann jedenfalls dann nicht pauschal verneint werden, wenn der Einzelne *schwerem Leiden ausgesetzt ist*.¹⁴⁶⁶ Hier ergeben sich grundsätzliche Fragen mit Blick auf die menschliche Würde und allenfalls eine unmenschliche Behandlung.¹⁴⁶⁷ Dies muss jedenfalls dann gelten, wenn die Betroffene auf die *Hilfe oder (konsenterte) Tötungshandlung eines Dritten angewiesen ist*, um zu sterben, bzw. nicht in der Lage ist, ihr Leben selbst zu beenden.¹⁴⁶⁸ Dazu kommen in solchen Fällen Überlegungen der *Rechtsgleichheit*.¹⁴⁶⁹

Der Staat ist grundrechtlich jedenfalls nicht gehalten, die (freiverantwortlich in Anspruch genommene) *Suizidhilfe* zu beschränken oder zu untersagen.¹⁴⁷⁰ Auch besteht keine grundrechtliche Verpflichtung, die (freiverantwortlich gewünschte) aktive Sterbehilfe generell zu bestrafen.¹⁴⁷¹

¹⁴⁶⁴ BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 22.

¹⁴⁶⁵ Dazu hinten, Teil 2 III. D. 3. b), dort Ziff. (3.) bei Fn. 1683 ff.

¹⁴⁶⁶ Vgl. dazu auch Ber. Sterbehilfe, 29.

¹⁴⁶⁷ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 78 f., 91 ff. und 102; nach der Rechtsprechung ist der Staat aufgrund von Art. 3 EMRK jedoch nicht gehalten, die Beihilfe zum Suizid oder gar eine Tötung auf Verlangen zu erlauben bzw. zu ermöglichen, siehe Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 49 ff., insb. Ziff. 55 f.; BGE 133 I 58, E. 6.2.2; zustimmend SCHWEIZER, Sterbehilfe, 41 ff.

¹⁴⁶⁸ Vgl. MINELLI, Recht auf den eigenen Tod, 577 f.; SPERLICH, Recht auf Suizidbeihilfe, Rz. 11 ff.; HURTADO POZO, Euthanasie active, 223 ff.; dazu auch hinten, bei Fn. 4499 ff., insb. bei Fn. 4507.

¹⁴⁶⁹ Vgl. VANESSA LUCAS, La législation de l'euthanasie active en Suisse: plaidoyer pour l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 114 du Code Pénal, Jusletter vom 13. Oktober 2014, Rz. 35 ff.; HURTADO POZO, Euthanasie active, 223.

¹⁴⁷⁰ Hinten, bei Fn. 2736.

¹⁴⁷¹ Hinten, bei Fn. 2737.

D. Bestimmung des grundrechtlich geschützten Freiheitsumfangs mit Blick auf die Aussenwirkungen individuellen Verhaltens?

1. Vorbemerkungen

«Unvernünftiges», risikoreiches und selbstschädigendes Verhalten wirkt sich (meist) nicht nur auf den Einzelnen selbst aus, sondern auch auf Interessen Dritter und der Gesellschaft an sich.¹⁴⁷² Nimmt die Rechtsgemeinschaft diese letztgenannten Interessen zum Anlass, Verhaltensfreiheiten Einzelner zu beschränken oder ihnen Leistungen zu verweigern, geht es nicht um eine *paternalistische* Intervention, sondern um einen *Ausgleich mit Drittinteressen*.¹⁴⁷³ In den Vordergrund rückt die Problematik, inwiefern einem «selbstschädigenden» Freiheitsgebrauch Gründe einer «sozialen Mitverantwortung» entgegenstehen können, wie verschiedene Interessen in einen angemessenen, verhältnismässigen Ausgleich zu bringen sind und wo die Grenzen zwischen einer blossen Selbst- und einer Drittschädigung liegen;¹⁴⁷⁴ auch kann sich die Frage stellen, ob allenfalls gar eine Pflicht zur Aufrechterhaltung der eigenen Gesundheit und Leistungsfähigkeit im Interesse der Allgemeinheit besteht.

Obwohl dieser Problemkreis von der Paternalismusthematik *klar zu unterscheiden* ist,¹⁴⁷⁵ kann er für die hier interessierende *Schutzbereichsdiskussion* nicht ausser Acht bleiben: Inwiefern ist «selbstschädigendes» Verhalten, das zu einer Gefährdung Dritter oder der Verletzung von (sonstigen) Allgemeininteressen führt, *überhaupt* noch grundrechtlich geschützt? Je weiter man die Interessen der Allgemeinheit zieht, je mehr individuelle «Verantwortung» mit Blick auf die Gemeinschaft gefordert wird, desto weniger Raum besteht für selbstgefährdendes Handeln, das negative Auswirkungen auf Dritte zeitigt.¹⁴⁷⁶ Die Frage gewinnt nicht zuletzt an-

¹⁴⁷² Vgl. dazu die Beispiele vorne, Teil 1 I. B. 2.

¹⁴⁷³ Vgl. vorne, Teil 1 II. B. 2.

¹⁴⁷⁴ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 63; MÜLLER, Selbstbestimmung, 82 ff.

¹⁴⁷⁵ Vorne, Teil 1 II. B. 2.

¹⁴⁷⁶ Vgl. ENDERLEIN, 150 ff. und 156 f.; illustrativ hierzu ein Urteil des Preussischen Obergerichtes aus dem Jahr 1939 (PrOVGE 103, 159 [160 f.]) – es ging darin um ein polizeiliches Einschreiten gegen eine *einsturzgefährdete* Baute, die den Beschwerdeführern zu Wohnzwecken diente: Das Gericht sah in seiner bisherigen Rechtsprechung ein polizeiliches Einschreiten gegen Selbstgefährdungen grundsätzlich als unstatthaft an, änderte diese Rechtsprechung aber mit Blick auf die «nationalsozialistische Anschauung»: «Nach nationalsozialistischer Anschauung hat der einzelne nicht die natürliche Freiheit, nach eigenem Ermessen ungebunden über sein Leben und seine Gesundheit zu befinden. Denn es handelt sich hierbei um Werte, die nicht nur dem einzelnen gehören, sondern bei denen

gesichts gewisser Tendenzen an Bedeutung, die Mitverantwortung des Einzelnen und dessen (Grund-)Pflichten stärker zu betonen¹⁴⁷⁷ – und damit letztlich auch die Schutzwürdigkeit individueller Freiheiten stärker mit der Frage zu verknüpfen, ob von der Freiheit ein *verantwortungsvoller* – sozial- und gemeinverträglicher, nicht beliebiger und «egoistischer» – Gebrauch gemacht wird.¹⁴⁷⁸

2. Gemeinwohl- und Verantwortungsbezüge in der Verfassung

Die Verfassung setzt die Selbstbestimmung und die individuelle Freiheit (vom Staat) keineswegs über alles und räumt ihnen keinen unbedingten Vorrang vor Anliegen der Gemeinschaft ein.¹⁴⁷⁹ Der Einzelne kann in der freiheitlichen und demokratischen Gesellschaft auch kaum isoliert und ohne jegliche Verpflichtun-

er zugleich stets als Mitglied der Volksgemeinschaft betrachtet werden muss. Über sie in einer Weise zu verfügen, dass der Betreffende sie einer offensichtlichen, schweren und sinnlosen Gefährdung aussetzt – was gleichbedeutend ist mit einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung i.S. des § 14 PolVerwG. –, stört die Interessen der Volksgemeinschaft [...]. Die Polizei ist deshalb mit Recht gegen die durch den Einsturz der verfallenen Gebäude bedrohten Kläger zur Erhaltung ihres Lebens eingeschritten.»; zu dieser «Ideologisierung» der polizeilichen Aufgaben und der Orientierung an einem «gemeinschaftsfixierten Polizeibegriff» in der Rechtsprechung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts vgl. ANDREAS SCHWEGEL, *Der Polizeibegriff im NS-Staat*, Diss., Tübingen 2005, 283 ff.

¹⁴⁷⁷ Vgl. etwa MARKUS MÜLLER, *Von Freiheit, Überforderung und Bumerangen*, ZBl 2022, I f., 2 (Aufnahme einer Pflicht zur Mitverantwortung in die BV); zurr verstärkten Diskussion von (verfassungsrechtlichen) Grundpflichten und einer «Mitverantwortung» des Einzelnen vgl. auch HALDEMANN, 156 f.; SCHWEIZER, *Bürgerpflichten*, 311 f.; KLEY, *Freiheitsrechtskataloge*, 131 ff.

¹⁴⁷⁸ Für einen «Paradigmenwechsel hin zu einem weiten, solidarischen, gemeinschaftsorientierten Freiheitsverständnis» (Herv. im Original) MÜLLER, *Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit*, in: VdS 2020, Bd. II, IV.11, Rz. 12.

¹⁴⁷⁹ Vgl. VAN SPYK, 91 f.; MÜLLER, *Selbstbestimmung*, Fn. 61; GONIN, Rz. 719 ff.; grundrechtliche Freiheitsgewährleistung war nie völlig losgelöst von Pflichten und Geboten der Rücksichtnahme: vgl. z.B. Art. 15 und Art. 16 der Virginia Declaration of Rights (1776); Art. 4 *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* von 1789 – eine Erklärung der Rechte und Pflichten wurde abgelehnt, aber die Verbindung von Rechten und Pflichten wurde als «selbstverständlich» angesehen (vgl. GEORG JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, 4. Aufl., München/Leipzig 1927, 14 f.); vgl. ferner Art. 6 der französischen Verfassung von 1793; s.a. Art. 5 und 14 der Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798; Art. 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948; ausführlich dazu SALADIN, *Verantwortung*, 67 ff.; vgl. auch die Zusammenhänge zwischen Freiheit und Verantwortung in Abs. 5 der Präambel zu den UNO-Pakten I und II; zu erwähnen ist auch etwa die (allerdings nur auf beschränkte Resonanz gestossene) «Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten» des *InterAction Council* von 1997 (abrufbar

gen der Gemeinschaft gegenüber gedacht werden.¹⁴⁸⁰ Er trägt eine (in die Zukunft gerichtete, aufgabenbezogene¹⁴⁸¹) «Verantwortung» – Verantwortung im Sinne von *Rücksichtnahme, Engagement, «Sozialpflichtigkeit»* und *Solidarität*.¹⁴⁸² Eine Gesellschaft, in der Einzelne oder alle nur *Rechte*, aber keinerlei Pflichten hätten, dürfte auch kaum funktionieren.¹⁴⁸³ Zudem muss die Freiheit in einem der Gerechtigkeit und Gleichheit verpflichteten Staat *allen* zugutekommen: Es geht damit immer auch um die Freiheiten und die Entfaltungsmöglichkeiten der *anderen*. Deshalb ist Freiheit stets mit «Verantwortung» im Sinne eines Respekts gegenüber den Freiheiten Dritter verbunden und damit in Einklang zu bringen.¹⁴⁸⁴ In dieser

unter: www.interactioncouncil.org/publications/universal-declaration-human-responsibilities; dazu kritisch GEIS, 30 f.).

¹⁴⁸⁰ So ist die Übernahme von «Verantwortung» im Sinne eines *Engagements* (etwa in öffentlichen Ämtern, Verbänden, Parteien) und einer Partizipation an Wahlen und Abstimmungen ein wichtiger, wenn nicht gar unerlässlicher Bestandteil des von der Verfassung konstituierten freiheitlichen, demokratischen Staates (SGK BV [3. Aufl.]-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 11; SCHWEIZER, Bürgerpflichten, 312; SALADIN, Verantwortung, 180 f.; ISENSEE, Grundpflichten, 615; Votum Cotti [Bundesrat], AB S Verfassungsreform, 2) – man mag eine so verstandene «Bürgerverantwortung» (näher zu diesem Begriff: BERKA, 58, 66 und 85; SACHS, 883 ff.; ferner KOCH, 87 und 102; MERTEN, Bürgerverantwortung, 12 und 16 ff.) auch als «*Verfassungsvoraussetzung*» bezeichnen (vgl. BERKA, 60; KOCH, 86 f., 102 f. und 127; DEPENHEUER, Solidarität und Freiheit, in: HStR Bd. IX, § 194, Rz. 32 [zurückhaltender aber DERS., Bürgerverantwortung, 92 f.]), also als tatsächliche, faktische Voraussetzung in der «realen Umwelt», damit die Verfassung bzw. die von ihr anvisierte Ordnung überhaupt «effektive» Geltung erlangen und bewahren kann (näher zum Begriff der «*Verfassungsvoraussetzung*»: ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 190, Rz. 50 ff., 57, 81 ff. und 87 f.; ferner HERBERT KRÜGER, Verfassungsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen, in: Horst Ehmke et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, 286 ff.). Nur ein funktionierender Staat ist zudem in der Lage, individuelle Freiheiten und die Menschenwürde umfassend und effektiv zu schützen (vgl. KLEY, Grundpflichten, 346 f.).

¹⁴⁸¹ Vgl. GÜNTHER, Zurechnungsverantwortung, 296 f. und 305; DEPENHEUER, 94 und 124; s.a. KLEMENT, Verantwortung, 53 und 210 – davon abzugrenzen ist eine «*Verantwortlichkeit*» im Sinne einer (vergangenheitsorientierten, *retrospektiven*) *Zurechnung* von Handlungs- oder Unterlassungsfolgen zu einer Person.

¹⁴⁸² Zu verschiedenen Gehalten und Erwartungen, die mit dem (unscharfen) Begriff der «*Verantwortung*» angesprochen sind, siehe hinten, bei Fn. 1496 ff. (im Zusammenhang mit Art. 6 BV) und allgemein hinten, bei Fn. 1638 ff.

¹⁴⁸³ AUBERT, Droits et devoirs, 21.

¹⁴⁸⁴ Vgl. SALADIN/ZENGER, 126 f.; AUBERT, Droits et devoirs, 14 f.; BERKA, 63 f.; SALADIN, Verantwortung, 73; FÜHR, 207 f. und 390 f.; HALDEMANN, 158; diesen Zusammenhang bringt Art. 4 der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) zum Ausdruck: «La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être détermi-

Sichtweise bedingen sich Freiheit und Verantwortung gegenseitig und ergänzen sich.¹⁴⁸⁵

Diese «Gemeinschaftsgebundenheit» äussert sich in der Verfassung auf einer *grundsätzlichen Ebene* dadurch, dass individuelle Freiheiten und staatliche Leistungen im Interesse Dritter und der Allgemeinheit beschränkt werden können (Art. 36 BV)¹⁴⁸⁶ und dass Grundrechte (zumindest) mittelbar *unter Privaten* wirken sollen (Art. 35 BV)¹⁴⁸⁷. Erwähnenswert ist auch die Bestimmung von Art. 49 Abs. 5 aBV («Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten»), deren Grundgedanke auch unter der neuen BV seine Geltung haben soll.¹⁴⁸⁸ Daneben finden sich zahlreiche, *spezifischere* «Mitverantwortungsbezüge» oder zumindest Anklänge einer Sozialpflichtigkeit und Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums: Dies namentlich in der *Präambel*¹⁴⁸⁹, in *Art. 2 Abs. 1 und 2 BV* (Freiheit des *Volkes*, womit [auch] die Freiheit *aller* in den Blick gerät,¹⁴⁹⁰ Beto-

nées que par la Loi.»; zur «zwischenmenschlichen Dimension der Grundrechte» ferner MÜLLER, Grundrechtstheorie, 7; DERS., Verwirklichung, 3 f. (zwingender «reziproker Charakter jeder menschlichen Freiheit»).

¹⁴⁸⁵ Vgl. Ber. BR 1985, 81; Botsch. VE 96, 139.

¹⁴⁸⁶ Vgl. RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 143; J.P. MÜLLER, Grundrechte der Verfassung, 13; vgl. auch KLEY, Grundpflichten, 61 und 348; der Gedanke der «Mitverantwortung» zeigt sich dabei insbesondere auch beim *Verhältnismässigkeitsprinzip* (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV): Der Einzelne kann keine Freiheiten beanspruchen, die zu einer *übermässigen Belastung* Dritter führen, siehe MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 54 ff.; vgl. bezogen auf eine Kostenübernahme für eine Heilbehandlung auch BGE 136 V 395, E. 7.4.

¹⁴⁸⁷ SCHWEIZER, Bürgerpflichten, 312; AUBERT, Droits et devoirs, 14; KLEY, Grundpflichten, 61 und 348; HALDEMANN, 157; Votum Leuenberger (Bundesrat), AB S Verfassungsreform, 57.

¹⁴⁸⁸ BGE 135 I 79, E. 7.2 (Teilnahme am gemischtgeschlechtlichen Schwimmunterricht; s.a. BGer 2C_1079/2012, E. 3.3 m.H.); kritisch: HAFNER/KÜHLER, 920 ff.; freilich gab und gibt es zu Fragen Anlass, was genau unter den Begriff der «bürgerlichen Pflichten» fällt (HAFNER/KÜHLER, 920 f.; vgl. im Zusammenhang mit Art. 49 Abs. 5 aBV auch etwa BGE 101 Ia 172, E. 6; HÄFELIN, Komm. zu Art. 49 aBV, Rz. 156 ff.).

¹⁴⁸⁹ Insbesondere in folgenden Wendungen (Herv. d. Verf.): «in *gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung* ihre Vielfalt in der *Einheit* zu leben»; «*gemeinsame* Errungenschaften», «Verantwortung gegenüber *künftigen Generationen*», «*Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt*»; eine «Gemeinwohlverpflichtung» (SGK BV-EHRENZELLER, Präambel, Rz. 32) und der Gedanke der Solidarität (WALDMANN, Eigenverantwortung, 346 f.) treten besonders in der Bezugnahme auf das *Wohl der Schwachen* hervor; die Präambel – so BSK BV-BELSER, Präambel, Rz. 37 – mache hier «deutlich, dass sie einen verantwortungsvollen und solidarischen Gebrauch der Freiheit im Auge» habe.

¹⁴⁹⁰ Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 2, Rz. 7; MÜLLER, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 202, Rz. 24 (Abkehr vom individualistischen Menschenbild); s.a. CR Cst.-PAPAUX/MARTENET, Art. 2, Rz. 25 und 29 f.

nung der *gemeinsamen* Wohlfahrt¹⁴⁹¹) und in den *Sozialzielen* (Art. 41 BV) bzw. allgemein im Sozialstaatsgedanken, dessen Verwirklichung Solidarität, Rücksichtnahme, eine Mässigung und die Übernahme von «Eigenverantwortung» bedingt,¹⁴⁹² sowie den *Erziehungszielen* (siehe Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV)¹⁴⁹³. Der Gedanke einer (verantwortungsvollen) *Rücksichtnahme* auf Dritte kommt ferner im (auch für das Verhältnis unter Privaten als relevant erachteten¹⁴⁹⁴) Grundsatz von *Treu und Glauben* (Art. 5 Abs. 3 BV) zum Ausdruck.¹⁴⁹⁵

Besonders deutlich treten Verantwortungsbezüge in der Bestimmung von Art. 6 BV – die Rede ist manchmal auch von einem «*Verantwortungsartikel*»¹⁴⁹⁶ – hervor.¹⁴⁹⁷ Art. 6 BV fordert¹⁴⁹⁸ jedermann auf, für sich selbst und für die Bewältigung von Aufgaben in Staat und Gesellschaft Verantwortung zu übernehmen. Freilich bleibt reichlich offen, was *genau* die *Erwartungen* sind, die an den Einzelnen gerichtet werden: Identifizieren lassen sich verschiedene Stossrichtungen dieser in Art. 6 BV genannten «Verantwortung». Zunächst zielt die Bestimmung auf eine *Begrenzung des Sozial- und Leistungsstaates* (und damit auch der Verantwortung der Ge-

¹⁴⁹¹ MÜLLER, *Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte*, in: HGR Bd. VII/2, § 202, Rz. 24.

¹⁴⁹² Siehe SGK BV-SCHWEIZER, *Übersicht zur Sozialverfassung*, Rz. 20 ff.; SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 14 und 29 ff.; ferner MÜLLER, *Rechtsverhältnis*, 139 ff.; KLEY, *Grundpflichten*, 61, 321 ff. und 348; SALADIN, *Verantwortung*, 74, wonach «die [...] Sozialstaatsklausel die Vorstellung von einer «absoluten» Grundrechts-Freiheit» verbiete; zum Subsidiaritätsprinzip und zur «Eigenverantwortung» siehe näher hinten, Teil 3 III. A.

¹⁴⁹³ Vgl. KLEY, *Grundpflichten*, 61 und 306 f. und 348.

¹⁴⁹⁴ SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 41; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 72; wegen Art. 2 ZGB (Handeln nach Treu und Glauben) wird der Frage, ob Art. 5 Abs. 3 BV auch unter Privaten Geltung hat, jedoch zuweilen die Relevanz abgesprochen (CR Cst.-DUBEY, Art. 5, Rz. 136; OFK BV-BIAGGINI, Art. 2, Rz. 7).

¹⁴⁹⁵ Vgl. Votum Leuenberger (Bundesrat), AB S Verfassungsreform, 57; Votum Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144; GÄCHTER, *Rechtsmissbrauch*, 129 f.

¹⁴⁹⁶ Vgl. KLEY, *Grundrechtskatalog*, 344; zur Entstehungsgeschichte vgl. KOCH, 106 ff.; Bestimmungen, die auf die Eigen- und die Mitverantwortung Bezug nehmen, finden sich auch in zahlreichen *Kantonsverfassungen*: vgl. etwa § 4 KV-SZ; § 6 KV-BS; Art. 7 KV-FR; Art. 6 KV-GR; Art. 8 Cst.-VD; Art. 6 KV-SH; Art. 8 KV-BE; Art. 6 KV-SG (vgl. dazu auch BERNHARD EHRENZELLER/ROGER NOBS, *Gemeinsamkeiten und Unterschiede der totalrevidierten Kantonsverfassungen*, ZBl 2009, 1 ff., 11; BUSER, 178 ff.); für ein Beispiel aus dem *Ausland* vgl. Art. 117 BayV, insb. Abs. 2: «Alle haben die Verfassung und die Gesetze zu achten und zu befolgen, an den öffentlichen Angelegenheiten Anteil zu nehmen und ihre körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert.»

¹⁴⁹⁷ HALDEMANN, 157.

¹⁴⁹⁸ Art. 6 BV statuiert – trotz seiner zurückhaltenden Formulierung – durchaus ein «*Sollen*», siehe SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 17; CR Cst.-CHATTON, Art. 6, Rz. 23.

meinschaft für das individuelle Wohlergehen) im Sinne der *Subsidiarität bzw. Nachrangigkeit* staatlichen Handelns und der Vorrangigkeit individueller Sorge für das eigene Leben und die «Daseinsbedingungen».¹⁴⁹⁹ Dieses Anliegen kommt insbesondere in der Wendung «Verantwortung für sich selber»¹⁵⁰⁰ zum Ausdruck (und wird ganz allgemein häufig mit dem Begriff der «Eigenverantwortung» umschrieben¹⁵⁰¹). Daneben soll die Bestimmung die *Rücksichtnahme* auf die Mitglieder der Gesellschaft und ein *Engagement* für die Gemeinschaft fördern,¹⁵⁰² es geht ihr um ein *Mitbedenken der eigenen Handlungen auf Dritte*¹⁵⁰³ und die *Solidarität*¹⁵⁰⁴, was vor allem im zweiten Satzteil zum Ausdruck kommt.¹⁵⁰⁵

¹⁴⁹⁹ Vgl. etwa die Voten Seiler, AB S Verfassungsreform, 25 f., 28; Danioth, AB S Verfassungsreform, 56; Fritschi, AB N Verfassungsreform, 138; Schlüer, AB N Verfassungsreform, 138; Weigelt, AB N Verfassungsreform, 139; Durrer, AB N Verfassungsreform, 140; Schmid, AB N Verfassungsreform, 143; Zwygart, AB N Verfassungsreform, 141; Votum Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144; ferner BGE 141 I 153, E. 4.2; BGer 8C_110/2014, E. 3.1.3; BGer 8C_500/2012, E. 7.2.3; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 239; GÄCHTER, § 34, Rz. 12; RHINOW/SCHEFER//UEBERSAX, Rz. 2648; RHINOW, Wirtschafts- Sozial- und Arbeitsverfassung, in: ZIMMERLI, Neue Bundeserfassung, 157 ff., 171, erkennt in der in Art. 6 BV angesprochenen Eigenverantwortung und der «Pflicht», «nach Kräften an den (staatlichen und) gesellschaftlichen Aufgaben mitzuwirken», eine Markierung und Hervorhebung der «Grenzen der Sozialverpflichtung des Gemeinwesens».

¹⁵⁰⁰ OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 3; MAHON, Petit Comm., Art. 6 Cst., Rz. 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2652; WALDMANN, Eigenverantwortung, 346 f.

¹⁵⁰¹ Der Begriff der Eigenverantwortung wird oft im Sinne einer (gebotenen) Rücksichtnahme auf die Gemeinschaft, einer Mässigung und Selbstbeschränkung verstanden, vgl. RIEMERKAFKA, Eigenverantwortung, 139 ff.; FLORIAN RÖTZER, Eigenverantwortung in komplexen Systemen und als komplexes System, in: NEUBAUER, 12 ff., 17; RECK, 57; FÜHR, 54; KLEMENT, Verantwortung, 315 – der Begriff der Eigenverantwortung dient insofern (auch) als (politische) Rechtfertigung, um im (angeblichen) Interesse der Allgemeinheit Leistungen zu reduzieren und abzubauen bzw. um (sozial-)staatliche Leistungen und Aufgaben zu beschränken (vgl. RECK, 59; KLEMENT, Verantwortung, 26, s.a. 227; RIEMERKAFKA, Eigenverantwortung, 139 ff., insb. 142; KAUFMANN, «Verantwortung», 52 und 58; HENSCHKE, 98).

¹⁵⁰² Vgl. Voten Zwygart, AB N Verfassungsreform, 141; Danioth, AB S Verfassungsreform, 56; Wicki AB S Verfassungsreform, 56; Schmid, AB N Verfassungsreform, 464; ferner RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2651 («Mitverantwortung für die *öffentlichen Belange*» [Herv. im Original]), und HÄNER, 429 («Mitverantwortung gegenüber den öffentlichen Belangen»).

¹⁵⁰³ Votum Zbinden, AB N Verfassungsreform, 140 («Mitbedenken der Gemeinschaft bei allen Handlungen und Aktivitäten»).

¹⁵⁰⁴ Vgl. etwa die Voten Schlüer, AB N Verfassungsreform, 138, und Durrer, AB N Verfassungsreform, 140; ferner MADER, 699; SULSER, 29; BGE 141 I 153, E. 4.2; BGer 8C_110/2014, E. 3.1.3.

¹⁵⁰⁵ OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 3; MAHON, Petit Comm., Art. 6 Cst., Rz. 4; WALDMANN, Eigenverantwortung, 346 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2647 und 2651.

Freilich sind die beiden eben erwähnten Gehalte – Subsidiarität und Solidarität – ineinander verschachtelt, miteinander verbunden und lassen sich nicht ohne weiteres voneinander trennen:¹⁵⁰⁶ Insbesondere macht es eigenverantwortliches Handeln unter Umständen unnötig (oder zumindest weniger erforderlich), die Solidargemeinschaft in Anspruch nehmen zu müssen, und ist somit seinerseits Ausdruck von Solidarität; und die Nachrangigkeit staatlicher Hilfe steht (auch) im Interesse der Solidargemeinschaft und ihrer Ressourcen.¹⁵⁰⁷

Ein – mit diesen beiden Aspekten verbundenes – weiteres zentrales Anliegen von Art. 6 BV ist die «Korrektur» von *Anspruchsdenken* und eine «Erinnerung» der Menschen an ihre «Pflichten» gegenüber der Gemeinschaft.¹⁵⁰⁸ Es geht insofern auch um die Vermittlung gewisser «Grundwerte».¹⁵⁰⁹

Die Bestimmung ist Ausdruck eines *Staatsverständnisses*, wonach die Einzelne nicht über eine ungebundene Freiheit verfügt (bzw. verfügen soll) und nicht frei von «Pflichten» gegenüber der Gemeinschaft ist.¹⁵¹⁰ Art. 6 BV will einem Verständnis des Liberalismus, das allein auf den Einzelnen fokussiert und die Gemeinwohlorientierung und Freiheit für alle aus dem Blick verliert, entgegenwirken.¹⁵¹¹ Man mag in der durch Art. 6 BV an die Einzelnen gerichteten Erwartung, Verantwortung für sich selbst und die Gemeinschaft zu übernehmen, auch Bezüge

¹⁵⁰⁶ Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER, 26, die zu Recht bemerken, dass Art. 6 BV «verschiedene[.], ineinander verschachtelte[.] Sinngehalte[.]» aufweist; s.a. Votum Zbinden, AB N Verfassungsreform, 140; vgl. demgegenüber KOCH, 128, der in den Aussagen des ersten und zweiten Satzteils von Art. 6 BV eine «unaufhebbare» Spannung erblickt; zu den wechselseitigen Bezügen und Zusammenhängen zwischen Solidaritäts- und Subsidiaritätsprinzip im Allgemeinen: CALLIESS, 371 ff.; bezogen auf die soziale Sicherheit im Besonderen: GÄCHTER, Grundstrukturen, 59 und 63.

¹⁵⁰⁷ Vgl. BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 113; SCHLUEP, Rz. 3469; GÄCHTER, Grundstrukturen, 59 f.; BGer 8C_708/2018, E. 4.2, BGer 8C_110/2014, E. 3.1.3 und BGE 141 I 153, E. 4.2: Subsidiaritätsprinzip im Bereich der Sozialhilfe – Gewährung von Sozialhilfe grundsätzlich nur, «soweit der Einzelne keinen Zugang zu einer anderweitigen, zumutbaren Hilfsquelle hat» als «Ausdruck der Pflicht zur Mitverantwortung und Solidarität gegenüber der Gemeinschaft, wie sie in Art. 6 BV verankert ist».

¹⁵⁰⁸ Vgl. etwa die Voten Fritschi, AB N Verfassungsreform, 138; Schmid, AB N Verfassungsreform, 143; Koller (Bundesrat), AB S Verfassungsreform, 154 f. und 205; Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144; Weigelt, AB N Verfassungsreform, 139; Zwygart, AB N Verfassungsreform, 141; Durrer, AB N Verfassungsreform, 140; Inderkum, AB S Verfassungsreform, 205 f.; Danioth, AB S Verfassungsreform, 56; Wicki, AB S Verfassungsreform, 56; Seiler, AB S Verfassungsreform, 56; ferner MADER, 698 f.; HEINRICH KOLLER, Der Einleitungstitel und die Grundrechte in der neuen Bundesverfassung, AJP 1999, 656 ff. 661; SULSER, 29.

¹⁵⁰⁹ SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 12 und 17 («Grundwerte-Artikel»); PÄRLI, Auswirkungen, 105 («Grundwertennorm»).

¹⁵¹⁰ Vgl. Votum Schlüer, AB N Verfassungsreform, 138; Votum Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144; MADER, 698 f.

¹⁵¹¹ BERTSCHI/GÄCHTER, 23; HALDEMANN, 157.

zum *Kommunitarismus* erkennen,¹⁵¹² der – auf die verschiedenen Spielarten¹⁵¹³ und das Verhältnis zum Liberalismus¹⁵¹⁴ sei hier nicht eingegangen – (verkürzt gesagt) die Gemeinschaft und die Solidarität in das Zentrum rückt, den «Gemeinschaftssinn» und das «Gemeinschaftsdenken» stärker betont und (wieder-)beleben will¹⁵¹⁵ und auf den «verantwortungsbereiten» Bürger hinwirkt.¹⁵¹⁶ Gleichzeitig statuiert Art. 6 BV in seiner Bezugnahme auf die Eigenverantwortung und Nachrangigkeit staatlichen Handelns aber auch ein *liberales Postulat*.¹⁵¹⁷ In der Betonung der Eigenverantwortung wird eine «Schranke» gegen staatliche Bevormundung erblickt¹⁵¹⁸ bzw. eine an den Gesetzgeber gerichtete «Erinnerung», «dass eine Bevormundung der Menschen zu vermeiden» sei^{1519, 1520} Weiter kommt damit zum Ausdruck, dass auch der «Schwache» eine *eigene Leistungsfähigkeit* besitzt» (Herv. im Original),¹⁵²¹ aber auch das Bild des zur Übernahme von Eigenverantwortung fähigen und (grundsätzlich) gewillten Menschen.¹⁵²²

Deutlich kommt der Gedanke der Verantwortung im Sinne einer Gemeinschaftsgebundenheit, Gemeinschaftsbezogenheit und Sozialpflichtigkeit in den sog. «*Grundpflichten*» zum Ausdruck.¹⁵²³

¹⁵¹² Vgl. KOLLER, Grundsätze, 41; BERTSCHI/GÄCHTER, 24 f.; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 10.

¹⁵¹³ Vgl. dazu HAUS, 11 ff.

¹⁵¹⁴ Der Kommunitarismus steht jedenfalls nicht zwingend in einem Gegensatz zum Liberalismus, das gegenseitige Verhältnis wird vielmehr als *komplementär* beschrieben (vgl. dazu HAUS, 19 ff.; ferner EMIL ANGEHRN, Öffentlichkeit und Partizipation, in: Kurt Seelmann [Hrsg.], Kommunitarismus versus Liberalismus, ARSP Beiheft 76, Stuttgart 2000, 10 ff. und – im selben Band – JEAN CLAUDE WOLF, Wie kommunitaristisch darf der Liberalismus sein?, 37 ff.).

¹⁵¹⁵ Vgl. dazu etwa OTTO KALLSCHEUER, Was heisst schon Kommunitarismus?, Forschungsjournal Neue Soziale Bewegungen, Heft 3 1995, 17 ff.; WALTER REESE-SCHÄFER, Kommunitarismus, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 2001, 7; s.a. PHILIPPE MASTRONARDI, Demokratietheoretische Modelle – praktisch genutzt, AJP 1998, 383 ff., 388 und 394.

¹⁵¹⁶ THOMAS MEYER, Sozialismus, Wiesbaden 2008, 97.

¹⁵¹⁷ Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER, 23; KOCH, 114 f. und 134; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 10; ferner BUSER, 180.

¹⁵¹⁸ BERTSCHI/GÄCHTER, 26; KOCH, 115 und 134; s.a. WYSS, Öffentliche Interessen, 316.

¹⁵¹⁹ BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 11.

¹⁵²⁰ Vgl. dazu auch SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 23, s.a. Rz. 38 u. 42.

¹⁵²¹ MURER, Wohnen, Arbeit, Soziale Sicherheit und Gesundheit, in: VdS, § 62, Rz. 11; hinten, bei Fn. 2532 ff., insb. 2543.

¹⁵²² Vgl. BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 11; CR Cst.-CHATTON, Art. 6, Rz. 2; vgl. auch hinten, bei Fn. 1822 und bei 2532 ff., insb. 2536 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 1233; zum freiheitsschützenden Gehalt der Eigenverantwortung siehe insb. auch hinten, Teil 3 III. A. 2.

¹⁵²³ SALADIN, Verantwortung, 74 und 212; HALDEMANN, 157 f.; ferner SACHS, 887 ff.; CHRISTIAN MATTHIAS PECHER, Verfassungsimmanente Schranken von Grundrechten, Diss., Münster etc. 2001, 17 ff.; Votum Leuenberger (Bundesrat), AB S Verfassungsreform,

Als Grundpflichten gelten für das Gemeinwesen *wichtige, elementare, grundlegende* Pflichten¹⁵²⁴ des *Bürgers gegenüber dem Staat* (nicht des Staates; nicht direkt gegenüber anderen Privaten)¹⁵²⁵, die sich aus der *Verfassung* selbst ergeben.¹⁵²⁶ Auf die Aufnahme eines eigentlichen Pflichtenkatalogs in die BV wurde verzichtet.¹⁵²⁷ Als Grundpflichten gelten etwa die Militärdienstpflicht (Art. 59 Abs. 1 BV)¹⁵²⁸ oder der obligatorische Grundschulunterricht (Art. 62 Abs. 2 BV),¹⁵²⁹ nicht aber bspw. der – m.E. für die Annahme einer Grundpflicht zu vage¹⁵³⁰ – Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).¹⁵³¹ Auch unbestimmte, allgemeine Gemeinwohlbezüge (Sozialstaatsklauseln, Verantwortungsbezüge in Präambeln) gelten nicht als eigentliche «Grundpflichten», lassen sich aber immerhin als *Ergänzung* bestehender Grundpflichten verstehen.¹⁵³² Auch bei der (mit der «Grundpflichtenidee» indessen durchaus verwandten¹⁵³³) Bestimmung von Art. 6 BV handelt es sich nicht um eine Grundpflicht.¹⁵³⁴

57; KLEY, Grundpflichten, 35, 45 ff., 60 f. und 124, 345 und 348; SENN, 246 f.; WALDMANN, Eigenverantwortung, 344.

¹⁵²⁴ Vgl. etwa SCHINDLER, Dienstpflicht, 212; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 206; VGer ZH, Entscheid vom 9. Februar 2011, VB.2010.00678, E. 3.4.

¹⁵²⁵ KLEY, Grundpflichten, 4, 10 ff. und 348; AUBERT, Droits et devoirs, 2; SCHINDLER, Dienstpflicht, 211 ff. Auch wenn nur der Staat die Grundpflichten einfordern kann, kommt das eingeforderte Verhalten letztlich der Allgemeinheit und u.U. privaten Dritten zugute (vgl. SCHMIDT, 37, 85 f., 111, 298 f.).

¹⁵²⁶ Statt vieler RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 72; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 1069; KLEY, Grundpflichten, 4 ff.; SCHINDLER, Dienstpflicht, 212; *differenzierend* KLEY, Grundpflichten, 7, welcher grundlegende, aber lediglich auf Gesetzesstufe normierte Rechtspflichten als «materielle» Grundpflichten bezeichnet; ebenso RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 144.

¹⁵²⁷ Botsch. VE 96, 139.

¹⁵²⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 206.

¹⁵²⁹ KOCH, 126; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 206; HALDEMANN, 157; HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 61; OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2; a.A. REICH, Homeschooling, 590 und Fn. 146 (mangelnde Bestimmtheit, Einordnung unter den Zuständigkeiten des Bundes).

¹⁵³⁰ Vgl. SCHMIDT, 287.

¹⁵³¹ VGer ZH, Entscheid vom 3. November 2010, VB.2010.00334, E. 3.5.1; vgl. demgegenüber KLEY, Grundpflichten, 316 ff. (Treu und Glauben als Grundpflicht).

¹⁵³² KLEY, Grundpflichten, 60 ff. und 321 ff.

¹⁵³³ Vgl. HÄBERLE, Die Verfassung «im Kontext», in: VdS, § 2, Rz. 34; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 206; STERN, 22; KOCH, 125; RHINOW, BV 2000, 102; HALDEMANN, 164.

¹⁵³⁴ Vgl. PÄRLI, Auswirkungen, 105; RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 144; ferner BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 12; KOCH, 125 f.; s.a. SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 17; vgl. auch die Sachüberschrift von § 6 KV-BS, in der begrifflich zwischen Grundpflichten und Verantwortung getrennt wird; vgl. *demgegenüber* etwa HÄNER, 429 («Grundpflicht der Mitverantwortung»); RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 73 (siehe aber auch Rz. 2467); auch in der KV-SG ist der Verantwortungsartikel (Art. 6) im Kapitel über die «Grundpflichten» platziert.

Dagegen sprechen weniger ihre mangelnde direkte Durchsetzbarkeit¹⁵³⁵ oder systematische Überlegungen,¹⁵³⁶ sondern primär ihre *hohe inhaltliche Unbestimmtheit*¹⁵³⁷. Eine «Grundpflicht» muss die dem Einzelnen obliegende Pflicht zwar nicht im Einzelnen festlegen, aber doch so genau bestimmen, dass sie durch den Gesetzgeber bloss noch «aktualisiert» und konkretisiert werden muss.¹⁵³⁸ Allgemeine Bezüge auf Solidarität, Rücksichtnahme, «Mässigung», Verantwortung und Engagement erscheinen zu unbestimmt, um als Grundlage für *konkrete gesetzliche Pflichten* dienen zu können.¹⁵³⁹ Auch der Gedanke der Eigenverantwortung im Sinne der Subsidiarität, der Ausschöpfung der Selbsthilfemöglichkeiten und der Selbstvorsorge scheint mir zu vage, um als eigentliche Grundpflicht qualifiziert werden zu können.¹⁵⁴⁰ Dazu kommt, dass der Verantwortungsartikel als *Ersatz* für einen eigentlichen Grundpflichtenkatalog verstanden werden kann, auf den im Rahmen der Verfassungsgebung verzichtet worden ist.¹⁵⁴¹

Auch *Grundrechte* kann man nicht in Grundpflichten umdeuten, ohne deren Funktion und Gehalt in das Gegenteil zu verkehren.¹⁵⁴² Entsprechendes gilt für die Menschenwürde.¹⁵⁴³ Ein gewisser «verpflichtender» Charakter der Grundrechte ergibt sich aber immerhin aus dem

¹⁵³⁵ Vgl. demgegenüber RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 144; um von einer Grundpflicht sprechen zu können, ist nicht erforderlich, dass die Verfassungsbestimmung aus sich selbst heraus erfüllbar ist und unmittelbar gegenüber dem Einzelnen durchgesetzt werden kann (HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 59 ff.). Grundpflichten bedürfen ohnehin regelmässig einer (konkretisierenden) Umsetzung durch den Gesetzgeber (siehe hinten, in Fn. 1560 und bei Fn. 1631); zum nicht unmittelbar verpflichtenden Gehalt von Art. 6 BV siehe hinten, bei Fn. 1559.

¹⁵³⁶ Vgl. aber RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 144.

¹⁵³⁷ RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 144.

¹⁵³⁸ HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 60; zur gebotenen inhaltlichen Bestimmtheit von Grundpflichten ferner KLEY, Grundpflichten, 9 und 348; RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 143 f.

¹⁵³⁹ Vgl. KLEY, Grundpflichten, 9 und 322 f.; kritisch für das deutsche Verfassungsrecht auch SCHMIDT, 286; vgl. demgegenüber DEPENHEUER, Solidarität und Freiheit, in: HStR Bd. IX, § 194, Rz. 32 ff. und 41 ff., der sich für das Bestehen «solidarischer Grundpflichten» im Sinne «struktureller Verfassungsvoraussetzungen» ausspricht, diese gleichzeitig aber von sonstigen «allgemeinen» Grundpflichten abgrenzt.

¹⁵⁴⁰ Vgl. aber KLEY, Grundpflichten, 324 f. («Selbsterhaltungspflicht» als «ungeschriebene Grundpflicht»); auch SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 21 spricht im Zusammenhang mit Art. 6 BV von einer «Pflicht zur Eigenverantwortung»; zur Unschärfe des Subsidiaritätsprinzips und der Vielschichtigkeit der «Eigenverantwortung» vgl. hinten, Teil 3 III. A.

¹⁵⁴¹ OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 1.

¹⁵⁴² MERTEN, Grundpflichten, 557; ferner GUSY, Grundpflichten, 660.

¹⁵⁴³ Vgl. zur Problematik einer «Menschenwürdepflicht» vorne, Teil 2 II. B, insb. Teil 2 II. B. 2. b) i). Diskutieren kann man hingegen, ob die Grundpflichten nicht eine gemeinsame Wurzel in der Menschenwürde haben, muss doch ein auf den Schutz der Menschenwürde verpflichteter Staat vom Einzelnen auch gewisse Leistungen abverlangen, um diese Aufgabe überhaupt erfüllen zu können, so LUCHTERHANDT, 457 ff., insb. 459.

Gedanken, dass die grundrechtlich geschützte Freiheit *allen* zugutekommen muss und Grundrechte auch unter Privaten zu verwirklichen sind (Art. 35 BV).¹⁵⁴⁴

Diese vielfältigen, insbesondere in Art. 6 BV zum Vorschein tretenden «Verantwortungsbezüge» verdichten sich in einem gewissen Umfang zu einem *Menschenbild*¹⁵⁴⁵ – im Sinne einer «*Grundauffassung*» vom Menschen¹⁵⁴⁶, von «*Aussagen über den Menschen*»¹⁵⁴⁷ oder einer Rechtsetzung und Rechtsanwendung (mit-)anleitenden «(Vor-)*Verständnisses*» des Menschen.¹⁵⁴⁸ Die (freiheitliche) Verfassung trifft zwar keine Annahme darüber, wie der Mensch ist und auch nicht wie der Mensch «*idealerweise*» zu sein hat.¹⁵⁴⁹ Doch geht sie durchaus von einem auch gemeinschaftsbezogenen, nicht isoliert in der Gemeinschaft stehenden Individuum aus,¹⁵⁵⁰ dem gemeinschaftsorientierte Pflichten auferlegt werden dürfen bzw. dessen Freiheitsgebrauch im Interesse des Gemeinwohls Grenzen zu ziehen sind. Zum Ausdruck kommt auch eine gewisse Erwartung, dass der Einzelne von seinen Freiheiten einen gemeinwohlverträglichen Gebrauch macht.¹⁵⁵¹ Es bleibt aber die Frage, wie *absolut* diese Erwartung ist und auf welche Weise sie «*einzulösen*» ist. Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem die Frage, wie sich diese von der Verfassung vorgezeichnete «Mitverantwortung» auf den *Schutzumfang* der individuellen Selbstbestimmung auswirkt.

¹⁵⁴⁴ Vgl. SCHWEIZER, Bürgerpflichten, 312; vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 1484 ff.

¹⁵⁴⁵ Bezogen auf Art. 6 BV: KOCH, 115, 127 und 135; HÄBERLE, Menschenbild, 103; s.a. Votum Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144; s.a. hinten, bei Fn. 2535 ff.

¹⁵⁴⁶ ERWIN MURER, Rechte ohne Pflichten?, SZS 2012, 481 ff., 503.

¹⁵⁴⁷ HÄBERLE, Menschenbild, 71.

¹⁵⁴⁸ Vgl. HÄBERLE, Menschenbild, 25; MURER, Schutz, 360; ferner BUSER/HAFNER, 363; das Menschenbild beschlägt denn auch häufig die Frage nach dem Verhältnis zwischen Freiheit und Bindung und dem Stellenwert von Eigenverantwortung und von Mitverantwortung, siehe BUSER/HAFNER, 363; vgl. dazu auch MÜLLER, Eigenverantwortung, 546 f.

¹⁵⁴⁹ Das Menschenbild hat vielmehr *offen* und *wandelbar* zu sein – siehe dazu SCHEFER, Kerngehalte, 39 ff.; BERGMANN, 23 f.; HÄBERLE, Menschenbild, 37 f., 62 f., 73 f.; dazu bereits vorne, bei Fn. 1031 ff.

¹⁵⁵⁰ Vgl. KLEY, Grundpflichten, 54 f., 60 und 348; WALDMANN, Eigenverantwortung, 344.

¹⁵⁵¹ Für das deutsche GG vgl. ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 190, Rz. 204 ff. und DERS., Subsidiarität, 163; kritisch BERKA, 83 und 89; nach der Auffassung von KOCH, 85 f., 119 f., 124, 135, erwartet die Verfassung einen «sozialpflichtigen», «gemeinwohldienlichen» und auf das «Wohl der Allgemeinheit gerichteten» Freiheitsgebrauch.

3. Rechtsnormative Kraft der Verantwortungsbezüge

a) Im Allgemeinen

Auf einer grundsätzlichen Ebene ist zunächst klärungsbedürftig, ob und inwiefern die in der Verfassung statuierten Verantwortungsbezüge eine *rechtliche* Bindungswirkung entfalten bzw. von ihnen ein rechtliches *Sollen* ausgeht, sie also *überhaupt* rechtsnormative Gehalte aufweisen.¹⁵⁵² Das ist nicht immer leicht zu entscheiden.¹⁵⁵³

Allein die Tatsache, dass im *Verfassungstext* selbst zur Übernahme von Verantwortung aufgerufen wird, bedeutet jedenfalls nicht zwingend, dass entsprechenden Verantwortungsbezügen rechtliche Normativität zukommt.¹⁵⁵⁴ Auch lässt sich nicht sagen, dass die Offenheit der in einer Bestimmung angesprochenen Verantwortungs- und Gemeinschaftsbezüge *gegen* ihre Rechtsnormativität sprechen würde – auch (offen gehaltene) Ziel- und Programmnormen haben rechtsnormative Kraft¹⁵⁵⁵ und die Funktion einer Norm als *Konkretisierungs- und Auslegungsrichtlinie* oder als *Abwägungsgesichtspunkt* stellt ebenfalls einen rechtsnormativen Gehalt

¹⁵⁵² Bei der «Normativität» geht es um das von der Norm ausgehende «*Sollen*» (vgl. RENÉ A. RHINOW, *Rechtsetzung und Methodik: rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Habil., Basel/Stuttgart 1979, 227; SABINE MÜLLER-MALL, *Normative Kräfte*, in: BUNG/VALERIUS/ZIEMANN, 16 ff., 16 f. und 19) und die damit intendierte *Bindung* (vgl. RODE, 45); bei der *rechtlichen* Normativität ist die «rechtliche Bindungswirkung» angesprochen (vgl. MARKUS KOTZUR, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, Diss., Berlin 2001, 104).

¹⁵⁵³ Vgl. HALDEMANN, 154; bezogen auf Art. 6 BV im Besonderen vgl. etwa RHINOW, BV 2000, 102; OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2; KOLLER, *Grundsätze*, 40; STERN, 22; BIAGGINI, *Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit*, in: *Staatsrecht*, § 7, Rz. 21; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 9 («juristisch kaum fassbar»); vgl. bereits *Votum Stucky*, AB N *Verfassungsreform*, 142.

¹⁵⁵⁴ So können «sittliche» Pflichten in Verfassungsbestimmungen durchaus angesprochen sein, ohne dass diesen gleichzeitig rechtliche Normativität zukommen soll und ohne dass diese zum «Bestand des Rechts» bzw. zu Rechtspflichten werden (siehe SCHMIDT, 120; BETHGE, *Grundpflichten*, 258; REICH, *Schutz*, 371). Es ist im Rahmen der Auslegung zu entscheiden sei, ob es sich «nur» um eine sittliche oder (auch) um eine rechtliche Pflicht handelt, siehe SCHMIDT, 120 f.; bezogen auf die – Art. 6 BV vergleichbare – Bestimmung von Art. 117 BayV (siehe vorne, in Fn. 1496) wird etwa die Auffassung vertreten, sie spreche bloss sittliche Pflichten an (SCHMIDT, S. 121, Fn. 363) – für Art. 6 BV zeigt sich jedoch ein differenziertes Bild (vgl. dazu nachfolgend bei Fn. 1574).

¹⁵⁵⁵ Siehe EICHENBERGER, *Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung*, Rz. 72; RHINOW/SCHFEER/UEBERSAX, Rz. 85 (wenn auch «eine geringe normative Dichte»); RICHLI, *Zweck und Aufgaben*, 227; SGK BV-TSCHANNEN, Art. 163, Rz. 16; s.a. DREIER, in: DREIER, *GG-Kommentar Bd. I, Präambel*, Rz. 20; bezogen auf die programmatische Grundrechtsschicht vgl. REICH, *Schutz*, 374.

dar.¹⁵⁵⁶ Keinesfalls ist es so, dass einer Norm allein deshalb die Qualität als *Rechtsnorm* versagt werden dürfte, weil sie sich nicht zwangsweise durchsetzen lässt.¹⁵⁵⁷

Zunächst ist festzuhalten, dass die skizzierten Verantwortungsbezüge in der Verfassung (für sich genommen, aber auch in einer Gesamtsicht) *keine unmittelbar durchsetzbaren Rechtspflichten* zur Übernahme einer «Gemeinwohlverantwortung» statuieren. Das gilt für die Präambel¹⁵⁵⁸, Art. 6 BV¹⁵⁵⁹, die Grundpflichten¹⁵⁶⁰, das Bild eines gemeinschaftsbezogenen und der Gemeinschaft (wenn auch nicht unbeschränkt) verpflichteten Menschen¹⁵⁶¹ und die Erwartung, dass die Einzelne von ihren Freiheiten einen gemeinwohlverträglichen Gebrauch macht¹⁵⁶². Dafür sind

¹⁵⁵⁶ Siehe DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Präambel, Rz. 27; bezogen auf Strukturprinzipien: MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467; im Zusammenhang mit Art. 2 BV: SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 10; bezogen auf die Funktion der Präambel als Auslegungshilfe: BSK BV-BELSER, Präambel, Rz. 12.

¹⁵⁵⁷ Vgl. dazu SCHILLING, 17 ff., 26 und 29 f.; SCHLUEP, Rz. 180; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 125 ff.; Votum BACHOF, in: VVDStRL 41, Berlin 1983, 99; KLEY, Grundpflichten, 147; s.a. DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Präambel, Rz. 26; wohl anders GEIS, 31; es lässt sich insofern von einer *unvollkommenen* Rechtsnorm oder einer *lex imperfecta* sprechen (vgl. SCHLUEP, Rz. 149 ff.; s.a. Votum BACHOF, in: VVDStRL 41, Berlin 1983, 99; ferner SCHMIDT, 121; KLEY, Grundpflichten, 147); begriffe man die Erzwingbarkeit und Sanktionierbarkeit als notwendige Elemente einer Rechtsnorm, würde zahlreichen Verfassungsbestimmungen die Rechtsnormqualität abgehen (vgl. etwa RODE, 59 f.; REICH, Schutz, 371).

¹⁵⁵⁸ BERTSCHI/GÄCHTER, 12; BSK BV-BELSER, Präambel, Rz. 12.

¹⁵⁵⁹ BERTSCHI/GÄCHTER, 25; RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 144; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 239; MAHON, Petit Comm., Art. 6 Cst, Rz. 4; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 7; OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2; WALDMANN, Eigenverantwortung, 346 f.; KOCH, 126 – Art. 6 BV kann auch nicht zur Grundlage genommen werden, um die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens zu begründen (Siehe BGER 6B_241/2013, E. 1.4.2) oder um jemandem mangels genügender Wahrnehmung von Verantwortung (für sich selbst oder die Gemeinschaft) rechtlich garantierte Leistungen zu verweigern (MAHON, Petit Comm., Art. 6 Cst, Rz. 4; WALDMANN, Eigenverantwortung, 346 f.; GÄCHTER, Grundstrukturen, 65 f.); die Bezugnahme auf die Eigenverantwortung in Art. 6 BV lässt sich aber als eine Art «Obliegenheit» verstehen, siehe hinten, bei Fn. 1583 ff.

¹⁵⁶⁰ AUBERT, Droits et devoirs, 25 f.; ferner SALADIN, Verantwortung, 76 und 212 ff.; SALADIN/ZENGER, 137 f.; SCHINDLER, Dienstpflicht, 223 ff. insb. 225; SENN, 248 m.w.H.: Grundpflichten bedürfen regelmässig der Vermittlung und Konkretisierung durch den Gesetzgeber (AUBERT, Droits et devoirs, 25; SALADIN/ZENGER, 137 f.; SENN, 248; KLEY, Grundpflichten, 65, 90 ff., 94; SOMMERMAN, 467; BEZGOVSEK, 183; HALDEMANN, 158; s.a. hinten, bei Fn. 1631).

¹⁵⁶¹ KLEY, Grundpflichten, 54 f. und 60.

¹⁵⁶² KOCH, 85 f., 119 f., 124 und 135.

die «Verantwortungsbezüge» zu vage und zu offen gehalten.¹⁵⁶³ Im freiheitlichen Rechtsstaat ist eine «Verantwortung» des Einzelnen für die Gemeinschaft, soll sie ihn unmittelbar verpflichten und unmittelbar durchsetzbar sein, in «inhaltlich begrenzte»¹⁵⁶⁴ und *hinreichend bestimmte* Normen zu fassen.¹⁵⁶⁵ Daran ändert auch die Konzeption der Schweiz als – der allgemeinen Wohlfahrt verpflichteter – Sozialstaat nichts.¹⁵⁶⁶ Insbesondere besteht auch *keine verfassungsunmittelbare Pflicht*, der eigenen Gesundheit im Interesse der Allgemeinheit nicht zu schaden, die eigene Leistungsfähigkeit im Interesse der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten, sich so zu verhalten, dass die Solidargemeinschaft nicht belastet wird oder von seiner Freiheit so Gebrauch zu machen, dass keine negativen volkswirtschaftlichen Kosten entstehen.¹⁵⁶⁷

Die verschiedenen Gemeinwohlbezüge können aber nicht auf blosse – grundsätzlich keine rechtliche Normativität beanspruchende¹⁵⁶⁸ – politische Signale, Deklarationen, Proklamationen, Erklärungen oder Appelle reduziert werden. Das gilt auch für die Bestimmung von Art. 6 BV.¹⁵⁶⁹ Solche Funktionen und

¹⁵⁶³ Bezogen auf *Grundpflichten*: SALADIN, Verantwortung, 214; SALADIN/ZENGER, 137 f.; AUBERT, Droits et devoirs, 25.

¹⁵⁶⁴ BADURA, 868.

¹⁵⁶⁵ Siehe BERKA, 53 f. und 58 f.; SALADIN, Verantwortung, 30 und 214; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2650 und 2652; WYSS, Öffentliche Interessen, 324 f.; RHINOW, BV 2000, 176; BERTSCHI/GÄCHTER, 25; BADURA, 868; ISENSEE, Grundpflichten, 612; ferner HAFFKE, 777, wonach der «liberale Rechtsstaat» keine «Gesund- und Lebenserhaltungspflichten» kenne.

¹⁵⁶⁶ Vgl. MÜLLER, Rechtsverhältnis, S. 140 mit Fn. 46; GÖTZ, 16 f.

¹⁵⁶⁷ Vgl. auch SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 61, und OGer Zürich, Urteil vom 12. Februar 1998, ZR 1998, 257 ff., E. 2.3, S. 260, wonach keine (allgemeine) rechtliche Pflicht bestehe, die eigene Gesundheit bzw. die eigenen Rechtsgüter im Interesse der Gemeinschaft nicht zu gefährden oder zu schädigen; ferner HAFFKE, 777 (vorne, Fn. 1565).

¹⁵⁶⁸ Vgl. BGer K 166/04, E. 3; KRAMER, Funktionen, 205; s.a. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 184 (im Kontext von Präambeln).

¹⁵⁶⁹ Wie hier: BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 15; s.a. SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 34 ff.; vgl. demgegenüber das Votum Koller (Bundesrat), AB S Verfassungsreform, 28 (rein ethischer Appell); s.a. Votum Deiss, AB N Verfassungsreform, 144, wonach der Bestimmung nicht zwingend eine konkrete normative Wirkung zukommen müsse; REICH, Schutz, 371 f. (symbolische Politik); RHINOW, BV 2000, 176 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2649, 2651 und 2653 (Appell, politisches Signal; vgl. aber die Hervorhebung der programmatischen – insofern auch rechtsnormativen – Natur von Art. 6 BV in Rz. 85 f.); MÜLLER, Selbstbestimmung, 68 (blosser Appell); MAHON, Petit Comm., Art. 6 Cst, Rz. 4 (keine über eine rein deklamatorische Bedeutung hinausreichende normative Wirkung); EWALD WIEDERIN, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, in: VVDStRL 64, Berlin 2005, 53 ff., 78; *zurückhaltend*: HÄNER, 429 («kaum ein normativer Gehalt»); KOLLER, Grundsätze, 40; ebenso BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-

Gehalte kommen den Verantwortungsbezügen zwar *auch* zu,¹⁵⁷⁰ aber nicht nur:

So kann die *Präambel* durchaus als *Auslegungs- und Konkretisierungshilfe* für andere Verfassungsnormen – namentlich auch Zielbestimmungen – beigezogen werden;¹⁵⁷¹ allenfalls auch als Abwägungsgesichtspunkt¹⁵⁷² (allerdings: angesichts der Offenheit und Konkretisierungs-

BURCH, Art. 6, Rz. 7 («kaum normative Bedeutung», Art. 6 BV könne aber als Auslegungshilfe dienen und es komme ihr ein «relativ vager» programmatischer Charakter zu); nach Auffassung des *Bundesgerichts* verfügt Art. 6 BV über keine besondere normative Tragweite, siehe BGer K 166/04, E. 3: «Quant à l'art. 6 Cst., il n'a aucune portée normative particulière, mais essentiellement une valeur déclamatoire et de signal politique [...]»; allerdings hat das Bundesgericht die Bestimmung auch schon herbeigezogen, um dem Einzelnen seine eigene Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit zuzurechnen (siehe hinten, bei Fn. 1583).

¹⁵⁷⁰ So haben *Grundpflichten* eine gewisse «Orientierungsfunktion» – sie erinnern daran, dass die Einzelne nicht ohne Pflichten ist (vgl. SENN, 252 f.), und lassen sich auch als (rechtlich unverbindlichen) Appell an die Einzelnen verstehen, ihre Pflichten zu erfüllen bzw. sich in einer gewissen Weise zu verhalten und Beiträge an das Gemeinwohl zu leisten (siehe KLEY, Grundpflichten, 68 und 71, 80 f., 349; SALADIN/ZENGER, 138; SENN, 253; SOMMERMANN, 468). Zweifelsohne hat Art. 6 BV (auch) eine (nicht auf rechtliche Wirkung abzielende) symbolische, deklamatorische, erklärende Bedeutung – die Bestimmung will ein politisches Signal aussenden, an den Einzelnen *appellieren* und ethische Pflichten in Erinnerung rufen: siehe Voten Danioth, AB S Verfassungsreform, 56; Iten, AB S Verfassungsreform, 17; Koller (Bundesrat), AB S Verfassungsreform, 28; BGer K 166/04, E. 3; REICH, Schutz, 371 f.; BIAGGINI, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: Staatsrecht, § 7, Rz. 21; OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2; HALDEMANN, 162; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 3, 7 und 12; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2649, 2651 und 2653; MAHON, Petit Comm., Art. 6 Cst, Rz. 4; PÄRLI, Auswirkungen, 105; KLEY, Grundrechtskatalog, 345; WALDMANN, Eigenverantwortung, 346 f.; vgl. mit Blick auf *kantonale Verantwortungsartikel* BUSER, 178 ff.; bezogen auf Art. 42 des Entwurfs zu einer neuen Verfassung für den Kanton Waadt (heute Art. 8 Cst.-VD): REYMOND et al., 47; bezogen auf Art. 6 KV-GR: CHRISTIAN RATHGEB, Komm. zu Art. 6 KV-GR, Rz. 3; in: Bänziger, Mengiardi, Toller & Partner (Hrsg.), Kommentar zur Verfassung des Kantons Graubünden, Chur etc. 2006. Art. 6 BV trägt damit auch eine *erzieherische* Komponente, siehe OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2, wonach sich die Verfassung «gewissermassen als Erzieherin des Menschengeschlechts» versuche; ferner BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 7; bezogen auf Art. 42 des Entwurfs zu einer neuen Verfassung für den Kanton Waadt (heute Art. 8 Cst.-VD) REYMOND et al., 47 f.

¹⁵⁷¹ Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER, 12 und 26; EHRENZELLER, Komm. zu Präambel, Rz. 11 und 13; MEYER-BLASER, Rz. 23; CR Cst.-PAPAUX, Préambule, Rz. 180 ff.; OFK BV-BIAGGINI, Präambel, Rz. 3 (zurückhaltend); BSK BV-BELSER, Präambel, Rz. 12; s.a. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 56 und 86; vgl. auch die Bezugnahme auf die Präambel in BGE 132 II 305, E. 4.3. Nicht selten wird der *Präambel* eine rechtliche Wirkung aber versagt, siehe etwa REICH, 372; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 184; MAHON, Petit Comm., Préambule, Rz. 3; Botsch. BV 96, 122.

¹⁵⁷² MEYER-BLASER, Rz. 23.

bedürftigkeit der Präambel sind klare und griffige Aussagen kaum zu erwarten¹⁵⁷³). Art. 6 BV kann zumindest ein *programmatischer* Charakter zugesprochen werden.¹⁵⁷⁴ Der Gesetzgeber hat die in Art. 6 BV verankerte Verantwortung einzulösen und im Rahmen der Gesetzgebung und der hierbei vorzunehmenden Abwägungen zu berücksichtigen.¹⁵⁷⁵ Weiter vermag die Bestimmung Gesichtspunkte für die Abwägung in konfligierenden Interessenlagen beizusteuern¹⁵⁷⁶ (auch im Rahmen der grundrechtlichen Zumutbarkeitsprüfung¹⁵⁷⁷) und als *Auslegungs- und Konkretisierungshilfe* für andere Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen zu dienen¹⁵⁷⁸ – etwa der Staatsziele¹⁵⁷⁹. Ferner kann sie eine Rolle bei der Bestimmung und Gewichtung der öffentlichen Interessen spielen¹⁵⁸⁰ und zudem als Erziehungsziel wirken.¹⁵⁸¹ Zu beachten bleibt aber (auch hier), dass sich dem Verantwortungsartikel angesichts seiner Vielschichtigkeit und Unbestimmtheit kaum konkrete und griffige Leitlinien oder Handlungsanweisungen entnehmen lassen dürften.¹⁵⁸² Allerdings hat das Bundesgericht dem unvorsichtig oder leichtfertig handelnden Einzelnen auch schon die in Art. 6 BV statuierte Eigenverantwortung entgegengehalten.¹⁵⁸³ Man könnte insofern von einer Art *Obliegenheit* sprechen¹⁵⁸⁴ – Eigenverantwor-

¹⁵⁷³ Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER, 12 f.; sehr kritisch zur Geeignetheit der Präambel als Auslegungshilfe WENGER, Rz. 47; zur Zurückhaltung mahndend: MAHON, Petit Comm. Préambule, Rz. 3; vorsichtig: OFK BV-BIAGGINI, Präambel, Rz. 3.

¹⁵⁷⁴ Votum Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144; HALDEMANN, 155; MEYER-BLASER, Rz. 22 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 86; KOCH, 126; BERTSCHI/GÄCHTER, 26 f.; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 7.

¹⁵⁷⁵ BERTSCHI/GÄCHTER, 26 f.; s.a. MEYER-BLASER, Rz. 23.

¹⁵⁷⁶ MEYER-BLASER, Rz. 23; KOCH, 126; SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 13.

¹⁵⁷⁷ Vgl. CR Cst.-CHATTON, Art. 6, Rz. 17 a.E; bezogen auf den mit Art. 6 BV verwandten Art. 117 BayV (Fn. 1496) siehe: JOSEF FRANZ LINDNER, Komm. zu Art. 117 BayV, Rz. 1, in: Josef Franz Lindner/Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), *Verfassung des Freistaates Bayern – Kommentar*, 2. Aufl., München 2017; THOMAS HOLZNER, Komm. zu Art. 117 BayV, Rz. 5, in: *Verfassung des Freistaates Bayern – unter besonderer Berücksichtigung der Staats- und Kommunalverwaltung – Kommentar*, München 2014.

¹⁵⁷⁸ MEYER-BLASER, Rz. 23; CR Cst.-CHATTON, Art. 6, Rz. 16 f.; BERTSCHI/GÄCHTER, 26 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 6, Rz. 2; KOCH, 126; WALDMANN, *Eigenverantwortung*, 346; RIEMER-KAFKA, *Eigenverantwortung*, 144 f. («Auslegungshilfe»); BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 7; SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 7 und 12 f.

¹⁵⁷⁹ SULSER, 29; s.a. TSCHANNEN, *Staatsrecht*, Rz. 239.

¹⁵⁸⁰ MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: VdS, § 39, Rz. 54.

¹⁵⁸¹ SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 12.

¹⁵⁸² Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER, 25 f.; hinten, bei Fn. 1637.

¹⁵⁸³ So in BGer C 84/02, E. 2.3 (*Eigenverantwortung des Versicherten zur Abklärung von Sozialversicherungsmöglichkeiten*) und in BGer U 255/03, E. 2.2 (*Eigenverantwortung betreffend die Unterrichtung über den Versicherungsschutz*) – zu diesen Entscheiden auch hinten, Fn. 2538; vgl. auch – allerdings ohne Bezugnahme auf Art. 6 BV – BGE 125 I 335, E. 4e (*Erwartung, dass der Patient die mit seinem Selbstbestimmungsrecht verbundene Eigenverantwortung wahrnehme*; vgl. hinten, in Fn. 2520 und 2533).

¹⁵⁸⁴ Vgl. FÜHR, 81 und 209 f.

tung lässt sich zwar nicht erzwingen, aber wer sich nicht ausreichend um die eigenen Angelegenheiten kümmert, hat allenfalls einen *Nachteil* in Kauf zu nehmen.¹⁵⁸⁵

Rechtliche Wirkungen haben zweifellos die *Grundpflichten*. Sie verschaffen und verstärken die Legitimation für die Beschränkung von Grundrechten,¹⁵⁸⁶ bringen ein bestimmtes *öffentliches Interesse* zum Ausdruck¹⁵⁸⁷ und lassen sich in einem gewissen Sinn als eine – durch den Gesetzgeber zu konkretisierende, inhaltlich «angereicherte»¹⁵⁸⁸, potentiell mehrere Grundrechte betreffende¹⁵⁸⁹ – *Grundrechtsschranke* begreifen.¹⁵⁹⁰ Sie weisen regelmässig *programmatischen Charakter* auf,¹⁵⁹¹ können im Rahmen der *Rechtsanwendung* Bedeutung erlangen und dort allenfalls Gesichtspunkte für die verfassungskonforme Auslegung des Gesetzesrechts beisteuern¹⁵⁹² oder bei der *Ermessensausübung* von Bedeutung sein¹⁵⁹³. Sie können auch als *Erziehungsziele* wirken.¹⁵⁹⁴

Das in der Verfassung angelegte *Menschenbild* eines (auch) gemeinschaftsbezogenen und -verpflichteten Menschen kann ebenfalls ein (wenn auch m.E. bloss sehr vager) «Interpretationsgesichtspunkt» sein und Impulse für Rechtsanwendung und Rechtsetzung beisteuern.¹⁵⁹⁵ Um ein Verfassungsprinzip handelt es sich jedoch nicht.¹⁵⁹⁶

¹⁵⁸⁵ Zum Begriff der Obliegenheit im Kontext des Zivilrechts vgl. SCHLUEP, Rz. 175.

¹⁵⁸⁶ Vgl. FÜHR, 209.

¹⁵⁸⁷ AUBERT, Droits et devoirs, 17.

¹⁵⁸⁸ LUCHTERHANDT, 529 ff., insb. 532.

¹⁵⁸⁹ Siehe KLEY, Grundpflichten, 113 f.; FÜHR, 207 f.; RANDELZHOFFER, Grundrechte und Grundpflichten, in: HGR Bd. II/I, § 37, Rz. 54 und 56.

¹⁵⁹⁰ KLEY, Grundpflichten, 113; HASSO HOFMANN, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: VVDStRL 41, Berlin/New York 1983, 42 ff., 76; freilich ist das Verhältnis zwischen Grundpflichten und Grundrechtsschranken im Einzelnen umstritten und bedürfte einer vertiefteren Darstellung (vgl. die Differenzierungen bei RANDELZHOFFER, Grundrechte und Grundpflichten, in: HGR Bd. II/I, § 37, Rz. 54 ff.); nicht zu übersehen ist jedenfalls, dass Grundpflichten ein *aktives, gemeinwohlerichtetes Tun* einfordern (vgl. dazu RANDELZHOFFER, Grundrechte und Grundpflichten, in: HGR Bd. II/I, § 37, Rz. 56 f.; BETHGE, Grundpflichten, 252 f.; GÖTZ, 12 f.; SCHINDLER, Dienstpflicht, 213).

¹⁵⁹¹ Vgl. SALADIN, Menschenpflichten, 279, wonach Grundpflichten «fast ausschliesslich programmatischen [...] Charakter» haben.

¹⁵⁹² Vgl. SALADIN/ZENGER, 138; LUCHTERHANDT, Grundpflichten als Verfassungsproblem, 547 ff.; zu Recht zurückhaltend KLEY, Grundpflichten, 78 ff.

¹⁵⁹³ VGer ZH, Entscheid vom 9. Februar 2011, VB.2010.00678, E. 3.4 (Berücksichtigung der «Grundpflicht» der Steuerpflicht bei der Ermessensausübung im Einbürgerungsverfahren).

¹⁵⁹⁴ Vgl. KLEY, Grundpflichten, 82 f.

¹⁵⁹⁵ Vgl. KLEY, Grundpflichten, 54 f.; ferner BERGMANN, 18 f.; HÄBERLE, Menschenbild, 73.

¹⁵⁹⁶ Vgl. aber HÄBERLE, Menschenbild, 72.

b) Insbesondere: Interpretation der grundrechtlich geschützten Freiheit mit Blick auf Drittinteressen und das «Gemeinwohl»?

Die Verantwortungsbezüge verweisen darauf, dass es *keine unbegrenzte Freiheit* geben kann und geben soll, ein unbegrenzter «Egoismus» auf Kosten Dritter nicht den Freiheitsvorstellungen des Verfassungsgebers entspricht, der Staat den Einzelnen zum Wohl der Gemeinschaft auch einbinden soll und *darf* und darüber kein Streit entstehen kann.¹⁵⁹⁷ Hat dies aber auch Auswirkungen auf die Auslegung und die Konkretisierung *grundrechtlicher Schutzbereiche*? Fallen gewisse («sozialschädliche») Verhaltensweisen im Interesse der Freiheit der anderen und des Gemeinwohls schon aus dem *grundrechtlichen Schutzbereich heraus*?

Die Beschränkung oder Verengung grundrechtlicher Schutzbereiche auf eine *verantwortete* Freiheit oder einen *verantwortungsvollen* Freiheitsgebrauch wird auch als Aspekt einer sog. *Verantwortungsdogmatik* bezeichnet.¹⁵⁹⁸ Erwogen werden solche Begrenzungen etwa mit Blick auf die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension; sie wird für eine Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten auf den «Wert», dem das betroffene Grundrecht «in seiner objektivrechtlichen Dimension dienen soll», fruchtbar gemacht (manchmal wird das als «*monistische Verantwortungskonzeption*» bezeichnet¹⁵⁹⁹).¹⁶⁰⁰ Diskutiert werden aber auch grundrechtsübergreifende, grundrechtsimmanente Grenzen im Sinne eines «*verfassungsimmanenten Sozialvorbehalts*»¹⁶⁰¹ oder eines «*allgemeinen Gemeinwohlvorbehalts*»¹⁶⁰².¹⁶⁰³ Zuweilen ist diesbezüglich die Rede von einer «*pluralistischen Verantwortungskonzeption*», die ein verantwortliches Handeln im Sinne eines gemeinwohlorientierten oder zumindest nicht -schädlichen Handelns verlangt.¹⁶⁰⁴ Mit einem solchen an der Verantwortung orientierten Grundrechtsverständnis wird die Grundlage dafür geschaffen, die Freiheit in Richtung einer «Freiheit in Verantwortung für andere» zu deuten.¹⁶⁰⁵

Je enger man die Schutzbereiche mit Blick auf Dritt- und Gemeinwohlintereessen zieht, desto weniger Raum bleibt für «selbstschädigendes» oder unkluges Verhal-

¹⁵⁹⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 1550 f.

¹⁵⁹⁸ KLEMENT, Verantwortung, 472 ff., insb. 496 ff.; ARNOLD, 73 ff.

¹⁵⁹⁹ KLEMENT, Verantwortung, 497; ARNOLD, 74 f.

¹⁶⁰⁰ Siehe dazu mit weiteren Nachweisen KLEMENT, Verantwortung, 497 ff.; ARNOLD, 74 f., 191 ff., insb. 202 f.

¹⁶⁰¹ VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 40.

¹⁶⁰² Vgl. GEIS, 29; s.a. KLEY, Grundpflichten, 76; die Rede ist auch von Gemeinschaftsvorbehalt, Nichtstörungs- oder Rücksichtnahmeverbehalt, Gegenseitigkeitsvorbehalt oder Missbrauchsverbot (siehe VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 40).

¹⁶⁰³ Dahingehend etwa SALADIN, Menschenpflichten, 282 ff., und DERS., Verantwortung, 204 ff., wonach die «verantwortete» Freiheit, die «*Freiheit zum Nächsten* [...] Schutzgut der Grundrechte» sein müsse (Herv. im Original); ferner HALDEMANN, 158.

¹⁶⁰⁴ KLEMENT, Verantwortung, 500 ff.; ARNOLD, 75.

¹⁶⁰⁵ ARNOLD, 74; vgl. dazu auch die Hinweise vorne, in Fn. 1603.

ten, das sich negativ auf Dritte auswirkt oder auswirken kann.¹⁶⁰⁶ Die Frage, welche Freiheit geschützt ist und ob die Selbstbestimmung auf der Ebene des Schutzbereichs nicht (vermehrt) auch mit Blick auf deren schädliche Auswirkungen zu umschreiben ist, scheint nicht abschliessend beantwortet.¹⁶⁰⁷ Grundsätzlich gilt, dass die «Verantwortung» des Einzelnen für die Gemeinschaft der (grundrechtlichen) Freiheit nicht so zugeordnet ist, dass sie diese unmittelbar beschränken würde.¹⁶⁰⁸ Zumindest dem Grundsatz nach steht der Gebrauch der Freiheit – jedenfalls in einem liberalen Freiheitsverständnis – im Belieben des Einzelnen; geschützt ist auch die Freiheit zu «*Beliebigkeit*» und «*Willkür*»,¹⁶⁰⁹ und zu einem egoistischen Freiheitsgebrauch¹⁶¹⁰; ob der Einzelne dem Gemeinwohl dient oder sich verantwortungsvoll verhält, ist so gesehen unerheblich.¹⁶¹¹ Die in der Verfassung angelegten Verantwortungsbezüge sind – nicht zuletzt angesichts ihrer Offenheit – in erster Linie durch den *Gesetzgeber einzulösen*¹⁶¹² und aktualisieren sich primär auf der Ebene der *Grundrechtsschranken*. Allerdings ist es *nicht prinzipiell ausgeschlossen*, Schutzbereiche unter Berücksichtigung von Drittinteressen und mittels Durchführung einer Güterabwägung zu bestimmen.¹⁶¹³ Auch der «Verantwortung» als «Freiheitskorrelat»¹⁶¹⁴ kann die Geeignetheit *nicht generell* abgesprochen werden, einen Beitrag zur Konkretisierung grundrechtlicher Schutzbereiche zu leisten.¹⁶¹⁵ Anzeigt ist jedoch eine differenzierte Betrachtung:

¹⁶⁰⁶ Vorne, bei Fn. 1476.

¹⁶⁰⁷ Vgl. für Deutschland die Einschätzung von VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 40.

¹⁶⁰⁸ Vgl. BETHGE, Grundpflichten, 252; GUSY, Grundpflichten, 661.

¹⁶⁰⁹ RHINOW, Grundrechtstheorie, 432; HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 71; ferner BETGHE, Grundpflichten, 252; ISENSEE, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR Bd. IV, § 71, Rz. 117; s.a. vorne, bei Fn. 1225.

¹⁶¹⁰ Vgl. ISENSEE, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR Bd. IV, § 71, Rz. 117.

¹⁶¹¹ Vgl. KLEY, Grundpflichten, 76 und 97; HANGARTNER, Zweckbindung, 378 f.; DERS., Grundzüge Bd. II., 71 f.; BETGHE, Grundpflichten, 252.

¹⁶¹² Vgl. KLEY, Grundrechtskatalog, 345; BADURA, 870; BERKA, 64 f.; KLEY, Grundpflichten, 54 f.; GUSY, Grundpflichten, 661.

¹⁶¹³ SCHEFER, Beeinträchtigung, 91 f.; s.a. BGE 97 I 45, E. 3 (Umschreibung der grundrechtlich geschützten Freiheitssphäre auch aufgrund einer vorzunehmenden «Wertung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter und Interessen»); im Zusammenhang mit der Begründung von Bagatellvorbehalten bei der persönlichen Freiheit vgl. hinten, bei Fn. 1785 ff. – allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Vornahme von Interessenabwägungen zur Bestimmung des *grundrechtlichen Schutzbereichs* keineswegs unproblematisch ist und insbesondere die Gefahr in sich birgt, die Schrankensystematik von Art. 36 BV zu unterlaufen (darauf ist zurückzukommen, siehe hinten, bei Fn. 1659 ff. sowie bei Fn. 1786).

¹⁶¹⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1484 f.

¹⁶¹⁵ MERTEN, Bürgerverantwortung, 19 f.

(1.) Grundsätzlich abzulehnen ist eine **allgemeine Schutzbereichsverengung** mit Blick auf einen «verantwortungsvollen», gemeinschafts- oder gemeinwohl-orientierten oder zumindest -verträglichen Freiheitsgebrauch. Dies ist weder verfassungsrechtlich geboten, noch erscheint mir eine solche Grundrechtsinterpretation angemessen und sachgerecht.¹⁶¹⁶

Ein derartiges Freiheits- und Grundrechtsverständnis müsste *in der Verfassung zumindest einen Rückhalt finden*, was m.E. aber nicht der Fall ist.

So betont *Art. 6 BV* zwar die Sozialpflichtigkeit des Einzelnen, doch lässt sich dieser Bestimmung – auch wenn man ihre Entstehungsgeschichte berücksichtigt – kein (neues) Grundrechtsverständnis entnehmen, wonach nur der verantwortungsvolle Freiheitsgebrauch grundrechtlichen Schutz erlangen dürfte.¹⁶¹⁷

Die Konzeption der Schweiz als *Sozialstaat* mag zwar die Vorstellung von einer «absoluten» Grundrechtsfreiheit verbieten,¹⁶¹⁸ doch sind die im Interesse der Solidarität und der gemeinsamen Wohlfahrt gebotenen Freiheitsbeschränkungen durch den *Gesetzgeber* vorzunehmen.¹⁶¹⁹

Auch die *Grundpflichten* bewirken keine unmittelbare Beschränkung oder Begrenzung grundrechtlicher Freiheiten. Sie werden zwar häufig als «Gegenstück» oder «Pendant» zu den Grundrechten bezeichnet¹⁶²⁰ oder gar im Sinne eines «Korrektivs» für ein «Anspruchsdenken» gedeutet (das mit der Gewährung grundrechtlicher Freiheiten einhergehen soll)¹⁶²¹, doch lassen sich Grundrechte und Grundpflichten nicht einfach als Gegensätze verstehen.¹⁶²² Grundpflichten stehen im Dienste der (grundrechtlichen) Freiheit *aller*¹⁶²³ und können als «verfassungsrechtlich geforderte Pflichtbeiträge zum Gemeinwohl»¹⁶²⁴ verstanden werden. Es besteht auch keine irgendwie geartete *Symmetrie* zwischen Grundpflichten und Grundrechten: Grundpflichten können – wie bereits erwähnt¹⁶²⁵ – nicht als unmittelbare Rechtspflichten verstanden werden, auch nicht dahin-

¹⁶¹⁶ Ablehnend gegenüber einem den grundrechtlichen Schutzbereich begrenzenden Gemeinwohlvorbehalt etwa KLEY, Grundpflichten, 76 und 97; ferner HANGARTNER, Zweckbindung, 378 ff.; für Deutschland vgl. MERTEN, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: HGR Bd. III/II, § 60, Rz. 25 («Absage an Gemeinwohlklausel»); DREIER, Verantwortung, 28; HOFMANN, Grundpflichten und Grundrechte, in: HStR Bd. IX, § 195, Rz. 51.

¹⁶¹⁷ Vgl. BERTSCHI/GÄCHTER, 24 f.; KOCH, 122; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 12; Votum Daniöth, AB S Verfassungsreform, 56.

¹⁶¹⁸ SALADIN, Verantwortung, 74.

¹⁶¹⁹ Vgl. GÖTZ, 16 f.

¹⁶²⁰ Vgl. z.B. BETGHE, Grundpflichten, 251; ROLF STÖBER, Grundpflichten und Grundgesetz, Berlin 1979, 12; FÜHR, 208; GUSY, Grundpflichten 657; HANGARTNER, Bd. II, 59.

¹⁶²¹ BEZGOVSEK, 183.

¹⁶²² KLEY Grundpflichten, 348; RANDELZHOFFER, Grundrechte und Grundpflichten, in: HGR Bd. II/I, § 37, Rz. 42 ff.; MERTEN, Grundpflichten, 554 f.

¹⁶²³ SALADIN, Verantwortung, 216 f.; AUBERT, Droits et devoirs, 18.

¹⁶²⁴ BETHGE, Grundpflichten, 250.

¹⁶²⁵ Vorne, bei Fn. 1560.

gehend, dass jedem Grundrecht eine Grundpflicht entgegenstehen würde.¹⁶²⁶ Ebenso wenig führt die Nichterfüllung einer Grundpflicht zum Untergang eines (korrespondierenden) Grundrechts oder verunmöglichte die Berufung auf grundrechtlichen Schutz.¹⁶²⁷ Die Anrufung eines Grundrechts ist damit nicht an die Erfüllung einer (korrespondierenden) Grundpflicht gebunden.¹⁶²⁸ Schliesslich können Grundpflichten – und das ist im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtig – auch nicht zur Präzisierung, Auslegung oder Beschränkung grundrechtlicher *Schutzbereiche* herbeigezogen werden.¹⁶²⁹ Sie «kündigen» Freiheitsbeschränkungen zwar an;¹⁶³⁰ diese sind aber durch den *Gesetzgeber* zu vermitteln und zu konkretisieren.¹⁶³¹ Am Verständnis der Grundrechte als Abwehrrechte vermögen sie nach zutreffender Auffassung nichts zu ändern.¹⁶³² Grundpflichten lassen sich deshalb (auch) als *Verfassungs- oder Gesetzgebungsaufträge* begreifen.¹⁶³³

Die in Art. 35 BV zum Ausdruck kommende *konstitutive Funktion* und *objektiv-rechtliche Dimension* der Grundrechte¹⁶³⁴ lässt sich ebenfalls nicht für eine Begrenzung grundrechtlicher Freiheiten auf der Schutzbereichsebene fruchtbar machen. Bei der objektiv-rechtlichen Dimension handelt es sich um eine bestimmte Wirkungsrichtung der Grundrechte, die aber nichts zur Frage beisteuert, was den *Inhalt* und die *Substanz* der geschützten und zu verwirklichenden Freiheit ausmacht.¹⁶³⁵ Zudem verkörpert die objektiv-rechtliche Dimension selbst wiederum die (grundrechtlich geschützte) *Freiheit*. Auch die *Horizontalwirkung* (Art. 35 Abs. 3 BV) ist nicht so zu verstehen, dass sich gestützt darauf gewisse Verhaltensweisen aus dem grundrechtlichen Schutz ausklammern liessen – die Grundrechte Dritter stellen, wie Art. 36 Abs. 1 BV zum Ausdruck bringt – bloss, aber immerhin, einen legitimen Grund für eine durch den Gesetz-, allenfalls den Verordnungsgeber zu vermittelnde Freiheitsbeschränkung dar.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass die dem Einzelnen durch die Verfassung auferlegte «Sozialpflichtigkeit» nur sehr rudimentär bestimmt und die ihm obliegende Gemeinwohlverantwortung *reichlich offen* ist¹⁶³⁶ – eine Feststel-

¹⁶²⁶ RANDELZHOFFER, Grundrechte und Grundpflichten, in: HGR Bd. II/I, § 37, Rz. 43.

¹⁶²⁷ Vgl. HALDEMANN 158; AUBERT, Droits et devoirs, 22.

¹⁶²⁸ SENN, 248 f.; GÖTZ, 13 f.; AUBERT, Droits et devoirs, 22; SCHINDLER, Dienstpflicht, 225 f.; RANDELZHOFFER, Grundrechte und Grundpflichten, in: HGR Bd. II/I, § 37, Rz. 43 ff., insb. 45.

¹⁶²⁹ Teilweise (z.B. bezogen auf eine Grundpflicht «Friedenspflicht») differenzierend SCHMIDT, 47.

¹⁶³⁰ KLEY, Grundpflichten, 66, 74 und 349.

¹⁶³¹ SCHINDLER, Dienstpflicht, 221 f.; GUSY, Grundpflichten, 661; SCHWEIZER, Bürgerpflichten, 313; SALADIN, Verantwortung, 216; BETHGE, Grundpflichten, 257; vorne, Fn. 1560.

¹⁶³² KLEY, Grundpflichten, 348.

¹⁶³³ Vgl. SALADIN/ZENGER, 137 f.; SCHINDLER, Dienstpflicht, 221 f.; GUSY, Grundpflichten, 662; KLEY, Grundpflichten, 69 ff. und 349.

¹⁶³⁴ Siehe hinten, Teil 2 V.

¹⁶³⁵ Siehe vorne, bei Fn. 1052 f. und 1383 f., und insb. hinten, Teil 3 IV. B. 2. b).

¹⁶³⁶ Vgl. HALDEMANN, 154.

lung, die insbesondere auf die Bestimmung von Art. 6 BV zutrifft.¹⁶³⁷ Konkrete Aussagen, nach welchen Kriterien die Schutzbereiche zu begrenzen wären, lassen sich kaum identifizieren und insbesondere auch nicht über den – unscharfen – Begriff der «Verantwortung» herleiten.

Der Begriff der «Verantwortung»¹⁶³⁸ ist äusserst vielschichtig und wenig bestimmt,¹⁶³⁹ durch verschiedenste ethische und politische Inhalte mitbeladen¹⁶⁴⁰ und eng verbunden mit anderen – teils schwer zu ergründenden Begriffen – wie Gemeinwohlorientierung, Fürsorge, Solidarität, Subsidiarität, Nachhaltigkeit, Mässigung, Rücksichtnahme, Hilfeleistung oder «soziale Verträglichkeit».¹⁶⁴¹ Darüber hinaus steht die Verantwortung ambivalent *zwischen Freiheit und Pflicht*: Einerseits wird auf die «Verantwortung» rekurriert, um Freiräume zu gewähren und abzusichern, andererseits soll sie dazu dienen, individuelle Freiheit zu begrenzen.¹⁶⁴² Zudem bleibt häufig unklar, inwiefern und für was der Einzelne «Verantwortung» übernehmen soll, nach welchen Kriterien zu entscheiden ist, welche Pflichten ihn treffen, inwiefern er sich mässigen oder für das Gemeinwohl aktiv engagieren soll und – allgemein – was *genau* die Erwartungen sind, die an den Einzelnen gerichtet sind – Verantwortung zeichnet sich insofern durch «inhaltlich offene Verhaltensanforderungen» aus.¹⁶⁴³ Es ist gerade kennzeichnend für die verstärkte Bezugnahme auf bzw. das vermehrte Einfordern von «Verantwortung», dass damit das «richtige» und erwünschte Verhalten nicht deutlich oder allgemeingültig bestimmt werden kann und soll.¹⁶⁴⁴ All diese grundsätzlichen Probleme rund um den Begriff der Eigen- oder Mitverantwortung spiegeln sich in Art. 6 BV wider.

¹⁶³⁷ Vgl. HALDEMANN, 163 f.; BERTSCHIGÄCHTER, 25 f.; TSCHANNEN, Auslegung der neuen Bundesverfassung, in: ZIMMERLI, Neue Bundesverfassung, 223 ff., 230; vgl. auch Votum Danioth, AB S Verfassungsreform, 56 (bewusster Verzicht auf eine Konkretisierung auf Verfassungsstufe); siehe bereits vorne, bei Fn. 1582.

¹⁶³⁸ Zur – hier nicht zu vertiefenden – geschichtlichen Entwicklung des Verantwortungsbegriffs vgl. KURT BAYERTZ, Eine kurze Geschichte der Herkunft der Verantwortung, in: BAYERTZ, 3 ff.; HEIDBRINK, Verantwortungsgesellschaft, 130 ff.; HEISS, 14 ff.

¹⁶³⁹ Vgl. statt vieler etwa FÜHR, 43; NIDA-RÜMELIN, Verantwortung, 13; KLEMENT, Verantwortung, 1 ff.; HEISS, 3, 5 und 11; MATTHIAS MAHLMANN, Recht und Verantwortung, in: Bénédic Winiger et al. (Hrsg.), Recht und Verantwortung/Droit et responsabilité, ARSP Beiheft 129, Stuttgart 2012, 47 ff., 47; DREIER, Verantwortung, 11; SALADIN, Verantwortung, 15 und 26 ff.

¹⁶⁴⁰ Vgl. etwa SALADIN, Verantwortung, 99; KLEMENT, Verantwortung, 4 und 195; gerade in der ethischen Diskussion nimmt die Verantwortung heute einen wichtigen Stellenwert ein (vgl. etwa HEISS, 1; SALADIN, Verantwortung 19 und 212; XAVER KAUFMANN, Risiko, Verantwortung und Komplexität, in: BAYERTZ, 72 ff., 85).

¹⁶⁴¹ Siehe HEIDBRINK, Verantwortung, 26; NIDA-RÜMELIN, Eigenverantwortung, 34; WALDMANN, Eigenverantwortung, 346.

¹⁶⁴² KLEMENT, Verantwortung, 26, 29 f., 206 f. und 261 f.; s.a. hinten, bei Fn. 1655 und – bezogen auf die Eigenverantwortung – bei Fn. 2516.

¹⁶⁴³ Siehe FÜHR, 54 ff.; HEIDBRINK, Verantwortung, 28.

¹⁶⁴⁴ Vgl. KAUFMANN, «Verantwortung», 54.

Bei einem Schutz lediglich des verantwortungsvollen, gemeinwohlorientierten Freiheitsgebrauchs entstünden angesichts der Offenheit, Unbestimmtheit und Konkretisierungsbedürftigkeit von Begriffen wie Verantwortung oder Gemeinwohl ganz erhebliche *Rechtsunsicherheiten*. Zudem besteht die Gefahr, dass diffuse (allenfalls «tagespolitische» oder sittlich aufgeladene) *Wertungen* in den Schutzbereich einfließen, diesen präformieren und damit der *richtige* Freiheitsgebrauch von aussen vorgegeben wird.¹⁶⁴⁵ Diese Gefahr erhöht sich umso mehr, je offener die für eine Schutzbereichsbegrenzung verwendeten Kriterien und je stärker diese moralisch aufgeladen sind (oder sich aufladen lassen),¹⁶⁴⁶ was ganz besonders auf den stark durch ausserrechtliche Vorstellungen geprägten Begriff der «Verantwortung» zutrifft.¹⁶⁴⁷ Die Grundrechte würden so nicht nur in ihrer unbestrittenen Schutzfunktion, den Staat fernzuhalten oder zumindest in die Rechtfertigung zu zwingen, relativiert, sondern auch mit Blick auf externe Interessen bestimmt und für *Drittinteressen* instrumentalisiert und funktionalisiert¹⁶⁴⁸ (worin auch Konflikte mit der Menschenwürde angelegt sind¹⁶⁴⁹). Die Statuierung von «Gemeinwohlvorbehalten» ist auch deshalb abzulehnen, da es primär der *Staat* ist, der das Gemeinwohl zu verwirklichen hat, dem die «Gemeinwohlverantwortung» obliegt¹⁶⁵⁰ (was etwa Art. 2 BV zum Ausdruck bringt). Eine *unmittelbare Gemeinwohlverantwortung* des Einzelnen lässt sich Art. 6 BV jedenfalls *nicht* entnehmen;¹⁶⁵¹ der Einzelne hat nur, aber immerhin einen *Beitrag* an das Gemeinwohl zu leisten.¹⁶⁵² Ganz grundsätzlich stellt sich zudem die Frage, ob

¹⁶⁴⁵ Vgl. ISENSEE, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR Bd. IV, § 71, Rz. 117.

¹⁶⁴⁶ Vgl. BÖCKENFÖRDE, Recht, Staat, Freiheit, 166 f.

¹⁶⁴⁷ Vgl. KOCH, 61 und 72; DEPENHEUER, 98 f.

¹⁶⁴⁸ Vgl. dazu HANGARTNER, Zweckbindung, 377 ff.; DERS., Grundzüge Bd. II, 72; ferner KLEY, Grundpflichten, 76 und 96 ff.; BETHGE, Grundpflichten, 252; MERTEN, Grundpflichten, 557; RHINOW, Grundrechtstheorie, 432 f.; HANGARTNER, Bemerkungen zu BGE 124 I 11, AJP 1998, 971 ff., 973 und zu BGE 124 I 25, AJP 1998, 972 ff., 974 f.; GEIS, 29 f.

¹⁶⁴⁹ Vgl. RIGOPOULOU, 90 ff., siehe insb. 92 f.; HANGARTNER, Zweckbindung, 379; s.a. vorne, bei Fn. 1035 ff.

¹⁶⁵⁰ BERKA, 65.

¹⁶⁵¹ So auch SULSER, 29; in der parlamentarischen Debatte wurde vereinzelt betont, dass die Förderung der Wohlfahrt «klar eine Aufgabe der Gesellschaft und des Staates, nicht des einzelnen» sei (Steinemann, AB N Verfassungsreform, 138); kritisch zu einer direkten Gemeinwohlverantwortung der Bürgerinnen und Bürger äusserte sich Koller (Bundesrat), AB N Verfassungsreform, 144: «Ich glaube, dass wir unsere Bürgerinnen und Bürger überfordern, wenn wir von ihnen verlangen, dass sie zu direkten Erfüllungshelfern des Gemeinwohls werden. Das scheint mir ein zu idealistisches Bild zu sein.»

¹⁶⁵² CR Cst.-CHATTON, Art. 6, Rz. 23.

jeder «egoistische» Freiheitsgebrauch per se sozialschädlich ist. So ist keineswegs auszuschliessen, dass die Begrenzung der Freiheit auf ein «verantwortungsvolles» Verhalten (gesellschaftlichen) Fortschritt und gesellschaftliche Erneuerungsprozesse bremst;¹⁶⁵³ oder dass vermeintlich dem Gemeinwohl abträgliche Verhaltensweisen aus einer anderen Perspektive das Gemeinwohl zu befördern vermögen – so einfach liegen die Dinge eben nicht.¹⁶⁵⁴

Zudem ist die Verantwortung im Verfassungsstaat ambivalent und kann nicht nur in einem individuelle Freiheiten begrenzenden Sinn verstanden werden. *Mitverantwortung* bedeutet im freiheitlichen Staat auch Verantwortung für die Freiheit der anderen, einschliesslich abweichender Freiheits- und Lebensvorstellungen.¹⁶⁵⁵ Und wenn Art. 6 BV dazu anhält, zur *Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft* beizutragen, dann geht es auch um einen Beitrag zur Ermöglichung von (Chancen-)Gleichheit, Würde und individueller Freiheit Dritter. Eine allgemeine Beschränkung des grundrechtlichen Schutzzumfangs individueller Selbstbestimmung mit Blick auf das Gemeinwohl dürfte dieser Ambivalenz der Mitverantwortung nicht hinreichend Rechnung tragen. Entsprechendes gilt für die *Eigenverantwortung*: Diese ist von *allen* wahrzunehmen und damit immer auch von den *anderen*. Die Eigenverantwortung kann es (zumindest in einem gewissen Umfang und soweit zumutbar) auch gebieten, negativen Aussenwirkungen des Verhaltens Dritter durch eigene *Massnahmen* zu begegnen oder dies zumindest zu versuchen (z.B. durch Selbstschutz oder Vermeiden einer Konfrontation¹⁶⁵⁶). Und ganz allgemein ist festzuhalten, dass die vom Staat einforderbare Verantwortung immer im Licht der (übrigen) (Grund-)Entscheidungen der Verfassung zu

¹⁶⁵³ Vgl. ARNOLD, 75; ferner ISENSEE, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: HStR Bd. IV, § 71, Rz. 41 f. und 116 ff., wonach (ökonomischer) Eigennutz durchaus gemeinwohlförderliche Effekte habe und (Rz. 42) «[d]as Fehlen egoistischer Absichten [...] nicht unbedingt Ausweis der «Gemeinwohlorientierung» sei; vgl. von einem liberalen Standpunkt aus auch F.A. VON HAYEK, *Recht, Gesetz und Freiheit – Eine Neufassung der liberalen Grundsätze der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie*, hrsg. von Viktor Vanberg, Tübingen 2003, 105: «Ja, ein gewisser Schaden, der anderen wissentlich zugefügt wird, ist sogar wesentlich für die Erhaltung einer spontanen Ordnung: Das Gesetz untersagt die Gründung eines neuen Unternehmens selbst dann nicht, wenn sie in der Erwartung erfolgt, dass sie zum Ruin eines anderen führen würde.»

¹⁶⁵⁴ Zu Recht kritisch KLEMENT, *Verantwortung*, 499 ff.

¹⁶⁵⁵ Vgl. auch Votum J.P. MÜLLER, in: VVDStRL 55, Berlin/New York 1996, 131 f., wonach «Bürgerverantwortung» Respekt vor dem Fremden und Schutz der Minderheiten mitumfasse.

¹⁶⁵⁶ Vgl. im Kontext der öffentlichen Sittlichkeit hinten, bei Fn. 3244 f.; s.a. hinten, bei Fn. 1678. Aber natürlich: In die Pflicht zu nehmen bleibt der *Störer*, nicht der Gefährdete oder Geschädigte.

konkretisieren ist,¹⁶⁵⁷ namentlich der *Freiheit, Gleichheit* und *Gerechtigkeit* und der im demokratischen Verfassungsstaat gebotenen *Offenheit* gegenüber abweichenden Lebensvorstellungen.¹⁶⁵⁸

Eine Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche nach Massgabe eines gemeinwohlorientierten, verantwortungsvollen Freiheitsgebrauchs geriete auch in einen Konflikt mit der Schrankenregelung von Art. 36 BV bzw. liefe Gefahr, diese zu unterlaufen.¹⁶⁵⁹ Auch wenn man grundrechtliche Schutzbereiche mit Blick auf eine Gemeinwohlverantwortung interpretieren wollte, blieben Güterabwägungen notwendig;¹⁶⁶⁰ dafür stehen aber in erster Linie die Grundrechtsschranken zur Verfügung.¹⁶⁶¹ Eine Auslegung grundrechtlicher Freiheiten mit Blick auf einen «verantwortungsvollen» Freiheitsgebrauch wirft schliesslich Fragen mit Blick auf die *Gewaltenteilung* und das *Demokratieprinzip* auf. Über die Statuierung von «Verantwortung» und «Pflichten» ist im demokratischen Prozess zu entscheiden.¹⁶⁶² Die Vermittlung zwischen Individual- und Gemeinwohlintressen hat deshalb im Rahmen der – dafür vorgesehenen – *Grundrechtsschranken* zu erfolgen und *kann* dort auch erfolgen; einer Verengung grundrechtlicher Schutzbereiche auf eine «verantwortete Freiheit» bedarf es m.E. nicht.¹⁶⁶³

¹⁶⁵⁷ Zur gebotenen Interpretation und Anwendung einzelner Verfassungsbestimmungen im «Gesamtzusammenhang der Verfassung» (Grundsatz der «Einheit der Verfassung; Herstellung «praktischer Konkordanz») siehe HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 129; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 21; DERS., Staatsrecht, Rz. 156 und 176 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 529; BJ, Gutachten vom 30. Oktober 1996 und Ergänzung vom 26. März 1997, VPB 1997 Nr. 84, 802 ff., 805 f.; gemäss BGE 139 I 16, E. 4.2.1, ist «[d]ie Verfassung [...] mit Blick auf die Strukturprinzipien, die Völkerrechtskonformität und eine *minimale Einheit* zu interpretieren» (Herv. d. Verf.).

¹⁶⁵⁸ Vgl. BERKA, 60 f., 67, 80 und 86.

¹⁶⁵⁹ Vgl. GEIS, 30.

¹⁶⁶⁰ Vgl. ENDERLEIN, 153; s.a. BOLZ, 106, wonach die «Normbereichsanalyse [...] nicht zur Ausschaltung der [...] notwendigen Güterabwägung führen» dürfe; zur Bindung an den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* bei der Umsetzung, Ausgestaltung und Konkretisierung von Grundpflichten s.a. BADURA, 868; vgl. bezogen auf die Erfüllung bürgerlicher Pflichten nach Art. 49 Abs. 5 aBV – allerdings ohne Bezugnahme auf die Frage nach einer Verengung grundrechtlicher Schutzbereiche – auch BGE 119 Ia 178, E. 7a: Danach sind «die rechtsanwendenden Behörden [...] nicht davon entbunden, im Einzelfall zu prüfen, ob das Beharren auf einer Bürgerpflicht im überwiegenden öffentlichen Interesse liegt, beziehungsweise ob der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist.»

¹⁶⁶¹ HANGARTNER, Zweckbindung, 382.

¹⁶⁶² Vgl. bereits vorne, bei Fn. 1612.

¹⁶⁶³ Vgl. HANGARTNER, Zweckbindung, 382; KLEMENT, Verantwortung, 496 ff.

- (2.) Nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist hingegen eine Konturierung grundrechtlicher Schutzbereiche **mit Blick auf konkrete Gefährdungen und Verletzungen Dritter**, was von diffusen, allgemeinen Gemeinwohlvorbehalten zu unterscheiden ist. So stellt sich z.B. die Frage nach «*Nichtschädigungsvorbehalten*» oder einer Ausklammerung von Freiheitsbetätigungen, die von einer (*erheblichen, unmittelbaren*) *Sozialschädlichkeit* sind.¹⁶⁶⁴

Wird die Freiheit gebraucht, um damit andere *gezielt* zu schädigen, ist zweifelhaft, ob dies grundrechtlich geschützt sein kann. Grundrechte wollen und sollen Lebensbereiche schützen, die grundlegend für die Demokratie und den Rechtsstaat sowie die «menschliche Existenz» sind – erfasst sind nur wesentliche und grundlegende Ausdrucksformen der menschlichen Persönlichkeit.¹⁶⁶⁵ Deshalb gibt es m.E. kein grundrechtlich geschütztes Recht, jemanden gegen seinen Willen zu töten, auszurauben oder zu versklaven.¹⁶⁶⁶ Der grundrechtliche Schutz der Selbstbestimmung umfasst keinen Anspruch, auf diese Weise über einen Dritten oder dessen Rechtsgüter (fremd) zu bestimmen.¹⁶⁶⁷ Einem solchen Freiheitsgebrauch müssten ohnehin auf der Ebene der Schranken Grenzen gesetzt werden, was teilweise als Argument angeführt wird, ihn bereits vom grundrechtlichen Schutz auszuschliessen.¹⁶⁶⁸ Allerdings: Im Einzelfall – und ausserhalb klarer Fälle im vorgenannten Sinn (Raub, Mord, Versklavung usw.) – ist die Frage, inwiefern Verhaltensweisen wegen der Verletzung von Drittinteressen die grundrechtliche Schutzwürdigkeit abzusprechen ist, erheblich schwierig zu beantworten.

¹⁶⁶⁴ Vgl. MERTEN, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: HGR Bd. III/II, § 60, Rz. 25 ff.; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 95 f. und 100 f.

¹⁶⁶⁵ MÜLLER, Grundrechtstheorie, 17 f. und 90; MARKUS SCHEFER, Gefährdung von Grundrechten – Eine grundrechtsdogmatische Skizze, in: Thomas Sutter-Somm et al. (Hrsg.), Risiko und Recht – Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Basel 2004, 441 ff., 473; hinten, Fn. 1733.

¹⁶⁶⁶ Vgl. MERTEN, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: HGR Bd. III/II, § 60, Rz. 26; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 98 f. und 140; VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 42 – zu differenzieren bleibt allerdings für Notwehr- und Notstandssituationen (so auch CORNILS, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR Bd. VII, § 168, Rz. 47).

¹⁶⁶⁷ ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 98 f.

¹⁶⁶⁸ Vgl. MERTEN, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: HGR Bd. III/II, § 60, Rz. 26; s.a. hinten, bei Fn. 1789; kritisch zu diesem Argument CORNILS, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR Bd. VII, § 168, Rz. 46.

Schutz nur friedlicher Versammlungen durch die Versammlungsfreiheit?¹⁶⁶⁹ Schutz auch revisionistischer und rassistischer Äußerungen durch die Meinungsfreiheit?¹⁶⁷⁰ Schutz von Aufrufen zu Hass, Intoleranz und Gewalt gegenüber Andersgläubigen durch die Glaubensfreiheit?¹⁶⁷¹ Schutz einer Blossstellung von Prozessbeteiligten durch die Meinungsäußerungs- und die Medienfreiheit im Rahmen einer Gerichtsberichterstattung?¹⁶⁷²

Ohne zu diesen spezifischen Fragen im Einzelnen Stellung nehmen zu wollen, ist im Allgemeinen doch zu Zurückhaltung zu mahnen, Verhaltensweisen bereits vom *grundrechtlichen Schutz* auszuschliessen, die zu einer Störung von Rechten und Freiheiten Dritter führen.¹⁶⁷³ Bezogen auf die Grundrechte Drit-

¹⁶⁶⁹ Für eine Beschränkung des Schutzes der Versammlungsfreiheit auf friedliche Versammlungen etwa MAHON, Petit Comm., Art. 22 Cst., Rz. 5; Botsch. VE 96, 166; s.a. BGE 111 Ia 322, E. 6a; deutlich BGE 143 I 147, E. 3.2: «In den grundrechtlichen Schutzbereich fallen dementsprechend nur (ursprünglich) friedliche Versammlungen. [. . .]. Art. 22 BV schützt nach dem Gesagten nur friedliche Versammlungen.» (s.a. BGER 1C_181/2019, E. 4.2 [in BGE 147 I 103 unpubl. Erwägung]); in BGE 132 I 256, E. 3, und BGE 127 I 164, E. 1b, schien die Friedlichkeit der Versammlung bzw. Kundgebung hingegen eher ein Element der *Interessenabwägung* im Rahmen der Bewilligungserteilung zu sein; differenzierend zur Bedeutung der «Friedlichkeit» als Element des Schutzbereichs: RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1691; MÜLLER/SCHEFER, 582 ff.; SCHEFER, Beeinträchtigung, 20 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 22, Rz. 10; SGK BV-ERRASS, Art. 22, Rz. 20 ff.

¹⁶⁷⁰ Vgl. dazu MÜLLER/SCHEFER, 384 ff. m.w.H.; aus der Rechtsprechung des EGMR siehe das Urteil vom 14. März 2013 i.S. *Kasymakhunov und Saybatalov gegen Russland*, Nr. 26261/05 und 26377/06, Ziff. 105 ff., wonach sich eine Organisation wegen Art. 17 EMRK für antisemitische und zu Gewalt aufrufende Aussagen nicht auf die Garantien von Art. 9, 10 und 11 berufen könne; ferner – bezogen auf antisemitische und revisionistische Äußerungen – EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 20. Oktober 2015 i.S. *Dieudonné M'Bala M'Bala gegen Frankreich*, Nr. 25239/13, Ziff. 30 ff. (kein Schutz durch Art. 10 EMRK); vgl. aber auch die Differenzierungen zur Anwendbarkeit von Art. 17 EMRK im Urteil des EGMR vom 15. Oktober 2015 i.S. *Perinçek gegen Schweiz*, Nr. 27510/08, Ziff. 113 ff.; der EGMR-Rechtsprechung lassen sich jedoch nur sehr bedingt klare und allgemeingültige Kriterien entnehmen, wann eine zu Hass oder Gewalt aufstachelnde Äußerung nicht mehr durch Art. 10 EMRK geschützt ist, siehe dazu die umfassende Darstellung bei ANNA KATHARINA STRUTH, *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung*, Diss., Berlin/Heidelberg 2019, 78 ff., 114 ff., 182 ff. und 187 ff., insb. 191 f., 189 und 431.

¹⁶⁷¹ Für eine Ausklammerung solcher Handlungen aus dem Schutzbereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit SCHÄDLER, 151 ff. insb. 170 ff.; s.a. das vorne (Fn. 1670) zitierte Urteil des EGMR i.S. *Kasymakhunov und Saybatalov gegen Russland*.

¹⁶⁷² Vgl. BGE 113 Ia 309, E. 5a, wonach die Meinungsäußerungs- und die Pressefreiheit «keinen Anspruch darauf [geben], Prozessbeteiligte unnötig blosszustellen und damit deren Persönlichkeitsrechte zu verletzen» – was aber ist eine «unnötige» Blossstellung?

¹⁶⁷³ Wie hier kritisch KIENER, Grundrechtsschranken, in: VdS 2020, Bd. II, V.6, Rz. 26; ISENSEE, Abwehrrecht, Rz. 96 und 101; KAHL, Grundrechtsgenematik, 605; bezogen auf Art. 16 und 17 BV FRANZ ZELLER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundes-

ter ist zudem zu bedenken, dass diese in Art. 36 Abs. 1 BV als *Schranke* der Freiheitsausübung genannt werden.

Eine grundrechtlich geschützte Meinungsäußerung liegt jedenfalls auch dann vor, wenn diese einen provozierenden, verstörenden oder schockierenden Charakter aufweist.¹⁶⁷⁴ Ebenso wenig fällt der Schutz durch die Meinungsäußerungsfreiheit schon deshalb weg, weil mit einer Äußerung ein gewisser Druck auf Dritte ausgeübt werden soll (Änderung der Haftbedingungen, Eingreifen in den Strafprozess usw.), was sich etwa im Kontext des Hungerstreiks als relevant erweisen kann.¹⁶⁷⁵ Es geht m.E. auch zu weit, dem hungerstreikenden Gefangenen eine Anrufung seines Selbstbestimmungsrechts nur insoweit zu erlauben, als sich dies «mit den Zwecken des Strafvollzugs verträgt».¹⁶⁷⁶

Schutzbereichsbegrenzungen mit Blick auf eine Schädigung Dritter können sich m.E. nur dann rechtfertigen, wenn die Rechte und Interessen Dritter gegenläufige Interessen des Schädigers so *klar überwiegen*, dass der Freiheitsgebrauch des Letzteren ohnehin beschränkt werden müsste.¹⁶⁷⁷ Dies ist jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn das (schädigende) Verhalten mit einer schützenswerten Persönlichkeitsentfaltung verbunden ist und die Schädigung Dritter nicht das eigentliche Handlungsziel ist. Erst recht muss dies in all den Fällen gelten, in denen die Dritten (soweit zumutbar) die Gefährdung in Eigenverantwortung vermeiden können.¹⁶⁷⁸ Zu berücksichtigen ist immer auch, wie unmittelbar und schwer die Schädigung Dritter ist. Nur weil das Rauchen¹⁶⁷⁹ zu einem Passivrauchen oder gefährliche Sportarten zu schwierigen und gefährlichen Rettungsaktionen führen (können), ist es nicht gerechtfertigt, solchen Handlungen bereits den grundrechtlichen Schutz zu versagen.

gerichts in den Jahren 2020 und 2021, Kommunikationsgrundrechte, ZBJV 2021, 589 ff., 590.

¹⁶⁷⁴ BGer 1C_451/2018, E. 3.2 und 4.1; BGE 138 I 274, E. 2.2.1; EGMR, Urteil vom 26. November 2015 i.S. *Annen gegen Deutschland*, Nr. 3690/10, Ziff. 52; vom 24. Mai 1988 i.S. *Müller u.a. gegen Schweiz*, Nr. 10737/84, Ziff. 33; ferner OFK BV-BIAGGINI, Art. 16, Rz. 6; SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 12.

¹⁶⁷⁵ Siehe BGE 136 IV 97, E. 6.3; vorne, Fn. 795. Die Grenze zur unzulässigen, nicht mehr durch die Meinungsfreiheit geschützten Druckausübung auf Dritte ist jedoch schwierig zu ziehen. Nicht geschützt ist die Anwendung von eigentlicher, zumindest nicht unerheblicher physischer Gewalt gegenüber Dritten (vgl. MÜLLER/SCHEFER, 363 und 390; s.a. BGE 97 I 893, E. 4).

¹⁶⁷⁶ Vgl. aber MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285.

¹⁶⁷⁷ Vgl. MERTEN, Immanente Grenzen und verfassungsunmittelbare Schranken, in: HGR Bd. III/II, § 60, Rz. 26; s.a. SCHEFER, Kommunikationsgrundrechte, in: VdS 2020, Bd. II, V.11, Rz. 66, wonach «Anstiftungen zu schweren Verbrechen [...], die unmittelbar zu entsprechenden Handlungen führen», «[a]usserhalb des sachlichen Schutzbereichs der Kommunikationsgrundrechte [...] liegen [dürften]».

¹⁶⁷⁸ Vgl. auch vorne, bei Fn. 1656.

¹⁶⁷⁹ Zum Schutz des Rauchens durch die persönliche Freiheit vgl. hinten, bei Fn. 1724.

Zu weit geht es auch, den Konsum berauschender Substanzen unter Hinweis auf dessen (angebliche) Sozialschädlichkeit vom Grundrechtsschutz auszuklammern.¹⁶⁸⁰ Dies liesse die individuelle Freiheit leerlaufen, geht deren Ausübung doch regelmässig oder zumindest häufig mit negativen Auswirkungen auf Dritte einher. Eine generelle Aussage, wonach die «Selbstgefährdung» oder «Selbstschädigung» nur unter der Voraussetzung grundrechtlich geschützt wäre, dass Dritte nicht geschädigt werden, ist zu pauschal und m.E. klarerweise nicht zustimmungswürdig.¹⁶⁸¹

Von der Schutzbereichsdiskussion klar zu trennen ist die Frage, ob das Grundrecht *eingeschränkt* werden darf: Beispielsweise obliegt es jedem selbst zu entscheiden, ob er sich gegen Masern impfen und das Risiko einer Masernerkrankung eingehen will. Allein die Tatsache, dass damit eine Gefährdung für Dritte verbunden sein kann, nimmt dem Entscheid, auf eine Impfung zu verzichten, nicht die grundrechtliche Schutzwürdigkeit. Allerdings muss der Einzelne Freiheitsbeschränkungen erdulden, wenn seine «Nichtimpfung» und seine Eigenschaft als potentieller Überträger des Masernvirus zu einer Gesundheitsgefährdung für Dritte führt. Ein Anspruch darauf, dass der Staat von einer Ansteckung potentiell betroffene *Dritte* zu Massnahmen verpflichtet, um das Risiko einer Weiterübertragung zu senken (Impfung, Einnahme von Immunglobulin), besteht nicht.¹⁶⁸² Aus dem Recht, Risiken für die eigene Gesundheit einzugehen, folgt kein Anspruch, dieses Recht auf Kosten der Freiheiten Dritter ausüben zu dürfen.

¹⁶⁸⁰ Aus diesem Grund aber gegen ein «Recht auf Rausch»: VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 42; m.E. zu weitgehend HUG-BEELI, Komm. zu Art. 19a BetmG, Rz. 72, wonach sich derjenige «nicht mehr auf das verfassungsmässige Grundrecht der persönlichen Freiheit berufen» könne, der mit seinem Drogenkonsum die Freiheit anderer, das Gemeinwohl oder die öffentliche Ordnung beeinträchtige; bezogen auf Art. 2 Abs. 1 GG s.a. BVerfGE 90, 145 (171) (dazu hinten, in Fn. 1726); wie hier kritisch: BERND SCHÜNEMANN, Das «Menschenbild des Grundgesetzes» in der Falle der Postmoderne und seine überfällige Ersetzung durch den «homo oecologicus», in: Bernd Schünemann/Jörg Paul Müller/Lothar Philipps, Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte, Berlin 2002, 3 ff., 6 f.

¹⁶⁸¹ Vgl. aber KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25, wonach «die Selbstgefährdung nur dann grundrechtlichen Schutz beanspruchen» könne, «wenn sie ausschliesslich» sei, «d.h. nicht gleichzeitig Dritte gefährde[.]»; zu pauschal insofern m.E. auch SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41, wonach «der Entscheid, wie gefährlich oder <unvernünftig> jemand leben will, als Ausdruck der verfassungsrechtlich geschützten persönlichen Freiheit anerkannt» sei, «solange keine Rechtsgüter Dritter verletzt oder gefährdet» würden.

¹⁶⁸² Vgl. BGer 2C_395/2019, E. 3 – bezogen auf die (bejahte) Frage, ob der im Anschluss an die Masernerkrankung einer Schülerin verfügte (befristete) Schulausschluss eines nicht gegen Masern geimpften (und noch nie daran erkrankten) Mitschülers verhältnismässig war; zur Vereinbarkeit einer staatlichen (allerdings nicht zwangsweise durchsetzbaren) Impfpflicht für Kinder mit Art. 8 EMRK siehe EGMR, Urteil vom 8. April 2021 i.S. *Vavříčka und andere* gegen *Tschechische Republik*, Nr. 47621/13, Ziff. 258 ff.

(3.) Grundsätzlich abzulehnen ist eine Begrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche aus Gründen der **öffentlichen Moral, der guten Sitten oder der «Sozialethik»** (im Sinne einer «immanenten Schranke»).¹⁶⁸³ Eine Ausklammerung «unsittlichen» Verhaltens aus dem Schutzbereich liefe Gefahr, die verfassungsrechtlich gebotene (weltanschauliche und religiöse) «Neutralität» in der Grundrechtsinterpretation¹⁶⁸⁴ zu unterlaufen, den Schutzbereich mit Blick auf partikuläre, sich stets im Wandel befindliche – und immer aufs Neue zu hinterfragende – Wertvorstellungen oder Vorstellungen des guten und richtigen Lebens zu verengen und sich der – gerade in sittlich-moralischen Fragen wichtigen¹⁶⁸⁵ – Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung zu entziehen.¹⁶⁸⁶ Auch «unliebsames», den gesellschaftlichen Moralvorstellungen zuwiderlaufendes Verhalten bedarf des grundrechtlichen Schutzes; er ist hier (heute) sogar besonders wichtig.

Die (angebliche) «Unsittlichkeit» einer Tätigkeit ist kein Grund, sie vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit auszuschliessen.¹⁶⁸⁷ Bspw. untersteht die (allerdings ohnehin nicht als sittenwidrige einzustufende¹⁶⁸⁸) *Sexarbeit* dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit gleichermaßen wie andere (auf Erwerb gerichtete) Tätigkeiten auch;¹⁶⁸⁹ und die (gewerbsmäßige) *Leihmuttertschaft* lässt sich nicht wegen der durch sie aufgeworfenen sittlich-moralischen Fragen aus dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit ausklammern.¹⁶⁹⁰ Für die Frage, ob der *Schwangerschaftsabbruch* durch Art. 10 Abs. 2 BV oder Art. 8 EMRK geschützt ist, sollten damit verbundene moralische Fragen keine Rolle spielen.¹⁶⁹¹ Ebenso wenig kann

¹⁶⁸³ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 13 (im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs).

¹⁶⁸⁴ Vgl. vorne, Teil 2 III. A. 2, dort Ziff. (3.) bei Fn. 1229 ff., und Ziff. (4.) bei Fn. 1252 ff.

¹⁶⁸⁵ Vgl. hinten, Teil 3 IV. D. 3. c) ii.

¹⁶⁸⁶ Vgl. ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 96; ferner HANGARTNER, Sterbehilfe, 13 (bezogen auf den Schwangerschaftsabbruch).

¹⁶⁸⁷ MAHON, Petit Comm., Art. 27 Cst., Rz. 8; RHINOW, Komm. zu Art. 31 aBV, Rz. 69; MÜLLER/SCHEFER, 1053; BGE 106 Ia 267, E. 1 («Peepshow»).

¹⁶⁸⁸ Hinten, bei Fn. 3196.

¹⁶⁸⁹ Zum Schutz der Prostitution durch die Wirtschaftsfreiheit siehe BGE 147 IV 73, E. 7.2; BGE 137 I 167, E. 3.1; BGE 111 II 295, E. 2d; BGE 101 Ia 473, E. 2b; BGER 2C_106/2015, E. 4.1; BGER 6B_188/2011, E. 2.3 und 2.4; SIMMLER/BIBERSTEIN, 4; KOLLER, Sexarbeit, 16; Entsprechendes gilt für den Betrieb von Bordellen, erotischen Etablissements oder die Durchführung einer Peepshow (BGE 137 I 167, E. 3.1; BGE 106 Ia 267, E. 1; s.a. KOLLER, Sexarbeit, 16).

¹⁶⁹⁰ Vgl. BERTSCHI, 50.

¹⁶⁹¹ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 13; nach der EGMR-Rechtsprechung berühren Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch das nach Art. 8 EMRK geschützte Privatleben (ohne aber, dass aus Art. 8 EMRK ein Recht auf Abtreibung abgeleitet werden könnte) – Beschränkungen des Schwangerschaftsabbruchs aus Gründen der Moral sind rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in Art. 8 EMRK (EGMR, Urteil vom 16. Dezember 2010 i.S. A, B. und C gegen Irland, Nr. 25579/05, Rz. 213 f., 222 ff. und 229 ff.).

der Konsum von Drogen mit der Begründung eines angeblichen Sittenverstosses vom Grundrechtsschutz ausgeschlossen werden.¹⁶⁹²

Eine Bestimmung bzw. Begrenzung des grundrechtlichen Schutzbereichs mit Blick auf die *guten Sitten* rechtfertigt sich auch dann nicht, wenn sich die Einzelne ihrer *Freiheit entäussern will*, indem sie z.B. in eine Tötung einwilligen oder sich in (umfassende) Abhängigkeitsverhältnisse begeben möchte. Die Grenzen der Selbstbestimmung scheinen mir selbst in solchen Fällen zu unsicher, um eine derartige Schutzbereichsbegrenzung anzunehmen, jedenfalls wenn es (unter dem Aspekt der guten Sitten) letztlich (auch) darum geht, die Einzelne *vor sich selbst zu schützen*¹⁶⁹³. Hier muss genügend Raum für eine einzelfallbezogene Interessenabwägung bleiben. Eine Schutzbereichsbegrenzung lässt sich m.E. auch nicht mit der Regelung von Art. 27 Abs. 2 ZGB begründen, wonach sich niemand seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grad beschränken kann;¹⁶⁹⁴ um eine (für die Grundrechtsinterpretation verbindliche) gesetzgeberische Ausgestaltung des *verfassungsrechtlichen* Persönlichkeitsschutzes handelt es sich hierbei nicht.¹⁶⁹⁵ Grundrechtliche Schutzbereiche sind – von Ausnahmen wie z.B. bei der Eigentumsgarantie abgesehen¹⁶⁹⁶ – nicht mit Blick auf *gesetzliche* Regelungen zu konkretisieren. Die Bestimmung von Art. 27 ZGB hat sich vielmehr selbst vor der Verfassung und der grundrechtlich geschützten Freiheit zu rechtfertigen bzw. ist mit Blick auf die Verfassung zu handhaben.¹⁶⁹⁷ Daran ändert es nichts, dass im Bereich des Persönlichkeitsschutzes zivil- und verfassungsrechtliche Regelungen und Vorgaben gegenseitig (stark) aufeinander einwirken.¹⁶⁹⁸

¹⁶⁹² M.E. fällt der Konsum von Betäubungsmitteln durchaus unter die persönliche Freiheit, siehe hinten, bei Fn. 1726; er lässt sich m.E. ohnehin nicht als sittenwidrig bezeichnen (hinten, bei Fn. 3191).

¹⁶⁹³ Hinter der Anrufung der guten Sitten oder der öffentlichen Moral verbirgt sich nicht selten eine paternalistische Absicht, vgl. hinten, Teil 3 IV. D. 2, insb. bei Fn. 3133 ff.

¹⁶⁹⁴ Vgl. aber RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 49, welche die «Folgerung» als «widersprüchlich» erachtet, «dass das verfassungsmässige Recht der persönlichen Freiheit unter Vorbehalt gesetzlicher Einschränkungen die Selbstzerstörung als letzte Konsequenz der persönlichen Freiheit zulässt, während eine Selbstentäusserung bzw. die Verfügung über dieses Recht privatrechtlich sittenwidrig und gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossend betrachtet wird.»

¹⁶⁹⁵ Vgl. auch MÜLLER, Grundrechtstheorie, 75 (keine abschliessende Konkretisierung der Grundrechte durch das Zivil- und Strafrecht).

¹⁶⁹⁶ OFK BV-BIAGGINI, Art. 26, Rz. 10 f.

¹⁶⁹⁷ Vgl. MALACRIDA, 44 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3189.

¹⁶⁹⁸ Zu dieser «gegenseitigen Beeinflussung und Befruchtung von Verfassungs- und Privatrecht» im Bereich des Persönlichkeitsschutzes: BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 47.

- (4.) Hinzuweisen bleibt auf Folgendes: Die grundrechtlich geschützte Freiheit steht nicht unter einem Vorbehalt, dass die Einzelne die mit ihrem Freiheitsgebrauch verursachten Folgen und Kosten selbst tragen kann bzw. die Gesellschaft nicht mit **Kosten** belastet.¹⁶⁹⁹ Das heisst aber nicht, dass die Grundrechte einen allgemeinen Anspruch enthielten, die mit dem Freiheitsgebrauch verbundenen Folgen auf die Allgemeinheit abzuwälzen oder die Kosten zu externalisieren. Die Konsequenzen des individuellen Freiheitsgebrauchs muss die Einzelne grundsätzlich selbst tragen. Anders gesagt: Es ist zwar grundrechtlich geschützt, sich selbst zu schädigen, aber aus diesem Selbstschädigungsrecht fliesst kein Anspruch, dass Dritte für diese Kosten aufkommen müssen.¹⁷⁰⁰ Grundrechte sind – wie bereits erwähnt – in erster Linie Abwehrrechte und stellen nur ausnahmsweise eine (subjektiv-rechtliche) Anspruchsgrundlage für staatliche Leistungen dar.¹⁷⁰¹ Zurückhaltung in der Ableitung von Leistungsrechten aus Grundrechten ist nicht zuletzt durch Art. 6 BV geboten:¹⁷⁰² Die Eigenverantwortung – im Sinne eines «Tragenmüssens» der Folgen der Freiheitsausübung – zeigt sich hier gewissermassen als *Kehrseite* der Selbstbestimmung und der individuellen Freiheit.¹⁷⁰³ Eine – nicht unerhebliche – Relativierung ergibt sich allerdings bei Art. 12 BV: Das Recht auf Hilfe in Notlagen besteht auch dann, wenn die Einzelne ihre Hilfsbedürftigkeit freiverantwortlich herbeigeführt bzw. «verschuldet» hat.¹⁷⁰⁴

¹⁶⁹⁹ Vgl. ENDERLEIN, 483.

¹⁷⁰⁰ Vgl. RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 66 (allerdings mit dem Argument der «Sittenwidrigkeit»); ferner HARDY LANDOLT, Auswirkungen der 5. IVG-Revision auf die Schadenminderungspflicht HAVE 2006, 260 ff., 260; s.a. OFK BV-BIAGGINI, Art. 35, Rz. 7: «Ein verfassungsmässiges Recht auf staatliche Lösegeld-Zahlungen (etwa bei Entführung im Ausland) wird man indes aus BV 10 i.V.m. BV 35 kaum herleiten können.»; vgl. auch vorne, bei Fn. 1391.

¹⁷⁰¹ Dazu bereits vorne, Teil 2 III. B.

¹⁷⁰² Vgl. BSK BV-GÄCHTER/RENOULD-BURCH, Art. 6, Rz. 11; CR Cst.-CHATTON, Art. 6, Rz. 17; s.a. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 23.

¹⁷⁰³ Vgl. HUSTER, Selbstbestimmung, 17; zur Eigenverantwortung als «Kehrseite» der individuellen Freiheit und Selbstbestimmung ferner HILLGRUBER, Schutz, 77; RIESENHUBER, Selbstverantwortung, 1; RÖNNAU, 205 f. und 223; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 21; MERTEN, Bürgerverantwortung, 18 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 2525; siehe bereits vorne, Fn. 876.

¹⁷⁰⁴ BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 12, Rz. 18.

4. Ergebnis

In der Verfassung kommt an verschiedenen Stellen zum Ausdruck, dass der Einzelne gegenüber der Gemeinschaft eine Mitverantwortung trägt und Beschränkungen seiner Selbstbestimmung im Interesse Dritter und der Allgemeinheit erdulden muss. Die individuelle – und allenfalls unkluge oder «selbstschädigende» – Freiheitsausübung fällt jedoch nicht bereits deshalb aus dem grundrechtlichen Schutz heraus, weil damit eine Gefährdung oder Schädigung von Dritt- und Allgemeininteressen einhergeht. Zwar mag es Fälle geben, in denen ein (kriminelles) individuelles Verhalten (wie Mord, Raub) schon gar keinen grundrechtlichen Schutz erfährt. Die Verantwortungsbezüge in der Verfassung verdichten sich aber nicht zu einem allgemeinen Gemeinwohlvorbehalt, unter dem die Freiheitsausübung stehen und der grundrechtliche Schutzbereiche beschränken würde. Der Ausgleich zwischen Individualinteressen und Interessen der Gemeinschaft hat regelmässig auf der Ebene der (dafür vorgesehenen) Grundrechtsschranken zu erfolgen und *kann* dort auch angemessen erfolgen. Der Verfassung lässt sich auch keine Pflicht entnehmen, die individuellen Rechtsgüter im Interesse der Allgemeinheit zu schonen oder von seiner Freiheit so Gebrauch zu machen, dass Dritte möglichst wenig belastet werden. Umgekehrt besteht aber – zumindest dem Grundsatz nach – kein Recht darauf, dass die Allgemeinheit für die Kosten des individuellen Freiheitsgebrauchs aufkommt.

E. Freiheit in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten als eigenständige elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung?

1. Vorbemerkungen

Angesichts der besonders gelagerten Einwirkung paternalistischen Staatshandelns auf den Einzelnen – der aufgedrängten Wahrnehmung wohlverstandener Interessen und dem damit verbundenen «Hinterfragen» der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Lebensführung¹⁷⁰⁵ – steht die Frage im Raum, ob ein Schutz vor sich selbst nicht *per se* grundrechtsrelevant ist, namentlich in die persönliche Freiheit oder die – dazu speziellere Garantie¹⁷⁰⁶ – von Art. 13 BV eingreift. Anders ge-

¹⁷⁰⁵ Vgl. ENDERLEIN, 147; MÖLLER, Paternalismus, 97 f.; s.a. RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 473; vgl. bereits vorne, bei Fn. 872.

¹⁷⁰⁶ BGE 133 I 77, E. 3.2; BGE 138 I 331, E. 5.1 – vgl. aber SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 5 und 29, der Art. 13 BV als Auffanggarantie verstehen möchte; zur Subsidiarität des durch die persönliche Freiheit vermittelten Selbstbestimmungsrechts bezüglich elementa-

wendet: Gehört es nicht zu der durch die persönliche Freiheit geschützten individuellen Selbstbestimmung¹⁷⁰⁷ und Freiheit in der Lebensgestaltung und Lebensweise¹⁷⁰⁸ oder zu dem durch Art. 13 BV geschützten Privatleben – auch im Sinne eines Rechts, allein gelassen zu werden¹⁷⁰⁹ –, in den *eigenen Angelegenheiten* selbst bestimmen zu können und von einer aufgedrängten Beförderung und einem ungewollten Schutz der (wohlverstandenen) *eigenen* Interessen verschont zu bleiben? Gehört es nicht für sich genommen zur schützenswerten Persönlichkeit, in der Verfolgung der eigenen Ziele nicht unter Berufung auf besser verstandene (eigene) Interessen beeinflusst und gehindert zu werden? Also letztlich frei über das *eigene* Wohl bestimmen zu können?

Zwischen den Schutzrichtungen von Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 BV bestehen verschiedene Überschneidungen.¹⁷¹⁰ So kann man das – gerade erwähnte – Recht auf *freie Lebensgestaltung* (auch) als durch Art. 13 BV geschützt erachten.¹⁷¹¹ Auf eine vertiefte Abgrenzung der beiden Schutzbereiche hinsichtlich der individuellen Lebensgestaltung – so sie denn möglich ist – wird hier verzichtet. Diesbezüglich können beide Bestimmungen parallel zur Anwendung gebracht werden.¹⁷¹² Unerheblich scheint es mir jedenfalls, ob eine Verhaltensweise der Persönlichkeit «dient» oder diese «zerstört» – mit der Folge, dass nur der Persönlichkeitsentwicklung «dienliche» Freiheitsausübungen unter Art. 10 Abs. 2 BV – und andere unter Art. 13 BV – fallen würden.¹⁷¹³ Was der Persönlichkeit dient und was ihr schadet, ist erheblich subjektiv geprägt. Zudem schützt die persönliche Freiheit nicht nur von aussen gesehen «wertvolle» oder «sinnvolle» Verhaltensweisen.

rer Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung: BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 32; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 11, 96 und 98; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 43 ff.; BGE 133 I 110, E. 5.2; BGer 1C_226/2009, E. 3.2.

¹⁷⁰⁷ BGer 1C_195/2019, E. 3.2; BGE 138 IV 13, E. 7.1; BGer 2C_856/2013, E. 5.1; BGE 136 V 117, E. 4.2.2.1.

¹⁷⁰⁸ BGer 1C_195/2019, E. 3.2; BGE 138 IV 13, E. 7.1; BGer 2C_856/2013, E. 5.1; BGE 133 I 110, E. 5.2.3; BGE 104 Ia 297, E. 2; BGE 103 Ia 293, E. 4a; MÜLLER/SCHEFER, 139 f.

¹⁷⁰⁹ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 140, wonach Art. 13 Abs. 1 BV auch ein Recht enthalte, «alleine gelassen zu werden».

¹⁷¹⁰ Vgl. SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 12; SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 4 f.; KLEY/ZAUGG, 176; MOECKLI, Persönlichkeitsschutz in: VdS 2020, Bd. II, V.10, Rz. 30; BGE 138 I 331, E. 5.1.

¹⁷¹¹ Botsch. VE 96, 152; OFK BV-BIAGGINI, Art. 13, Rz. 5; SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 15; AUER, Political Correctness, 10; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 14, Rz. 3 und 73 (jedenfalls wenn ein «Sozialbezug» besteht); s.a. SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 98.

¹⁷¹² Vgl. SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, Fn. 97; ferner CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 11 und Art. 13, Rz. 20.

¹⁷¹³ Vgl. aber BAUMANN, Persönliche Freiheit, S. 56, Fn. 399, der den Konsum von Drogen nicht dem Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV, sondern demjenigen von Art. 13 BV zurechnen will, da der Drogenkonsum primär der «Zerstörung» der Persönlichkeit und nicht der «Persönlichkeitsentwicklung» diene.

Die Frage gewinnt vor allem deshalb an Relevanz, weil paternalistisches Staatshandeln häufig Lebensbereiche oder Verhaltensweisen betrifft, die gemeinhin nicht als besonders *persönlichkeitsrelevant* eingestuft werden oder bei denen zumindest bezweifelt wird, ob eine elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung vorliegt.¹⁷¹⁴

Von Bedeutung ist dies etwa für die (zumindest *auch*) paternalistisch motivierten¹⁷¹⁵ **Gurten- und Helmtragspflichten** (die nach zuweilen vertretener Ansicht keinen Eingriff in die persönliche Freiheit oder Art. 8 EMRK bewirken sollen¹⁷¹⁶) oder den Zwang, sich beim (auch einem Schutz vor sich selbst dienenden) obligatorischen Schwimmunterricht **in kaltem Wasser** aufhalten zu müssen.¹⁷¹⁷ Im Kontext paternalistischen Staatshandelns stellt sich ferner die Frage, ob das Spielen, namentlich das **Glücksspiel**, von der persönlichen Freiheit umfasst ist. Zweifels- ohne stellt das *Spielen an sich* eine durch die persönliche Freiheit geschützte Entfaltung der Persönlichkeit dar.¹⁷¹⁸ Strittig ist hingegen, ob auch das Glücksspiel dazu zählt – und wenn ja unter welchen Voraussetzungen: Verneint¹⁷¹⁹, später allerdings offengelassen¹⁷²⁰ hat das Bundesgericht die Frage, ob es zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung gehört, an *Geldspielautomaten* spielen zu können.¹⁷²¹ Fragen ergeben sich schliesslich in dem von paternalistischem Staatshandeln besonders betroffenen Bereich der (eigenen) Gesundheit. So ist zwar grundsätzlich anerkannt, dass das Selbstbestimmungsrecht in elementaren Fragen der Persönlichkeitsentfaltung (nur bedingt aber die körperliche Unversehrtheit¹⁷²²) auch das Recht

¹⁷¹⁴ MÖLLER, Paternalismus, 97.

¹⁷¹⁵ Vorne, bei Fn. 593 ff.

¹⁷¹⁶ Vgl. bezogen auf Art. 10 Abs. 2 BV BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 40 (zu geringe «Belastungsintensität»); bezogen auf Art. 8 EMRK vgl. EKMR, Entscheid vom 13. Dezember 1997 i.S. X gegen *Belgien*, Nr. 8707/7 9, DR 18, 256 und 256, wonach eine Gurtentragspflicht das durch Art. 8 EMRK geschützte Privatleben in keinster Weise berühre, so weit und umfassend man den Begriff des Privatleben auch interpretiere.

¹⁷¹⁷ BGE 119 Ia 178, E. 5; zur auch paternalistischen Motivation des Schwimmunterrichts vgl. ebd., E. 7c, wonach dieser das Ziel verfolge, «den Schülern zur Fertigkeit im Schwimmen zu verhelfen» (Vertrautsein mit dem Wasser, Verhinderung von Ertrinkungsunfällen; dazu auch hinten, bei Fn. 2316).

¹⁷¹⁸ SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 100; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 57 f.; BGE 120 Ia 126, E. 7c (Spielen als wichtiger Bestandteil der menschlichen Natur); BGer 1P.780/2006, E. 2.4 f. (Nutzung einer Playstation).

¹⁷¹⁹ BGE 101 Ia 336, E. 7b.

¹⁷²⁰ BGE 120 Ia 126, E. 7c.

¹⁷²¹ Kritisch äussert sich auch die Lehre: Gemäss BAUMANN, Persönliche Freiheit, 57, ist die persönliche Freiheit durch ein Spielautomatenverbot nicht betroffen; nach BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 39, stellt die «Benutzung von Glücksspielautomaten in Gaststätten» deshalb keine durch die persönliche Freiheit geschützte elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung dar, da «zumutbare Ausweichmöglichkeiten» bestehen würden.

¹⁷²² Die körperliche Unversehrtheit schützt (wie das Recht auf Leben, vorne, bei Fn. 832 f.) einen bestimmten Zustand bzw. eine bestimmte Eigenschaft – die Unversehrtheit des Körpers –, nicht eine bestimmte Verhaltensfreiheit. Dass Grundrechte auch die (negative)

umfasst, über den *eigenen Körper*, die *eigene Gesundheit* und die *eigene Ernährung* zu entscheiden.¹⁷²³ Zu Fragen Anlass gibt es allerdings, ob auch der **Konsum von Zigaretten, Alkohol und Betäubungsmitteln** unter dem Schutz der persönlichen Freiheit (oder allenfalls Art. 13 BV) steht. Angesichts der Körperbezogenheit solcher Handlungen, dem Umstand, dass sie durchaus eine Grundentscheidung für die Art und Weise der Lebensführung zum Ausdruck bringen (können), für den Einzelnen allenfalls mit Entspannung und Wohlgefühl einhergehen und mit einer gewissen «sozialen» Komponente verbunden sind oder sein können, erscheint mir deren Ausklammerung aus dem Schutzbereich der persönlichen Freiheit nicht sachgerecht. Nach der hier vertretenen Auffassung ist deshalb auch das Rauchen durch die persönliche Freiheit geschützt,¹⁷²⁴ ebenso das Konsumieren von Alkohol¹⁷²⁵ und der Konsum von Betäubungsmit-

Freiheit zum Nichtgebrauch enthalten, bedeutet bezogen auf die körperliche Unversehrtheit nur, dass auf die Abwehr von Eingriffen in den Körper (grundsätzlich) verzichtet werden kann; eine umfassende Verhaltensfreiheit zu einem selbstschädigenden Umgang mit dem eigenen Körper wird dadurch nicht bewirkt (vgl. – bezogen auf Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG [«Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit»] – FISCHER, 69 f. und SCHWABE, 69; a.A. etwa BRUNHÖBER, 157 f., wonach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG die negative Freiheit zur Selbstverletzung mitumfasse; differenzierend: KOLBE, 171 ff.; vgl. dazu bereits vorne, Fn. 833; allerdings: Mittelbar geschützt ist die Selbstschädigung als Resultat einer verweigerten Einwilligung in eine medizinische Behandlung). Dass die Grundrechte auch dem Schutz der Würde dienen (vgl. aber vorne, Fn. 1297) und dass sie in ihrem Schutzbereich (grundsätzlich) einen beliebigen Freiheitsgebrauch ermöglichen, rechtfertigt es ebenso wenig wie beim Recht auf Leben – und aus den bereits dort genannten Gründen –, die körperliche Unversehrtheit in eine Verhaltensfreiheit (zur Selbstschädigung) umzudeuten (vgl. vorne, Fn. 833 a.E.). Deshalb tangiert ein staatliches Verbot, das die Verfügungsfreiheit über den eigenen Körper einschränkt (z.B. ein Verbot, sich tätowieren zu lassen, Blut oder ein Organ zu spenden) die körperliche Unversehrtheit nach der hier vertretenen Auffassung nicht (a.A. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 22; MOECKLI, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht, § 31, Rz. 44). Anders kann dies z.B. sein, wenn der Staat Therapiemöglichkeiten verbietet, ohne deren Inanspruchnahme dem Einzelnen ein Gesundheitsschaden droht (vgl. FISCHER, 70).

¹⁷²³ PÄRLI, Zwangsmassnahmen, 363; SCHUBARTH, 1092; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 21; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 97; s.a. BGE 118 Ia 360 3a/aa, wonach der Entscheid, sich vegetarisch zu ernähren, durch die persönliche Freiheit geschützt ist; vgl. zur «Definitions macht» über den eigenen Körper bereits vorne, bei Fn. 1306.

¹⁷²⁴ Für einen grundrechtlichen Schutz des Rauchens durch die persönliche Freiheit: AUER, Political Correctness, 9 f. (und – bezogen auf Art. 13 BV – 10 ff.); WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 636; AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2008 und 2009, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2017, 743 f.; zumindest in der Tendenz auch HANGARTNER, Bem. zu BGE 133 I 110, 1584 f. und JAAG/RÜSSLI, Passivrauchen, 28; BAUMANN, Persönliche Freiheit, S. 55 f., Fn. 399, erachtet das Rauchen nicht als durch Art. 10 Abs. 2 BV, aber (grundsätzlich) als durch Art. 13 BV geschützt; vgl. ferner SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41.

¹⁷²⁵ So auch BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 36 f.; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41; in diese Richtung auch SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 30 (allerdings bezo-

teln¹⁷²⁶. Dies ist jedoch, zumindest was das Rauchen¹⁷²⁷ und den Konsum von Betäubungsmitteln¹⁷²⁸ angeht, umstritten. Auch in anderen Zusammenhängen können sich Fragen ergeben: Ist es beispielsweise grundrechtlich, namentlich durch die persönliche Freiheit geschützt, den eigenen Körper für ein **Humanforschungsprojekt** zur Verfügung zu stellen? Liegt nicht zumindest dann ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in die persönliche Freiheit vor, wenn der Staat

gen auf Art. 13 BV); ferner SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 99 («Recht auf einen Rausch, z.B. durch Drogen und Alkohol»; vgl. dann aber Rz. 100); nach der Rechtsprechung schränkt jedenfalls eine vertragliche Verpflichtung, sowohl im Dienst als auch in der Freizeit auf den Konsum von Alkohol zu verzichten, die persönliche Freiheit ein (BGer 2A.6/2005, E. 3.2); ebenso die Verhängung eines Alkoholverbots gegenüber einer Person (BGE 98 Ia 307, E. 2) und ein Alkoholverbot in einem Gefängnis (BGE 118 Ia 64, E. 3i); geschützt ist auch das «mit Alkoholkonsum verbundene Zusammensein» (BGE 132 I 49, E. 5.2); BAUMANN, Persönliche Freiheit, 53 f., erblickt im Alkoholkonsum keine elementare Erscheinung der Persönlichkeit i.S.v. Art. 10 Abs. 2 BV.

¹⁷²⁶ So auch BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 37; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 44 f. und 61 sowie Art. 19a, Rz. 6 f. und 12; PETER ALBRECHT, Drogenjustiz: Die Gerichte haben versagt, plädoyer 6/04, 28 ff., 29; DERS., Bem. zu BGer 6P.25/2006 und 6S.53/2006, 118 f.; bezogen auf einen «Drittpersonen nicht gefährdenden Umgang[.] mit leichten Drogen» tendenziell (allerdings bezogen auf Art. 13 BV) auch SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 30; ferner SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 99 («Recht auf einen Rausch, z.B. durch Drogen und Alkohol»; vgl. dann aber Rz. 100, wonach «das Bedürfnis, Drogen, insb. Cannabis, konsumieren zu können» keine geschützte persönliche Entfaltungsmöglichkeit darstelle); BAUMANN, Persönliche Freiheit, S. 56, Fn. 399 (kein Schutz durch Art. 10 Abs. 2 BV, aber durch Art. 13 BV); ablehnend zu einem Schutz des Drogenkonsums durch die persönliche Freiheit: HUG-BEELI, Komm. zu Art. 19a BetmG, Rz. 60 ff.; nach einem Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 90, 145 [171]) wird durch Art. 1 Abs. 1 GG «nur ein Kernbereich privater Lebensgestaltung» absolut geschützt, wozu «der Umgang mit Drogen, insbesondere auch das Sichberauschen, aufgrund seiner vielfältigen sozialen Aus- und Wechselwirkungen nicht gerechnet werden» könne (dazu auch vorne, bei Fn. 1680).

¹⁷²⁷ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 44, wonach der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz das Rauchen nicht erfasse; kritisch: OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 22 («zweifelhaft»); ob das Rauchen zur persönlichen Freiheit gehört, lässt das Bundesgericht offen, bezeichnet dies jedoch als zweifelhaft (BGE 133 I 110, E. 5.2.4); zurückhaltend: Parlamentarische Initiative 04.476, Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen, Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 1. Juni 2007, BBl 2007 6185 ff., 6202 (jedenfalls kein schwerwiegender Eingriff in die persönliche Freiheit durch ein Rauchverbot am Arbeitsplatz).

¹⁷²⁸ Das Bundesgericht hat sich – ohne nähere Begründung – gegen ein grundrechtlich geschütztes Recht zum Konsum von Betäubungsmitteln – i.c. Cannabis – ausgesprochen (BGer 6P.25/2006, E. 3.2, wonach es «schwer» fiele, «den Betäubungsmittelkonsum als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung zu qualifizieren»; s.a. BGE 133 I 110, E. 5.2.1); ebenso VAN SPYK, 59; BSK StGB I-WIPRÄCHTIGER/KELLER, Art. 47, Rz. 101, wonach der «Umgang mit Drogen» nicht in den Schutzbereich des Rechts auf Privatleben falle.

dem Einzelnen die Teilnahme unter Berufung auf wohlverstandene, «vernünftiger» eigene Interessen erschwert oder verunmöglicht? Bezogen auf den Erwerb von Gegenständen und Mitteln, die für eine Selbstschädigung verwendet werden sollen, stellen sich vergleichbare Fragen: So mag man im blossen Erwerb einer **Waffe** zum Besitz nicht zwingend eine elementare Erscheinungsform der Persönlichkeit erachten.¹⁷²⁹ Doch wie verhält es sich dann, wenn der Staat dem Einzelnen den (freiverantwortlichen) Erwerb einer Waffe in seinem wohlverstandenen eigenen, «besseren» Interesse verwehren will?¹⁷³⁰

2. Umfassender Schutz der Persönlichkeit vor einer paternalistisch motivierten Einmischung in das eigene Wohl

a) Allgemeines

Ein grundrechtlicher Schutz bezüglich der das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten vor einer (*paternalistisch* motivierten) staatlichen Einmischung sieht sich zunächst mit der Frage konfrontiert, ob er denn nicht ausserhalb der verfassungsrechtlichen Konzeption des Persönlichkeitsschutzes stünde. Fest steht zunächst nur, dass die grundrechtlich geschützte Freiheit in der individuellen Lebensgestaltung nicht einer – z.B. der Rechtslage in Deutschland vergleichbaren¹⁷³¹ – *allgemeinen* Handlungs- oder «Auffangfreiheit» vergleichbar ist: Im Sinne einer

¹⁷²⁹ So BGE 114 Ia 286, E. 6b.

¹⁷³⁰ Vgl. zum grundrechtlichen Schutz solcher Verhaltensweisen, wenn diese unter Berufung auf *eigene, wohlverstandene Interessen* verunmöglicht oder erschwert werden sollen, hinten, bei Fn. 1858.

¹⁷³¹ Eine allgemeine Handlungsfreiheit wird Art. 2 Abs. 1 GG entnommen – einer besonderen Bedeutung für die Persönlichkeitsentfaltung bedarf ein Verhalten nicht, um grundrechtlichen Schutz zu erlangen (grundlegend das Elfes-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE 6, 32 (36 f.)]; vgl. dazu auch KUKK, 1 ff.). Begründet wird die allgemeine Handlungsfreiheit unter Bezugnahme auf die menschliche Würde, namentlich die Wichtigkeit des «Selbstentwurfs»; massgeblich soll nicht ein «staatlicherseits festgeschriebenes Persönlichkeitsbild» sein, vgl. dazu KUKK, 5 ff.; CORNILS, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR Bd. VII, § 168, Rz. 37 und 39. Diese allgemeine Handlungsfreiheit ist jedoch keineswegs unumstritten, vgl. etwa die abweichende Meinung des Richters Grimm (BVerfGE 80 [137], 164 ff.); KONRAD HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl., Heidelberg 1999, Rz. 428; VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 41 f.; die Garantie einer derart weit gefassten Handlungsfreiheit dürfte im europäischen Vergleich die Ausnahme darstellen (vgl. dazu KAHL, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: HGR Bd. V/II, § 124, Rz. 14 ff.; SZCZEKALLA, 289; KUKK, 35 ff. und 68); auch die EU-Grundrechtecharta kennt keine allgemeine Handlungsfreiheit, vgl. KAHL, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: HGR Bd. V/II, § 124, Rz. 26 m.w.H.; DERS., Grundrechtsdogmatik, 615 f. m.w.H.; SZCZEKALLA, 286.

Bagatellgrenze oder eines *Bagatellvorbehalts*¹⁷³² werden durch Art. 10 Abs. 2 BV nur *elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung geschützt* – nur für die Entfaltung der Persönlichkeit und die Lebensgestaltung *grundlegende* und zentrale Aspekte, Möglichkeiten und Handlungen (wie dies übrigens für die Grundrechte an sich zutrifft¹⁷³³). Nicht jede noch so nebensächliche Wahl- und Betätigungsmöglichkeit wird als schutzwürdig erachtet; die persönliche Freiheit lässt sich nicht gegenüber jeglichem physischen und psychischen Missbehagen anrufen.¹⁷³⁴ Allein

¹⁷³² TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 248; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 32 f.

¹⁷³³ Grundrechte wollen Schutz nur in zentralen und wesentlichen Aspekten der individuellen Entfaltung, des menschlichen Lebens und «Daseins» bieten, vgl. BOLZ, 42 ff., 47 f. und 69; MÜLLER, Grundrechtstheorie, 17; TSCHANNEN, Warnungen, 408; DERS., Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 951 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 6 und 33; vorne, bei Fn. 1665. Sie schützen – so der Grundsatz – nicht vor *jeglicher* Einflussnahme auf das Denken und Fühlen, auch wenn diese unerwünscht und (innerlich) abgelehnt wird (siehe BETGHE, Grundrechtseingriff, 26).

¹⁷³⁴ Siehe BGer 1C_195/2019, E. 3.2; BGE 142 I 195, E. 3.2; BGE 138 IV 13, E. 7.1; BGE 138 III 322, E. 4.3.1; BGE 138 I 331, E. 5.1; BGE 134 I 214, E. 5.1; BGE 133 I 58, E. 6.1; BGE 132 I 7, E. 3; BGE 126 I 112, E. 3a; aus der älteren Rechtsprechung etwa BGE 112 Ia 97, E. 5b und BGE 102 Ia 321, E. 3a; grundlegend BGE 101 Ia 336, E. 7a (in diesem Entscheid hat das Bundesgericht den Schutz der persönlichen Freiheit deutlicher von einer allgemeinen Handlungsfreiheit abgrenzt – in früheren Entscheiden wurden hingegen vergleichsweise weitgehende Formulierungen gewählt, siehe BGE 97 I 45, E. 3, und BGE 97 I 839, E. 3; vgl. auch HALLER, Komm. aBV, Persönliche Freiheit, Rz. 60); aus der nahezu einhelligen Lehre vgl. MAHON, Droit const. II, Rz. 49 f.; MOECKLI, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht, § 31, Rz. 39; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 247 f., s.a. 252; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 11 und 69; MÜLLER/SCHEFER, 43; SCHEFER, Beeinträchtigung von Grundrechten, in: HGR Bd. VII/2, § 208, Rz. 16 und 20; KLEY, Grundrechtskatalog, 320 f.; ENGI, Neutralität, 185; vgl. aus der älteren Literatur SPOENDLIN, 35; SALADIN, Grundrechte, 98, 289 und 418; DERS., Persönliche Freiheit, 101; ferner Botsch. VE 96, 148. Einige neuere Entscheide (BGE 138 IV 13, E. 7.1; BGer 2C_856/2013, E. 5.1; BGer 1C_195/2019, E. 3.2) erwecken den Eindruck, der Schutz der persönlichen Freiheit werde *weiter gefasst*, wenn das Bundesgericht davon spricht, die persönliche Freiheit schütze «das Recht auf Selbstbestimmung und auf individuelle Lebensgestaltung *sowie* den Schutz der elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung» (Herv. d. Verf.); gleichzeitig wird unter Bezugnahme auf die bisherige Rechtsprechung aber präzisiert, dass die persönliche Freiheit *keine allgemeine Handlungsfreiheit* enthalte. Für einen weiteren Schutzbereich hingegen ZACCARIA GIACOMETTI, Die Freiheitskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZBl 1955, 149 ff., 159 ff., insb. 163 f. und 171 (unter Bezugnahme auf die menschliche Würde und den «Einzelwert des Individuums»); in diese Richtung auch YVO HANGARNTER, Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 1969, 337 ff.; teilweise findet sich die Auffassung, eine allgemeine Handlungsfreiheit sei zumindest als *programmatischer Gehalt* zu berücksichtigen (so VAN

der Umstand einer staatlichen Fremdbestimmung vermag in dieser Sichtweise den grundrechtlichen Schutz nicht zu aktualisieren.¹⁷³⁵ Das gilt auch bezogen auf Kinder und Jugendliche: Art. 11 Abs. 1 BV verlangt zwar eine verstärkte Berücksichtigung der für ihre Entwicklung notwendigen Freiheiten und eine Einräumung grundsätzlich weiter und umfassender Handlungsspielräume, aber nicht im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit.¹⁷³⁶ Eine allgemeine Handlungsfreiheit wird ebenso wenig durch Art. 13 BV garantiert, auch hier sind nur für die Persönlichkeitsentfaltung grundlegende Aspekte geschützt.¹⁷³⁷ Art. 8 EMRK lässt sich eine umfassende, allgemeine Handlungsfreiheit ebenfalls nicht entnehmen.¹⁷³⁸

Wann eine Betätigung elementar für die Persönlichkeitsentfaltung ist, bleibt aber ziemlich unklar und unbestimmt¹⁷³⁹ – was die Problematik der ohnehin relativ hohen Konkretisierungsbedürftigkeit grundrechtlicher Schutzbereiche¹⁷⁴⁰ zusätzlich verschärft. Eine Engfassung grundrechtlicher Tatbestände geht immer mit der Gefahr einher, den grundrechtlichen Schutz übermässig zu verkürzen,¹⁷⁴¹ und ist

SPYK, 58; dies ist m.E. insofern problematisch als – nach der hier vertretenen Auffassung – die programmatische Schicht eines Grundrechts zu *keinen* verglichen mit seiner abwehrrrechtlichen Dimension *zusätzlichen* materiellen Gehalten führt, siehe vorne, bei Fn. 1635; s.a. vorne, bei Fn. 1383 f. und 1051 ff.); SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 5 und 29, spricht sich gegen eine zu enge Definition der elementaren Erscheinungsformen der Persönlichkeit aus und befürwortet – mit Blick auf die Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK – eine Ausweitung des Schutzbereichs von Art. 13 BV – Art. 13 BV sei «als subsidiäres Aufnahmefrecht gegenüber Art. 10 Abs. 2» BV zu verstehen.

¹⁷³⁵ VAN SPYK, 91.

¹⁷³⁶ Gemäss KLEY, Grundrechtskatalog, 316, enthält Art. 11 BV «eine umfassende Handlungsfreiheit, soweit diese vor allem im Interesse der persönlichen Entwicklung der Kinder und Jugendlichen steht».

¹⁷³⁷ MÜLLER/SCHEFER, 141; SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 25 («wesentliche[.] Ausdrucksmöglichkeiten der menschlichen Persönlichkeit»); DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1793.

¹⁷³⁸ Vgl. z.B. EGMR, Urteil vom 28. Oktober 2014 i.S. *Gough* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 49327/11, Ziff. 183 f. (zweifelnd, ob jederzeitiges völliges Nacktsein in der Öffentlichkeit durch Art. 8 EMRK geschützt sei); ANNE PETERS/TILMANN ALTWICKER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., München 2012, § 26, Rz. 3; GRABENWARTER/PABEL, § 22, Rz. 13; EMRK/GG Konkordanzkommentar-BÖHRINGER/MARAUHN, Kap. 16, Rz. 39, s.a. 26; zuweilen werden der EGMR-Rechtsprechung allerdings Tendenzen entnommen, die Selbstbestimmung (sehr) weit zu verstehen, vgl. SZCZEKALLA, 289; SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 5 und 29.

¹⁷³⁹ Vgl. etwa MÜLLER, Selbstbestimmung, 67; WEBER/WIEDERKEHR, Nötigung, 221; SALADIN, Persönliche Freiheit, 94 f. und 97.

¹⁷⁴⁰ Vgl. etwa TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 186; MÜLLER, Grundrechtstheorie, 45; BOLZ, 285 f.; MÜLLER, Komm. aBV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 32.

¹⁷⁴¹ SCHEFER, Beeinträchtigung von Grundrechten, in: HGR Bd. VII/2, § 208, Rz. 19.

jedenfalls mit einem liberalen Grundrechtsverständnis nicht ohne weiteres verträglich.¹⁷⁴² Der Ausklammerung «weniger wichtigen» Verhaltens aus dem Schutzbereich im Sinne einer Bagatellgrenze wohnt zudem tendenziell eine gewisse *Beliebigkeit* inne;¹⁷⁴³ sie ist jedenfalls immer mit *Wertungen* verbunden¹⁷⁴⁴ (wobei anzufügen ist, dass die Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche *immer* auch gewisse Wertungen bedingt¹⁷⁴⁵). Gleichzeitig ist es erheblich subjektiv geprägt und individuell unterschiedlich, was die Einzelne als elementar für ihre Persönlichkeitsentfaltung empfindet,¹⁷⁴⁶ erst recht in einer von unterschiedlichen Lebensauffassungen, Selbstverständnissen und Wertvorstellungen geprägten Gesellschaft.¹⁷⁴⁷ Weiter besteht die Gefahr, dass Abwägungen verdeckt und intransparent in die Schutzbereichsdiskussion verlagert werden.¹⁷⁴⁸ Der Bezeichnung gewisser Verhaltensweisen als «banal» oder «unwesentlich» für die Persönlichkeitsentfaltung haftet auch etwas paternalistisches an,¹⁷⁴⁹ jedenfalls wenn die Bestimmung des «Wesentlichen» (hintergründig) von Vorstellungen über das (für den Grundrechtsträger) gute und richtige Leben mitangeleitet wird (wie m.E. beim vorne zitierten Entscheid des Bundesgerichts, wonach der Drogenkonsum kaum eine elementare Erscheinungsform der Persönlichkeit darstellen könne¹⁷⁵⁰). Die Beurteilung, was als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung gilt, bewegt sich letztlich im Spannungsfeld zwischen einem Schutz, der individuellen Lebensanschau-

¹⁷⁴² Vgl. ARNOLD, 85; womit aber nicht gesagt sein soll, dass ein liberales Grundrechtsverständnis – trotz seines hohen Stellenwerts (vgl. auch hinten, bei Fn. 1793 ff.) – alle anderen möglichen Grundrechtsverständnisse in den Hintergrund drängen würde und das *einzig massgebliche* wäre, vgl. hinten, bei Fn. 1756.

¹⁷⁴³ Vgl. HANGARTNER, Bem. zu BGE 133 I 110, 1585; FÜHR, 340; FEINBERG, Harm to Self, 93 f.

¹⁷⁴⁴ HALLER, Komm. aBV, Persönliche Freiheit, Rz. 102; HANGARTNER, Bem. zu BGE 133 I 110, 1585.

¹⁷⁴⁵ SCHEFER, Beeinträchtigung, 15 f. und 91.

¹⁷⁴⁶ Vgl. VAN SPYK, 59 f.

¹⁷⁴⁷ Vgl. z.B. RIGOPOULOU, 53; ferner CORNILS, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: HStR Bd. VII, § 168, Rz. 38 (kaum lösbares «Abgrenzungsproblem» zwischen für die Persönlichkeit relevantem und irrelevantem Verhalten, «weil über die materialen Abgrenzungskriterien und die Autorität, die über sie entscheiden soll, keine Einigkeit erzielt werden kann»).

¹⁷⁴⁸ Vgl. KAHL, Grundrechtsdogmatik, 610 f.

¹⁷⁴⁹ Vgl. SZCZEKALLA, 290; KAHL, Grundrechtsdogmatik, 613; s.a. MEISTER, 205 f. wonach es sich bei einer «objektiven Bestimmung» des für die Persönlichkeitsentfaltung «relevanten Bereichs [...] um den unzulässigen Versuch» handle, «den Grundrechtsträgern den »richtigen Gebrauch« ihrer Freiheit vorzuschreiben.»; vgl. auch hinten, bei Fn. 1814.

¹⁷⁵⁰ Vorne, Fn. 1728.

ungen genügend Respekt entgegenbringt, und der Vermeidung einer (kaum Substanz aufweisenden) allgemeinen Handlungsfreiheit.¹⁷⁵¹

b) Kriterien zur Bestimmung der «elementaren»
Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung

Allgemeingültige Kriterien oder eine bestimmte Methode zur – über die Auslegung hinausgehenden, schöpferischen¹⁷⁵² – *Konkretisierung* grundrechtlicher Schutzbereiche bestehen nicht.¹⁷⁵³ Die schweizerische Lehre und Rechtsprechung sehen sich zu Recht *nicht einem bestimmten Grundrechtsverständnis* (zu nennen sind etwa: das liberale Grundrechtsverständnis, das demokratisch-funktionale Verständnis, das sozialstaatliche Verständnis¹⁷⁵⁴ oder die sog. «Werttheorie», die – verkürzt gesagt – die Grundrechte als objektive Werte versteht¹⁷⁵⁵) verpflichtet.¹⁷⁵⁶ Für die Bestimmung dessen, was als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung gelten soll, sind insbesondere folgende Gesichtspunkte relevant:

Zunächst bedarf es immer einer Berücksichtigung der *konkreten* Umstände und einer *einzelfallbezogenen* Betrachtung.¹⁷⁵⁷ Zu berücksichtigen ist ferner die «*Intensität*»¹⁷⁵⁸ bzw. die «*Art und Intensität der Beeinträchtigung*»¹⁷⁵⁹. Die Intensität der Be-

¹⁷⁵¹ VAN SPYK, 59 f.; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 69; zu der mit einer allgemeinen Handlungsfreiheit verbundenen Problematik siehe hinten, Teil 2 III. E. 2. d).

¹⁷⁵² MÜLLER, Komm. aBV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 32; DERS., Grundrechtstheorie, 45.

¹⁷⁵³ BOLZ, 29 ff.

¹⁷⁵⁴ Vgl. die Übersicht bei SCHINDLER, Begriff und Verständnis, 53 f.; BÖCKENFÖRDE, Grundrechtstheorie, 1530 ff.

¹⁷⁵⁵ Vgl. MÜLLER, Privateigentum, 28 f.; vgl. bereits vorne, Fn. 1312 f.

¹⁷⁵⁶ Zur (gleichzeitigen) Anwendung gelangen verschiedene in diesen Theorien enthaltene Elemente; dies häufig ohne explizite Bezugnahme auf eine bestimmte Theorie, abhängig von der jeweiligen Funktion des Grundrechts und mit Blick auf einen effektiven Grundrechtsschutz, siehe SCHINDLER, Begriff und Verständnis, S. 53 und Fn. 10; KLEY, Grundpflichten, 110 f.; eine Auseinandersetzung über die *richtige* Grundrechtstheorie erscheint ohnehin müssig, zumal es ein solche nicht geben und die Leistungsfähigkeit von Theorien ohnehin beschränkt sein dürfte – dies ist hier nicht zu vertiefen, vgl. dazu ALEXU, Theorie, 508 ff., insb. 520.

¹⁷⁵⁷ Vgl. BGE 120 Ia 147, E. 2a; BGE 133 I 58, E. 6.1; BGE 133 I 110, E. 5.2.2; BGE 142 I 195, E. 3.2; s.a. BGE 97 I 45, E. 3; KLEY/ZAUGG, 181 f.; DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1381 ff.; GONIN, Rz. 2055; im Allgemeinen: BOLZ, 69.

¹⁷⁵⁸ BGE 147 I 393, E. 4.1; BGE 134 I 214, E. 5.1; BGE 133 I 110, E. 5.2.2; BGE 108 Ia 59, E. 4a; BGE 107 Ia 52, E. 3a; vgl. schon HALLER, Komm. aBV, Persönliche Freiheit, Rz. 102.

¹⁷⁵⁹ BGE 133 I 58, E. 6.1; BGE 126 I 112, E. 3a; BGE 124 I 85, E. 2a; BGE 120 Ia 147, E. 2a; BGE 115 Ia 234, E. 5a; GRIFFEL, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht (2. Aufl.), § 31, Rz. 27, wonach bei der persönlichen Freiheit insofern bereits auf Ebene

einträchtigung ist somit mitbestimmend für die Frage der «Elementarität» eines Lebensbereichs oder einer bestimmten Handlung und damit bereits *Schutzbereichsfrage* und nicht (erst) auf der Ebene der Grundrechtsschranken relevant.¹⁷⁶⁰ Je weniger persönlichkeitsnah das betroffene Verhalten erscheint, desto intensiver wird die Beeinträchtigung sein müssen, damit sich der Schutzbereich aktualisiert.¹⁷⁶¹ Im Zweifel ist ein Verhalten dem Schutzbereich der persönlichen Freiheit zuzuordnen; wie intensiv die Beeinträchtigung wirkt, ist alsdann bei der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen.¹⁷⁶² Ferner von Bedeutung ist die «*Schutzwürdigkeit*»¹⁷⁶³ des Betroffenen bzw. – etwas weniger negativ eingefärbt – dessen «*allfällige besondere Schutzbedürftigkeit*».¹⁷⁶⁴ Grundrechtlicher Schutz ist vor allem in solchen Lebensbereichen erforderlich, die von staatlicher Machtausübung – insbesondere einer unangemessenen oder gar missbräuchlichen – *besonders bedroht* bzw. dafür *besonders anfällig* sind.¹⁷⁶⁵ Dabei ist die Frage, was als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung gilt – wie allgemein die Frage, welches Verhalten grundrechtlichen Schutz erfahren muss¹⁷⁶⁶ –, nicht nur im Kontext

des Schutzbereichs eine Abwägung stattfindet; bspw. macht es einen Unterschied, ob es «nur» um das Recht geht, *bestimmte* Hunderassen zu halten, oder ob sich jemand von seinem Hund, zu dem er eine *enge persönliche Beziehung* hat, trennen muss, bzw. jemandem *generell* das Halten von Hunden verboten wird, siehe BGE 133 I 249, E. 2; BGER 2C_81/2008 und 2C_82/2008, E. 4.2.

¹⁷⁶⁰ Vgl. HALLER, Komm. aBV, Persönliche Freiheit, Rz. 102; ferner GRIFFEL, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht (2. Aufl.), § 31, Rz. 27, und SCHEFER, Kerngehalte, 72, wonach bei der persönlichen Freiheit bereits auf der Ebene des Schutzbereichs eine Abwägung stattfindet; s.a. BGE 133 I 58, E. 6.1; BGE 126 I 112, E. 3a (Relevanz von Art und Intensität der Beeinträchtigung sowohl für die Bestimmung des Schutzbereichs als auch die Beurteilung der Zulässigkeit des Eingriffs); zum engen Zusammenspiel von Schutzbereich und Schranken bei Art. 13 BV siehe SGK BV-BREITENMOSER, Art. 13, Rz. 13 f.

¹⁷⁶¹ Ist die Persönlichkeit aber betroffen, sollte man nicht noch zusätzlich eine besondere Intensität verlangen, damit der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 2 BV eröffnet ist, siehe hinten, Fn. 1831.

¹⁷⁶² Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 364.

¹⁷⁶³ BGE 133 I 58, E. 6.1.

¹⁷⁶⁴ BGE 126 I 112, E. 3a (Zwangsmedikation mit Psychopharmaka und Isolierung); BGER 1P.134/2001, E. 2 (Zwangsmedikation); BGE 124 I 40, E. 3a (psychiatrische Zwangsbegutachtung); ferner GRIFFEL, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht (2. Aufl.), § 31, Rz. 24. Diesen Gedanken bringt das BGER in seinen Entscheidungen m.E. auch damit zu Ausdruck, dass der Schutzbereich der persönlichen Freiheit (auch) mit Blick auf die «*personnalité de ses destinataires*» zu bestimmen sei (vgl. hinten, Fn. 1780).

¹⁷⁶⁵ Vgl. TSCHANNEN, Warnungen, 408; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 6; SCHEFER, Beeinträchtigung, 15 f.

¹⁷⁶⁶ SCHEFER, Beeinträchtigung, 15 f.; DERS., Beeinträchtigung von Grundrechten, in: HGR Bd. VII/2, § 208, Rz. 15; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 3; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1148.

historischer Gefährdung- und Verletzlichkeitserfahrungen zu beantworten; zu berücksichtigen sind auch die gegenwärtigen, *aktuellen Machtbedrohungen* und die daraus resultierenden Schutzbedürfnisse¹⁷⁶⁷ – dafür hat die persönliche Freiheit, auch wenn man sie nicht als allgemeine Handlungsfreiheit interpretiert, genügend Raum zu lassen.¹⁷⁶⁸ Bei der Umschreibung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit ist ferner zu bedenken, dass sich das Ausmass der grundrechtlich geschützten Freiheit in der individuellen Lebensgestaltung auf die Wahrnehmung *der übrigen Freiheitsrechte* auswirkt und diese Freiheit (häufig) *Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte* ist.¹⁷⁶⁹ Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Grundrechte auch im Dienste des freiheitlichen, demokratischen Rechtsstaats stehen,¹⁷⁷⁰ weshalb grundrechtliche Schutzbereiche nicht zuletzt mit Blick auf ihre Bedeutung für die demokratische Ordnung zu konkretisieren sind.¹⁷⁷¹ Ganz allgemein sind sie im Kontext der (übrigen) verfassungsrechtlichen Wertungen zu interpretieren,¹⁷⁷² insbesondere der «*Strukturprinzipien*»¹⁷⁷³ (wozu auch die liberale Grundausrichtung der Verfassung und des schweizerischen Staates zählt¹⁷⁷⁴). Für die Umschreibung der persönlichen Freiheit sind nach einem älteren bundesgerichtlichen Entscheid sodann die einer *rechtsstaatlichen Freiheitsidee* zugrunde liegenden (allerdings wandelbaren) *ethischen und philosophischen Prinzipien* von Bedeutung.¹⁷⁷⁵ Im Bereich des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes kommt insbesondere der *Würde* ein besonderer Stellenwert zu.¹⁷⁷⁶ Zu fragen ist da-

¹⁷⁶⁷ SCHEFER, Beeinträchtigung, 16; DERS., Beeinträchtigung von Grundrechten in: HGR Bd. VII/2, § 208, Rz. 16.

¹⁷⁶⁸ MARTIN, 81; vgl. auch CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 74; allgemein zur gebotenen Weiterentwicklung des Grundrechtsschutzes mit Blick «auf von der Gesellschaft erlittenes Unrecht» und «gravierende gesellschaftliche Probleme oder Nöte» SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 21.

¹⁷⁶⁹ Vgl. BGE 97 I 45, E. 3; siehe zur Bedeutung der persönlichen Freiheit für die Ausübung der übrigen Grundrechte bereits SALADIN, Grundrechte, 288 ff.; DERS., Persönliche Freiheit, 100, 102 ff. und 113.

¹⁷⁷⁰ SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 33.

¹⁷⁷¹ VAN SPYK, 121; SCHEFER, Beeinträchtigung, 15.

¹⁷⁷² MÜLLER, Privateigentum, 24.

¹⁷⁷³ Vgl. MÜLLER, Privateigentum, 25, 33 f. und 36 f.; zu den Strukturprinzipien auch hinten, bei Fn. 2441.

¹⁷⁷⁴ MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 14 f.; festzuhalten ist schon hier, dass auch das *Sozialstaatsprinzip* – ebenfalls ein Strukturprinzip – Freiheit ermöglichen und nicht im besten Interesse des Betroffenen beschränken will, wenn er zu einem freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch in der Lage ist (dazu hinten, Teil 3 IV. E. 1).

¹⁷⁷⁵ BGE 97 I 45, E. 3.

¹⁷⁷⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 888 f.

mit immer auch, was die Würde und die Persönlichkeit in einem freiheitlichen Rechtsstaat ausmachen und bedingen.¹⁷⁷⁷

Bei der Bestimmung des Schutzbereichs ist in einem gewissen Masse auf das *subjektive Empfinden* oder «Selbstverständnis»¹⁷⁷⁸ des Grundrechtsträgers abzustellen,¹⁷⁷⁹ dies ist m.E. jedenfalls bei *persönlichkeitsbezogenen* Grundrechten angesichts unterschiedlicher Lebensauffassungen unumgänglich,¹⁷⁸⁰ zumal auch die – für die Umschreibung des Schutzbereichs relevante¹⁷⁸¹ – Würde Respekt vor der Individualität und den eigenen Lebensanschauungen verlangt. Doch wird dieses «Selbstverständnis» – wenn man eine allgemeine Handlungsfreiheit vermeiden und der mit einer «Subjektivierung» (tendenziell) verbundenen Ausuferung des Grundrechtsschutzes entgegenwirken will¹⁷⁸² – keineswegs allein massgeblich sein können.¹⁷⁸³

¹⁷⁷⁷ Vgl. DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1382 ff.

¹⁷⁷⁸ Vgl. ISENSEE, Freiheitsrechte, 12.

¹⁷⁷⁹ Vgl. BOLZ, 45 (der die zu berücksichtigenden subjektiven Element allerdings «objektiv» mit Blick auf die «Massstäbe des Grundrechts» bewerten will); VAN SPYK, 121 («Interpretationshilfe»); ISENSEE, Freiheitsrechte, 59 f. («Hilfsmittel der objektivierenden Auslegung»); s.a. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 34, für den Fall, «dass durch untypische Umstände die ansonsten zumutbaren Ausweichmöglichkeiten abgeschnitten sind, etwa bei einer nicht mehr mobilen Rentnerin, deren letzte Lebensfreude im Taubenfüttern besteht».

¹⁷⁸⁰ Vgl. LITWIN, 143; nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Schutzbereich der persönlichen Freiheit auch mit Blick auf die Persönlichkeit ihrer Adressaten («*personalité de ses destinataires*») zu umschreiben (siehe BGer 2C_703/2021, E. 6.1; BGE 147 I 393, E. 4.1; BGer 1C_443/2017, E. 4.1; BGE 134 I 214, E. 5.1; BGE 133 I 110, E. 5.2.2; BGer 1C_430/2009, E. 2.1; BGer 2C_81/2008 und 2C_82/2008, E. 4.2), was z.T. als Tendenz interpretiert wird, «die Frage nach den elementaren Erscheinungsformen der Persönlichkeitsentfaltung verstärkt auf die Persönlichkeit der Adressaten auszurichten» (VAN SPYK, 69); zu eng m.E. KLEY/ZAUGG, 182, wonach die Frage, was als elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung gelten könne, nach einem «objektivierten Kriterium» zu bestimmen sei – zu prüfen sei, «ob in der Rechtsgemeinschaft Konsens darüber» bestehe, «dass dieser Lebenssachverhalt grundlegend wichtig» sei; vgl. im Kontext der Würde bereits vorne, bei Fn. 1105.

¹⁷⁸¹ Vgl. vorne, bei Fn. 888 f., und gerade eben bei Fn. 1776 f.

¹⁷⁸² HILLGRUBER, Schutz, 111 ff.; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HSTR Bd. IX, § 191, Rz. 109. Die Probleme, welche sich mit einer am Selbstverständnis des Grundrechtsträgers orientierten Grundrechtsinterpretation verbinden, brauchen hier nicht umfassend dargestellt zu werden (vgl. dazu ISENSEE, Freiheitsrechte, 29 ff. und – unter spezifischer Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Religionsbegriffs – WERDER, Rz. 113 ff.). Stellte man zur Umschreibung grundrechtlicher Schutzbereiche einzig auf das Selbstverständnis der Grundrechtsträgerin ab, würde der staatliche Rechtfertigungszwang letztlich von *subjektiven Empfindungen und Gefühlen abhängen* und damit potentiell umfassend und schwer handhabbar (vgl. KYRILLA-SCHWARZ, «Gefühle» Grundrechtseingriffe und «reale» Gefahren, in: Eric Hilgendorf/

Ferner ist bezogen auf Bagatellgrenzen (oder «Wesentlichkeitsvorbehalte») Folgendes zu bedenken: Bagatellgrenzen – grundsätzlich auch solche im Bereich der persönlichen Freiheit – lassen sich (jedenfalls bis zu einem gewissen Grad¹⁷⁸⁴) als *vorweggenommene Interessenabwägungen* verstehen.¹⁷⁸⁵ Die Vornahme von Interessenabwägungen bereits bei der Schutzbereichsbestimmung ist allerdings nicht unproblematisch;¹⁷⁸⁶ jedenfalls müssen entsprechende «Aussparungen» – wie das gesamte staatliche Handeln und auch mit Blick auf die Gefahr eines «Leerlaufens» der Bestimmung von Art. 36 BV – immer sachlich begründet, verhältnismässig und durch ein (überwiegendes) öffentliches Interesse gerechtfertigt sein.¹⁷⁸⁷ Mit der

Frank Eckert [Hrsg.], Subsidiarität – Sicherheit – Solidarität, Festgabe für Franz-Ludwig Knemeyer zum 75. Geburtstag, Würzburg 2012, S. 407 ff. und 412 sowie Fn. 36).

¹⁷⁸³ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 34; eine gewisse Objektivierung klingt m.E. auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts an, wonach die persönliche Freiheit «nur elementare Möglichkeiten, die für die Persönlichkeitsentfaltung wesentlich sind *und jedem Menschen zustehen sollten*», schütze (Herv. d. Verf.), siehe BGE 101 Ia 336, E. 7a; s.a. BGE 133 I 110, E. 5.2; BGE 134 I 214, E. 5.1.

¹⁷⁸⁴ Zu den (weiteren) Gründen, die gegen eine allgemeine Handlungsfreiheit angeführt werden siehe hinten, Fn. 1853.

¹⁷⁸⁵ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 72, wonach bei der persönlichen Freiheit «generell eine Abwägung schon auf der Schutzbereichsseite darüber» bestimme, «ob die in Frage stehende Handlung vom Grundrecht geschützt» werde (vgl. dann aber SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 16 mit Fn. 6, und DERS., Beeinträchtigung von Grundrechten, in: HGR Bd. VII/2, § 208, Fn. 46, wonach bei der Bestimmung dessen, was als elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung zu gelten habe, «noch nicht in Anspruch zu bringen [sei, d. Verf.], welche Interessen einem Schutz solcher elementaren Aspekte menschlicher Existenz entgegenstehen» würden – dies geschehe «erst in einer Abwägung»); ferner HALLER, Komm. aBV, Persönliche Freiheit, Rz. 102; GRIFFEL, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht (2. Aufl.), § 31, Rz. 27; vgl. insbesondere auch BGE 97 I 45, E. 3, wonach bei der Umschreibung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit der «Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und eine Wertung der sich gegenüberstehenden Rechtsgüter und Interessen vorzunehmen» sei.

¹⁷⁸⁶ Vgl. auch VON ARNAULD, 100 und 108, wonach Abwägungen zwischen privaten Interessen und (gegenläufigen) Allgemeininteressen in erster Linie auf der Ebene der Grundrechtsschranken stattzufinden haben; kritisch auch BAUMANN, Persönliche Freiheit, 253 f.; im Kontext des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz ferner SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 16 mit Fn. 6 und DERS., Beeinträchtigung von Grundrechten, in: HGR Bd. VII/2, § 208, Fn. 46 (vgl. aber SCHEFER, Kerngehalte, 72; dazu bereits vorne, Fn. 1785); ferner MARTIN, 81 ff., insb. 83, wonach die «Wesentlichkeit» und «Belastungsintensität» nicht auf der Schutzbereichs-, sondern auf der Schrankenebene berücksichtigt werden müssen; vgl. auch hinten, bei Fn. 1877.

¹⁷⁸⁷ HANGARTNER, Bem. zu BGE 133 I 110, 1585; MARTIN, 83; vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, 72 (Heranziehung der in Art. 36 Abs. 2 und 3 BV statuierten Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des öffentlichen Interesses bei der Bestimmung grundrechtlicher Schutzbereiche); vgl. dazu auch hinten, Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (5.) bei Fn. 1846.

Behauptung, etwas sei nicht «wesentlich» oder es sei «trivial», ist eine sachliche Rechtfertigung für sich genommen noch nicht erbracht.¹⁷⁸⁸ Der Wesentlichkeitsvorbehalt *gewinnt* dann an argumentativer Stärke, wenn sich Interessen des Grundrechtsträgers zum Vornherein nicht gegen *gegenläufige Interessen* durchsetzen könnten – hier vermittelte der grundrechtliche Schutz eine falsche Hoffnung, da die «geschützte» Freiheit auf der Schrankenebene ohnehin «entzogen» werden müsste.¹⁷⁸⁹ Er verliert hingegen in all den Fällen an Legitimität, in denen solche überwiegende gegenläufige Interessen *nicht* auszumachen oder zumindest zweifelhaft sind.¹⁷⁹⁰ Schliesslich bleibt bei der Bestimmung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit zu prüfen, ob und inwiefern der Verzicht auf grundrechtlichen Schutz und die Ausklammerung von «banalen» Verhaltensweisen angemessen *durch (übrige) rechtsstaatliche Garantien und Prinzipien kompensiert* werden – zu denken ist insbesondere an das Willkürverbot und das Rechtsgleichheitsgebot, die eine (gewisse) «Auffangfunktion» erfüllen.¹⁷⁹¹

c) Übertragung auf die Selbstbestimmung bezüglich des eigenen Wohls in den eigenen Angelegenheiten

Im Licht dieser Grundsätze und Interpretationsgesichtspunkte ist die (*persönliche Freiheit in der individuellen Lebensgestaltung*) (Art. 10 Abs. 2 BV; Art. 13 Abs. 1 BV) dahingehend zu konkretisieren, dass die Einzelne über ein Recht verfügt, in den ihr individuelles Wohl betreffenden, «eigenen» Angelegenheiten selbst entscheiden zu dürfen, so trivial und banal diese – von aussen gesehen – auch erscheinen mögen. Dabei sind die «*eigenen Angelegenheiten*» (im hier verstandenen Sinn) dann betroffen, wenn eine staatliche Massnahme auf den Einzelnen (auch) in dessen «besten» eigenen Interesse einwirken soll.¹⁷⁹² Anders gesagt: Eine (aufgedrängte)

¹⁷⁸⁸ HANGARTNER, Bem. zu BGE 133 I 110, 1585.

¹⁷⁸⁹ Vgl. BOLZ, 43 f., 69 und 300; ISENSEE, Freiheitsrechte, 31; s.a. vorne, bei Fn. 1668.

¹⁷⁹⁰ Hinten, bei Fn. 1830.

¹⁷⁹¹ Vgl. BGE 114 Ia 216, E. 5a, wonach die persönliche Freiheit «kein allgemeines Auffanggrundrecht» darstelle und weiter ausgeführt wird: «Hier bieten vielmehr das Legalitätsprinzip und der daraus abgeleitete Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zusammen mit dem Willkürverbot und dem Gebot rechtsgleicher Behandlung angemessenen Schutz [...]»; siehe zur Auffangfunktion des Willkürverbots (Art. 9 BV) SGK BV-EGLI, Art. 9, Rz. 16 und 44 f.

¹⁷⁹² Um eine kaum mögliche (vgl. statt vieler VON HAYEK, 185; s.a. vorne, Fn. 202 a.E. und bei Fn. 65) Abgrenzung von Handlungen, deren Auswirkungen nur den Handelnden selbst betreffen, von solchen, die auch Interessen Dritter berühren, geht es damit nicht. Dass der Staat aber durchaus im alleinigen – oder zumindest *auch* im wohlverstandenen – Interesse des Betroffenen selbst Massnahmen ergreift, wurde bereits ausgeführt (vorne, Teil 1 I. B. 2 und Teil 1 II. D).

staatliche Intervention (auch) zum Schutz und zur Wahrung der wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers *selbst* untersteht – so der Grundsatz – immer dem grundrechtlichen Rechtfertigungszwang:

- (1.) Zunächst verträgt sich ein lediglich auf «qualifizierte» Lebensbereiche beschränkter Schutz gegen paternalistische Einmischungen nur schwer mit zentralen – auch für die Grundrechtsinterpretation wesentlichen – **Grundentscheidungen und Wertungen der Verfassung**:

Die Schweiz versteht sich – was namentlich Art. 2 Abs. 1 BV zum Ausdruck bringt¹⁷⁹³ – als *freiheitlicher Staat*. In einem liberalen Staatsverständnis ist es in erster Linie der Einzelnen selbst überlassen, ihren Lebenssinn und ihr eigenes Wohl zu bestimmen und – eigenverantwortlich – für ihr eigenes Wohl zu sorgen.¹⁷⁹⁴ Eine paternalistisch motivierte Beschränkung individueller Freiheiten steht damit in einem grundsätzlichen Konflikt:¹⁷⁹⁵ Eine «sittliche Erziehungsanstalt» soll der Staat nicht sein;¹⁷⁹⁶ in einer liberalen Sichtweise steht das Recht im Dienste der *wechselseitigen* Abgrenzung von Freiheitsräumen¹⁷⁹⁷ und soll jeder Person ermöglichen, nach *ihrer Vorstellung* glücklich zu werden.¹⁷⁹⁸ Der freiheitliche Staat hat sich also auf diejenigen

¹⁷⁹³ SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 17; OFK BV-BIAGGINI, Art. 2, Rz. 7.

¹⁷⁹⁴ Vgl. HUSTER, Erziehungsambitionen, 195 f.; GROSS, 51 und 138; Votum HASE, in: VVDStRL 64, Berlin 2005, 98; HAFFKE, 769 ff., insb. 770 (bezogen auf die Definitionsmacht über die eigene Gesundheit); ferner DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 348 (Schutz vor sich selbst als «verhandelbare» – im Sinne einer grundsätzlich verzichtbaren – Präventionsaufgabe im liberalen Staat). Das Verständnis der Schweiz als *Sozialstaat* vermag daran nichts zu ändern, siehe hinten, bei Fn. 3291 ff., 3297 ff. und 3936.

¹⁷⁹⁵ Vgl. KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 94 ff.; MURPHY, 465; HETTICH, Rz. 106; RIGOPOULOU, 19; GKOUNTIS, 19 f.; FEINBERG, 3 ff.; OHLY, 69; PETERMANN, Entwurf, 1124; ENDERS, Sozialstaatlichkeit, 42; MÖLLER, Paternalismus, 98; HUSTER, Erziehungsambitionen, 222; s.a. HÖFFE, Politische Gerechtigkeit, 392.

¹⁷⁹⁶ KOHLER, Philosophische Grundlagen der liberalen Rechtsstaatsidee, in: VdS, § 15, Rz. 11; ferner HÄBERLE, Menschenbild, 37; zur staatlichen «Neutralität» als zentrales liberales Prinzip ferner SADURSKI, 122: «[T]he state and law should be neutral between competing conceptions of the moral good espoused and pursued by the members of the community.»

¹⁷⁹⁷ VOLKMANN, Solidarität, Rz. 3 und MAYR, 49 und 71, mit Hinweis auf Kants Definition des Rechts als «Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann» (IMMANUEL KANT, *Metaphysik der Sitten*, Einleitung in die Rechtslehre, in: Wilhelm Weischedel [Hrsg.], *Immanuel Kant – Die Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe Bd. VIII, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 1982, 337).

¹⁷⁹⁸ KANT, *Über den Gemeinspruch*, 145: «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, die mit der Freiheit von jedermann

Regelungen zu beschränken, die für eine «gerechte Ordnung des Zusammenlebens» notwendig sind¹⁷⁹⁹.¹⁸⁰⁰ Eine Beschränkung der (freiverantwortlichen) Ausübung von Freiheiten rechtfertigt sich nur dann, wenn diese Freiheitsausübung *Dritte schädigt* («*harm principle*»)¹⁸⁰¹ (bzw. Interessen der Allgemeinheit betroffen sind¹⁸⁰²) – im Sinne eines «unverletzlichen Freiheitsraums» des Einzelnen.¹⁸⁰³ Die eigene Freiheit findet ihre Grenze so gesehen nur an der Freiheit der *anderen*¹⁸⁰⁴ und Beschränkungen individueller Freiheiten müssen sich dadurch rechtfertigen, die Freiheiten Dritter zu schützen oder zu erhöhen, können mithin nicht direkt und allein gegen den individuellen

nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des Andern) nicht Abbruch tut.»

¹⁷⁹⁹ HUSTER, Erziehungsambitionen, 196; (paternalistische) «Pflichten gegen sich selbst» können zwar solche der Moral sein, aber nicht in eigentliche Rechtspflichten umgewandelt werden (SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 24 ff., insb. 37).

¹⁸⁰⁰ Siehe zu dieser – namentlich durch Kants Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten und Moralität und Legalität geprägten – Funktion des Rechts ferner HORST DREIER, Kants Republik, JZ 2004, 745 ff., 746 f.; ENGI, Recht und Moral, 572; DERS., Reaktion, 302 f.; KOHLER, Philosophische Grundlagen der liberalen Rechtsstaatsidee, in: VdS, § 15, Rz. 10 f.; WENGER, Rz. 9 ff. und 18; zu Kant und dem von ihm mitbegründeten politischen Liberalismus vgl. THOMAS MEYER, Kant und die Links-Kantianer – Liberale Tradition und soziale Demokratie, in: Volker Gerhardt (Hrsg.), Kant im Streit der Fakultäten, Berlin 2005, 171 ff.; von untergeordneter Bedeutung ist der Gesichtspunkt der «Abgrenzung von Freiheitsphären» hingegen beim «*weichen*» Paternalismus (siehe hinten, bei Fn. 3973 ff.).

¹⁸⁰¹ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 3 f.; KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 94 ff.; VON DER PFORDTEN, Recht, 1070; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 2; zum «*harm principle*» (manchmal auch: «*liberty principle*», siehe SUNSTEIN, Why Nudge?, 4) als fundamentales, liberales Prinzip: SADURSKI, 122 f. und 130 ff.; prägnant die Formulierung bei MILL, 13 (Kap. I): «That principle is, that 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 rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.* His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinion of others, to do so would be wise, or even right. [...] The only part of the conduct of anyone, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.» (Herv. d. Verf.).

¹⁸⁰² HUSTER, Erziehungsambitionen, 222.

¹⁸⁰³ MAHLMANN, Elemente, 400.

¹⁸⁰⁴ Dies bringen Art. 4 und 5 der *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* von 1789 (oder Art. 5 der *Verfassung der helvetischen Republik* vom 12. April 1789) prägnant zum Ausdruck.

Freiheitsgebrauch gerichtet sein.¹⁸⁰⁵ Die Ausklammerung eines «trivialen», aber Dritte nicht schädigenden Freiheitsgebrauchs aus dem grundrechtlichen Schutz verträgt sich damit nicht. Grundlegende Konflikte ergeben sich auch mit dem – liberalem Denken zumindest nahe stehenden¹⁸⁰⁶ – *normativen Individualismus*¹⁸⁰⁷, nach dessen zentraler Aussage «alle Entscheidungen [...] in letzter Instanz durch den Bezug auf die betroffenen Individuen zu rechtfertigen» sind,¹⁸⁰⁸ und der «Grundlage des modernen demokratischen Rechts-

¹⁸⁰⁵ SUTTER, Schutz, 49 ff., insb. 51 f.; diese Feststellung wird für den «weichen» Paternalismus jedoch zu relativieren sein, siehe hinten, bei Fn. 3973 ff.; vgl. ferner SALADIN, Werbung, 336 ff., der in (auch paternalistisch motivierten) Werbeverboten in den Bereichen Alkohol, Tabak und Heilmittel einen Konflikt «mit dem *Grundgedanken der freien Persönlichkeit*, wie er sich aus den Grundrechten» (Herv. im Original) ergebe, erblickt – damit entnimmt er der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung m.E. ein Recht, nicht unter Berufung auf eigene, wohlverstandene Interessen in der eigenen Selbstbestimmung vermindert zu werden (vgl. auch hinten, Teil 4 II. A).

¹⁸⁰⁶ VON DER PFORDTEN, Normative Ethik, 31; DERS., Normativer Individualismus, 325; VOLKMANN, Solidarität, Rz. 2; zu den hier nicht zu vertiefenden Unterschieden vgl. VON DER PFORDTEN, Normative Ethik, 31; DERS., Recht, 1070; DERS., Normativer Individualismus, 327.

¹⁸⁰⁷ KIRCHGÄSSNER, Rz. 1, 16, 24, 28 und 57; SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 37; HEINIG, Nudging, Absatz 6; dieses Prinzip taucht auch in der Gestalt anderer Begriffe auf, wie etwa: «Subjektstellung des Menschen», «Autonomie», «Humanismus», «Individualität», «Freiheit», «Liberalismus» oder «Subjektivismus» (VON DER PFORDTEN, Recht, 1069; DERS., Normative Ethik, 30 ff.).

¹⁸⁰⁸ DIETMAR VON DER PFORDTEN, Normativer Individualismus, Zeitschrift für philosophische Forschung 2004, 321 ff., 321; nach dem normativen Individualismus – eine Theorie zur rechtsethischen Rechtfertigung politischer Entscheidungen (VON DER PFORDTEN, Rechtfertigung, 18 und 20), von der allerdings verschiedenste Ausprägungen existieren (dazu VON DER PFORDTEN, Rechtsethik, 302 ff. und 318 ff.) – sind «die einzelnen von der Entscheidung betroffenen Individuen [...] alleiniger Bezugspunkt für die Beurteilung der Entscheidung» (VON DER PFORDTEN, Rechtsethik, 357). Das Individuum bildet «den letzten Zurechnungspunkt der normativen Rechtfertigung» (VON DER PFORDTEN, Rechtfertigung, 20), «der Staat [hat, d. Verf.] alle seine Eingriffe dem Einzelnen gegenüber zu legitimieren» (SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 37). Politische und rechtliche Entscheidungen können sich nur mit Bezug auf alle davon *betroffenen Menschen* rechtfertigen und haben deren *eigenen* Interessen, Wünsche, Ziele und Bedürfnisse zu berücksichtigen und miteinzuschließen. Das sind primär die *aktuellen* Interessen. Sind diese nicht ermittelbar, ist auf die früher geäußerten Interessen abzustellen, und wenn auch dies nicht möglich ist, sind die mutmasslichen Interessen massgeblich. Dem Einzelnen sollen keine ihm fremden Werte und Eigenschaften vorgeschrieben und aufgedrängt werden (siehe VON DER PFORDTEN, Recht, 1069 ff. und 1079 f.; ferner DERS., Rechtfertigung, 19 f.). Als Ausdruck eines allgemeinen normativen Individualismus lässt sich auch das ethische «Prinzip der Betroffenenlegitimität» oder das «Autonomieprinzip» verstehen, wonach «jeder einzelne Mensch [...] über das, was ihn betrifft, selbst entscheiden» darf (VON DER PFORDTEN,

und Verfassungsstaates» bildet.¹⁸⁰⁹ Der Staat ist um des Menschen willen da und nicht umgekehrt.¹⁸¹⁰ Diese Ausrichtung auf den Einzelnen und die gebotene Rechtfertigung des staatlichen Handelns am Individuum kommt in der Bundesverfassung an verschiedenen Stellen zum Ausdruck – etwa in der *Präambel*, die den Menschen und dessen Freiheit betont, sodann in den *Grundrechten*, insbesondere auch der *Menschenwürde*, und ferner im *Demokratieprinzip*.¹⁸¹¹ Mit Blick auf (sonstige) ethische und philosophische Prinzi-

Rechtfertigung, 44) – hier steht die Frage im Vordergrund, wer in welchem Umfang über die individuellen Interessen bestimmen darf (VON DER PFORDTEN, Rechtfertigung, 42 ff.; ELISABETH HOLZLEITHNER, *Prekäre Verhältnisse? Das Individuum in der Gemeinschaft*, in: SCHULZ, Verantwortung, 55 ff., S. 55 f. und Fn. 5). So gesehen steht paternalistisches Staatshandeln in einem grundlegenden Konflikt mit dem normativen Individualismus, allerdings ist dies *nicht zwingend*. Es ist – wie erwähnt – keineswegs ausgeschlossen, auf die *mutmasslichen* Interessen abzustellen, etwa wenn es um urteilsunfähige Personen geht – ein Konflikt zum normativen Individualismus besteht insofern nicht (VON DER PFORDTEN, Recht, 1074; s.a. FATEH-MOGHADAM, *Lebendorganspende*, 28 f.); wesentlich ist dies v.a. im Zusammenhang mit dem an der Selbstbestimmung orientierten, «weichen» Paternalismus, welcher den Einzelnen vor *ungewollten*, «*unfreiwilligen*» Selbstschädigungen abhalten will (vgl. VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 99 ff.; FATEH-MOGHADAM, *Lebendorganspende*, 28 ff., mit der m.E. zutreffenden Differenzierung, dass nicht jeder der Einzelnen im Interesse ihrer *Selbstbestimmung* aufgedrängte Schutz ohne weiteres mit dem normativen Individualismus im Einklang steht – etwa wenn der zu *freiverantwortlichem Handeln fähigen Person* eine Erhöhung ihrer Selbstbestimmung aufgedrängt oder sie an der unwiderruflichen Zerstörung ihrer Autonomiegrundlagen gehindert werden soll; ferner hinten, bei Fn. 3972). Freilich bleibt auch hier die Problematik, wie die mutmasslichen Interessen zu bestimmen sind – es besteht zumindest die Gefahr, dass fremde Vorstellungen einfließen, womit die Grenzen zu einem normativen Kollektivismus verfließen (vgl. RAINER FORST, «Normativer Individualismus»: Substantielle Grundlage einer prozeduralen Rechtfertigung des Rechts, in: SCHULZ, Verantwortung, 45 ff., 46); der normative Individualismus verlangt zudem auch dann Respekt vor individuellen Bewertungen und Abwägungen, wenn diese «irrational» erscheinen mögen (VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 100 f.); zum *normativen Kollektivismus* – Rechtfertigung nicht mit Blick auf die Interessen des Individuums, sondern des Kollektivs – siehe VON DER PFORDTEN, Recht, 1069 und DERS., Rechtfertigung, 19.

¹⁸⁰⁹ VON DER PFORDTEN, Recht, 1069; DERS., Normativer Individualismus, 321; vgl. auch hinten, bei Fn. 1037 f.

¹⁸¹⁰ VON DER PFORDTEN, Recht, 1071; DERS., Normativer Individualismus, 339; s.a. hinten, bei Fn. 2256 f.; vgl. bereits vorne, bei Fn. 1037.

¹⁸¹¹ Vgl. – mit Bezug auf das deutsche GG – VON DER PFORDTEN, Recht, 1071 ff.; DERS., Normativer Individualismus, 339 ff.; bezogen auf die Grundrechte – allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf den normativen Individualismus – s.a. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 951, und ferner MÜLLER, Grundrechtstheorie, I («Sie [die Grundrechte, d. Verf.] sagen: Der Staat hat seinen Grund im Menschen und findet seine Rechtfertigung

prien und Überlegungen¹⁸¹² ist ferner zu bedenken, dass jedenfalls ein *harter* Paternalismus in der philosophischen Literatur überwiegend auf Ablehnung stösst.¹⁸¹³

Die Ausgrenzung (vermeintlich) trivialer Verhaltensweisen birgt zudem die besondere Gefahr, die Freiheit auf einen «vernünftigen» und «wohlverstandenen» Freiheitsgebrauch zu reduzieren – und dabei selbst wiederum paternalistische Wertungen einfließen zu lassen.¹⁸¹⁴ Dies ist mit einem der Würde, der Gleichheit und insbesondere dem Respekt vor individuellen Anschauungen des guten und richtigen Lebens verpflichteten Freiheitsverständnis nicht zu vereinbaren.¹⁸¹⁵ Zwar ist nicht jeder paternalistische Eingriff zwingend ein Würdeverstoß (und damit absolut unzulässig),¹⁸¹⁶ doch verlangt die Würde die Einräumung weitgezogener Freiräume, um über die eigenen Angelegenheiten, das eigene Wohl und die eigene Lebensführung selbst – ohne fremde Einmischung in die (wohlverstandenen) eigenen Interessen – bestimmen zu können.¹⁸¹⁷ Der Menschenwürde ist zudem die Forderung zu entnehmen, dass der Staat die paternalistisch motivierte Fremdbestimmung gegenüber der Einzelnen (sorgfältig) rechtfertigt,¹⁸¹⁸ das bedeutet auch, dass die grundrechtlichen Schutzbereiche so zu konkretisieren sind, dass sich die Betroffene gegen entsprechende Interventionen tatsächlich zur Wehr setzen und den Staat in die Rechtfertigung drängen kann.¹⁸¹⁹ Auch der in Art. 6 BV enthaltene Gedanke der Eigenverantwortung spricht für ein Recht, in den eigenen Angelegenheiten in Ruhe gelassen zu werden: Dieser Bestimmung lässt sich zwar keine allgemeine Handlungsfreiheit entnehmen,¹⁸²⁰ und die in Art. 6 BV statuierte Eigenverantwortung ist wesentlich vom Anliegen getragen, die *Gemeinschaft* von einer übermässigen (finanziellen) Belastung zu schützen.¹⁸²¹

in dem Mass, wie er menschlichen Anliegen gerecht wird.»; bezogen auf die Würde siehe vorne, bei Fn. 1037 und 1171.

¹⁸¹² Zu deren Relevanz vorne, Fn. 1775.

¹⁸¹³ Vgl. z.B. MURPHY, 465, wonach Paternalismus nur gerechtfertigt sein kann, wenn der Betroffene «inkompetent» ist, eine Entscheidung zu treffen; vorne, bei Fn. 1813.

¹⁸¹⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1749 f.

¹⁸¹⁵ Vgl. zu dieser gebotenen «Neutralität» gegenüber dem individuellen Freiheitsgebrauch vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (3.) bei Fn. 1229 ff.

¹⁸¹⁶ Vorne, bei Fn. 1149 f.

¹⁸¹⁷ Vgl. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (6.) bei Fn. 1180 ff.

¹⁸¹⁸ Vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (4.) bei Fn. 1171 f.

¹⁸¹⁹ Vgl. – allerdings ohne spezifische Bezugnahme auf das Paternalismusproblem – ENDERS, Menschenwürde, 499 f.

¹⁸²⁰ KOCH, 113 ff., insb. 118 f. und 134 f.

¹⁸²¹ Vgl. vorne, bei Fn. 1499 ff.

Allerdings kommt in Art. 6 BV auch eine liberale Sicht auf den Menschen zum Ausdruck, insbesondere das Bild des zur Übernahme von Eigenverantwortung für das eigene Leben *gewillten* und *fähigen* Menschen.¹⁸²² Bei der Grundrechtsinterpretation und -konkretisierung sollte dies nicht übersehen werden.

- (2.) Sodann dürfte eine Freiheit, in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten selbst und losgelöst von staatlicher Einflussnahme entscheiden zu können (Recht auf Selbstbestimmung als Recht auf «Selbstentscheidung»¹⁸²³), zumindest für einen grossen Teil der Menschen eine *erhebliche Bedeutung* haben. Diese «Eigenverantwortung» im Sinne der Möglichkeit, die eigenen, selbstgewählten Entscheidungen treffen zu können und frei zu bestimmen, was für einen selbst (und das eigene Wohl) wesentlich ist, hat für sich genommen einen *Eigenwert*, der für das individuelle Glück (zumindest) mitbestimmend ist. Dies unabhängig davon, zu welchen («wertvollen» oder «weniger wertvollen») Zwecken von der Selbstbestimmung Gebrauch gemacht wird.¹⁸²⁴ Die selbstgewählten Entscheidungen sind Teil der *Individualität*, die einen zentralen Aspekt der Persönlichkeit und des Persönlichkeitsschutzes darstellt.¹⁸²⁵ Auch

¹⁸²² Vgl. vorne, bei Fn. 1517 ff. und Fn. 1233; s.a. hinten, bei Fn. 2533 ff.; das bedeutet nicht, dass sich staatliches Handeln nicht auch am «Schwachen», Hilfsbedürftigen und Verletzlichen orientieren dürfte und müsste, dazu hinten, bei Fn. 2544 ff.

¹⁸²³ MORLOK, 380.

¹⁸²⁴ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 97 f. und 175; ACH/SCHÖNE-SEIFERT, 96 ff. und 101 f.; DU BOIS-PEDAIN, 40; HEINIG, Sozialstaat, 265 f.; SUNSTEIN, Why Nudge?, 124 ff.; REGAN, Paternalism, 113 f.; s.a. die Ausführungen in der Botsch. Änd. SVG (1979), 252 f. (s.a. 256), wonach es zur persönlichen Freiheit gehöre, «Gefahren für die *eigene* Gesundheit zu erkennen, zu bewerten und die geeigneten Massnahmen dagegen zu treffen», weshalb die Vorschrift, Sicherheitsgurten «zum Schutz der *eigenen* Gesundheit und körperlichen Integrität zu benutzen» in die persönliche Freiheit eingreife (Herv. d. Verf.); ferner RÜTSCHÉ, Rechte von Ungeborenen, 328, wonach es «einem elementaren Bedürfnis des Menschen» entspreche, «sich in seiner Freiheit und seiner unvergleichlichen Individualität als wertvoll, als Zweck an sich selbst, zu erfahren und von anderen in diesem Wert respektiert zu werden»; siehe bezogen auf das Verhältnis von Fürsorge und Paternalismus im Arzt-Patienten-Verhältnis auch JULIA HÄNNI, Zur Selbstbestimmung des Patienten aus rechtsphilosophischer Perspektive, in: Bianka S. Dörr/Margot Michel (Hrsg.), Biomedizinrecht. Herausforderungen – Entwicklungen – Perspektiven. Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich/St. Gallen 2007, 1 ff., 9 (Selbstbestimmung des Patienten als Element des Patientenwohls); vgl. zum Eigenwert der «Eigenverantwortlichkeit» ferner NIDA-RÜMELIN, Eigenverantwortung, 39; BROCK, 256; s.a. hinten, bei Fn. 3876.

¹⁸²⁵ Vgl. aus zivilrechtlicher Sicht BGE 143 III 297, E. 6.4.1, wonach die Persönlichkeit alles umfasse, «was zur Individualisierung einer Person» diene «und im Hinblick auf die Beziehung zwischen den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig» erscheine; «[d]as Persönlichkeitsrecht» verschaffe «seinem Träger die privatrechtliche

wenn man der «kleinen» Freiheit und der Befriedigung alltäglicher Bedürfnisse prinzipiell die Grundrechtsrelevanz absprechen will¹⁸²⁶ (obwohl sich Freiheit unstreitig auch in der «Banalität des Alltags» manifestieren kann¹⁸²⁷), macht es doch einen Unterschied, ob die Einzelne unter Berufung auf ihre *eigenen* (vermeintlich) «besseren» Interessen einer staatlichen Intervention ausgesetzt wird (und ihr damit gleichzeitig unterstellt wird, sie wisse nicht, was für sie das «Richtige» sei¹⁸²⁸) oder sie im Interesse Dritter Beschränkungen ihrer Handlungsspielräume erdulden muss. Dass ein bestimmtes Verhalten die *Freiheits-sphäre anderer* nicht tangiert, ist durchaus relevant für die Frage, ob es grundrechtlichen Schutz erfahren soll,¹⁸²⁹ und für die Rechtfertigung von Wesentlichkeitsschwellen.¹⁸³⁰ Dort, wo die Persönlichkeit betroffen ist – und das ist m.E. dann der Fall, wenn auf das Verhalten des Einzelnen in seinem eigenen Interesse Einfluss genommen wird – sollte die Eröffnung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit auch nicht von einer besonderen, zusätzlichen Intensität abhängig gemacht werden.¹⁸³¹ Zudem ist zu beachten, dass das Bundesgericht die durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützten Freiheiten teilweise ohnehin sehr weit zieht: Wenn die grundrechtlich geschützte individuelle Lebensgestaltung «auch die Freiheit in der Auswahl der Bekleidung etwa nach den Gesichtspunkten der Ästhetik und der Praktikabilität» beinhaltet,¹⁸³² muss dies erst recht für die Freiheit gelten, in den eigenen Angelegenheiten bzw. Fragen des eigenen Wohls selbst entscheiden zu können und nicht einer staatlichen Anmassung individueller Entscheidungskompetenz ausgesetzt zu werden.

- (3.) Auch angesichts **aktueller Machtbedrohungen** ist ein umfassender Schutz vor paternalistischer Einmischung geboten. Dem fürsorglichen Staat sind gewisse Tendenzen immanent, die Freiheit ob all der gut gemeinten Fürsorge «zu erstickten»¹⁸³³, was sich heute – unter anderem – im Bereich der Gesundheit und

Befugnis, über die persönlichen Güter grundsätzlich frei von fremder Einwirkung zu herrschen» (E. 6.4.2) und vermittele ihm ein «private[s] Herrschaftsrecht[.]» (E. 6.5).

¹⁸²⁶ Vgl. SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: VdS, § 43, Rz. 20; VAN SPYK, 59 f.

¹⁸²⁷ BETGHE, Grundrechtseingriff, 22.

¹⁸²⁸ LENZ, 185 und 193.

¹⁸²⁹ Vgl. bezogen auf die Umschreibung des Kerngehalts nach dem deutschem GG hinten, Fn. 2219; siehe bereits vorne, Teil 2 III. D. 3. b).

¹⁸³⁰ Vorne, bei Fn. 1790.

¹⁸³¹ Siehe HALLER, Komm. aBV, Persönliche Freiheit, Rz. 102, wonach es «fragwürdig» sei, «bei eigentlichen Eingriffen in die Persönlichkeit die Relevanz der persönlichen Freiheit von der Intensität des Eingriffs abhängig zu machen.»; s.a. vorne, Fn. 1761.

¹⁸³² BGE 138 IV 13, E. 7.2.

¹⁸³³ MÜLLER, Privateigentum, 37.

des Ernährungsverhaltens zeigt.¹⁸³⁴ Das (in einer älteren Publikation) gegen eine Ausdehnung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit angeführte Argument, das «Entscheidendürfen über die eigene Lebensweise» würde vom Staat ohnehin nicht angezweifelt,¹⁸³⁵ verliert (jedenfalls¹⁸³⁶) ob der gegenwärtigen (gesellschaftlichen, politischen) Tendenzen seine Überzeugungskraft. Zudem finden sich heute zahlreiche «kleine» Interventionen (Ernährungshinweise, Warnungen, Vorgaben an Lebensmittelproduzenten), die für sich genommen zwar von keiner besonderen Intensität zu sein scheinen, in ihrer Gesamtheit aber zunehmend ganze *Lebensbereiche* – etwa das Verhältnis zum eigenen Körper oder der eigenen Ernährung – beeinflussen, steuern und prägen. Für sich genommen eher geringfügig erscheinende Einzelbelastungen in (vermeintlich) trivialen Bereichen können sich zumindest in der *Summe* und bei einer ganzheitlichen Betrachtung erheblich einschränkend auf die Lebensgestaltung auswirken.¹⁸³⁷ Das führt zu einer Frage, ob und wie verschiedene Einzelhandlungen oder «Belastungen», denen für sich genommen die *Eingriffsqualität* mangels rechtlicher Verkürzung, Verunmöglichung oder (wesentlicher) Erschwerung¹⁸³⁸ der Ausübung elementarer Aspekte der Persönlichkeitsentfaltung abgesprochen wird, zumindest in einer *Gesamtschau* (unter Berücksichtigung der bisherigen und übrigen Belastungen) als *Grundrechtseingriff* behandelt werden müssen.¹⁸³⁹ Dafür lassen sich – in gewissen

¹⁸³⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 103 ff.

¹⁸³⁵ Gemäss HUBER, *Persönliche Freiheit*, 120, würden durch eine allgemeine Handlungsfreiheit Freiheiten geschützt, die gar nicht «in Zweifel» gezogen werden, wie «[d]as Entscheidendürfen über die eigene Lebensweise und über die Freizeitgestaltung, die Freiheit, Beziehungen mit anderen Menschen anknüpfen zu dürfen usw.».

¹⁸³⁶ Zu erinnern ist aber etwa an die bis in die 1980er Jahre mögliche, in mancherlei Hinsicht hochproblematische «administrative Versorgung», dazu vorne, bei Fn. 520 ff.

¹⁸³⁷ Vgl. ROTH, *Faktische Eingriffe*, 277; ferner DIGGELMANN, *Privatheit*, 55, wonach «die Kumulation vieler für sich genommen geringer Zugriffe die Privatheit» verändere «und einen diffus wahrnehmbaren Konformitätsdruck» erzeuge; vgl. zur Problematik, dass sich verschiedene grundrechtsirrelevante oder jedenfalls (für sich genommen) verhältnismässige Einzelbelastungen in einer Gesamtschau zu einer erheblichen Belastung auswirken, auch Votum HUFEN, *VVDStRL* 57, Berlin/New York 1998, 131 ff.; BARCZAK, 91 f.; vgl. aus philosophischer Sicht und im besonderen Kontext des Paternalismus insbesondere SHAPIRO, *Paternalism*, 550, wonach es weitreichende Folgen für unser Leben hätte, wenn viele für sich genommen banale Handlungen paternalistisch motivierten staatlichen Beschränkungen unterworfen würden («cumulative effect of such interventions»).

¹⁸³⁸ Zu diesen Charakteristika des Grundrechtseingriffs TSCHANNEN, *Warnungen*, 406 und 410 f.

¹⁸³⁹ KLEMENT, *Kumulation*, 42 und 62 f.

Grenzen – durchaus Gründe anführen.¹⁸⁴⁰ Zum anderen – und das scheint hier wesentlicher – kann die Problematik sich kumulierender Belastungen auch bei der *Schutzbereichsbestimmung* nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden: So wird gegen die Legitimität von Bagatellvorbehalten etwa vorgebracht, dass die Beschränkung banaler oder trivialer Freiheiten zumindest *in der Summe* für den Einzelnen weitreichende Folgen haben könne.¹⁸⁴¹ Meines Erachtens sind diese Bedenken erst recht berechtigt, wenn der Einzelnen in ihrem *wohlverstandenen, eigenen Interesse* Beschränkungen individueller Handlungsfreiheiten auferlegt werden (sollen).¹⁸⁴²

- (4.) Bei einer paternalistischen Intervention besteht ferner die Problematik, dass der Einzelnen in ihrem eigenen Interesse zwar «geholfen» werden soll, ihr unter Umständen aber ein **Wohlfahrtsverlust** aufgebürdet wird: Entweder wird fälschlicherweise ein Schutzbedürfnis oder ein individueller Nutzen unterstellt oder es überwiegen – in der hierfür primär massgeblichen, individuellen und subjektiven Sicht¹⁸⁴³ – die Freiheits- und Wohlfahrtsverluste den mit der paternalistischen Intervention bewirkten Nutzen. Solche *individuellen Wohlfahrtsverluste* sind nun aber auch in (Lebens-)Bereichen möglich, die man als banal oder trivial bezeichnen mag.

Für den Einzelnen kann eine Helmtraggpflicht zu übermässigen Freiheits- und Wohlfahrtsverlusten führen, weil ihm die Freiheit, ohne Helm zu fahren, wichtiger ist, als die Vermeidung von Kopfverletzungen. Oder er gewichtet die Freiheit zu rauchen und den damit aus seiner Sicht verbundenen Genuss höher als seine eigene Gesundheit.

Solche dem Einzelnen verursachten Wohlfahrtsverluste sind in einer grundrechtlichen Perspektive nicht einfach irrelevant. Nicht nur hat der Einzelne ein legitimes Bedürfnis, nicht unter Berufung auf seine eigenen «wohlverstandenen» Interessen schlechter gestellt und mit Wohlfahrts- und Freiheitsverlusten belastet zu werden, auch folgt aus der für die Grundrechtsinterpretation bedeutsamen¹⁸⁴⁴ *Würde*, dass der Staat dem Einzelnen unter Berufung auf seine wohlverstandenen Interessen keinen Schaden zufügen darf.¹⁸⁴⁵ Dass sich diese Wohlfahrtsverluste möglicherweise auf eher «banale» Art manifestieren (zusätzlicher Zeitaufwand, wenn der Einzelne eine Be-

¹⁸⁴⁰ Vgl. dazu im Einzelnen KLEMENT, Kumulation, 62 f.; Votum HUFEN, in: VVDStRL 57, Berlin/New York 1998, 133; PEINE, Der Grundrechtseingriff, in: HGR Bd. III/II, § 57, Rz. 53 f.

¹⁸⁴¹ Siehe ROTH, Faktische Eingriffe, 277.

¹⁸⁴² Vgl. auch hinten, bei Fn. 1905 und 2008 f.

¹⁸⁴³ Dazu hinten, Teil 4 II. B. 2; s.a. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (2.) bei Fn. 1168.

¹⁸⁴⁴ Vorne, bei Fn. 886 ff.

¹⁸⁴⁵ Teil 2 II. C. 4, dort Ziff. (1.).

ratung über sich ergehen lassen muss; Zerstörung der Frisur, wenn er einen Motorradhelm tragen muss) ist unerheblich: Sie werden zu grundrechtlich relevanten Freiheitskosten, wenn sie der Einzelnen in ihrem eigenen Interesse aufgebürdet werden. Um gut gemeinte, aber letztlich schädliche staatliche Intervention zu verhindern, ist der Staat in die grundrechtliche Rechtfertigung zu drängen; der Einzelne muss über die Möglichkeit verfügen, sich unter Berufung auf seine Grundrechte gegen eine gut gemeinte, aber seinen tatsächlichen Interessen zuwiderlaufende «Beförderung» seines «Wohls» zur Wehr setzen zu können. Für «Bagatellvorbehalte» besteht auch aus diesem Grund kein Raum.

- (5.) Schliesslich ist daran zu erinnern, dass sich Wesentlichkeitsschwellen oder **Bagatellgrenzen sachlich zu rechtfertigen haben**, namentlich einer Interessenabwägung standhalten müssen.¹⁸⁴⁶ Dass überwiegende, einen solchen Bagatellvorbehalt rechtfertigende Interessen tatsächlich vorliegen, darf ganz grundsätzlich nicht vorschnell angenommen werden.¹⁸⁴⁷ Dies gilt besonders dann, wenn die *Interessen des Betroffenen selbst* zur Rechtfertigung der Freiheitsbeschränkung angerufen werden: Bei der hierfür relevanten Interessenabwägung sind lediglich die Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen und gleichzeitig ist nach subjektiven Kriterien zu bestimmen, ob die Freiheitskosten einer paternalistischen Intervention durch Wohlfahrtsgewinne aufgewogen werden.¹⁸⁴⁸ In einer individuellen Sicht kann das Interesse, den Staat fernzuhalten, aber *immer* überwiegen. Überzeugende sachliche Gründe für eine Schutzbereichsverengung durch die Annahme eines Bagatellvorbehalts bestehen deshalb m.E. nicht.
- (6.) Dem hier vertretenen, umfassenden Schutz gegen paternalistische Einmischungen lässt sich auch nicht mit einem Hinweis auf das (ohnehin geltende) *Willkürverbot* (Art. 9 BV)¹⁸⁴⁹ die sachliche Begründbarkeit und Notwendigkeit absprechen. Zwar mag man argumentieren, dass der Entzug von Freiheit, ohne dem Einzelnen einen Nutzen zu verschaffen, «offensichtlich

¹⁸⁴⁶ Vorne, bei Fn. 1787 ff.

¹⁸⁴⁷ Vgl. von ARNAULD, 99. Je diffuser und problematischer die Drittinteressen sind, die zur Beschränkung individueller Freiheiten angebracht werden (wie z.B. die öffentliche Moral, aber auch soziale Folgekosten), desto eher scheinen mir Bagatellvorbehalte problematisch, desto eher ist es angezeigt, den Schutzbereich der persönlichen Freiheit weit zu ziehen. Interessenabwägungen sollten hier auf der Ebene der Schranken erfolgen. Dies auch deswegen, weil sich hinter derartigen öffentlichen Interessen paternalistische Motive verbergen können (vorne, bei Fn. 120 ff.).

¹⁸⁴⁸ Vgl. dazu hinten, Teil 4 I, Teil 4 II. B und Teil 4 III. C. 2. c).

¹⁸⁴⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 1791.

unhaltbar» und damit willkürlich sei. Dennoch: Das Willkürverbot zieht staatlichem Handeln nur beschränkt Grenzen, jedenfalls dann, wenn es sich um «kontroverse Fragen» handelt,¹⁸⁵⁰ was auch auf das Paternalismusproblem zutrifft. Ohnehin lässt sich das Willkürverbot nicht mit einem (vollumfänglichen) materiellen Schutz vergleichen¹⁸⁵¹ und würde den individuellen Schutzbedürfnissen nicht angemessen Rechnung tragen. Es macht einen Unterschied, ob die Einzelne nur vor willkürlicher Behandlung geschützt wird oder ihr auf einer grundsätzlichen Ebene das Recht zugestanden wird, in den sie betreffenden Angelegenheiten und bezüglich ihres eigenen Wohls selbständig entscheiden zu dürfen. Zu erinnern ist ferner an die restriktive Legitimationspraxis, um das Willkürverbot mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde geltend zu machen.¹⁸⁵²

d) Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit

Gegen eine so verstandene und begründete Freiheit, in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten selbständig entscheiden zu dürfen, greifen die Argumente, die gegen eine allgemeine Handlungsfreiheit vorgebracht werden (können), nicht: Postuliert wird nicht eine generelle – tendenziell «substanzlose», «ausufernde»¹⁸⁵³ – Freiheit, tun und lassen zu können, was die Einzelne will. Der hier vertretene Schutz kommt nur zum Zug, wenn der Staat den Einzelnen in seinem *eigenen*, «besseren» Interesse steuern will, womit er sich von einer allgemeinen Handlungsfreiheit *abgrenzt*. Nicht *jede* Beschränkung individueller Freiheiten ist vor dem

¹⁸⁵⁰ HANGARTNER, Sterbehilfe, 9.

¹⁸⁵¹ Vgl. KUKK, 57.

¹⁸⁵² BGE 138 I 305, E. 1.3; BGE 133 I 185, E. 6; vgl. ferner BGer 2D_22/2016, E. 2.2; BGer 2C_262/2020, E. 6.1; CR Cst.-DUBÉY, Art. 9, Rz. 52 ff.

¹⁸⁵³ Befürchtet wird, eine allgemeine Handlungsfreiheit bewirke eine Verwässerung oder einen «Substanzverlust» der Grundrechtsidee (RHINOW, Grundrechtskatalog, 233; MÜLLER, Grundrechtstheorie, 18, s.a. 141; vgl. auch BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 35; für Deutschland vgl. VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 41 [«Banalisierung der Grundrechtsidee»]) und eine «Ausuferung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter» (MARTIN, 81) – einer allgemeinen Handlungsfreiheit würde es an konkreter Substanz mangeln und sie liefe weitgehend auf ein Recht zur Einhaltung des *Legalitätsprinzips* (RHINOW, Grundrechtskatalog 233 f.; MÜLLER, Grundrechte der Verfassung, 143 f.; HUBER, Vertragsfreiheit, 9) und der übrigen *rechtsstaatlichen Grundsätze* hinaus (vgl. die abweichende Meinung des Richters Grimm zum Entscheid BVerfGE 80, 137 [164 ff., insb. 167 f.; Reiten im Walde]; kritisch: ALEXY, Theorie, 313 ff.); der *Verhältnismässigkeitsgrundsatz* werde «selber zum Grundrecht» und es käme zu einer «grenzenlosen Verrechtlichung der rechtspolitischen Entscheidungen des demokratischen Gesetzgebers» (ZIMMERLI, Verhältnismässigkeit, 62).

Recht, in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten selbständig entscheiden zu können, zu rechtfertigen, sondern nur eine (auch) *paternalistisch motivierte*. Deshalb fällt es m.E. auch nicht ins Gewicht, wenn man in der persönlichen Freiheit deshalb *keine* allgemeine Handlungsfreiheit erblicken will, weil sie mit Blick auf die Menschenwürde zu interpretieren sei¹⁸⁵⁴ – es geht hier um einen *speziell* gelagerten, punktuellen Schutz in einem durchaus würderelevanten Bereich.¹⁸⁵⁵ Auch *verdrängt*, «*entwertet*» oder *überlagert* dieser Schutz die übrigen Grundrechte nicht.¹⁸⁵⁶ Die paternalistische Intervention bleibt in erster Linie an demjenigen Grundrecht zu prüfen, das im betroffenen Lebensbereich spezifischen Schutz bietet.¹⁸⁵⁷ Schliesslich findet auch keine – tendenziell mit einer allgemeinen Handlungsfreiheit einhergehende – vollkommene *Subjektivierung* des grundrechtlichen Schutzes statt. Das Recht, in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten von staatlicher Einmischung verschont zu bleiben (bzw. den Staat diesbezüglich in die Rechtfertigung zu drängen), bedeutet *nicht*, dass dem Einzelnen die Definitivität darüber zustehen würde, was alles seine «eigenen Angelegenheiten» sind und die Interessen Dritter *nicht* berührt. Das ist v.a. deshalb relevant, weil sich die Bestimmung des eigenen Wohls durchaus negativ auf Dritte auswirken kann. Dieses Recht aktualisiert sich – wie ausgeführt – erst *im Zusammenspiel* mit einer spezifisch gelagerten Zielrichtung staatlichen Handelns, nämlich der Einmischung in die individuelle Selbstbestimmung, *ohne* dass dies allein mit dem Schutz von Dritt-

¹⁸⁵⁴ So MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 21; allerdings stellt sich die Frage, ob es nicht gerade die Menschenwürde ist, die *für* einen umfassenden grundrechtlichen Schutz der Selbstbestimmung spricht, vgl. ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 94 und die Hinweise in Fn. 1731; zur Interpretation der persönlichen Freiheit mit Blick auf die Menschenwürde siehe vorne, bei Fn. 888 f.

¹⁸⁵⁵ Vorne, Teil 2 II. C. 4, dort Ziff. (6.) bei Fn. 1180 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 1815 ff.

¹⁸⁵⁶ So wird darauf hingewiesen, dass eine allgemeine Handlungsfreiheit konturlos wäre und sich nicht von anderen Grundrechten *abgrenzen liesse* (vgl. BGE 114 Ia 216, E. 5a; BGE 112 Ia 97, E. 5b; BGE 107 Ia 52, E. 3a; BGE 104 Ia 35, E. 5a; BGE 100 Ia 189, E. 3c). Befürchtet wird zuweilen eine gewisse «*Entwertung*» der übrigen punktuellen Garantien, wenn letztlich alles, was nicht durch eine spezifische Garantie geschützt sei, dann eben über eine allgemeine Handlungsfreiheit Schutz erfahre (siehe für das deutsche Verfassungsrecht VOLKMANN, Freiheit und Gemeinschaft, in: HGR Bd. II/I, § 32, Rz. 41); das ist jedoch nicht zwingend – wenn z.B. der Schutz der Versammlungsfreiheit auf *friedliche* Versammlungen beschränkt wird (vgl. vorne, bei Fn. 1669), bedeutet das nicht, dass eine *unfriedliche* Versammlung über eine allgemeine Handlungsfreiheit Schutz erfahren würde (vgl. dazu und zur Abgrenzung der allgemeinen Handlungsfreiheit von anderen Grundrechtsgarantien KAHL, Die allgemeine Handlungsfreiheit, in: HGR Bd. V/II, § 124, Rz. 32 ff., s.a. Rz. 93; BETHGE, Grundrechtseingriff, 24 f.).

¹⁸⁵⁷ Vgl. dazu die Beispiele vorne, Teil 2 I.

interessen gerechtfertigt wird – also einzig (oder zumindest auch) mit den Interessen des Betroffenen selbst. Das hier postulierte Recht konkretisiert die verfassungsrechtlichen Wertungen und trägt dem menschlichen Bedürfnis nach Eigenverantwortung Rechnung.

e) Ergebnis und offene Fragen

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt es für sich genommen eine *elementare*, durch Art. 13 BV und jedenfalls durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung dar, in den *eigenen* Angelegenheiten in Ruhe gelassen zu werden bzw. von einer staatlichen Fremdbestimmung des *eigenen Wohls* im (mutmasslichen, wohlverstandenen) eigenen Interesse verschont zu bleiben – dies alles unabhängig davon, ob (von aussen gesehen) besonders wertvolle oder wichtige Lebensbereiche oder Entscheidungen betroffen sind.

Wenn der Staat den Einzelnen unter Berufung auf seine *eigenen, wohlverstandenen* Interessen daran hindert, an einem Humanforschungsprojekt teilzunehmen, eine Waffe zu erwerben, auf das Tragen eines Schutzhelms zu verzichten, am Glücksspiel teilzunehmen, Zigaretten zu rauchen oder Betäubungsmittel zu konsumieren,¹⁸⁵⁸ dann hat sich dieses staatliche Handeln zumindest als Eingriff in die *persönliche Freiheit* des Einzelnen zu rechtfertigen. Er darf selbst entscheiden, was er als nützlich für sein eigenes Wohl erachtet.

Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass dieses Recht, in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten selbständig entscheiden zu dürfen, wie «banal» sie (von aussen gesehen) auch immer sein mögen, *noch nicht abschliessend konturiert ist*: Ob es auch (vollumfänglich) Bestand hat, wenn sich der Schutz an der *Selbstbestimmung orientiert*, ist gesondert – und grundrechtsübergreifend – zu diskutieren. Ebenso ist speziell zu prüfen wie weit der Schutz gegen «sanfte», *nicht imperative Massnahmen* reicht (Warnungen, Empfehlungen, *Nudging*), sei es zur Erhöhung der Selbstbestimmung und «Freiwilligkeit», sei es zur Einwirkung auf die individuellen Präferenzen. Darauf ist nachstehend einzugehen.

¹⁸⁵⁸ Zur umstrittenen Frage, ob solche Verhaltensweisen in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit fallen, siehe vorne, bei Fn. 1715 ff.

F. Schutz gegen nicht imperatives und autonomieorientiertes Handeln?

1. Vorbemerkungen

Ein Schutz vor sich selbst kann auf ganz unterschiedliche Arten verwirklicht werden und von unterschiedlicher Qualität und Intensität sein.¹⁸⁵⁹ Dies wirft die Frage auf, ob *jede* paternalistisch motivierte Einwirkung auf den Einzelnen grundrechtsrelevant ist.

Zu bejahen ist dies zunächst für den Fall, dass die Einzelne mit *Zwang* daran gehindert wird, gemäss ihren Wünschen, Bedürfnissen und Überzeugungen zu handeln, oder ihr eine freie Wahl *faktisch verunmöglicht wird* (z.B. wenn der Staat das gesamte Trinkwasser fluoridieren würde¹⁸⁶⁰). Grundrechte schützen auch gegen derartige (faktische) Verkürzungen individueller Freiheiten.¹⁸⁶¹ In anderen Konstellationen wird es allerdings komplizierter:

- Zunächst stellt sich die Frage, ob der Einzelne auch dann ein (grundrechtsrelevantes) Schutzbedürfnis hat, wenn auf seine bestehenden *Präferenzen* oder den Prozess der Willensbildung bloss (paternalistisch) *eingewirkt* wird, er also *keinen Verhaltensoptionen beraubt*, aber dennoch in eine gewisse Richtung gestossen werden soll.
- Noch schwieriger wird es, wenn der Staat die Selbstbestimmung oder «Freiwilligkeit» absichern oder erhöhen bzw. ein «*unfreiwilliges*» Handeln verhindern will. Kommt eine (grundrechtlich geschützte) «Freiheitsoption» in Gefahr, wenn es dem Einzelnen bloss *ermöglicht* werden soll, das zu tun, was er eigentlich will, bzw. wenn er daran gehindert werden soll, etwas zu tun, was er gar nicht freiverantwortlich will?
- In beiden Konstellationen ergeben sich besondere Fragen mit Blick auf die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes, wenn der Einzelnen die Einflussnahme nicht geradezu *aufgezwungen* wird (z.B. durch eine obligatorische Aufklärungspflicht), sondern «*sanftere*» *Mittel* (wie allgemeine Warnungen und Empfehlungen oder Anreize und *Nudges*) zum Einsatz gelangen.

¹⁸⁵⁹ Vgl. dazu die vorne, in Teil 1 II. B. 7–10 getroffenen Unterscheidungen, insbesondere zwischen einem hartem und einem weichen Paternalismus, sowie die Beispiele in Teil 1 II. B. 12 und Teil 1 II. D; s.a. hinten, bei Fn. 4157 ff. und Teil 4 III. C. 2. c) ii.

¹⁸⁶⁰ Siehe BGer, Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 2c, 27.

¹⁸⁶¹ Vgl. – allerdings nicht bezogen auf den Schutzbereich, sondern den Grundrechtseingriff (zu dieser Abgrenzung vgl. weiter hinten in diesem Abschnitt, bei Fn. 1867 ff.) – DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 335.

Grundrechte können in den von ihnen erfassten Lebensbereichen durchaus durch staatliche Massnahmen beschränkt werden, die *nicht imperativ* (also nicht in der Form eines Befehls, Verbots oder Gebots¹⁸⁶²) erfolgen, nicht mit *Zwang* verbunden sind und *ausserhalb formeller Akte* (wie namentlich einer Verfügung) ergehen.¹⁸⁶³ Doch ist der Schutz gegen informierendes oder sonstiges, nicht imperatives Staatshandeln nicht immer ganz einfach zu bestimmen.¹⁸⁶⁴ Häufig wird eine gewisse Vergleichbarkeit mit den Auswirkungen imperativen Staatshandelns verlangt,¹⁸⁶⁵ oft i.S. einer «Zwangsähnlichkeit»¹⁸⁶⁶.

In dogmatischer Hinsicht ist festzuhalten, dass die Grundrechtsrelevanz «sanfter» Massnahmen häufig als Problem des *Grundrechtseingriffs* bzw. der Voraussetzungen, unter denen überhaupt ein Eingriff anzunehmen ist, diskutiert wird. In den Vordergrund gelangt dann die Frage, *wogegen* – gegen welche Art und Intensität staatlicher Einwirkungen – die Grundrechte schützen.¹⁸⁶⁷ Man kann diesen Problemkreis aber auch unter dem Aspekt des *Schutzbereichs* diskutieren,¹⁸⁶⁸ und sich damit in erster Linie mit der Frage befassen, *was* geschützt ist.¹⁸⁶⁹ Beides ist mög-

¹⁸⁶² WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, 60; PEINE, Der Grundrechtseingriff, in: HGR Bd. III/II, § 57, Rz. 23.

¹⁸⁶³ Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 31 ff.; TSCHANNEN, Warnungen, 406; ferner DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 335 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 10; ein Schutz nur gegen imperatives Staatshandeln würde dem rechtsstaatlichen Anliegen eines möglichst effizienten Grundrechtsschutzes, insbesondere mit Blick auf das zunehmende Ausweichen auf «sanfte» Beeinflussungs- und Steuerungsformen, nicht hinreichend Rechnung tragen (vgl. WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, 74 ff.; TSCHANNEN, Warnungen, 406; BRANDENBERG, 135 f.; vgl. bezogen auf *Nudges* auch ALEMANN/SPINA, 452 ff. und 456).

¹⁸⁶⁴ Vgl. bezogen auf staatliche Information und Anreize DIGGELMANN, Präventionsstaat, 184; bezogen auf informierendes Staatshandeln TSCHANNEN, Warnungen, 401 ff.; s.a. DI FABIO, 691; ferner FÜHR, 295.

¹⁸⁶⁵ Siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 189; kritisch bezogen auf einen Bagatellvorbehalt PEINE, Der Grundrechtseingriff, in: HGR Bd. III/II, § 57, Rz. 49.

¹⁸⁶⁶ Vgl. im Kontext des informierenden Staatshandelns: BRANDENBERG, 142 und 144 (Intensität und Zwangsähnlichkeit); NÜTZI, 133 ff. (im Kontext der Meinungsfreiheit; «staatliche Nötigung»; «psychologischer Zwang»); MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 381 ff., insb. 383 f. («faktischer Zwang»; «faktische Zwangslage»).

¹⁸⁶⁷ MERTEN, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: HGR Bd. III/II § 56, Rz. 14; ECKHOFF, 20 f.

¹⁸⁶⁸ Vgl. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, S. 380 mit Fn. 106; so ist etwa der Schutzbereich der persönlichen Freiheit mit Blick auf die «Art und Intensität der Beeinträchtigung» zu umschreiben (BGE 126 I 112, E. 3a; BGE 133 I 58, E. 6.1; dazu im Einzelnen vorne, bei Fn. 1758 ff.; ferner SCHEFER, Kerngehalte, 71 f. (Intensität der Wirkungen [auch] als Frage des Schutzbereichs).

¹⁸⁶⁹ MERTEN, Grundrechtlicher Schutzbereich, in: HGR Bd. III/II, § 56, Rz. 14; ECKHOFF, 20 f.

lich – ohnehin lässt sich zwischen Eingriff und Schutzbereich nicht immer (sauber) trennen.¹⁸⁷⁰ Doch scheint es mir vorteilhafter, Fragen der (grundrechtsrelevanten) Intensität und «Zwangsähnlichkeit» – letztlich eine Art Bagatellvorbehalt¹⁸⁷¹ – eher als *Schutzbereichsfrage* und *nicht als Problem des Eingriffs* (und dessen Voraussetzungen) zu behandeln, zumindest im hier relevanten Kontext: Es muss Klarheit darüber bestehen, ob und *inwieweit* ein Grundrecht *überhaupt* Schutz vermittelt, in dem von ihm umfassten Lebensbereich nicht «sanft» im individuellen Verhalten gelenkt und beeinflusst zu werden, bzw. in welchem Umfang und mit welcher Absolutheit das *Ausbilden* der «eigenen» Wünsche, des eigenen «Wollens» überhaupt Schutz erfährt. Dies gilt erst recht, wenn dieser Schutz im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen selbst erfolgen soll, geht es hier doch um die Reichweite des individuellen Freiheitsanspruchs, unbeeinflusst über das *eigene* Wohl zu entscheiden. Eine Diskussion dieser Fragen auf der Schutzbereichsebene ist bezogen auf («sanftes») paternalistisches Staatshandeln auch deshalb angezeigt, da – wie noch zu zeigen ist – eine direkt gegen die (freiverantwortlich ausgeübte) Freiheit selbst gerichtete Intervention grundsätzlich unzulässig ist; damit gerät die Frage in den Vordergrund, was die grundrechtlich geschützte Freiheit *tatsächlich* ausmacht.¹⁸⁷²

Für die Abgrenzung der Schutzbereichs- von der Eingriffsfrage ist ferner zu berücksichtigen, dass der «Eingriff» doch eher eine *formale* (den staatlichen Rechtfertigungszwang auslösende¹⁸⁷³) Kategorie bildet, es aber der *Schutzbereich* ist, der – aus Sicht des Einzelnen¹⁸⁷⁴ – die zu schützenden *Interessen* und Ansprüche bestimmt.¹⁸⁷⁵ Die Diskussion um die (nötige) Intensität und Zwangsähnlichkeit beschlägt zudem primär die materielle Frage *nach den Schutzbedürfnissen*; es sollte die Intensitätsfrage auch aus diesem Grund eher auf der Ebene des *Schutzbereichs* als derjenigen des Eingriffs diskutiert werden¹⁸⁷⁶ oder vielleicht noch besser bei der Vornahme der *Interessenabwägung* im Rahmen der grundrechtlichen Zulässigkeitsprüfung bzw. der *Eingriffsrechtfertigung*¹⁸⁷⁷ (was tendenziell für eine *Weitfassung* grundrechtlicher

¹⁸⁷⁰ Eingriff und Schutzbereich sind eng aufeinander bezogen: Je weiter der Schutzbereich gezogen wird, desto eher liegt ein Eingriff vor; eine bestimmte staatliche Handlung wirft häufig auch erst die Frage auf, wie denn der Schutzbereich zu bestimmen ist (vgl. ECKHOFF, 20; ferner TSCHANNEN, Warnungen, 407; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, 82; SCHEFER, Beeinträchtigung, 15; MÜLLER, Komm. aBV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 113; BETHGE, Grundrechtseingriff, 113; DI FABIO, 695; VON ARNAULD, 90 f.; DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 334 f.).

¹⁸⁷¹ PEINE, Der Grundrechtseingriff, in: HGR Bd. III/II, § 57, Rz. 49.

¹⁸⁷² Hinten, Teil 4 II. A.

¹⁸⁷³ Vgl. BETHGE, Grundrechtseingriff, 10 f., 37 und 53; ferner ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 79.

¹⁸⁷⁴ DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 334 f.

¹⁸⁷⁵ TSCHANNEN, Warnungen, 405 und 410 f.; DERS., Staatsrecht, Rz. 345.

¹⁸⁷⁶ Vgl. TSCHANNEN, Warnungen, 407 ff. (bezogen auf Zwangsähnlichkeit und Intensität).

¹⁸⁷⁷ MEISTER, 137 f.; vorne, Fn. 1786; indessen ist nicht zu übersehen, dass sich (auch) zwischen der Schutzbereichsfrage und der Frage, ob der Eingriff gerechtfertigt ist und einer

Schutzbereiche spricht). Darüber hinaus hat die Schutzbereichsfrage der Eingriffsfrage richtigerweise voranzuzugehen.¹⁸⁷⁸ Dazu kommt, dass die Diskussion um die erforderliche Intensität und Zwangsähnlichkeit im Rahmen des Eingriffs zu *pauschal* ausfallen kann: Die Problematik der den Rechtfertigungszwang auslösenden Intensität stellt sich *grundrechtsspezifisch*, ist mithin je nach betroffenem Grundrecht anders zu beantworten.¹⁸⁷⁹ Zu Recht wird m.E. die Auffassung vertreten, dass «*materiale Begriffselemente*» aus dem Eingriffsbegriff auszulagern sind.¹⁸⁸⁰

2. Sanfte paternalistisch motivierte «Beeinflussung» und Steuerung der Präferenzen

Ob (nicht imperative) Einwirkungen auf die Wünsche, Einstellungen und Ziele des Einzelnen grundrechtsrelevant sind – zumindest dann, wenn damit eine paternalistische Absicht verfolgt wird –, ist zunächst mit Blick auf *spezifische Grundrechte* zu prüfen. Anschliessend ist zu untersuchen, ob und inwiefern grundrechtlich geschützte Verhaltensfreiheiten auf einer *grundsätzlichen Ebene* davor schützen, in der Entscheidung darüber, wie die betreffende Freiheit wahrzunehmen ist, beeinflusst und (subtil) gelenkt zu werden.

a) Schutz durch spezifische Grundrechte

Das «edukatorische»¹⁸⁸¹ Staatshandeln – etwa bezüglich der individuellen Gesundheit – und die damit verbundenen Einflussnahmen auf Fragen der vernünftigen, guten und «richtigen» Lebensführung bergen (unabhängig von einer spezifischen paternalistischen Stossrichtung) ein Konfliktpotential mit der Freiheit der *Meinungsbildung* und der Ausbildung der eigenen *religiösen und v.a. weltanschaulichen Überzeugungen*¹⁸⁸² sowie der *religiösen und weltanschaulichen Neutralität* des Staates. Ausserdem stellt sich die Frage, ob und inwiefern sich in solchen Fällen die *Informationsfreiheit*, das *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* und der *Schutz der geistigen Unversehrtheit* aktualisieren. Weiter ist zu prüfen, welche Bedeutung der Bestimmung von *Art. 11 Abs. 1 BV* zukommt.

Interessenabwägung standhält, nicht immer sauber trennen lässt (vgl. BGE 144 I 266, E. 3.8; s.a. BGer 2C_1035/2017, E. 5.1).

¹⁸⁷⁸ TSCHANNEN, Warnungen, 405 und 411; DERS., Staatsrecht, Rz. 345; PEINE, Der Grundrechtseingriff, in: HGR Bd. III/II, § 57, Rz. 1 und 10; vgl. ferner BETHGE, Grundrechtseingriff, 19 f.; s.a. MAHON, Petit Comm., Art. 36 Cst., Rz. 5.

¹⁸⁷⁹ Vgl. DI FABIO, 695; TSCHANNEN, Warnungen, 408; ferner VON ARNAULD, 91; ALEXU, Theorie, 277 f.

¹⁸⁸⁰ TSCHANNEN, Warnungen, 407 ff.

¹⁸⁸¹ Zum Begriff siehe vorne, bei Fn. 494.

¹⁸⁸² DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 340 f.; s.a. ENDERS, Sozialstaatlichkeit, S. 46 f. mit Fn. 151.

i) Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV)

Grenzen der staatlichen Einflussnahme auf Wünsche, Einstellungen und Überzeugungen ergeben sich zunächst aus dem durch Art. 16 Abs. 1 und 2 BV geschützten Recht, eine (eigene) Meinung zu *haben*¹⁸⁸³ und sich eine (eigene) Meinung frei zu *bilden* (Meinungsbildungsfreiheit). Das Recht, eine eigene Meinung zu haben (oder nicht zu haben) und – quasi vorgelagert – frei zu bilden, beschlägt das *forum internum* (während das Recht, eine Meinung zu *äussern*, das *forum externum* betrifft).¹⁸⁸⁴ Vom *forum internum* erfasst ist ein «innerster Bereich» persönlicher Überzeugungen¹⁸⁸⁵, das «Innenleben des Einzelnen»¹⁸⁸⁶. Eine eigene Meinung zu haben, ist zentral für die Ausbildung der Persönlichkeit und deren Entfaltung und letztlich die Möglichkeit tatsächlicher *Selbstbestimmung*.¹⁸⁸⁷ Das *forum internum* wird dem *Kerngehalt* zugerechnet,¹⁸⁸⁸ wobei hier richtigerweise Differenzierungen nach der Einwirkungsintensität zu treffen sind.¹⁸⁸⁹ Der Staat kann in die Meinungsbildungsfreiheit eingreifen, *ohne* dass es sich dabei immer um eine unzulässige Kerngehaltsverletzung handeln würde.

Ganz grundsätzlich ist zu beachten, dass sich der Schutz der Meinungsfreiheit nicht gegen jegliche staatliche Beeinflussung aktualisiert. Geschützt ist die Einzelne davor, sich mit einer fremden Meinung identifizieren, sich ihr anpassen oder die eigene Meinung aufgeben zu müssen.¹⁸⁹⁰ Die bloße Konfrontation mit einer fremden Überzeugung ist für sich allein genommen nicht grundrechtsrelevant.¹⁸⁹¹ Und nicht jede aufgedrängte staatliche Information tangiert bereits die Meinungs-

¹⁸⁸³ Das ergibt sich allerdings nicht direkt aus dem Text von Art. 16 Abs. 2 BV, ist aber Voraussetzung «für die Freiheit, eine Meinung zu äussern», siehe SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 16; ferner MÜLLER/SCHEFER, 360 ff.; vgl. bereits BGE 120 Ia 190, E. 2a; s.a. VGer GR, Urteil vom 21. September 2007, U 07 63, E. 2a.

¹⁸⁸⁴ BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 13 ff.; ferner MAHON, Petit Comm., Art. 16 Cst., Rz. 16.

¹⁸⁸⁵ OFK BV-BIAGGINI, Art. 16, Rz. 12; SCHEFER, Kerngehalte, 456.

¹⁸⁸⁶ BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 14.

¹⁸⁸⁷ Vgl. SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 18; CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 13 und 17; BGer 2C_719/2016, E. 3.1; s.a. hinten, bei Fn. 1904 und in Fn. 1906; siehe allgemein zum Wert der Kommunikationsgrundrechte für die persönliche Entfaltung («Autonomiefunktion») KERN, 73 ff.

¹⁸⁸⁸ SCHEFER, Kerngehalte, 456 ff.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 16, Rz. 12; MAHON, Petit Comm., Art. 16 Cst., Rz. 16.

¹⁸⁸⁹ Vgl. BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 14 und 52, wonach das *forum internum* vor Zwang schütze, aber nur der *direkte* Zwang (Gehirnwäsche, Psychopharmaka) den Kerngehalt verletze.

¹⁸⁹⁰ BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 14; CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 32 f.

¹⁸⁹¹ Vgl. REICH, Homeschooling, 600.

freiheit¹⁸⁹² (ihr entfließt damit kein allgemeines Recht, nicht hören und nicht sehen zu müssen). Vielmehr schützt sie nur gegen Einwirkungen von einer gewissen *Intensität*: Verlangt wird eine (zumindest faktische¹⁸⁹³) Zwangswirkung oder «zwangsähnliche» Wirkung, damit sich der Schutz überhaupt aktualisiert.¹⁸⁹⁴ Das Kriterium des Zwangs oder der Zwangsähnlichkeit ist jedoch unscharf und schwierig zu handhaben.¹⁸⁹⁵ Massgeblich kann etwa sein, wie stark die Einzelne den Beeinflussungsversuchen ausweichen kann¹⁸⁹⁶ und wie fest sie in der Lage bleibt, der Beeinflussung – im Sinne eines «psychologischen Zwangs» – zu widerstehen und einen selbstbestimmten Willensentschluss zu fassen.¹⁸⁹⁷ Schutz ist bei dieser Betrachtungsweise jedenfalls dann geboten, wenn der Einzelne nicht mehr in der Lage ist, seine Einstellungen und Überzeugungen selbst zu bilden oder daran festzuhalten.¹⁸⁹⁸ Zu Eingriffen in die Meinungsbildungsfreiheit führen staatliche Indoktrinationsversuche¹⁸⁹⁹ oder eine intensive, «erzieherische» «Überzeugungsarbeit»¹⁹⁰⁰, bewusst bzw. gezielt einseitige, falsche und irreführende Information¹⁹⁰¹, aber auch der Einsatz unterschwelliger, subtiler, suggestiver Methoden und Botschaften¹⁹⁰².

Aggressive staatliche Massnahmen, die z.B. mit «Schockbildern» die (persönlichen, gesellschaftlichen) Einstellungen zu einem Konsumgut (Zigaretten, stark zuckerhaltige Produkte)

¹⁸⁹² Ob die Meinungsbildungsfreiheit Schutz vor einer zwangsweisen Kenntnisnahme von Informationen bietet, wurde offengelassen in BGE 98 Ia 409, E. 2.

¹⁸⁹³ LÜDEMANN, 120 (rechtlicher Zwang dürfte ausscheiden, in Frage komme bloss «faktischer Zwang»).

¹⁸⁹⁴ BRANDENBERG, 121 und 142; BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 14 und 52 (Schutz vor «Zwang»).

¹⁸⁹⁵ Siehe dazu PEINE, Der Grundrechtseingriff, in: HGR Bd. III/II, § 57, Rz. 49; VON ARNAULD, 94 und 100; TSCHANNEN, Warnungen, 408; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, 86; NÜTZI, 134; BRANDENBERG, 121; MEISTER, 136 f.

¹⁸⁹⁶ Vgl. – bezogen auf die Informationsfreiheit – BRANDENBERG, 123, s.a. 142; vgl. ferner – zur Informationsfreiheit im deutschen GG – LÜDEMANN, 120 f.

¹⁸⁹⁷ Vgl. NÜTZI, 133 f., 147 und 193; BRANDENBERG, 121.

¹⁸⁹⁸ So NÜTZI, 134; BRANDENBERG, 121.

¹⁸⁹⁹ Vgl. SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 17; BARRELET, Les libertés de la communication, in: VdS, § 45, Rz. 8; MÜLLER/SCHEFER, 362; BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 13; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, 68; Frowein/Peukert-Frowein, Komm. zu Art. 10 EMRK, Rz. 3; s.a. SHK VIG-SÄGESSER, Art. 4, Rz. 22.

¹⁹⁰⁰ Vgl. CHRISTOPH ZENGER, Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS – Öffentlich-rechtlicher Teil, hrsg. vom Bundesamt für Gesundheitswesen, Bern, 1991, 11 ff., 173 (Verhaltensbeeinflussung durch eine Erziehungskampagne).

¹⁹⁰¹ Vgl. SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 17; Frowein/Peukert-Frowein, Komm. zu Art. 10 EMRK, Rz. 4; BARRELET, Les libertés de la communication, in: VdS, § 45, Rz. 8; NÜTZI, 88 und 135; SHK VIG-SÄGESSER, Art. 4, Rz. 22.

¹⁹⁰² Vgl. BRANDENBERG, 142.

und einem Konsumverhalten gezielt in eine Richtung beeinflussen wollen, scheinen mir unter dem Gesichtspunkt der Meinungsbildungsfreiheit durchaus rechtfertigungsbedürftig.¹⁹⁰³

Allerdings befriedigt es nicht vollends, den Schutz der Meinungsbildungsfreiheit auf solche Massnahmen zu verengen, die (zumindest) «zwangsähnlich» wirken; oder aber es ist das Kriterium der «Zwangsähnlichkeit» nicht zu streng zu handhaben. Jedenfalls die *paternalistisch* motivierte Einflussnahme auf die Einstellungen und Überzeugungen des Einzelnen ist angesichts ihrer Einwirkungen auf die *Persönlichkeit* (in deren Dienste die Meinungsfreiheit – wenn auch nicht ausschliesslich – steht¹⁹⁰⁴) für sich genommen schon von einer besonderen Intensität. Fraglich ist zudem, ob nicht verstärkt eine «*Gesamtsicht*» angezeigt ist: Es wären die einzelnen staatlichen Steuerungsversuche in ihren Auswirkungen auf die Betroffenen nicht isoliert zu betrachten, sondern in den Kontext der im selben (Lebens-)Bereich bereits stattfindenden Beeinflussungsversuche zu setzen. Auch wenn eine einzelne staatliche («*edukatorische*») Aufklärungsmassnahme in einem Gebiet – z.B. der Gesundheit und der Ernährung – für sich genommen keine besonders intensive, zwangsähnliche Wirkung entfaltet (Möglichkeit, einer Kampagne auszuweichen), so ist doch zu berücksichtigen, dass solche Massnahmen aufgrund ihrer Häufigkeit und in der Summe die Einstellungen und Meinungen über das «gute» und «richtige» Leben zu verändern und damit die Freiheitsausübung insgesamt zu modifizieren vermögen.¹⁹⁰⁵ Bei der Frage, inwiefern staatliche Beeinflussungs- und Erziehungsversuche unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig sind, sollte schliesslich deren *demokratische Funktion und politische Bedeutung*¹⁹⁰⁶ ausreichend berücksichtigt werden: Die Meinungsfreiheit ist von zentraler Bedeutung, damit der gesellschaftliche Willensbildungsprozess nicht durch den Staat oder einzelne Gruppen kanalisiert, verzerrt und in eine bestimmte Richtung gelenkt wird. Nur so ist sichergestellt, dass die Einzelnen ihre eigenen

¹⁹⁰³ Bezogen auf Art. 10 EMRK auch ALEMANN/SPINA, 445 f.; vgl. auch hinten, Teil 3 III. B.

¹⁹⁰⁴ Zum Schutz (auch) der *Persönlichkeit* durch die Meinungsfreiheit vorne, bei Fn. 1887, s.a. hinten, in Fn. 1906.

¹⁹⁰⁵ Vgl. DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 340 f.; vgl. auch BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 12, die «angesichts der begrenzten menschlichen Aufnahmefähigkeit und der zunehmenden Informationsflut» der (m.E. allerdings nicht einschlägigen, siehe hinten, Teil 2 III. F. 2. a) iii)) Informationsfreiheit ein «Recht, in Ruhe gelassen zu werden», entnehmen will; zur vergleichbaren Problematik im Zusammenhang mit der *persönlichen Freiheit* siehe vorne, Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (3.), insb. bei Fn. 1837 ff.

¹⁹⁰⁶ Zu dieser doppelten Funktion der Meinungsfreiheit (Schutz der *Persönlichkeit*; Bedeutung für die demokratische Ordnung) vgl. SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 6; CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 13 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 347 f.; BARRELET, Les libertés de la communication, in: VdS, § 45, Rz. 7; BGE 96 I 586, E. 6; s.a. BGER 2C_719/2016, E. 3.1.

Überzeugungen frei bilden, sich gemeinsam mit anderen frei über die für das gemeinsame Zusammenleben notwendigen Regeln verständigen und sich dabei mit ihren eigenen (nicht fremdbestimmten) Vorstellungen einbringen können. Die Regeln für das gemeinsame Zusammenleben müssen ihre Grundlage in den *tatsächlichen* Bedürfnissen, Werthaltungen und Überzeugungen der einzelnen *Menschen* haben und dürfen nicht von starren Bildern bestimmter Gruppen oder staatlicher Akteure über das gute und richtige Leben geprägt und angeleitet sein. Nur so wird letztlich eine gesellschaftliche Ordnung geschaffen und erhalten, die anpassungsfähig und offen für Kritik ist, neuen Einflüssen und geänderten Anschauungen gegenüber aufgeschlossen bleibt und nicht in bestimmten «Wahrheiten», Menschenbildern, Deutungen und Überzeugungen über das gute und richtige Leben erstarrt.¹⁹⁰⁷ Damit steht dieser Schutz der gesellschaftlichen Willensbildung letztlich auch wieder im Dienste der *individuellen Freiheit*.¹⁹⁰⁸ Dieser Prozess ist umso mehr in Gefahr, je stärker der Staat in bestimmten Bereichen – wie etwa der Gesundheit – informierend, aufklärend und steuernd tätig wird und versucht, Individuen und Gesellschaft gezielt zu beeinflussen und zu «erziehen».¹⁹⁰⁹ Ein Schutz der Meinungsbildungsfreiheit nur gegen zwangsähnliche Interventionen trägt deren Bedeutung für die demokratische Ordnung m.E. nicht hinreichend Rechnung.

Nicht zuletzt unter diesem Gesichtspunkt erscheint mir etwa die gezielte Beeinflussung des gesellschaftlichen Meinungsklimas, um das Rauchen als unattraktiv erscheinen zu lassen und den Boden für (weitere) Präventionsmassnahmen zu ebnen,¹⁹¹⁰ als *äusserst* problematisch, zumindest vor Art. 16 BV rechtfertigungsbedürftig.

Selbst wenn man den abwehrrechtlichen Schutz der Meinungs(bildungs)freiheit eng verstehen will (Schutz nur vor besonders intensiven, zumindest «zwangsähnlichen» Beeinflussungsversuchen), hat der Staat seine Informations- und Aufklärungsmassnahmen so auszugestalten, dass sich die Menschen eine eigene, reflektierte, nicht in eine bestimmte Richtung beeinflusste Meinung bilden können (sachliche, objektive

¹⁹⁰⁷ Siehe MÜLLER/SCHEFER, 347, s.a. 349 f., 383 und 389; ferner SCHEFER, Kerngehalte, 454 ff.; CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 13 ff.; zur freien Kommunikation als Grundelement für «Erkenntnisgewinn» und die Ermöglichung der «Wahrheitssuche» siehe KERN, 68 ff.

¹⁹⁰⁸ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 455.

¹⁹⁰⁹ DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 340 f.

¹⁹¹⁰ So war es ein strategisches Ziel des Nationalen Programms Tabak 2008–2016, die gesellschaftlichen Einstellungen zum Rauchen als solche zu verändern, die soziale Akzeptanz des Rauchens zu mindern und eine verstärkte Akzeptanz staatlicher Präventionsmassnahmen im Bereich des Tabakkonsums zu bewirken, siehe BAG, Nationales Programm Tabak 2008–2016 (Zusammenfassung), Bern 2008/2012, 7 und 10 f., sowie BAG, Faktenblatt «Nationales Programm Tabak», 2 (abrufbar unter: www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/nat-gesundheitsstrategien/gesundheit2020/faktenblaetter-alle/factsheet-programm-tabak.pdf.download.pdf/132-2_factsheet-npt-d.pdf).

Information).¹⁹¹¹ Zudem hat der Staat zumindest aufgrund des objektiv-rechtlichen Gehalts der Meinungsfreiheit sicherzustellen, dass der Gesamtumfang staatlichen Informationshandelns in einem Lebensbereich die Möglichkeit einer freien Meinungsbildung wahrt. Dies gilt erst recht, wenn der Staat versucht, aus paternalistischen Gründen auf innere Überzeugungen Einfluss zu nehmen.

ii) Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV)

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit schützt neben dem *forum externum* – eine Religion und Weltanschauung auszuüben, zu praktizieren und zu verbreiten – auch das *forum internum* («innere Religionsfreiheit»¹⁹¹²): Der Einzelne ist darin geschützt, einen eigenen Glauben oder eine eigene Weltanschauung zu haben (oder nicht zu haben) und seine (religiösen, weltanschaulichen) Überzeugungen frei zu wählen und zu ändern.¹⁹¹³ In der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist eine staatliche Pflicht zur (religiösen und weltanschaulichen) *Neutralität* enthalten (die *auch* dem Schutz der *individuellen* religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen dient)¹⁹¹⁴ – sie weist eine subjektiv-rechtliche und eine objektiv-rechtliche Seite auf. Der Staat ist auch ausserhalb von Grundrechtseingriffen zur Neutralität verpflichtet (Art. 35 BV).¹⁹¹⁵

Bezogen auf *paternalistisches Staatshandeln*, insbesondere auch solches nicht imperativer Natur und mit einem «erzieherischen» Charakter, sind folgende Punkte von Bedeutung:

- Unter den – nicht ganz einfachen¹⁹¹⁶ – Begriff der Weltanschauung können auch zentrale *ethische* und *moralische Grundüberzeugungen* fallen,¹⁹¹⁷ was z.B.

¹⁹¹¹ Dazu hinten, Teil 3 III. B.

¹⁹¹² BGE 135 I 79, E. 5.1.

¹⁹¹³ BGE 148 I 160, E. 7.2; BGE 142 I 49, E. 3.4; BGE 134 I 56, E. 4.3; OFK BV-BIAGGINI, Art. 15, Rz. 3; MÜLLER/SCHEFER, 261 f.; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 14; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 134.

¹⁹¹⁴ BGE 148 I 160, E. 7.3 f.; BGE 142 I 49, E. 3.2 f.; vgl. im Kontext der Schule BGER 2C_897/2012, E. 3.2.

¹⁹¹⁵ BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, Rz. 45; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 126 f.; s.a. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 535 («garantie de l'Etat de droit»); zur subjektiv-rechtlichen Seite vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, 269.

¹⁹¹⁶ Vgl. ENGI, Neutralität, 13. Bei der Weltanschauung geht es um identitätsstiftende, für die Persönlichkeit, Individualität und das eigene «Lebensverständnis» relevante, Geborgenheit, Orientierung und Sinn vermittelnde Deutungen der Welt – um Einstellungen, Überzeugungen und Auffassungen über Rolle, Aufgabe, Zweck und Stellung des einzelnen Menschen in der Welt (vgl. MÜLLER/SCHEFER, 257 f.; SGK BV-CAVELTI/KLEY, Art. 15, Rz. 7; KÜHLER, Gewissensfreiheit, 213; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 13; SCHÄDLER, 108). Nicht erforderlich ist ein Bezug zum Über-

bezogen auf den *Sexualkundeunterricht* in der Schule von Bedeutung ist.¹⁹¹⁸ Ebenso lässt sich der aus persönlicher Überzeugung getroffene Entscheid, sich *vegetarisch* zu ernähren, als Ausdruck einer Weltanschauung verstehen.¹⁹¹⁹ Geschützt sind auch *spirituelle und esoterische* Weltanschauungen (wie z.B. die *Anthroposophie*¹⁹²⁰), was sich etwa im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme esoterischer Dienstleistungen als relevant erweisen kann. Aber auch die

irdischen, Religiösen oder Transzendenten (HILTI, Gewissensfreiheit, 259; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, Rz. 32; BGer 2C_132/2014, E. 4.1); ausreichend sind auch «bruchstückhafte Deutungen» der Welt oder «Teildeutungen» (MÜLLER/SCHEFER, 257; s.a. Bildungsdirektion ZH, Rekursentscheid vom 10. Januar 2007, ZBl 2007, 152 ff., E. 8.1 f., 158); eine Weltanschauung muss sich nicht zwingend auf eine «Gesamtansicht der Welt» erstrecken (BGer 2C_132/2014, E. 4.1), sie kann sich auch auf «Teilbereiche des Lebens» beschränken (BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 124; wie umfassend die Sicht auf die Welt sein muss, ist allerdings umstritten, siehe KÜHLER, Gewissensfreiheit, 213; ferner etwa HILTI, Gewissensfreiheit, 259; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 13). Sie hat sich aber durch eine gewisse Kohärenz und Ernsthaftigkeit auszuzeichnen und eine Sicht auf grundlegende Probleme und zentrale Lebensfragen zu widerspiegeln (siehe EGMR, Entscheidung vom 5. Dezember 2013 i.S. *Szwed gegen Polen*, Nr. 3 6646/09 sowie EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 18. März 2008 i.S. *Blumberg gegen Deutschland*, Nr. 14618/03; HILTI, Gewissensfreiheit, 259 m.w.H.).

¹⁹¹⁷ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, Art. 15, Rz. 67 («théories et doctrines d'ordre éthique, philosophique ou moral»).

¹⁹¹⁸ BGer 2C_132/2014, E. 4.1 («In Bezug auf den Schutzbereich der angerufenen Grundrechte hat die Vorinstanz ausgeführt, dass die Glaubens- und Gewissensfreiheit durch den umstrittenen Sexualkundeunterricht nicht berührt sei, da sich die Beschwerdeführer nicht auf religiöse Grundüberzeugungen oder Gefühle berufen würden [...]. Diesen Ausführungen kann jedoch nicht gefolgt werden: Die Beschwerdeführer machen hier geltend, dass der beanstandete Unterricht ihre «zentralen Grundvorstellungen von Moral und Ethik» [...] betreffe. Praxisgemäss stellt die Verpflichtung, im Rahmen der obligatorischen staatlichen Schule an einem Unterricht teilzunehmen, der mit den eigenen (religiösen oder atheistischen) Weltanschauungen in Widerspruch steht, einen Eingriff in die Glaubens- und Gewissensfreiheit [...] dar [...]»); s.a. vorne, bei Fn. 1260.

¹⁹¹⁹ CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, Art. 15, Rz. 67. Als «weltanschaulich» hat das Bundesgericht die *vegetarische* Ernährung bezeichnet, erachtete diese – mangels hinreichender Verknüpfung mit einer religiösen Anschauung – allerdings nicht als durch Art. 49 aBV geschützt (BGE 118 Ia 360, 3a/aa; nach heutigem Verständnis ist der Schutz der Weltanschauung jedoch von einem spezifischen religiösen Bezug losgelöst, vgl. vorne, bei Fn. 1916); s.a. EGMR, Entscheidung vom 5. Dezember 2013 i.S. *Szwed gegen Polen*, Nr. 36 646/09, wobei hier zu Recht darauf hingewiesen wird, dass das Bedürfnis nach einer vegetarischen Ernährung nicht durch Art. 9 EMRK geschützt sein könne, wenn es bloss darum gehe, dass sich der Betroffene durch eine vegetarische Diät körperlich besser fühle.

¹⁹²⁰ EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 5. Juli 1984 i.S. *V. gegen Niederlande*, Nr. 10678/83, DR 34, 267 ff., 268 f.; MÜLLER/SCHEFER, 258; HILTI, Gewissensfreiheit, 259; Bildungsdirektion ZH, Rekursentscheid vom 10. Januar 2007, 2005–2639, ZBl 2007, 152 ff., E. 8.1 f., 158 f.

Einstellung zum Tod bzw. zum eigenen Sterben lässt sich grundsätzlich als Ausdruck einer Weltanschauung begreifen.

- Das *forum internum* zählt zwar zum Kerngehalt,¹⁹²¹ doch ist zu beachten, dass (auch) die Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht gegen jegliche Konfrontation mit einer «fremden» religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung schützt.¹⁹²² Eine Verhaltenslenkung oder staatliche Aufklärung stellt nicht schon deshalb einen (unzulässigen) Eingriff in die weltanschaulichen und religiösen Überzeugungen dar, weil sie einen (Lebens-)Bereich beschlägt, der auch durch religiöse und weltanschauliche (einschliesslich moralischer) (Grund-)Überzeugungen mitbestimmt ist. Der (absolute) Schutz des *forum internum* aktualisiert sich nur gegenüber Beeinflussungen von einer gewissen Intensität.¹⁹²³ Unzulässig wäre etwa ein (direkter oder indirekter) – auch «faktischer» – Zwang zur Identifikation mit einem bestimmten Glauben,¹⁹²⁴ insbesondere durch staatliche *Indoktrinations- und Bekehrungsversuche*¹⁹²⁵, namentlich unter Einsatz subtiler, suggestiver, manipulativer Methoden.¹⁹²⁶ Dies selbstverständlich auch dann, wenn die Einwirkung im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen erfolgt.

Unzulässig wäre es etwa, durch ein *Nudging* im (wohlverstandenen) eigenen Interesse des Einzelnen Einfluss auf dessen *religiösen Gefühle* und *religiösen Überzeugungen* zu nehmen bzw. ihn «sanft» in die Richtung einer bestimmten – als «vernünftiger» erachteten – Religion oder Weltanschauung zu drängen.¹⁹²⁷

- Das *Neutralitätsgebot* fordert, dass sich der Staat nicht mit einer bestimmten Religion oder Weltanschauung *identifiziert* bzw. sein Handeln nicht auf eine bestimmte Religion oder Weltanschauung ausrichtet¹⁹²⁸ («*Identifikationsverbot*»¹⁹²⁹) und dass er nicht über die Legitimität oder Richtigkeit einer Religion (oder Welt-

¹⁹²¹ BGE 135 I 79, E. 5.1; s.a. BGE 123 I 296, E. 2b/cc.

¹⁹²² Vgl. REICH, Homeschooling, 600.

¹⁹²³ Vgl. im Zusammenhang mit der staatlichen Neutralitätspflicht im Bereich der Schule BGer 2C_897/2012, E. 3.2 und 4.3.1 f.

¹⁹²⁴ MÜLLER/SCHEFER, 267 f.

¹⁹²⁵ WYSS, Religionsfreiheit, 394 f.

¹⁹²⁶ HILTI, Gewissensfreiheit, 183.

¹⁹²⁷ Vgl. THALER/SUNSTEIN, Nudge, 323 f., wonach der Staat die Bürgerinnen und Bürger «nicht dahingehend beeinflussen» dürfe, «einem «Pray to Jesus More Tomorrow»-Plan beizutreten»; zur Problematik der «Deprogammierung» von Sektenmitgliedern vgl. aber hinten, bei Fn. 2207 f.

¹⁹²⁸ MÜLLER/SCHEFER, 269; OFK BV-BIAGGINI, Art. 15, Rz. 15; BGE 148 I 160, E. 7.4; BGE 142 I 49, E. 3.3 und 3.5; ferner BGer 2C_897/2012, E. 3.2, wonach der Grundsatz der Neutralität «die Ausrichtung des Unterrichts zugunsten oder zuungunsten einer oder mehrerer Religionen» verbiete.

¹⁹²⁹ EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 30.

anschauung) urteilt¹⁹³⁰ («*Bewertungsverbot*»¹⁹³¹). Der Grundsatz der Neutralität fordert aber nicht, dass der Staat eine Haltung frei von jeglichen weltanschaulichen, philosophischen oder religiösen Aspekten einnehmen müsste,¹⁹³² und er schützt auch nicht grundsätzlich davor, mit anderen religiösen oder weltanschaulichen Ansichten konfrontiert zu werden.¹⁹³³ Durch das staatliche Neutralitätsgebot ist der Staat insbesondere nicht daran gehindert, die in der Verfassung, namentlich in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Werte (Gleichheit, Würde, Toleranz usw.) zu vermitteln oder sich daran zu orientieren, sofern er Raum für abweichende Auffassungen lässt und die Wertvermittlung nicht mit einem absoluten «Richtigkeitsanspruch» erfolgt.¹⁹³⁴ Strikte Neutralität dürfte auch kaum möglich sein, da in der (pluralistischen) Gesellschaft letztlich (nahezu) jeder Bereich auf die eine oder andere Weise religiös oder weltanschaulich durchdrungen sein dürfte; nur weil ein Sach- oder Lebensbereich *auch* Gegenstand einer Religion oder Weltanschauung ist, bedeutet das nicht, dass jede Meinungsäußerung des Staates in einem derart (mit-)geprägten Bereich schon das Neutralitätsgebot verletzen würde.¹⁹³⁵

Nicht verletzt ist das Neutralitätsgebot, wenn der Staat gleichgeschlechtlichen oder ausser-ehelichen Sexualverkehr thematisiert und zum Gebrauch von Kondomen und zu «Safer Sex» aufruft;¹⁹³⁶ den Sexualkundeunterricht in der Schule wird man ebenfalls nicht pauschal als Verstoß gegen das Neutralitätsgebot bezeichnen können, jedenfalls dann, wenn dieser «reaktiv»¹⁹³⁷ und nicht systematisch erfolgt, die vermittelten Inhalte sachbezogen und wissenschaftlich abgestützt sind und kein Verhalten aufgezwungen, kein bestimmtes «Lebensmodell» propagiert wird.¹⁹³⁸ Ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot liegt grund-

¹⁹³⁰ MÜLLER/SCHEFER, 269; NÜTZI, 142; EGMR, Urteile vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 99 und 119, und vom 7. Juni 2022 i.S. *Taganrog LRO und andere gegen Russland*, Nr. 32401/10, Ziff. 185.

¹⁹³¹ EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 30.

¹⁹³² Botsch. VE 96, 156; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 8; BGE 116 Ia 252, E. 5d: «La libertà di credenza e di coscienza non esige la neutralità assoluta dello Stato in materia religiosa.»

¹⁹³³ BGer 2C_132/2014, E. 5.3.2; BGE 142 I 49, E. 10.1; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 13. September 2014 i.S. *Dojan u.a. gegen Deutschland*, Nr. 319/08.

¹⁹³⁴ HILTI, Gewissensfreiheit, 184; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 662 f.; EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 8.

¹⁹³⁵ Vgl. EHRENZELLER, Glauben, Gewissen und Weltanschauung, in: HGR Bd. VII/2, § 212, Rz. 32; TSCHANNEN, Warnungen, 414; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 13. September 2014 i.S. *Dojan u.a. gegen Deutschland*, Nr. 319/08.

¹⁹³⁶ TSCHANNEN, Warnungen, 414.

¹⁹³⁷ Gemeint ist: «nur dann, wenn Anlass dazu besteht», siehe Appellationsgericht BS, Urteil vom 14. August 2013, VD.2012.121, E. 5.5.2.

¹⁹³⁸ BGer 2C_132/2014, E. 5.3.2 (dort allerdings ohne vertiefte Diskussion der staatlichen Neutralitätsverpflichtung); EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 13. September 2014 i.S. *Dojan u.a. gegen Deutschland*, Nr. 319/08; ENGI, Neutralität, 289 und 497.

sätzlich auch dann nicht vor, wenn der Staat sachlich und objektiv auf Risiken hinweist, die sich aus gewissen (möglicherweise religiös und weltanschaulich motivierten) Ernährungsgewohnheiten (vegane Ernährung) oder (teils religiös und weltanschaulich motivierten) Gesundheitsentscheidungen (Verzicht auf das Impfen) ergeben.

- Dennoch: Je stärker der Staat in Bereiche vorstösst, die besonders stark durch (unterschiedliche) *moralische Überzeugungen* angeleitet sind, je mehr er sein Handeln an einer bestimmten Auffassung des Guten und Richtigen orientiert, desto grösser sind die Konflikte mit der gegenüber religiösen und weltanschaulichen Grundüberzeugungen gebotenen Neutralität.¹⁹³⁹ Das betrifft auch die von paternalistischem Handeln besonders betroffenen Bereiche des Umgangs mit dem eigenen Körper, der eigenen Gesundheit und dem Sterben. Die Verpflichtung auf religiöse und weltanschauliche Neutralität hält den Staat zum Erlass nur solcher Regelungen an, die für ein *geordnetes und friedliches Zusammenleben* tatsächlich erforderlich sind;¹⁹⁴⁰ geht es hingegen primär um für den Einzelnen selbst bedeutsame (moralische) Überzeugungen und Einstellungen, hat sich der Staat möglichst zurückzuhalten. Zudem verlangt das Neutralitätsgebot, dass der Staat *ernsthafte und überzeugende* Gründe anführen kann, wenn er auf Entscheidungen und Handlungen einwirkt, welche die Einzelne im Einklang mit ihren religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen fällt; das ist gerade auch im Kontext fürsorglichen Staatshandelns von Bedeutung.¹⁹⁴¹
- Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass das Neutralitätsgebot den *Staat* verpflichtet und nicht *Private*.¹⁹⁴² Weder verlangt noch legitimiert der Grundsatz der Neutralität staatliche Massnahmen, die darauf abzielen, religiöse Äusserungen oder religiös motivierte Handlungen *Privater* im öffentlichen Raum zurückzudrängen. Aus diesem Grund findet ein allgemeines «Burkaverbot» keinen Rückhalt im Neutralitätsgrundsatz.¹⁹⁴³ Wenn der Staat bestimmte religiös motivierte Handlung unterdrückt, etwa mit der pauschalen Begründung, sie würden Frauen benachteiligen,¹⁹⁴⁴ dann greift er damit seinerseits in die Glaubens- und Gewissensfreiheit ein und lässt m.E. die gebotene Neutralität vermissen.

¹⁹³⁹ Vgl. DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 340 f.

¹⁹⁴⁰ Vgl. – bezogen auf die Gewissensfreiheit – KÜHLER, Gewissensfreiheit, 280.

¹⁹⁴¹ EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 119; s.a. hinten, bei Fn. 4320 ff.

¹⁹⁴² ENGI, Neutralität, 130; BGE 142 I 49, E. 9.2 (betreffend ein Kopfbedeckungsverbot in der Schule).

¹⁹⁴³ FATEH-MOGHADAM, Burka-Verbote, 189 f.; davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass *staatlichen Angestellten* aus Gründen der religiösen und weltanschaulichen Neutralität untersagt wird, ihre Konfessionszugehörigkeit durch Äusserungen oder Zeichen zu signalisieren (BGE 148 I 160, E. 7.9.3; BGE 123 I 296, E. 4a und 4b/cc).

¹⁹⁴⁴ Vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 2. i) v), insb. bei Fn. 3673 ff.

iii) Informationsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV)

Bietet die *Informationsfreiheit* (Art. 16 Abs. 1 und 3 BV) Schutz vor erzieherischer, aufklärender und verhaltenslenkender staatlicher Information? Sie enthält zwar durchaus eine *negative* Seite. Doch bedeutet dies m.E. nur, auf die Ausübung der Informationsfreiheit verzichten zu dürfen und zwar im Sinne eines Verzichts auf den Empfang, das Beschaffen und das Verbreiten von Informationen.¹⁹⁴⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist der (negativen) Informationsfreiheit hingegen kein Recht zu entnehmen, vor unerwünschter staatlicher Information verschont zu bleiben bzw. staatliche Information nicht (zwangsweise) zur Kenntnis nehmen zu müssen (im Sinne eines Rechts, in Ruhe gelassen zu werden).¹⁹⁴⁶ Zu berücksichtigen ist zwar, dass die Informationsfreiheit auch im Dienste der Persönlichkeitsentwicklung und Entfaltung steht,¹⁹⁴⁷ eine wichtige Grundlage der Meinungs(bildungs)freiheit bildet¹⁹⁴⁸ und sich ein Aufdrängen von Informationen durchaus negativ auf die Persönlichkeit und die Meinungsbildung auswirken kann;¹⁹⁴⁹ doch sind die Grenzen des zulässigen Informationshandelns besser mit Blick auf die persönliche Freiheit und den Schutz des Privatlebens (Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV) sowie die Meinungsfreiheit *selbst* zu prüfen. Anders gesagt: *Schutz gegen aufgedrängte Information* bietet nicht die Informationsfreiheit selbst – relevant sind in erster Linie die Meinungsfreiheit, Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV und – je nach Umständen – auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV).

iv) Informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV)

Nur beschränkt relevant ist das Recht auf *informationelle Selbstbestimmung* (Art. 13 Abs. 2 BV). Gewährleistet wird ein Recht auf Selbstbestimmung bezüglich der *eigenen* Daten, einschliesslich des Verzichts auf deren Kenntnisnahme. Sie beinhaltet aber kein allgemeines Recht, vom Staat nicht mit Informationen konfrontiert zu werden, auch nicht in ihrer negativen Seite – diese umfasst nur, aber immerhin das Recht, auf den Schutz persönlicher Daten zu verzichten.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁵ Vgl. URS THÖNEN, Computer als Empfangsgeräte? – Gedanken zur Ausdehnung der Empfangsgebühr nach RTVG, AJP 2013, 404 ff., 405 f.

¹⁹⁴⁶ Vgl. aber MÜLLER/SCHEFER, S. 518 mit Fn. 8; BRANDENBERG, 123; BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 21; wie hier RUCH, 526 (kein «Schutz vor dem Ausbleiben von Information schlechthin»).

¹⁹⁴⁷ MÜLLER/SCHEFER, 517.

¹⁹⁴⁸ Vgl. BARRELET, Les libertés de la communication, in: VdS, § 45, Rz. 6; OFK BV-BIAGGINI, Art. 16, Rz. 8 (wichtiger Teilgehalt der Meinungsfreiheit): MÜLLER/SCHEFER, 316 und 517; SGK BV-RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 17 und 72; BGE 127 I 145, E. 4b.

¹⁹⁴⁹ MÜLLER/SCHEFER, 518; BSK BV-HERTIG, Art. 16, Rz. 21.

¹⁹⁵⁰ Vgl. demgegenüber STÉPHANE BONDALLAZ, La protection des personnes et de leurs données dans les télécommunications, Diss., Zürich etc. 2007, Rz. 1125.

v) Geistige Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV)

Die durch die persönliche Freiheit geschützte *geistige Unversehrtheit* gibt zu verschiedenen Fragen Anlass. Nach einer zuweilen anzutreffenden Ansicht soll sie auch Aspekte der individuellen Lebensgestaltung umfassen.¹⁹⁵¹ Zu unterscheiden ist jedoch zwischen dem allgemeinen Recht auf individuelle Lebensgestaltung in elementaren Bereichen der Persönlichkeitsentfaltung und der spezifisch geschützten geistigen Unversehrtheit.¹⁹⁵² Diese vermag zwar auch Schutz vor einer Beeinflussung des Entscheidungs- und Willensbildungsprozesses zu bieten,¹⁹⁵³ aber – was hier relevant ist – nicht im Sinne eines generellen Rechts, vor einer staatlicher Beeinflussung dieses Prozesses verschont zu bleiben. Es geht hier vielmehr um die *Fähigkeit*, eine (eigene) Entscheidung treffen zu können («*la faculté*»), konkret die Fähigkeit (oder den Zustand¹⁹⁵⁴), eine bestimmte Situation gestützt auf die eigenen Wertmassstäbe zu beurteilen, zu würdigen und sich nach der eigenen Einschätzung zu entschliessen¹⁹⁵⁵ (was wiederum Voraussetzung für die Wahrnehmung anderer Grundrechte ist¹⁹⁵⁶). Gemeint ist damit m.E. der Schutz der Urteilsfähigkeit¹⁹⁵⁷ oder der «Beurteilungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit»¹⁹⁵⁸.

In die geistige Unversehrtheit eingegriffen wird bspw. durch eine Zuführung bewusstseinsverändernder Substanzen (wie Alkohol, Psychopharmaka, Drogen);¹⁹⁵⁹ zu denken ist aber auch an eine Narkose oder eine Hypnose¹⁹⁶⁰. Die Fähigkeit, eine Lage einzuschätzen und gemäss der eigenen Einschätzung zu handeln, kann sodann durch die Verursachung *psychischen Drucks* tangiert sein,¹⁹⁶¹ etwa durch Drohungen oder die Verursachung von

¹⁹⁵¹ Vgl. die Darstellung der Lehre bei BAUMANN, Persönliche Freiheit, 167 ff.; vgl. auch die Hinweise bei KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 28.

¹⁹⁵² Siehe BAUMANN, Persönliche Freiheit, 160 f., 167 ff., insb. 171 f. und 174 f.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 53; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 27 f.; CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 41.

¹⁹⁵³ BAUMANN, Persönliche Freiheit, 158 ff., 174 f., 255 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 68 f. und 79; OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 21 («Entscheidungsfreiheit»); KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 24 ff.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 50 f.

¹⁹⁵⁴ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 53.

¹⁹⁵⁵ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 24; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 174, 255 und 185; BGE 90 I 29, E. 3a.

¹⁹⁵⁶ BGE 90 I 29, E. 3a.

¹⁹⁵⁷ Siehe BAUMANN, Persönliche Freiheit, S. 161 mit Fn. 217, ferner S. 177 und 185.

¹⁹⁵⁸ BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 4a, 507.

¹⁹⁵⁹ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 24; BGE 90 I 29, E. 5 (Alkohol); BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 54; BAUMANN, Persönliche Freiheit, S. 159 mit Fn. 202, S. 256 mit Fn. 49, S. 283 und 292; BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 4a, 507.

¹⁹⁶⁰ BAUMANN, Persönliche Freiheit, 257.

¹⁹⁶¹ OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 21.

Angst,¹⁹⁶² auch wenn die Einzelne in ihrem «Bewusstsein» gezielt manipuliert¹⁹⁶³, einer «Gehirnwäsche» unterzogen oder indoktriniert wird, kann dies einen Eingriff in die geistige Unversehrtheit darstellen. Die Grenze wird etwa dort gezogen, «wo der durchschnittliche Mensch noch in der Lage ist, seinen Willen zu steuern»¹⁹⁶⁴ – es handelt sich hierbei allerdings um ein schwierig zu konkretisierendes Kriterium.

Durch paternalistisch motivierte Versuche, das individuelle Verhalten (sanft) zu steuern, etwa mittels Warnungen und Empfehlungen, wird die geistige Unversehrtheit im hier verstandenen Sinn regelmässig nicht tangiert sein. Auch gegen teils subtile Einflussnahmen auf die Entscheidungsarchitektur – z.B. mittels gewisser *Nudges* – bietet die geistige Unversehrtheit m.E. keinen Schutz.

vi) Bedeutung von Art. 11 Abs. 1 BV

Nach Art. 11 Abs. 1 BV haben Kinder und Jugendliche «Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit». Dieser Schutz ist auch von Bedeutung für staatliches Informationshandeln, namentlich für eigentliche Informationskampagnen¹⁹⁶⁵ – als eigenständiges Grundrecht oder zumindest im Sinne einer *Verstärkung* des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes.¹⁹⁶⁶ Staatliches Informationshandeln, das sich direkt an Kinder und Jugendliche richtet oder diese mitbetrifft, hat deren besonderem Schutzbedürfnis nach einer ungestörten persönlichen Entwicklung und Entfaltung Rechnung zu tragen. Dies gilt besonders für solche Kampagnen, die (auch) Kinder und Jugendliche mit sexualisierten Inhalten konfrontieren, z.B. wenn mit allgemein wahrnehmbaren, sexualisierten und «erotischen» Darstellungen zu einem verantwortungsvollen Sexualverhalten angeregt werden soll («*Love Life*»-Kampagne). Art. 11 Abs. 1 BV enthält zwar für sich genommen kein Recht, von staatlicher Information verschont zu bleiben, unterwirft diese aber besonderen und erhöhten Rechtfertigungsanforderungen.¹⁹⁶⁷

Die Frage nach dem durch Art. 11 Abs. 1 BV gegen staatliches Informationshandeln (konkret: die «*Love Life*»-Kampagne des Bundes) vermittelten Schutz hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Prüfung des Rechtsschutzinteresses nach Art. 25a VwVG geprüft.¹⁹⁶⁸ Es will den durch Art. 11 Abs. 1 BV gewährten Anspruch mit Blick darauf beurteilen, welche (i.c.) sexuellen Darstellungen (rund-

¹⁹⁶² BAUMANN, Persönliche Freiheit, 178, 265 f. und 292.

¹⁹⁶³ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 12, Rz. 24 und 27.

¹⁹⁶⁴ BAUMANN, Persönliche Freiheit, 257.

¹⁹⁶⁵ BGE 144 II 233, E. 8.2.2.

¹⁹⁶⁶ Vgl. zu dieser Differenzierung hinten, bei Fn. 2751 ff.

¹⁹⁶⁷ Siehe hinten Fn. 2754.

¹⁹⁶⁸ Vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 5102 ff.

funk- und straf-)rechtlich zulässig¹⁹⁶⁹ und «welchen Einflüssen die Kinder und Jugendlichen jederzeit ausgesetzt und mit welchen Eindrücken sie täglich unausweichlich konfrontiert sind».¹⁹⁷⁰ Bezüglich der (sich erotischen und sexualisierten Darstellungen bedienenden) «*Love Life*»-Kampagne stellt das Bundesgericht die Frage, ob Kinder und Jugendliche «spürbar anderen und stärkeren sexualisierten und erotischen Einflüssen ausgesetzt sind, als dies ohnehin der Fall ist»¹⁹⁷¹ (wie z.B. durch stark sexualisierte Werbebotschaften¹⁹⁷²). Es kommt zum Schluss, dass «äusserst zweifelhaft» sei, «dass Kinder und Jugendliche über die zulässigen sexualisierten und erotischen Einflüssen hinausgehenden Einflüssen ausgesetzt sind, vor welchen sie nach Art. 11 BV zu schützen wären» – das «strittige Bild- und Videomaterial» unterscheide sich «von (weich) pornographischen Darstellungen, welche die sexuellen Handlungen explizit zeigen und geeignet sind, die Entwicklung der Kinder und Jugendlichen zu beeinträchtigen, weil diese fälschlicherweise davon ausgehen könnten, dass das Gezeigte der Normalität entspreche und deshalb nachahmenswert sei».¹⁹⁷³

Man mag darüber streiten, ob die gezeigten «sexuellen» Handlungen tatsächlich zu einer eigentlichen, unter dem Aspekt von Art. 11 Abs. 1 BV *unzulässigen* Gefährdung von Kindern und Jugendlichen führen, mithin der Anspruch auf Schutz ungerechtfertigterweise missachtet wird; auch ist es nicht grundsätzlich unstatthaft, ein bestimmtes Gefährdungsniveau zu definieren, ab dem sich der Schutz von Art. 11 Abs. 1 BV aktualisiert. Meines Erachtens geht es aber zu weit, wenn der Konfrontation mit sexualisierter staatlicher Information im öffentlichen Raum jegliches unter Art. 11 Abs. 1 BV relevante Gefährdungspotential abgesprochen wird: Über eine Bezugnahme auf die rechtlich erlaubten und nicht erlaubten sexuellen Darstellungen lässt sich eine solche Engfassung des Anspruchs von Art. 11 Abs. 1 BV m.E. dogmatisch nicht überzeugend begründen – damit würde ein *grundrechtlicher* Schutzanspruch (oder ein Grundrechte zumindest verstärkender Anspruch) unmittelbar unter Bezugnahme auf *gesetzgeberische* Wertungen konkretisiert. Dass (gewisse) «erotische» und «sexualisierte» Darstellungen straf- und rundfunkrechtlich zulässig sind, lässt mit anderen Worten nicht den Schluss zu, dass diese unter dem Aspekt von Art. 11 Abs. 1 BV unbeachtlich sind. Auch überzeugt es nicht, den Schutz gegen staatliches Informationshandeln mit Blick darauf zu bestimmen, welchen «sexualisierten» Einflüssen die Kinder und Jugendlichen ohnehin seitens

¹⁹⁶⁹ BGE 144 II 233, E. 8.2.2 ff.

¹⁹⁷⁰ BGE 144 II 233, E. 8.2.2.

¹⁹⁷¹ BGE 144 II 233, E. 8.2.5.

¹⁹⁷² BGE 144 II 233, E. 8.2.5.

¹⁹⁷³ BGE 144 II 233, E. 8.3 f.

Privater, namentlich durch Werbung, ausgesetzt sind. Dies scheint mir nicht nur ein sachfremdes Kriterium zur *Engfassung* eines grundrechtlichen Anspruchs, vielmehr stellt sich gerade die Frage nach einem *verstärkten* Schutz, wenn der Staat mit seinem eigenen Handeln bereits bestehende Einflussnahmen selbständig erweitert und damit seinerseits zu einer «Sexualisierung» beiträgt (oder dies zumindest nicht auszuschließen ist). Eine Gefährdung wird man allerdings insofern verneinen können, als das Kind mangels «Vorverständnis» eine sexuelle Handlung nicht einmal vermutet.¹⁹⁷⁴ Jugendliche hingegen könnten nach Auffassung des Bundesgerichts sexuelle Handlungen vermuten, allerdings seien sie durch die Eltern und (allenfalls) die Schule «altersgerecht sexuell aufzuklären [...], damit sie solche Bilder und die damit vermuteten sexuellen Handlungen korrekt erkennen und einordnen können», und weiter: «Bei entsprechender Erziehung können die Jugendlichen das auf den Bildern Dargestellte korrekt einordnen, wozu sie unabhängig von dieser Kampagne angesichts verbreiteter sexualisierter Darstellung im öffentlichen Raum befähigt sein müssen.» Damit aber räumt das Bundesgericht selbst ein, dass die Inhalte und Darstellungen der «*Love Life*»-Kampagne der korrekten «Einordnung» bedürfen, was aber m.E. für ein grundsätzliches Gefährdungspotential spricht. Weiter stellt sich die Frage, wie es sich mit den Interessen all derjenigen Jugendlichen verhält, die *nicht* in der Lage sind, das Gesehene korrekt einzuordnen. Der Verweis auf die Verantwortung der Eltern sowie «allenfalls» der Schule und darauf, dass die Jugendlichen zur korrekten Einordnung des auf den Bildern Dargestellten «befähigt sein müssen», vermag ein Gefährdungspotential m.E. nicht überzeugend zu beseitigen. Dass die oder der Jugendliche (durch Eltern und Schule) befähigt werden kann und – so das Bundesgericht – auch *muss*, bedeutet noch nicht, dass er tatsächlich hinreichend kompetent *ist*. Ein Gefährdungspotential bereits auf der Ebene des Schutzbereichs zu verneinen, geht m.E. auch in dieser Hinsicht zu weit. Art. 11 Abs. 1 BV will zwar nicht gegen jegliche noch so banalen Einflüsse schützen, doch dürfen die Anforderungen, um eine Gefährdung anzunehmen, nicht zu hoch angesetzt werden, ansonsten der von Art. 11 Abs. 1 BV vorgeschriebene *besondere* Schutz letztlich leerliefe.

Nach der hier vertretenen Auffassung hat das Bundesgericht den durch Art. 11 Abs. 1 BV vermittelten Schutz gegen staatliches Informationshandeln zu eng gefasst. Meines Erachtens haben Kinder und Jugendliche gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BV durchaus den Anspruch, den Staat hinsichtlich sich sexueller Inhalte und Anspielungen bedienender Informationskampagnen, auch wenn diese keine sexuellen Praktiken zeigen oder «stark sexuelle Botschaften» enthalten, in die Rechtfertigung zu drängen – der Anspruch auf besonderen Schutz zeigt sich hier *zumindest* in

¹⁹⁷⁴ BGE 144 II 233, E. 8.3.

einer verstärkten *Rechtfertigungspflicht* mit Blick auf die Respektierung der Kinderinteressen.

Ob sich der besondere Schutz dahingehend auswirkt, dass die gesamte «*Love Live*»-Kampagne als unrechtmässig hätte bezeichnet werden müssen, ist damit nicht gesagt. Hingegen ist Art. 11 Abs. 1 BV durchaus für die – dem eben dargestellten Entscheid zugrunde liegende – Frage von Relevanz, ob die Kinder und Jugendlichen durch die Kampagne besonders in ihren Rechten und Pflichten berührt sind; dies ist eine Bedingung, damit ein Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 25a VwVG bejaht werden kann. Darauf wird zurückzukommen sein.¹⁹⁷⁵

b) Grundrechtlicher Schutz von Verhaltensfreiheiten als Schutz (auch) vor Beeinflussungs- und Steuerungsversuchen?

Auch ausserhalb des durch die Meinungs- und die Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützten *forum internum* – bzw. in *Ergänzung* dazu – müssen die Grundrechte als solche in dem jeweils von ihnen erfassten Sach- und Lebensbereich gegen (nicht imperative) Beeinflussungen des «Wollens» Schutz bieten – zumindest dem Grundsatz nach: Wenn der Staat auf die Präferenzen Einfluss nimmt, bleibt der Einzelne zwar oberflächlich gesehen frei, sich (anders) zu entscheiden,¹⁹⁷⁶ doch werden die «Rahmenbedingungen» der Freiheit staatlicherseits modifiziert.¹⁹⁷⁷ Die Gefahren einer solch hintergründigen Formung, Steuerung und Kanalisierung der Freiheit – gerade im «Präventionsstaat» – dürfen nicht unterschätzt werden,¹⁹⁷⁸ insbesondere auch was das staatliche Informationshandeln anbelangt.¹⁹⁷⁹ Eine Beeinflussung im «Wollen», in der Ausbildung und Verfolgung der eigenen Überzeugungen und Wünsche darf nicht als grundrechtlich irrelevant erachtet werden – grundrechtlich geschützte Freiheit ist nicht darauf zu beschränken, zwischen *Möglichkeiten* auswählen zu können, sondern muss (vermehrt) auch berücksichtigen, wie umfassend die Wahl staatlicherseits determiniert wird oder wurde.¹⁹⁸⁰ Der Einzelne darf sein eigener «Entscheider» sein und hat ein legitimes Schutzbedürfnis, die Grundlagen und Prämissen seiner Entscheidung selbst und eigenständig

¹⁹⁷⁵ Hinten, Teil 5 IV. B

¹⁹⁷⁶ Vgl. NÜTZI, 25 und 133.

¹⁹⁷⁷ GRIMM, 233; es steht damit weniger der «Zwang» im Vordergrund, sondern die Modifikation und Veränderungen der Umstände der Freiheitsbetätigung, siehe DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 336; ferner KOLBE, 203 ff. und 215 ff.

¹⁹⁷⁸ Kritisch auch KLEY, Postliberales Leben, 43 f.

¹⁹⁷⁹ Vgl. NÜTZI, 24 f., s.a. 49; DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 336; DI FABIO, 697; GRAMM, 2925; ferner WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, 74 f.; MÄCHLER, 130; BETHGE, Grundrechtseingriff, 49 f.

¹⁹⁸⁰ Vgl. KOLBE, 203 ff. und 215 ff., insb. 221 und 223 ff.; im Kontext des *Nudging* ALEMANNO/ SPINA, S. 447 f. mit Fn. 101.

festzulegen und in der Präferenzenbildung frei von staatlicher Einwirkung zu sein.¹⁹⁸¹

Freilich bleibt es ausgesprochen schwierig zu bestimmen, wie stark das «Wollen» oder die Entscheidungsfreiheit tangiert sein müssen, gegen welche Arten staatlicher Einflussnahme die grundrechtlich abgesicherte Selbstbestimmung schützt bzw. wann in der Ausbildung der eigenen Wünsche von einer grundrechtsrelevanten «Fremdbestimmung» gesprochen werden kann.¹⁹⁸² Es besteht damit eine vergleichbare Problematik wie bei der Konkretisierung des durch Art. 15 und 16 BV geschützten *forum internum*.

Allgemeine Kriterien können sein, ob der Staat Informationen verfälscht, in eine gewisse Richtung aufbereitet oder vermittelt (etwa durch bewusstes Verbreiten falscher oder Weglassen entscheidrelevanter Tatsachen, der Übertreibung von Gefahren¹⁹⁸³, einen Rückgriff auf unterschwellige Werbung oder Botschaften¹⁹⁸⁴; oder allgemein, wenn der Staat auf das «Unterbewusste» abzielt¹⁹⁸⁵). Ferner, ob der Staat gezielt *Emotionen* anspricht oder sich zunutze macht¹⁹⁸⁶ (etwa durch Verursachen von Angst oder Verunsicherung¹⁹⁸⁷) und wie *repetitiv* sein Handeln ist (wiederholtes, behrendes oder erzieherisches Einwirken)¹⁹⁸⁸: So macht es einen Unterschied, ob allgemeine Warnungen ausgesprochen werden oder der Staat eine eigentliche Kampagne im öffentlichen (auch virtuellen) Raum lanciert und auf verschiedensten Kanälen (beispielsweise) auf das Sexualverhalten und die Essgewohnheiten einwirkt. Von Relevanz ist weiter, wie *offen und transparent* die Beeinflussung erfolgt bzw. wie subtil die «Entscheidungsarchitektur» beeinflusst wird. An Intensität gewinnt die Beeinflussung, wenn der Staat *heimlich und intransparent* agiert. Die Einzelne wird nicht in die Lage versetzt, selbst über das Mass an staatlicher Beeinflussung zu entscheiden, auszuweichen und sich allenfalls gegen die Einflussnahme zur Wehr zu setzen.¹⁹⁸⁹ Entscheidend ist ferner, wie stark die Einzelne in eine direkte *Konfrontation* mit dem Staat gedrängt wird. So macht es einen Unterschied, ob die Betroffene im Rahmen eines *obligatorischen* Beratungs- und Aufklärungsgesprächs in ihrer Entscheidungsbildung geformt wird oder ob die Beeinflussung in nicht individualisierter Form erfolgt (allgemeine Warnungen), denen sie (grundsätzlich) ausweichen kann.

Diese Kriterien sind auch in einem paternalistischen Kontext von Relevanz. Allerdings aktualisiert sich hier ein *besonderes und qualifiziertes Schutzbedürfnis*, da es

¹⁹⁸¹ Vgl. zu einem solchen Freiheitsverständnis, das – richtigerweise – auch die Freiheit in der Bildung der eigenen Präferenzen schützt: FÜHR, 336 ff., insb. 338 f.; MORLOK, 380; ROTH, Faktische Eingriffe, 166, 178 und 278.

¹⁹⁸² ROTH, faktische Eingriffe, 166.

¹⁹⁸³ Vgl. LÜDEMANN, 113 f. und 117; ferner ROTH, Faktische Eingriffe, 187 f.

¹⁹⁸⁴ LÜDEMANN, 114.

¹⁹⁸⁵ Vgl. bezogen auf staatliches Informationshandeln NÜTZI, 25.

¹⁹⁸⁶ Vgl. LÜDEMANN, 115.

¹⁹⁸⁷ Vgl. RUCH, 526; TSCHANNEN, Warnungen, 414.

¹⁹⁸⁸ Vgl. TSCHANNEN, Warnungen, 413.

¹⁹⁸⁹ VAN AAKEN, Nudge, 94 und 105 f.

um eine *gezielte* Beeinflussung und Steuerung der Freiheit «zum Wohl» des Betroffenen selbst geht. Der Einzelne hat diesbezüglich ein *besonderes* Interesse, als «souveräner» Entscheider in seinen *eigenen* Angelegenheiten ernst genommen zu werden, von staatlichen Beeinflussungsversuchen verschont zu bleiben und den Staat auf Distanz zu halten. Insbesondere gehört es m.E. zu dem durch die Würde geforderten Respekt gegenüber dem Einzelnen, ihn (in seinen eigenen Angelegenheiten, der Bestimmung seines eigenen Wohls) als «souveränes» Wesen ernst zu nehmen und nicht ohne seinen Willen in eine gewisse Richtung zu lenken.¹⁹⁹⁰ Diese spezifische, paternalistische Zweckrichtung des staatlichen Handelns erst bei der Frage der Rechtfertigung (und nicht bereits bei der Bestimmung des grundrechtlichen Schutzes) zu berücksichtigen,¹⁹⁹¹ trägt m.E. den individuellen Schutzbedürfnissen nicht hinreichend Rechnung. Im Übrigen ist an die vorne, zur Begründung einer umfassenden Freiheit in den eigenen Angelegenheiten und der Bestimmung des eigenen Wohls genannten Gründe zu erinnern: Auch «sanftes» staatliches Handeln im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen gerät in einen Konflikt mit einem freiheitlichen Staatsverständnis, wonach der Einzelne grundsätzlich in Ruhe zu lassen ist, wenn Interessen Dritter nicht betroffen sind bzw. nicht angerufen werden. Zudem besteht auch bei einer nicht imperativen Beeinflussung die Gefahr, die Einzelne einem Wohlfahrtsverlust auszusetzen, etwa weil die Gründe, nach denen sie handelt, nicht (mehr) ihre eigenen sind. Auch besteht kein Bedürfnis, die Freiheit mit Blick auf überwiegende Drittinteressen eng zu fassen.¹⁹⁹² Schliesslich darf bei der Frage nach den grundrechtlich geschützten Ansprüchen der Umstand nicht vernachlässigt werden, dass der Staat zunehmend auf weiche Handlungsformen ausweicht, um auf Werthaltungen und Einstellung (erzieherisch) Einfluss zu nehmen, wie namentlich durch (verhaltenslenkende) Information.¹⁹⁹³ Besondere Gefahren birgt dabei das im Kontext eines libertären Paternalismus propagierte *Nudging*, das den Einzelnen – zum Teil unter Ausnutzung seiner Rationalitätsdefizite und auf intransparente Weise – in die Richtung seiner «eigentlichen», (vermeintlich) «wahren» Präferenzen «schubsen» will.¹⁹⁹⁴

Nach der hier vertretenen Auffassung schützen die Grundrechte in dem von ihnen erfassten Sach- und Lebensbereich auch gegen *paternalistisch* motivierte Einwirkungen auf das «Wollen» – subsidiär bietet die *persönliche Freiheit* Schutz: Dies ist zwar nicht im Sinne eines generellen Rechts, nicht sehen und hören zu müs-

¹⁹⁹⁰ Vgl. MORLOCK, Selbstverständnis, 380; vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (9).

¹⁹⁹¹ So KOLBE, 247 f.

¹⁹⁹² Vorne, Teil 2 III. E. 2. c), insb. Ziff. (1.), (2.), (4.) und (5.).

¹⁹⁹³ Vgl. zu diesen Tendenzen vorne, Teil 1 II. C, Ziff. (2.) und (5.); ferner DI FABIO, 690 f.

¹⁹⁹⁴ ALEMANNI/SPINA, 447 f.; zum *Nudging* siehe vorne, Teil 1 II. B. 10.

sen,¹⁹⁹⁵ aber als Anspruch, Fragen der individuellen Lebensgestaltung und des eigenen Wohls ohne staatliche Einwirkung selbständig entscheiden zu dürfen bzw. den Staat diesbezüglich auf Distanz zu halten. Zu verlangen ist immerhin, dass es dem Einzelnen *erschwert* wird, gemäss seinen eigenen Präferenzen zu handeln bzw. seine eigenen Präferenzen – unbeeinflusst – auszubilden. Die Schwelle ist jedoch *nicht zu hoch* anzusetzen: Einer besonderen Zwangsähnlichkeit oder einer spezifischen – zu der Einmischung in die eigenen Angelegenheiten hinzutretenden – Intensität (Heimlichkeit, Ansprechen von Ängsten, Verfälschung von Tatsachen usw.¹⁹⁹⁶) bedarf es jedenfalls nicht, um den grundrechtlichen Rechtfertigungszwang auszulösen.¹⁹⁹⁷ Vielmehr hat der Staat darzulegen und sich dafür zu rechtfertigen, weshalb er auf den Einzelnen in seinem *wohlverstandenen* Interesse erzieherisch und beeinflussend einwirkt.

Grundrechtsrelevant ist damit etwa eine paternalistisch motivierte, verhaltensbeeinflussende Setzung von *Anreizen* wie z.B. durch *Preisvorgaben* («Sirup-Artikel»¹⁹⁹⁸) oder *Lenkungssteuern*, die eine Handlungsalternative als unattraktiv erscheinen lassen.¹⁹⁹⁹ Entsprechendes gilt für die *gezielte Veränderung* des Entscheidungsrahmens oder der Entscheidungsarchitektur im «wohlverstandenen» Interesse der Betroffenen, namentlich durch *Nudges*²⁰⁰⁰, erst recht wenn man bedenkt, dass diese häufig einen gewissen manipulativen Charakter aufweisen und Verhaltensanomalien ausnutzen, jedenfalls aber die Freiheitsausübung gezielt in eine gewisse Richtung lenken wollen; zudem muss sich die Einzelne bewusst (und allenfalls mit einem gewissen Aufwand) gegen den vom *Nudge* vorgegebenen Weg entscheiden (bzw. den *Nudge* erst einmal erkennen), wenn sie davon abweichen will.²⁰⁰¹ Der Einwand, es werde die Einzelne bloss in die Richtung «geschubst», die sie – ohne Rationalitätsdefizite – eigentlich einschlagen möchte und würde, überzeugt nicht: Es bleibt bei einer gezielten staatlichen Beeinflussung in eine bestimmte Richtung; ausserdem ist nicht so klar, dass die Einzelne wirklich zu einer Wahl angehalten wird, die – ohne Entscheidungsdefizite – ihre eigene wäre.²⁰⁰² Zu

¹⁹⁹⁵ Ein solches wird der persönlichen Freiheit zu Recht nicht entnommen, siehe TSCHANNEN, Warnungen, 413; RUCH, 526; bezogen auf das Persönlichkeitsrecht des deutschen GG GRAMM, 2922.

¹⁹⁹⁶ Vorne, bei Fn. 1983 ff.

¹⁹⁹⁷ A.A. PAPAGEORGIOU, 222.

¹⁹⁹⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 673 f.

¹⁹⁹⁹ Vgl. KOLBE, 205 f., 209 und 254.

²⁰⁰⁰ VAN AAKEN, Nudge, 105 f.; BARCZAK, 112 f.; zu zurückhaltend m.E. KOLBE, 229 ff. und 255, sowie SCHWEIZER, Nudging, 99 ff. und 114.

²⁰⁰¹ BARCZAK, 112 f.

²⁰⁰² Dazu vorne, Teil 1 II. B. 10, Ziff. (3.) bei Fn. 414 ff. und Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff.

weit geht es auch, paternalistischen *Nudges* mit dem Argument die Grundrechtsrelevanz abzusprechen, der Staat bzw. das Recht (oder die «rechtlichen Rahmenbedingungen») würden immer irgendwie auf unsere Präferenzen einwirken und eine beeinflussende Wirkung entfalten – und dabei sei selbst die *gezielte* Veränderung der Entscheidungsarchitektur im Interesse des Betroffenen selbst nicht ausreichend, um ein grundrechtliches Schutzbedürfnis zu aktualisieren.²⁰⁰³ Grundrechtliche Schutzbereiche sind (auch) mit Blick auf aktuelle Machtbedrohungen zu interpretieren:²⁰⁰⁴ Solche gehen von einer gezielten Veränderung der Entscheidungsarchitektur, um den Einzelnen in seinem «besten» Interesse in eine gewisse Richtung zu stossen, aber durchaus aus.²⁰⁰⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung hat die Einzelne auch ein Recht, nicht mit verhaltenslenkender staatlicher *Information* konfrontiert zu werden (zu denken ist an Gesundheitskampagnen: gesündere Ernährung, verantwortungsbewusstes Sexualverhalten, Rauchstopp usw.), mit welcher der Willensbildungsprozess (auch) *in ihrem eigenen Interesse* beeinflusst werden soll.²⁰⁰⁶ Diesen Steuerungsversuchen kann die Einzelne zwar vielleicht (mit gewissen Anstrengungen) ausweichen oder sie mag sie ignorieren und innerlich ablehnen; doch ist der Staat in die grundrechtliche Rechtfertigung zu drängen, warum er es zumindest *versuchen* darf, die Informationsadressatin in ihrem Verhalten (und in ihrem eigenen Interesse) zu lenken, und warum er die Betroffene in die Lage versetzen darf, sich der Wahrnehmung der Information verschliessen und dieser auszuweichen zu müssen, wenn sie diese nicht zur Kenntnis nehmen will.²⁰⁰⁷

Selbst wer den Grundrechtsschutz gegen (auch) paternalistisch motivierte Anreize und *Nudges* oder eine Informationsvermittlung zum «Schutz vor sich selbst» nicht so weit wie hier ziehen möchte, wird sich dem – bereits erwähnten – Umstand nicht verschliessen können, dass verschiedene Massnahmen *zusammen* erheblich intensiv auf die Willensbildung in einem bestimmten Lebensbereich einwirken können. Und zwar derart stark, dass ihnen die Grundrechtsrelevanz jedenfalls bei einer Gesamtbetrachtung nicht abgesprochen werden kann.²⁰⁰⁸ Bei der Beurteilung, ob ein *Nudge* zu einer Verkürzung der grundrechtlichen Freiheit in der Ausgestaltung und Verfolgung der eigenen Präferenzen führt, sind deshalb auch die bisher vom Staat ausgehenden anderweitigen Einflussnahmen, Regulierungen und

²⁰⁰³ So aber KOLBE, 230 ff.; ebenso SCHWEIZER, Nudging, 100 ff. und 114 (unter Bezugnahme auf die Kontextabhängigkeit jeder Entscheidung); vgl. auch hinten, bei Fn. 4644 ff.

²⁰⁰⁴ Vorne, bei Fn. 1766 ff.

²⁰⁰⁵ Vorne, bei Fn. 1990 ff. und Teil 1 II. B. 10, insb. bei Fn. 409 ff.

²⁰⁰⁶ A.A. KOLBE, 210 f.

²⁰⁰⁷ Vgl. auch hinten, bei Fn. 2021.

²⁰⁰⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 1837 ff. und 1905.

«Belastungen» im entsprechenden Lebensbereich – z.B. der Gesundheit – zu berücksichtigen. Diese Mitbeachtung der bereits bestehenden Erschwerungen in der eigenen Willensbildung bzw. der bereits vorhandenen Modifikationen der Entscheidungsarchitektur kann durchaus zum Ergebnis führen, dass der neu hinzutretende *Nudge* den grundrechtlichen Schutz aktualisiert.²⁰⁰⁹

3. Problematik des autonomieorientierten Paternalismus

a) Vorbemerkung

Besondere Fragen nach einem grundrechtlichen Schutzbedürfnis ergeben sich dann, wenn der Staat «bloss» die *Selbstbestimmung* bzw. die *Freiverantwortlichkeit* des Handelns absichern und erhöhen will. Entweder (nachfolgend *b*) in der Absicht, einen Menschen in seiner Selbstbestimmungsfähigkeit und seinen «Kompetenzen» zu stärken, oder (hinten *c*) mit dem Ziel, eine Person an «defizitärem» bzw. *nicht oder nur bedingt freiverantwortlichem* Handeln zu hindern.

b) Abwehrrecht auch gegen «befähigende Fürsorge» (Erziehung, Bildung, Kompetenzstärkung)

Ein Paternalismus, der darauf abzielt, die Kompetenzen und die Selbstbestimmungsfähigkeit des Einzelnen, namentlich durch Bildung, Erziehung, Beratung und Aufklärung, zu erhöhen,²⁰¹⁰ scheint – oberflächlich betrachtet – mit der menschlichen Würde und der individuellen Freiheit in keinem grundsätzlichen Konflikt zu stehen. Dies selbst dann, wenn der Betroffene zu einem freiverantwortlichen Handeln in der Lage ist. Nun fällt ein grundrechtliches Schutzbedürfnis aber nicht schon deshalb weg, weil die *gut gemeinte* staatliche Hilfe darauf abzielt, Freiheitsoptionen zu schaffen oder die Selbstbestimmung bzw. die dafür notwendigen Fähigkeiten zu erhöhen.²⁰¹¹ Auch eine aufgedrängte «Befähigung» im «wohlverstandenen» Interesse der Betroffenen stellt eine Einmischung des Staates in ihre eigenen Angelegenheiten dar und tangiert ihre Möglichkeiten, selbst über das

²⁰⁰⁹ Ähnlich KOLBE, 234 ff., welche die Problematik als solche des kumulativen Grundrechtseingriffs diskutiert (vgl. dazu vorne, Fn. 1839), allerdings nicht die einzelnen Massnahmen als «Eingriffsgegenstand» bezeichnet, sondern die «edukatorische Steuerungswirkung» als solche (siehe insb. 241 f.); s.a. hinten, bei Fn. 2116 f.

²⁰¹⁰ Vgl. vorne, Teil 1 II. B. 9 und Teil 1 II. C, Ziff. (1.) bei Fn. 480 ff.

²⁰¹¹ Vgl. vorne, bei Fn. 1009 und Teil 2 III. E. 2. c), dort Ziff. (2.) bei Fn. 1823 ff.; anders etwa SCHWEIZER, Nudging, 99 und 102, wonach staatliche Information bzw. informierende *Nudges* zu keinem Konflikt mit der individuellen Selbstbestimmung führen würden, da die Selbstbestimmung erhöht werden soll.

eigene Wohl zu bestimmen.²⁰¹² Zudem können auch der Erhöhung der Kompetenzen und der Selbstbestimmung dienende Massnahmen mit *Wohlfahrts- und Nutzenverlusten* für den Einzelnen einhergehen, jedenfalls wenn er ihnen nicht (ohne weiteres) ausweichen kann²⁰¹³ (was bei der Bestimmung des grundrechtlichen Schutzes im Kontext paternalistischen Staatshandelns mitzubeachten ist²⁰¹⁴).

Ein Eingriff in die persönliche Freiheit durch Sexualaufklärung in der Schule lässt sich deshalb nicht mit der Begründung verneinen, diese sei gerade darauf gerichtet, die Selbstbestimmung und die Eigenverantwortung zu erhöhen und Handlungskompetenzen zu vermitteln.²⁰¹⁵ Auch lässt sich nicht behaupten, Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts würden lediglich die Autonomie erhöhen und seien deshalb nicht grundrechtsrelevant.²⁰¹⁶ Ebenso wenig ist die Auffassung überzeugend, dass der Schulbesuch deshalb keine elementaren Erscheinungsformen der Persönlichkeit tangiere, weil er darauf abziele, dem Einzelnen «die seiner Persönlichkeitsentwicklung angepasste Ausbildung zu verschaffen».²⁰¹⁷

Ob der Staat den Einzelnen mit *Zwang* in seiner Selbstbestimmung und Eigenverantwortung stärken will (obligatorischer Schulunterricht, obligatorische Beratung), oder auf «sanfte» *Handlungsformen* zurückgreift (Gesundheitskampagnen, Warnhinweise auf Produkten, «Korrektur» von Rationalitätsdefiziten durch *Nudges*²⁰¹⁸), ist m.E. nicht relevant.²⁰¹⁹ Angesichts der eben beschriebenen Auswirkungen²⁰²⁰ hat sich der Staat auch für paternalistisch motivierte «Befähigungsversuche» zu rechtfertigen, denen der Einzelne grundsätzlich, wenn auch mit einem gewissen Aufwand, ausweichen kann.²⁰²¹

²⁰¹² Vgl. BVerfGE 58, 208 (225): «Zwar steht es unter der Herrschaft des Grundgesetzes in der Regel jedermann frei, Hilfe zurückzuweisen, sofern dadurch nicht Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden [...]»

²⁰¹³ Vgl. auch MÜLLER, Selbstbestimmung 78 (freiheitsbeschränkende Effekte der «befähigenden Fürsorge»); s.a. die Beispiele hinten, bei Fn. 2083 ff.

²⁰¹⁴ Vorne, Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (4.).

²⁰¹⁵ Vgl. demgegenüber Appellationsgericht BS, Urteil vom 14. August 2013, VD.2012.121, E. 5.2.2.

²⁰¹⁶ Vgl. aber SCHMID, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 389 ZGB, Rz. 4 (kein Freiheitsingriff durch behördliche Massnahmen des Erwachsenenschutzes, soweit diese «die Selbstbestimmung des Betroffenen herstellen, weil er wegen beschränkter Eigenverantwortlichkeit des Schutzes bedarf»; ein Eingriff liege erst dann vor, wenn die «Fürsorge [...] über das im Einzelfall notwendige Mass» hinausgehe.

²⁰¹⁷ So aber BGE 117 Ia 27, E. 5b.

²⁰¹⁸ Je nach Ausgestaltung und Erkennbarkeit des *Nudge* steht er aber staatlichem Zwang zumindest nahe, vgl. vorne, bei Fn. 416.

²⁰¹⁹ A.A. bezogen auf gesundheitsbezogene staatliche Aufklärungskampagnen aber KOLBE, 210 f. und 227 f.

²⁰²⁰ Vorne, bei Fn. 2012 ff.

²⁰²¹ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 2007.

Für die Beurteilung der Grundrechtsrelevanz staatlicher Aufklärungskampagnen spielt es m.E. keine Rolle, wenn der Staat damit lediglich zur Ausübung von Selbstbestimmung «befähigen» will. Nach der hier vertretenen Auffassung enthält die persönliche Freiheit durchaus ein (wenn auch nicht absolutes) Recht, nicht im (*wohlverstandenen*) *eigenen Interesse* über riskantes Sexualverhalten aufgeklärt zu werden, mithin von der Kenntnisnahme von – damit verbundenen – Lebens- und Gesundheitsrisiken verschont zu bleiben.²⁰²²

Dies gilt – was bereits dargelegt worden ist²⁰²³ – *erst recht*, wenn das «sanfte» paternalistische Handeln *gleichzeitig* auf die Präferenzen Einfluss nimmt (was ohnehin häufig der Fall sein wird, da Information selten «neutral» ist²⁰²⁴). Und sicher auch dann, wenn die Befähigung mit einer – im liberalen, dem Schutz der Würde verpflichteten Staat höchst problematischen²⁰²⁵ – «Verbesserung» und Optimierung des Menschen oder einem Hinwirken auf eine gute und *vernünftige* Lebensführung einhergeht. Zu denken ist etwa eine «erzieherische» Stärkung in der Konsum- oder Genusskompetenz.²⁰²⁶

c) **Problematik der Korrektur von «Freiwilligkeitsdefiziten»:
Anforderungen an die grundrechtlich geschützte
Selbstbestimmung**

i) **Im Allgemeinen**

Anders gelagert ist die Frage, ob und inwiefern die (autonomieorientierte) Einwirkung auf ein «defizitäres» Entscheidungsverhalten oder einen «fehlerhaft» gebildeten Willen überhaupt grundrechtsrelevant ist. Welche Anforderungen gelten an die Autonomie, damit sie überhaupt (grund-)rechtlichen Schutz erlangt? Hat der Einzelne das Recht, den – zum Schutz der Selbstbestimmung eingreifenden – Staat auch bezüglich solcher *Entscheidungen* auf Distanz zu halten und in die grundrechtliche Rechtfertigung zu zwingen, die er nicht (substanziell) freiwillig trifft, bei welchen die Selbstbestimmung «mangelhaft» ist? Gehört es zur grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung, selbst zu entscheiden, wie «freiwillig» und «rational» man einen Entscheid treffen will?²⁰²⁷

²⁰²² Vgl. demgegenüber – allerdings nicht unter Bezugnahme auf den Schutz vor sich selbst – TSCHANNEN, Warnungen, 414, wonach «der grundrechtliche Schutz des Sexualverhaltens [...] nicht davor bewahren» könne, «von den damit verbundenen Risiken Kenntnis zu nehmen»; a.A. auch HUSTER, Selbstbestimmung, 20 f., wonach «[d]ie reine Aufklärung über Gesundheitsrisiken [...] keinen Freiheitseingriff» darstelle.

²⁰²³ Vorne, Teil 2 III. F. 2. b).

²⁰²⁴ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 126; s.a. ZENGER/ISCHI, 20 f.; zur Schwierigkeit einer Trennung zwischen «Bildung» und «Erziehung» siehe vorne, bei Fn. 775 ff.

²⁰²⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 1007 ff. und Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (1.); s.a. Teil 2 III. A.

²⁰²⁶ S.a. hinten, bei Fn. 3321.

²⁰²⁷ Vgl. auch KIRSTE, Recht, 73.

Nicht relevant ist diese Problematik, wenn der grundrechtliche Schutz unabhängig davon greift, ob die Einzelne zu einer freien Willensbildung überhaupt in der Lage ist: Zu denken ist hier insbesondere an Eingriffe in das durch Art. 10 Abs. 1 BV geschützte *Leben* und die durch Art. 10 Abs. 2 BV geschützte *körperliche und geistige Integrität*.²⁰²⁸ Auch ein Verstoß gegen die menschliche *Würde* scheitert nicht daran, dass die betroffene Person urteilsunfähig ist. Die Menschenwürde kommt jedem Menschen bedingungslos zu, sie ist damit insbesondere nicht abhängig von der vorhandenen oder nicht vorhandenen Fähigkeit zu einer freien Willensbildung.²⁰²⁹ Auch die Ausübung der durch die Grundrechte (mit-)geschützten *negativen Freiheit* setzt nicht voraus, dass die Betroffene zu einer freien Willensbildung in der Lage ist.²⁰³⁰ Bei einigen Grundrechten können sich zwar gewisse Anforderungen an *geistig-intellektuelle Fähigkeiten* aus dem Schutzobjekt ergeben,²⁰³¹ was aber vom Problemkreis zu unterscheiden ist, inwiefern nur «freiwilliges» Verhalten grundrechtlichen Schutz erfährt. Zu bedenken ist ferner, dass zuweilen auch der *Gesetzgeber* die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheit von Freiwilligkeitsanforderungen, namentlich der Urteilsfähigkeit, abhängig macht – etwa die *Ehefreiheit* durch das Urteilsfähigkeitserfordernis für die Ehefähigkeit in Art. 94 ZGB.²⁰³²

²⁰²⁸ Bezogen auf Art. 10 Abs. 1 BV siehe PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Rz. 363; bezogen auf Art. 10 Abs. 2 BV vgl. BGE 127 I 6 (medikamentöse Zwangsbehandlung als Eingriff die körperliche und geistige Integrität [E. 5g] des bezogen auf eine medikamentöse Behandlung urteilsunfähigen Patienten [E. 7b/dd a.E.]); hinsichtlich der *körperlichen Unversehrtheit* s.a. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 351.

²⁰²⁹ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 22 f.; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 8 f.; KLEY/ZAUGG, 174; SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24^{novies} Abs. 2 aBV, Rz. 44; ENGI, Menschenwürde, 665 f. und 668 f.; KLEY, Grundrechtskatalog, 335 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 10, Rz. 7; ferner etwa ISENSEE, Menschenwürde, 185 und 215; DÜRIG, 125; vgl. im Kontext der Zwangsmedikation eines urteilsunfähigen Patienten BGE 127 I 6, E. 5g und E. 7b/dd a.E.; s.a. EGMR, Urteil vom 24. September 1992 i.S. *Herzegfalvy* gegen Österreich, Nr. 10533/83, Ziff. 82, wonach auch diejenigen Patienten, die nicht in der Lage sind, für sich selbst zu entscheiden, unter dem Schutz von Art. 3 EMRK stehen.

²⁰³⁰ So besteht bspw. das Recht, keinem Verein beitreten, sich keiner Religionsgemeinschaft anschließen, keine Meinung haben und äussern zu müssen, unabhängig vom Vorliegen der Urteilsfähigkeit, siehe dazu ROTH, Grundrechte Minderjähriger, 29 f.

²⁰³¹ Z.B. wird das *Petitionsrecht* (Art. 33 BV) teilweise vom Vorliegen der Urteilsfähigkeit abhängig gemacht (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 900; MÜLLER/SCHEFER, 647; vgl. demgegenüber SGK BV-STEINMANN/BISAZ, Art. 33, Rz. 9), allerdings sollen an die Urteilsfähigkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 26, Rz. 7; MÜLLER/SCHEFER, S. 647 mit Fn. 48). Auch stellt sich die Frage, ob und inwiefern Äusserungen einer urteilsunfähigen Person als *grundrechtlich* geschützte *Meinungsausserung* gelten können (vgl. ROTH, Grundrechte Minderjähriger, 22, 47 und 61 ff.). Eine besondere Einsicht in die Bedeutung und die Tragweite der Äusserung wird man m.E. indessen nicht verlangen dürfen (so für Deutschland ROTH, Grundrechte Minderjähriger, 57); jedenfalls ist der Begriff der «Meinung» weit zu verstehen und umfasst auch die Mitteilung von Gefühlen (siehe dazu etwa OFK BV-BIAGGINI, Art. 16, Rz. 6).

²⁰³² Hier stellt sich dann allerdings die Frage, ob der Gesetzgeber selbst den *Schutzbereich* «ausgestaltet» – was m.E. nicht vorschnell anzunehmen ist – oder darin eine *rechtfer-*

Von der Schutzbereichsdiskussion abzugrenzen ist die Frage nach der *Grundrechtsträgerschaft*²⁰³³ – hier spielen die «Freiwilligkeit» und die «Urteilsfähigkeit» grundsätzlich²⁰³⁴ keine Rolle.²⁰³⁵ Anders ist dies bei der Frage, ob Kinder und Jugendliche ihre Rechte *selbständig* ausüben können. In diesem Zusammenhang kommt es durchaus auf die Urteilsfähigkeit an (Art. 11 Abs. 2 BV). Zwischen dieser in Art. 11 Abs. 2 BV geregelten Frage der *Grundrechtsmündigkeit* und der dort nicht geregelten Frage der Grundrechtsträgerschaft ist aber zu unterscheiden.²⁰³⁶ Da Art. 11 Abs. 2 BV keine Schutzbereichsfragen regelt,²⁰³⁷ lässt sich dieser Bestimmung zudem nichts für die Frage entnehmen, ob und inwiefern ein Verhalten auf einem freien Willen beruhen muss, um überhaupt *grundrechtlich geschützt* zu sein.

Festzuhalten ist zunächst, dass die grundrechtlich geschützten *Verhaltensfreiheiten* von ihrer Zweckerichtung her *Selbstbestimmung*, nicht *Fremdbestimmung* schützen wollen.²⁰³⁸ Damit aber *überhaupt* von Selbstbestimmung oder Autonomie gesprochen werden kann, bedarf es eines Handelns nach dem eigenen, freien Willen.²⁰³⁹ Auch der *grundrechtliche* Schutz der Selbstbestimmung ist abhängig von der *Freiwilligkeit*.²⁰⁴⁰ Daran ist nichts auszusetzen. Die entscheidende Frage aber ist, welche *Anforderungen* – unter Berücksichtigung der *individuellen Schutzbedürfnisse* – an die «Freiwilligkeit» zu stellen sind, damit ein Entscheid oder ein Verhalten grundrechtlichen Schutz genießt. Dabei ist zu beachten, dass die «Freiwilligkeit» als solche alles andere als ein *klar konturierter oder feststehender Begriff* ist, dem ganz

tigungsbedürftige Grundrechtsbeschränkung liegt (zu dieser Differenzierung vgl. etwa HANGARTNER, Religionsfreiheit, 446; ALEXY, Theorie, 300). Bei Ehefähigkeitsvoraussetzungen dürfte es sich grundsätzlich um nach Art. 36 BV zu rechtfertigende Beschränkungen handeln (SGK BV-REUSSER, Art. 14, Rz. 14).

²⁰³³ Zum Begriff siehe vorne, Fn. 1358.

²⁰³⁴ Vgl. aber Art. 34 i.V.m. Art. 136 BV.

²⁰³⁵ KLEY/ZAUGG, 166 f., 185, 190 und 202; LAURA BUCHER, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss., Zürich 2013, 51; s.a. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 138; einer Verknüpfung der Grundrechtsträgerschaft mit der Urteilsfähigkeit oder allgemein der Fähigkeit, von der Freiheit sinnvoll und vernunftgemäss Gebrauch zu machen, stehen namentlich Überlegungen der Würde und der Rechtsgleichheit entgegen, vgl. dazu auch ROTH, Grundrechte Minderjähriger, 15 ff.

²⁰³⁶ MICHEL, 68; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 11 und § 37, Rz. 21; BIAGGINI, Kinderrechte, 52; HERZIG, Rz. 224; Votum Rhinow, AB S Verfassungsreform 208.

²⁰³⁷ MICHEL, 68.

²⁰³⁸ Vgl. TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772.

²⁰³⁹ MÖLLER, Paternalismus, 95; VAN SYPK, 111 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 162, 191 und 257; GKOUNTIS, 137; PETER BAUMANN, Die Autonomie der Person, Habil., Paderborn 2000, 213 ff. und 265; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25; entsprechend werden Selbstbestimmung und Freiwilligkeit häufig *synonym* verwendet, vgl. z.B. RÖNNAU, 200.

²⁰⁴⁰ VAN SYPK, 43, 45, 56, 108 f., 111 f., 132; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 162 ff., 191 und 257; ferner KLEY/ZAUGG, 185 ff.

unterschiedliche Bedeutungsgehalte beigemessen werden;²⁰⁴¹ zudem gibt es eine Vielzahl von Faktoren, die sich negativ auf die «Freiwilligkeit» auswirken können. Der Mensch unterliegt in seinem Denken und Handeln immer der Gefahr von (Denk-)Fehlern, kann die Konsequenzen seiner Handlungen selten vollumfänglich und keineswegs immer richtig abschätzen, ist verschiedensten (äusseren und inneren) Einflüssen ausgesetzt und untersteht regelmässig einem gewissen (inneren oder äusseren) Druck.²⁰⁴²

Zu denken ist an eine durch Rausch oder krankhafte Zustände herabgesetzte Urteilsfähigkeit²⁰⁴³, an logische Denkfehler²⁰⁴⁴, falsche bzw. unberechtigte Hoffnungen (Hoffnung des Strafgefangenen auf Hafterleichterung oder eine «günstige Sozialprognose», falls er sich für ein Humanforschungsprojekt zur Verfügung stellt)²⁰⁴⁵, an Irrtümer und an Unkenntnis der für die Entscheidungsfindung relevanten Umstände²⁰⁴⁶ (z.B. hinsichtlich der Konsequenzen eines Verhaltens²⁰⁴⁷, der Rechtslage²⁰⁴⁸ oder des Vorliegens von «Hilfs- und Handlungsalternativen»²⁰⁴⁹) oder an eine falsche Einschätzung und Gewichtung von Risiken bzw. eine falsche Bewertung der entscheidungsrelevanten Tatsachen.²⁰⁵⁰ Die Entscheidungsfreiheit kann ferner durch psychologischen Zwang, innere Hemmungen oder Ängste²⁰⁵¹, Verzweiflung²⁰⁵², emotionale Zustände²⁰⁵³ oder körperliche Erregung (sexuelle Lust und Leidenschaft, Verliebtheit²⁰⁵⁴ usw.) beeinflusst sein. Von Bedeutung ist insbesondere, wenn eine körperliche oder emotionale «Aufhitzung» («*hot state*») zu Kurzschlusshandlungen bzw. zu einem leichtsinnigen, leichtfertigen Verhalten führt (ungeschützter Geschlechtsverkehr im Zustand sexueller Erregung,

²⁰⁴¹ GKOUNTIS, 137; FEINBERG, Harm to Self, 104 ff.; DERS., Legal Paternalism, 7; OSWALD, 105.

²⁰⁴² Vgl. REGAN, 115 f.; MONA, Unfreiheit, 28; ferner BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 910, Rz. 235; vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 12 ff., und hinten, Teil 4 III. C. 2. b) iii).

²⁰⁴³ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 162; MAYR, 56.

²⁰⁴⁴ MAYR, 62 ff.

²⁰⁴⁵ Vgl. OSWALD, 101 f.

²⁰⁴⁶ Vgl. RÖNNAU, 205; MURPHY, 468 f.

²⁰⁴⁷ Vgl. etwa TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 163; GUTWALD, 79.

²⁰⁴⁸ Vgl. BGE 117 Ia 72, E. 1c (Zustimmung des Beschuldigten zum vorzeitigen Strafvollzug).

²⁰⁴⁹ Vgl. BGE 6S.454/2004, E. 3 (im Zusammenhang mit Art. 55a StGB); ferner KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 36.

²⁰⁵⁰ Vgl. MURPHY, 473 f.

²⁰⁵¹ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 36.; SPOENDLIN, 1.

²⁰⁵² TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 257.

²⁰⁵³ Vgl. MÜLLER, Selbstbestimmung, 70 f.; allerdings sei darauf hingewiesen, dass Emotionen und Rationalität angesichts der in Biochemie und Hirnforschung gewonnenen Erkenntnisse nicht einfach als Gegensätze verstanden werden können, siehe KATHARINA SCHERKE, Emotionen als Forschungsgegenstand der deutschsprachigen Soziologie, Habil., Wiesbaden 2009, 17 ff.

²⁰⁵⁴ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 117.

Beeinflussung des Kaufentscheids durch den Neuwagenduft, Suizidwunsch aufgrund von Liebeskummer)²⁰⁵⁵. In diesem Zusammenhang zu erwähnen sind auch die zahlreichen Versuchungen und Verlockungen des täglichen Lebens (Alkohol, Süßigkeiten).²⁰⁵⁶ Eine Willensschwäche kann dazu führen, dass die kurzfristigen Präferenzen (kurzfristige Bedürfnisbefriedigung) höher als die langfristigen (z.B. Gesundheit, stabile Beziehung, Treue usw.) gewichtet werden.²⁰⁵⁷ Ebenso kann das konkrete Umfeld, in dem sich die Einzelne befindet, die Entscheidungsfindung beeinflussen,²⁰⁵⁸ z.B. wenn sie hospitalisiert wurde.²⁰⁵⁹ Zu nennen sind weiter wirtschaftliche Abhängigkeiten (etwa des Arbeitnehmers),²⁰⁶⁰ finanzielle Notlagen, gesellschaftlicher und sozialer Druck oder soziale Zwänge²⁰⁶¹; zu denken ist aber auch etwa an Zeitdruck²⁰⁶². Ferner ist an die Vielzahl der von der Verhaltensökonomie erforschten Abweichungen menschlichen Entscheidungsverhalten von einem (vollständig) «rationalen» Entscheidungsverhalten zu denken, z.B. den Überoptimismus.²⁰⁶³ Schliesslich stellt sich die Frage nach der Freiwilligkeit des Verhaltens, wenn gar keine Möglichkeit besteht, sich anders zu entscheiden (keine Handlungsalternative).²⁰⁶⁴

Eine «ideale», «vollkommene», «perfekte» oder «absolute» Autonomie bzw. einen vollkommen autonomen – vollständig informierten, irrtumsfreien, umfassend abgewogenen, unbeeinflussten, frei von Druck und (die Entscheidungsfindung möglicherweise «verzerrenden») Emotionen getroffenen²⁰⁶⁵ – Entscheid dürfte es somit kaum geben.²⁰⁶⁶ Die Abgrenzung zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Han-

²⁰⁵⁵ Vgl. CAMERER et al., 1238.

²⁰⁵⁶ Vgl. ENDERLEIN, 49, der im Vorliegen von Willensschwäche, Nachlässigkeit, Leichtsin, unvorsichtigem Handeln oder von besonderen Anreiz- und Versuchungssituationen allerdings keine hinreichenden Gründe für weich paternalistische Massnahmen erblickt.

²⁰⁵⁷ Siehe zur Problematik der Willensschwäche mit Differenzierungen hinten, Teil 4 III. B. 8.

²⁰⁵⁸ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 435.

²⁰⁵⁹ Vgl. BGer 6B_910/2013, E. 3.6.1 (im Zusammenhang mit der freien Willensbildung betreffend mehrerer Amputationen).

²⁰⁶⁰ Vgl. z.B. SINGER, 1139 f.

²⁰⁶¹ Vgl. BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER, Art. 124, Rz. 39 (gesellschaftlicher Druck zur Vornahme einer Genitalverstümmelung, der eine selbstbestimmte Einwilligung in Frage stelle).

²⁰⁶² Vgl. im Zusammenhang mit der Einwilligung in eine medizinische Behandlung BGer 6B_910/2013, E. 3.6.

²⁰⁶³ Dazu vorne, bei Fn. 13 ff.

²⁰⁶⁴ Vgl. RÖNNAU, 189 f.; vgl. dazu – mit Differenzierungen – auch hinten, Teil 4 III. B. 6.

²⁰⁶⁵ Zu den Bedingungen, die man an einen vollkommen freiwilligen Entscheid stellen müsste, vgl. FEINBERG, Legal Paternalism, 7.

²⁰⁶⁶ Vgl. GPK-N, Sektenerbericht, 9908; LITWIN, 3; ARZT, 86; MURPHY, 478; OSWALD, 105; FEINBERG, Harm to Self, 115 ff.; BREITSCHMID, Urteilsfähig, 143 f.; RÖNNAU, 219 ff., insb. 224 und 455 f.; s.a. BOSSHARD/KIESEWETTER/RIPPE/SCHWARZENEGGER, 60; ferner BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 910, Rz. 235; s.a. hinten, bei Fn. 2883 und 3994.

deln ist also keineswegs eindeutig und in abstrakter Weise möglich.²⁰⁶⁷ Die Grenze verläuft vielmehr graduell,²⁰⁶⁸ ist abhängig von den Umständen und dem gesamten Kontext, in welchen die Entscheidung eingebettet ist bzw. in dem sie getroffen wird,²⁰⁶⁹ und bedarf letztlich einer bereichsspezifischen, normativen Festlegung.²⁰⁷⁰

Im grundrechtlichen Kontext stellt sich insbesondere die Frage, ob die Einzelne überhaupt ein *Schutzbedürfnis* daran haben kann, «defizitär» bzw. nicht vollkommen selbstbestimmt zu entscheiden. Ist staatliches Handeln, das die Einzelne bloss davon abhalten soll, etwas zu tun, was sie so gar nicht will, wirklich problematisch? Ein grundrechtliches Schutzbedürfnis auch gegen solch autonomieschützende Interventionen ist keineswegs vorschnell zu verneinen:

- Zwar mag ein Eingriff zur Abklärung, Absicherung und Erhöhung der Freiwilligkeit weniger stark in einem Konflikt mit der individuellen Freiheit und der Würde stehen als ein solcher, der sich gegen *frei gebildete* (oder gegen die *freie Bildung* eigener)²⁰⁷¹ *Präferenzen* richtet.²⁰⁷² Doch darf der auf die Respektierung des Menschen verpflichtete Staat nicht unberücksichtigt lassen, dass der Mensch in seinen Entscheidungen immer nur relativ «frei» ist und zahlreichen inneren und äusseren Einflüssen ausgesetzt ist, welche die Entscheidungsbildung beeinflussen. Übertriebene Anforderungen an die Freiwilligkeit werden dem nicht gerecht.²⁰⁷³ Die Verfassung geht zwar von einem zur vernünftigen

²⁰⁶⁷ Vgl. DU BOIS-PEDAIN, 48; siehe mit Blick auf die Beeinflussung des Entscheidungsverhaltens durch eine finanzielle Drucksituation auch GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 120 f.

²⁰⁶⁸ Vgl. etwa FEINBERG, Legal Paternalism, 7; FEINBERG, Harm to Self, 104.

²⁰⁶⁹ FEINBERG, Harm to Self, 104 f.; SAUTTER, 155; s.a. SCHEFER, Kerngehalte, 435 («institutionelles und soziales Umfeld»); vgl. auch hinten, bei Fn. 2884. Für die «Freiwilligkeit» der Zustimmung zu einem vorzeitigen *Haftantritt* hat es das Bundesgericht in älteren Entscheidungen als unerheblich erachtet, ob die Konsequenzen der Entscheidung bekannt waren und bedacht wurden (vgl. BGE 104 Ib 24, E. 3a: s.a. BGE 117 Ia 72 S. 76, E. 1c; dazu näher hinten, Teil 4 III. B. 12). Die Kontextabhängigkeit der «Freiwilligkeit» zeigt sich in rechtlicher Hinsicht insbesondere bei der Beurteilung der *Urteilsfähigkeit* i.S.v. Art. 16 ZGB, siehe hinten, bei Fn. 4223 ff.

²⁰⁷⁰ Vgl. KNUT AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, Berlin 1981, 82 f.; insbesondere im Kontext der Forschung und medizinischer Behandlungsentscheidungen gelangt das Konzept des «*informed consent*» zur Anwendung (vgl. z.B. Art. 7 Abs. 1 HFG und die Anforderungen an die Aufklärung in Art. 16 HFG).

²⁰⁷¹ Zum grundrechtlichen Schutz vor paternalistischer Einflussnahme auf die individuellen Präferenzen siehe vorne, Teil 2 III. F. 2.

²⁰⁷² Vgl. ENDERLEIN, 69; hinten, Teil 4 III. A. 1.

²⁰⁷³ Vgl. KOLBE, 250; ferner BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 910, Rz. 235, wonach «Willensfreiheit nicht damit gleichgesetzt werden»

Selbstbestimmung fähigen Menschen aus,²⁰⁷⁴ hat aber auch den von Emotionen getriebenen und irrational handelnden Menschen vor Augen.²⁰⁷⁵ Von einem (immer) «rationalen» Gebrauch der Selbstbestimmung geht das Recht nicht aus.²⁰⁷⁶

- Je höher die Anforderungen sind, die an die «Freiwilligkeit» einer Entscheidung gestellt werden, desto grösser ist die Gefahr, mit einer freiheitlichen, der Würde verpflichteten Grundordnung (eben doch) in einen eigentlichen *Konflikt* zu geraten und die grundrechtlichen Freiheiten zu einer leeren Hülle verkommen zu lassen: Je substanzieller die an die Freiwilligkeit gestellten Anforderungen sind, desto mehr verengen sich die grundrechtlich geschützten Möglichkeiten, die eigenen Entscheidungen zu treffen,²⁰⁷⁷ desto stärker ist damit auch eine problematische «Bewertung» des Freiheitsgebrauchs verbunden, welche die Freiheit, sich «objektiv» unvernünftig zu verhalten, zum Erliegen bringen kann.^{2078, 2079}
- Zudem darf die Etikettierung einer Massnahme als «autonomieschützend» oder «autonomieorientiert» nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch diese Eingriffe im (vermeintlichen) Interesse des Einzelnen erfolgen, er aber durchaus eine Präferenz haben kann, bezüglich des eigenen Wohls selbst zu entscheiden und den Staat *fernzuhalten*. Insofern wird der Einzelne durchaus fremdbestimmt.²⁰⁸⁰ Diese Freiheit, selbst entscheiden zu können, hat selbst dann einen schätzenswerten Eigenwert, wenn die getroffenen Entscheidungen «defi-

könne, «dass der Einzelne bei seiner Entscheidung in vollkommener Weise frei von äusseren Einflüssen» sei; s.a. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (7.) bei Fn. 1185 ff.

²⁰⁷⁴ MÜLLER, Selbstbestimmung, 66; HÄBERLE, Menschenbild, 69.

²⁰⁷⁵ HÄBERLE, Menschenbild, 69.

²⁰⁷⁶ Vgl. aber MÜLLER, Selbstbestimmung, 69.

²⁰⁷⁷ Vgl. RIGOPOULOU, 39 f.; GUTWALD, 84; HILLGRUBER, Selbstverantwortung, 173; SOLAND, 19; vgl. auch CONINX/SCHIEDERGER, 353 f.

²⁰⁷⁸ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 177; s.a. ARNESON, Mill versus Paternalism, 474: «[R]ationality in the sense of economic prudence, the efficient adaptation of means to ends, is a *value* which we have no more reason to impose on an adult against his will for his own good than we have reason to impose any other value on paternalistic grounds. A vivid reminder that rationality may sometimes be alien to some humans is the circumstance that persons sometimes self-consciously choose to nurture an irrational quirk at the center of their personalities.»

²⁰⁷⁹ Siehe dazu auch hinten, bei Fn. 3996 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 369.

²⁰⁸⁰ Es lässt sich deshalb nicht pauschal sagen, der weiche Paternalismus beschränke die (rechtliche) Autonomie nicht, wie dies zuweilen von einem philosophischen Standpunkt aus vertreten wird. Gemäss POPE, 669, beschränkt der weiche Paternalismus zwar nicht die «Autonomie», aber immerhin die Freiheit, weil damit ein Zwang einhergeht, der vom Einzelnen nicht gewollt ist.

zitär» oder nicht substanziell freiwillig getroffen werden.²⁰⁸¹ Die eigenen – auch defizitären – Entscheidungen zu treffen und treffen zu können, ist nicht zuletzt von grundlegender Bedeutung für die Entwicklung der emotionalen, geistigen und intellektuellen Persönlichkeit.²⁰⁸²

- Vor allem aber kann auch die Korrektur von Entscheidungsdefiziten – je nach Art des Defizits, der betroffenen Lebensbereiche und der vom Staat getroffenen Massnahmen – mit (teils erheblichen) Wohlfahrts- und Freiheitsverlusten einhergehen,²⁰⁸³ die es erforderlich machen, der Einzelnen ein Abwehrrecht einzuräumen und den Staat in die grundrechtliche Rechtfertigung zu zwingen.

Besonders offensichtlich ist dies dann, wenn *persönlichkeitsnahe Entscheidungen* «korrigiert» werden sollen oder der Staat *Zwang* – insbesondere physischen Zwang (Zwangsmedikation, Zwangsernährung) – anwendet, um den Einzelnen von einem «unfreiwilligen» Handeln (oder Unterlassen) abzuhalten.²⁰⁸⁴ Zu denken ist aber auch an den *Zeit- und Kostenaufwand* bei einer aufgedrängten Beratung oder die Schmälerung im *Lebensgefühl* durch eine unerwünschte Aufklärung über Risiken.²⁰⁸⁵ Möglicherweise wird dem Einzelnen die Möglichkeit genommen, die eigenen Fehler zu machen und im Rahmen eigener *Lernprozesse* seine Persönlichkeit zu entwickeln.²⁰⁸⁶ Bezogen auf *Nudges* im Besonderen siehe hinten, bei Fn. 4659 ff.

- Dazu kommt (auch hier²⁰⁸⁷) die Problematik, dass der Staat dem Einzelnen – in der relevanten subjektiven Perspektive²⁰⁸⁸ – allenfalls *mehr schadet als nützt*. Erst eine Berücksichtigung der konkreten Schutzbedürfnisse und der durch die weich paternalistische Intervention dem Einzelnen zugefügten Nachteile erlaubt ein Urteil darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen ein «defizitärer» Entscheid zu respektieren ist bzw. korrigiert werden darf.²⁰⁸⁹

Möglicherweise will der Einzelne ganz bewusst von einem bestimmten Vernünftigkeit- oder Rationalitätsmassstab abweichen bzw. nimmt in Kauf, dass er den Entscheid später bereut. Oder es erscheinen ihm die mit einer autonomieorientierten Intervention verbundenen Kosten und Aufwendungen als übermässig belastend, weil er sich z.B. einer Zwangsberatung und -abklärung aussetzen müsste. Vielleicht gehört eine gewisse «Unvernunft» oder «Irrationalität» im Entscheidungsverhalten zum individuellen Charakter

²⁰⁸¹ Vgl. RIGOPOULOU, 40; s.a. vorne, bei Fn. 1823 ff., und hinten, bei Fn. 4307 und 4660 f.

²⁰⁸² Vgl. SHAPIRO, *Paternalism*, 546; hinten, bei Fn. 4337 ff.

²⁰⁸³ Allgemein zu den mit einer weich paternalistischen Intervention verbundenen Nachteilen hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii.

²⁰⁸⁴ Vgl. MAYR, 49 ff.

²⁰⁸⁵ Zur (grundrechtlichen) Relevanz auch solcher Nachteile im paternalistischen Kontext siehe vorne, Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (4.).

²⁰⁸⁶ Vgl. MAYR, 55; zu den nachteiligen Folgen weich paternalistischer Massnahmen s.a. hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii.

²⁰⁸⁷ Vorne, Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (4.).

²⁰⁸⁸ Hinten, Teil 4 II. B. 2.

²⁰⁸⁹ Dazu hinten, Teil 4 III. C. 2. c).

und ist Ausdruck der Persönlichkeit²⁰⁹⁰ oder der individuellen Konzeption des «guten» Lebens²⁰⁹¹. Zu beachten ist ferner, dass nicht vollständig «rationale» Entscheidungen keinesfalls nachteilig sein müssen.²⁰⁹² So können vereinfachende Problemlösungsstrategien (z.B. Faustregeln, Ausschlussverfahren, Ausblenden gewisser Informationen) durchaus sinnvoll sein und zu einem optimalen Ergebnis führen.²⁰⁹³ Ein Überoptimismus kann gerade der Grund dafür sein, dass jemand erfolgreich ist²⁰⁹⁴ oder in einer schwierigen Lebenssituation nicht den Mut verliert²⁰⁹⁵. Und zwar mag es sein, dass sich die Menschen am *Status quo* und am gegenwärtigen Besitzstand orientieren und ihnen beispielsweise Verluste schmerzhafter erscheinen als entsprechende, nicht realisierte Gewinne;²⁰⁹⁶ doch stellt sich die Frage, ob dieser «*endowment effect*» tatsächlich dazu führt, dass sich die Einzelne für etwas entscheidet, das sie nicht will.²⁰⁹⁷

Damit besteht – so der Grundsatz – auch ein legitimes Schutzbedürfnis gegen weich paternalistische Massnahmen.²⁰⁹⁸ Grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung ist – die eigentliche *Unfähigkeit* zu vernunftgemäsem Handeln wird gesondert zu diskutieren sein – keinen *substanziellen* Freiwilligkeitsanforderungen unterworfen; sie ist von den (inneren) Umständen, wie «wohlbegründet» oder «fehlerfrei» wir entscheiden, grundsätzlich losgelöst.²⁰⁹⁹ Auch derjenige, der sich keine grossen Gedanken macht, lebt seine Autonomie.²¹⁰⁰ Dies ist anhand von einigen Beispielen zu verdeutlichen:

- Der *leichtfertige* oder *überhastete* Entscheid ist ebenso grundrechtlich geschützt²¹⁰¹ wie ein Entscheid, den die Einzelne unter *Druck* fasst.²¹⁰²

²⁰⁹⁰ Vgl. ARNESON, Mill versus Paternalism, 474 (s.a. vorne, Fn. 2078).

²⁰⁹¹ SHAPIRO, Smoking, 191 f.

²⁰⁹² ENGLERTH, Wert des Rauchens, 240 f.

²⁰⁹³ GERD GIGERENZER, Heuristics, in: Gerd Gigerenzer/Christoph Engel (Hrsg.), Heuristics and the Law, Cambridge (MA)/London 2006, 17 ff.

²⁰⁹⁴ RACHLINSKI, Psychology, 759 f.

²⁰⁹⁵ SUNSTEIN, Why Nudge?, 45; zum Überoptimismus siehe vorne, bei Fn. 26 ff.

²⁰⁹⁶ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 32 ff.

²⁰⁹⁷ RACHLINSKI, Psychology, 758 f.

²⁰⁹⁸ MAYR, 49.

²⁰⁹⁹ Vgl. MAYR, 49; SOLAND, 84; KOLBE, 249 ff. und 255; vgl. auch VAN AAKEN, Nudge, 92; ferner KIRSTE, Rechtspaternalismus, 806 und insb. 808, wonach es auch zur (grundrechtlich) geschützten Autonomie gehöre, «über die eigenen rationalen Voraussetzungen von Autonomie entscheiden zu können». Keineswegs ist somit lediglich eine Entscheidung, die «dem fehlerfrei gebildeten Willen» entspricht, Ausdruck grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung (so aber VAN SPYK, 112).

²¹⁰⁰ GUTWALD, 84; ferner SOLAND, 84.

²¹⁰¹ So auch SOLAND, 84. Das Bundesgericht will jedenfalls nicht ausschliessen, dass die (auch) zum Schutz vor einem *übereilten, voreiligen* Sterbeentschluss statuierte Rezeptpflicht für Natrium-Pentobarbital in das durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 10 Abs. 2 BV geschützte Selbstbestimmungsrecht eingreift (siehe BGE 133 I 58, E. 6.3.2).

²¹⁰² Vgl. ARZT, 86 (Respektierung auch der «Restfreiwilligkeit»).

Die Entscheidung eines Strafgefangenen, in den *Hungerstreik* zu treten, muss auch dann als Ausdruck grundrechtlich, namentlich durch die persönliche Freiheit geschützter Autonomie anerkannt werden, wenn ihr die Unerträglichkeit des Freiheitsverlusts zugrunde liegt.²¹⁰³ Entsprechendes gilt bezogen auf einen Suizidwunsch, der seinen Ursprung in einem grossen Leidensdruck hat.²¹⁰⁴ Die Ablehnung einer medizinischen Behandlung ist selbst dann Ausdruck grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung, wenn dies von aussen gesehen unklug («*unwise*») oder unvorsichtig («*imprudent*») erscheint.²¹⁰⁵ Wenn der Entscheid, der Sexarbeit nachzugehen, unter grossem *finanziellem Druck* gefällt wird, ändert dies nichts an seiner Schutzwürdigkeit unter dem Gesichtspunkt der *Wirtschaftsfreiheit*.

- Entsprechendes gilt für Entscheidungen, die in einem Zustand von «*Willensschwäche*» getroffen werden (z.B. das Rauchen von Zigaretten, obwohl man «eigentlich» gesund leben möchte)²¹⁰⁶.
- Ein bestimmtes Verhalten ist insbesondere auch dann Ausdruck grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung, wenn es «*Anomalien*» oder «*Rationalitätsdefiziten*» unterliegt, also von einem rationalen, nutzenmaximierenden Entscheid abweicht.²¹⁰⁷ Keineswegs ist die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung mit einem rationalen Entscheid im Sinne der REM-Hypothese²¹⁰⁸ gleichzusetzen; schutzwürdiges individuelles Verhalten muss – was etwa im Kontext des *libertären Paternalismus* von Bedeutung ist – nicht rational in dem Sinn sein, dass der Betroffene damit seinen *Nutzen maximiert*.²¹⁰⁹ Die Grundrechte bieten in den von ihnen umfassten Lebensbereichen auch Schutz vor staatlichen Versuchen der «*Rationalitätsoptimierung*».²¹¹⁰
- Grundrechtlich geschützt sind nach der hier vertretenen Auffassung auch Entscheidungen, die *nicht (vollkommen) informiert getroffen werden*²¹¹¹ – ausserdem

²¹⁰³ A.A. TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772.

²¹⁰⁴ So auch MURMANN, 269 f.

²¹⁰⁵ EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 136 (vorne, Fn. 1198).

²¹⁰⁶ KOLBE, 249 ff., insb. 251; vgl. aus philosophischer Sicht FEINBERG, Harm to Self, 108 f., wonach die «*Willensschwäche*» Freiwilligkeit nicht ausschliesse; s.a. hinten, Teil 4 III. B. 8.

²¹⁰⁷ VAN AAKEN, Nudge, 92.

²¹⁰⁸ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 14 ff.

²¹⁰⁹ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 34 und 42; KUBE, 149; OSWALD, 105; VAN AAKEN, Nudge, 91 f.; JOOST, 154.

²¹¹⁰ GUTWALD, 84.

²¹¹¹ Vgl. KOLBE, 249 ff., insb. 251; MAYR, 49 («*uninformiertes Verhalten*»); a.A. VAN SPYK, 43, 45, 56, 112 ff. und 132, der eine hinreichende Informationsgrundlage als Voraussetzung für einen grundrechtlich geschützten Akt der Selbstbestimmung erachtet; ebenfalls a.A. DIETLEIN, 220, wonach staatliches Handeln nicht in einen «*Konflikt*» mit grundrechtlich geschützter Freiheit gerate, wenn jemand davon abgehalten werde, sich «*unbewusst*» oder «*ungewollt*» einen Schaden zuzufügen; ebenso KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25, nach de-

sollte nicht vergessen werden, dass die Einzelne durchaus ein Interesse daran haben kann, auf die Kenntnismahme von Gefahren und Risiken zu verzichten.²¹¹²

Meines Erachtens ist die Zwangsevakuiierung von Personen aus einem Lawinengebiet auch dann grundrechtsrelevant, wenn die Betroffenen die Gefahren gar nicht richtig einschätzen (können).²¹¹³

- Nicht anders verhält es sich bezogen auf *Irrtümer*, zumal nicht abstrakt bestimmt werden kann, welche Irrtümer ein grundrechtliches Schutzbedürfnis dahinfallen lassen (nur schwere Irrtümer oder solche mit erheblich negativen Auswirkungen? Auch schwere Irrtümer in besonders persönlichkeitsnahen Lebensbereichen?) und mit irrumsbehaftetem Handeln für die Persönlichkeitsentwicklung durchaus wichtige Lerneffekte verbunden sein können.²¹¹⁴ Der Staat ist auch dann in die grundrechtliche Rechtfertigung zu zwingen, wenn er uns in unserem besten Interesse auf «Denkfehler» oder «Fehleinschätzungen» hinweist oder uns von Irrtümern abhalten will.

Ein weicher Paternalismus unterliegt somit unabhängig davon, dass er derartige «Selbstbestimmungsdefizite» zum Ansatzpunkt nimmt, dem grundrechtlichen Rechtfertigungszwang.²¹¹⁵ Dies gilt auch dann, wenn der Staat ohne Befehl und Zwang auskommt oder wenn es sich um Massnahmen handelt, die sich von aussen gesehen nicht besonders nachteilig auf die individuelle Freiheit auswirken. Dabei ist auch zu bedenken, dass sich verschiedene, vermeintlich geringfügige autonomieorientierte Interventionen zumindest in der *Gesamtsicht* erheblich freiheitsbeschränkend auswirken und dazu führen können, dass die Freiheit leerläuft.²¹¹⁶

Zum Beispiel wenn die Inanspruchnahme von legaler Sterbehilfe zwecks Überprüfung und Sicherstellung der «Urteilsfähigkeit» und «Wohlerwogenheit» des Sterbeentscheids durch zahlreiche Vorschriften prozeduraler Art derart erschwert wird, dass sie für den Einzelnen keine zumutbare Option mehr darstellt (allenfalls auch mit der Konsequenz eines Ausweichens auf gefährliche, qualvolle Suizidmethoden).²¹¹⁷

ren Auffassung ein Handeln in Unkenntnis der damit verbundenen Gefahren «nicht als Ausdruck grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung zu achten» sei.

²¹¹² Vgl. vorne, bei Fn. 2085, und hinten, bei Fn. 4592.

²¹¹³ Das heisst aber nicht, dass deshalb eine Evakuierung *unterbleiben* müsste, siehe BSK BVTSCHEMETSCHER, Art. 10, Rz. 26, wonach die Sicherheitsbehörden angesichts der Lebensgefahr «bei Zwangsevakuiierungen in Katastrophenfällen einen entgegenstehenden Willen der zu Evakuierenden ignorieren [müssen], weil sich *deren umfassende Informiertheit nicht kurzfristig sicherstellen*» lasse (Herv. d. Verf.); s.a. hinten, bei Fn. 4461.

²¹¹⁴ Hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (7.) bei Fn. 4337 ff.

²¹¹⁵ MAYR, 49; KIENZERLE, 130 f.

²¹¹⁶ Vgl. zu dieser Problematik auch vorne, bei Fn. 1837 ff., 1905 und 2008 f.

²¹¹⁷ Vgl. ARZT, 94 (Erschwerung bis Verunmöglichung der Freiheit zu sterben durch prozedurale Vorschriften wie Beratung, Wartezeiten, Abklärungen usw.); ferner VENETZ, Urteilsfähigkeit, 78 f. und DIES., Suizidhilfeorganisationen, 204.

Aus dem Gesagten folgt auch, dass (gesetzliche) Anforderungen an die Freiwilligkeit persönlichen Verhaltens grundsätzlich als *Beeinträchtigung* individueller Freiheiten auf der Ebene der Grundrechtsschranken zu diskutieren sind.²¹¹⁸ Auf die besondere Problematik der *Urteilsunfähigkeit* ist nachstehend gesondert einzugehen.

ii) Der Stellenwert der Urteilsunfähigkeit

Ob von einem schützenswerten «selbstbestimmten» Entscheid gesprochen werden kann, gibt dann zu Fragen Anlass, wenn der Einzelne i.S.v. Art. 16 ZGB *urteilsunfähig* ist – wenn er (im betreffenden Kontext) also nicht dazu fähig ist, *vernunftgemäss* zu handeln. Sei es, weil er einen freien Willen gar nicht bilden kann, sei es, weil er nicht in der Lage ist, nach diesem freien Willen zu handeln.²¹¹⁹ Häufig wird die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung von der *Urteilsfähigkeit* abhängig gemacht.²¹²⁰ Insbesondere im Rahmen der Sterbehilfedebatte dürfte es wohl der herrschenden Meinung entsprechen, dass die Freiheit, über Art und Zeitpunkt des eigenen Todes entscheiden zu dürfen, von der Möglichkeit abhängt, diesbezüglich

²¹¹⁸ So auch MÖLLER, Paternalismus, 94; MÖLLER, Selbstmordverhinderung, 232 und 234; weitergehend die Verknüpfung von grundrechtlich geschützter Autonomie mit der Freiheit in der Willensbildung, der Freiheit von Druck und dem Vorliegen einer hinreichenden Informationsgrundlage bei VAN SPYK, 43, 45, 111 f. und 132.

²¹¹⁹ Damit die Urteilsfähigkeit bejaht werden kann, ist zum einen «die Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen» erforderlich, zum anderen die «Fähigkeit, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln und allfälliger fremder Willensbeeinflussung in normaler Weise Widerstand zu leisten» (BGE 124 III 5, E. 1a; BGer 2C_410/2014, E. 6.2; vgl. ferner BGE 144 III 264, E. 6.1.1; BGE 134 II 235, E. 4.3.2; BGE 127 I 6, E. 7 b/aa; FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 5 ff.; OFK ZGB-FANKHAUSER/BLEICHENBACHER, Art. 16, Rz. 5 ff.); diese Erfordernisse müssen beide erfüllt sein (FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 5); die in Art. 16 ZGB genannten Urteilsunfähigkeitsgründe sind auch für das öffentliche Recht massgeblich (vgl. SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 51; BGer 2C_430/2013, E. 4.2; BGer 2C_496/2008, E. 3.4; BGE 127 I 6, E. 7 b/aa; RYSER BÜSCHI, 53; MISIC, Grundrechtskatalog, 85; vgl. aber die Differenzierungen hinten, bei Fn. 2138 f.).

²¹²⁰ Siehe BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 138; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 54; ferner VAN SPYK, 108 f. und 132 sowie 43, 45, 56, 111 f.; s.a. BUCHER, Zwangsmedikation, 766 f. und 801, wonach der Urteilsunfähige aufgrund nicht vorhandener Freiheit nicht unter dem Schutz der persönlichen Freiheit stehe, dessen Willensäusserungen unbeachtlich seien und dem Urteilsunfähigen eine (nicht vorhandene) Freiheit auch nicht entzogen werden könne (ähnlich für das deutsche Recht: SCHWABE, 70 und SUCHOMEL, 140 und 142). Nicht zu verwechseln ist dieser Problembereich mit der Frage der *selbständigen* Ausübung von Grundrechten – hier spielt die Urteilsfähigkeit durchaus eine Rolle (vgl. bezogen auf Kinder und Jugendliche Art. 11 Abs. 2 BV [dazu vorne, bei Fn. 2036]; Entsprechendes gilt für Personen unter umfassender Beistandschaft, siehe MÜLLER/SCHEFER, 815).

einen freien Willen zu bilden und danach zu handeln; insofern wird «Urteilsfähigkeit» (die indessen nicht mit «psychischer Gesundheit» gleichzusetzen ist²¹²¹) vorausgesetzt²¹²² (womit letztlich eine Schutzbereichsfrage betroffen ist²¹²³). Auch hinsichtlich des Rechts auf *passive* Sterbehilfe wird teilweise Urteilsfähigkeit verlangt.²¹²⁴

Indessen ist die Verknüpfung des *grundrechtlichen* Schutzes individueller «Selbstbestimmung» in der persönlichen Lebensgestaltung mit der Urteilsfähigkeit nicht unproblematisch:

Zunächst insofern, als die Beurteilung der Urteilsfähigkeit keineswegs (immer) ein leichtes Unterfangen ist,²¹²⁵ diesbezüglich durchaus unterschiedliche Ansichten bestehen können,²¹²⁶ die Bejahung oder Verneinung der Urteilsfähigkeit immer auch

²¹²¹ Nach der Rechtsprechung steht die Freiheit zu sterben grundsätzlich auch einer Person zu, die psychisch krank ist, siehe BGE 133 I 58, 6.3.5.1 (schwere bipolare affektive Störung); BGE 136 II 415, E. 2.3.5; BGer 2C_410/2014, E. 5.1 und 5.4 sowie insb. E. 6.5 und 7.3; BGer 6B_48/2009, E. 5.3.1; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Ziff. 7 und Ziff. 51–53 («serious bipolar affective disorder»).

²¹²² EGMR, Urteile vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Rz. 51, und vom 19. Juli 2012 i.S. *Koch gegen Deutschland*, Nr. 497/09, Ziff. 52; s.a. das nicht mehr gültige Urteil des EGMR vom 14. Mai 2013 i.S. *Gross gegen Schweiz*, Nr. 67810/10, Ziff. 59; BGE 142 I 195, E. 3.2 und 3.4, BGE 133 I 58, E. 6.1, BGer 2C_9/2010, E. 2.1, und BGer 2C_839/2008, E. 1.2 («soweit der Betroffene in der Lage ist, seinen Willen diesbezüglich frei zu bilden und danach zu handeln»); PETERMANN, Rezeptierung, 456; BELSER/EGLI, 397 f., 400 und 402 f.; BAUMGARTEN, 93; HANS GIGER, Sterbehilfe im Fokus internationaler Rechtsanschauungen, AJP 2008, 311 ff., 316; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 74 f.; MÜLLER/SCHEFER, 152; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 119 und 127; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 360; HALLER, Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit, in: HGR Bd. VII/2, § 209, Rz. 57; OFK BV-BIAGGINI, Art. 10, Rz. 23 («freie, selbstbestimmte Entscheidung»); SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 103; vgl. ferner – mit Bezug auf ein aus dem Recht auf Leben und der Menschenwürde abgeleitetes Recht auf einen würdevollen Tod – ROUILLER/ROUSSIANOS, 944.

²¹²³ Vgl. mit Blick auf die Rechtsprechung des EGMR JEAN PIERRE MARGUÉNAUD, *Le droit de se suicider de manière sûre, digne et indolore*, RTD Civ. 2011, 311 (abrufbar unter: http://actu.dalloz-etudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MAI_2013/RTDciv2011-311.pdf).

²¹²⁴ SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 104; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 120 f.; grundsätzlich auch HANGARTNER, Sterbehilfe, 85, allerdings mit Relativierungen aufgrund der Menschenwürde (ebd. 70 und 81); zweifelnd bezüglich eines Rechts auf fremdbestimmte passive Sterbehilfe: JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 121.

²¹²⁵ AEBI-MÜLLER, 156 ff.; HAUSSENER, Rz. 90 und 104; BREITSCHMID, *Urteilsunfähigkeit*, 98 ff. und 101 ff.; HÜRLIMANN, 347; SOLAND, 89 ff.; vgl. bezogen auf die Beurteilung der Urteilsfähigkeit im Kontext der Suizidhilfe GMÜR, 33 ff.; HÜRLIMANN, 346 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 4224 ff.

²¹²⁶ Botsch. Biomedizinkonvention, 300.

Elemente einer Wertung enthält²¹²⁷ und die beurteilende Person über ein nicht unerhebliches Ermessen verfügt – das ermöglicht die Durchsetzung eigener, sittlicher Auffassungen über das gute und richtige Leben²¹²⁸ und es besteht die Gefahr einer Orientierung an der «objektiv vernünftigen» Handlung.²¹²⁹ Der Grundrechtsschutz würde so von einer schwierigen, komplexen und wertenden Betrachtung eines Dritten abhängig gemacht. Eine Verknüpfung des Grundrechtsschutzes mit der Urteilsfähigkeit ist auch insofern problematisch, als die Einzelne gerade bei der Verneinung der Urteilsfähigkeit besonders auf grundrechtlichen Schutz angewiesen sein kann, markiert doch die Urteilsfähigkeit in mancher Hinsicht die Grenze zur (als zulässig erachteten, aber keineswegs unproblematischen) Fremdbestimmung.²¹³⁰ Insbesondere hat auch der Urteilsunfähige ein legitimes Bedürfnis, den paternalistisch handelnden Staat in die grundrechtliche Rechtfertigung zu drängen: Der Staat muss auch ihm gegenüber darlegen, warum ihm mit dem Schutz vor sich selbst nicht mehr geschadet als genutzt wird.²¹³¹

Vor allem aber ist zu bedenken, dass selbst der Urteilsunfähige zumindest einen sog. «*natürlichen Willen*» hat oder haben kann. Damit ist nicht ein «Wille» gemeint, der von einer Einsichts- und Steuerungsfähigkeit getragen wäre²¹³² (und insofern klar zu unterscheiden ist von einem «rechtsgeschäftlichen Willen»²¹³³). Vielmehr geht es um tatsächliche oder faktische «Willensäußerungen», um die tatsächlich geäußerten, aktuellen Wünsche, Interessen, Absichten, Bedürfnisse und Gewohnheiten.²¹³⁴ Diese haben ihren Ursprung primär in körperlichen Bedürfnissen und im geistig-seelischen Empfinden (Freude, Lust, Angst, Schmerz, Wut, Schamgefühl, Leiden, Wunsch nach emotionaler und körperlicher Zuneigung usw. –

²¹²⁷ OFK ZGB (3. Aufl.)-PETERMANN, Art. 16, Rz. 5 und 14; DERS., Urteilsfähigkeit, Rz. 65; SOLAND, 93 f.

²¹²⁸ Vgl. bezogen auf die Beurteilung der Urteilsfähigkeit im Kontext der Suizidbeihilfe GMÜR, 36; ferner PETERMANN, Urteilsfähigkeit 276 ff. (Problematik der «Deutungshoheit»); s.a. HÜRLIMANN, 347.

²¹²⁹ SOLAND, 93 f. und 97 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4215.

²¹³⁰ Vgl. auch MURPHY, 465.

²¹³¹ Vgl. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 1164 ff. und Ziff. (4.) bei Fn. 1171 f., sowie hinten, Teil 4 II. B. 1.

²¹³² JOX, 73 und 80 ff.

²¹³³ JOX, 69 und 73; ferner Ber. RK-N Zwangssterilisationen, 6324; NEK-CNE, Patientenverfügung, Fn. 92.

²¹³⁴ Vgl. JOX, 69 ff. und 83 ff.; Ber. RK-N Zwangssterilisationen, 6323 f.; ferner HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit, 247 («zustimmende oder ablehnende *faktische Willensäußerung*»); NEK-CNE, Patientenverfügung, Fn. 92 («aktuell geäußerte[.] Bedürfnisse und Gewohnheiten»): ablehnend zu einer Gleichsetzung des natürlichen Willens mit «Wünschen» ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 74.

Empfindungen und Bedürfnisse welche selbstverständlich auch urteilsunfähige Personen haben²¹³⁵).²¹³⁶ Man kann anstatt von einem «natürlichen Willen» auch einfach von (geäusserten) Wünschen, Bedürfnissen und Gewohnheiten sprechen, um (begriffliche) Abgrenzungsschwierigkeiten zu einem *freiverantwortlichen* Willen zu vermeiden.²¹³⁷ Diese tatsächlichen, faktischen Bedürfnisäusserungen des Urteilsunfähigen können nicht einfach als grundrechtlich irrelevant abgetan werden; auch mit solchen Wünschen will der Einzelne *über sich selbst* bestimmen und kann daran durchaus ein schutzwürdiges Interesse haben.

Dass die Urteilsfähigkeit im Zivilrecht und im öffentlichen Recht grundsätzlich gleich verstanden und interpretiert wird,²¹³⁸ bezieht sich primär auf den *Begriff* der Urteilsfähigkeit als solchen und die Kriterien, nach denen über die Urteilsfähigkeit zu befinden ist. Das bedeutet aber nicht, dass die vom Zivilrecht an die Urteilsunfähigkeit geknüpften *Folgen* (keine Herbeiführung rechtlicher Wirkungen durch die eigenen Handlungen, siehe Art. 18 ZGB) dergestalt auf die verfassungsrechtliche Beurteilung durchwirken würden, dass «Willens»-Äusserungen des Urteilsunfähigen vom Grundrechtsschutz *per se* ausgeschlossen wären.²¹³⁹ Derartiges lässt sich – worauf bereits hingewiesen wurde – auch Art. 11 Abs. 2 BV nicht entnehmen.²¹⁴⁰

Von Emotionen (einschliesslich Ängsten) und persönlichen Gewohnheiten getragene menschliche Bedürfnisse und Wünsche darf ein der *Menschenwürde* verpflichteter Staat nicht ignorieren.²¹⁴¹ Der Schutz der Würde erfordert Respekt auch vor dem faktischen oder natürlichen Willen²¹⁴² oder der «Selbstorientierung» des Urteilsunfähigen²¹⁴³. Zudem kann sich auch der bezogen auf eine bestimmte Handlung Urteilsunfähige durch (paternalistische) staatliche Massnahmen – zu denken ist etwa an medizinische Zwangsbehandlungen – ausgeliefert und fremdbestimmt *fühlen*, was unter dem Aspekt der Würde nicht unbeachtlich sein darf.²¹⁴⁴

²¹³⁵ Vgl. BREITSCHMID, Urteilsfähig, 144.

²¹³⁶ Vgl. JOX, 80.

²¹³⁷ Vgl. JOX, 80 f.; NEK-CNE, Patientenverfügung, Fn. 92.

²¹³⁸ Vgl. vorne, Fn. 2119 a.E.

²¹³⁹ Vgl. demgegenüber BUCHER, Zwangsmedikation, 766 f.; ähnlich wie hier BRÜCKNER, 460.

²¹⁴⁰ Vorne, bei Fn. 2037.

²¹⁴¹ Vgl. SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24novies Abs. 2 aBV, Rz. 44 und 116; Botsch. VE 96, 140 f. («Achtung des Gefühlslebens»); s.a. ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 91; vorne, Teil 2 II. C. 4, dort Ziff. (8.); zum Schutz auch des Urteilsunfähigen durch die Menschenwürde siehe vorne, bei Fn. 2029.

²¹⁴² Vgl. BRÜCKNER, 460; URSINA PALLY, Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe, Diss., Zürich 2007, 148; MURMANN, 264 f.

²¹⁴³ MURMANN, 264 f.

²¹⁴⁴ Vgl. bezogen auf eine Zwangsmedikation gegenüber einem (hinsichtlich seiner Behandlungsbedürftigkeit) urteilsunfähigen (E. 7b/dd a.E.) Patienten: BGE 127 I 6, E. 5g, s.a. E. 9d; ferner FELDMAN, Human Dignity Part II, 69; vorne, bei Fn. 1105; das heisst aller-

Die *persönliche Freiheit* knüpft in ihrem Schutzbereich ebenfalls nicht an die Urteilsfähigkeit an, sondern an die *Persönlichkeit*; sie schützt den Einzelnen auch in seinen Empfindungen, Emotionen, natürlichen Bedürfnissen und den daraus entstehenden Handlungsimpulsen oder Reaktionen.²¹⁴⁵ Zudem kann das Durchbrechen des natürlichen (Handlungs-)Willens vom Betroffenen durchaus als – in seine Persönlichkeit eingreifender – «Zwang» empfunden werden.²¹⁴⁶ Die persönliche Freiheit muss deshalb auch den «natürlichen Willen» in Angelegenheiten der individuellen Lebensgestaltung schützen, jedenfalls dann, wenn man sie mit Blick auf die Menschenwürde konkretisiert.²¹⁴⁷ Auch der Urteilsunfähige, nicht zu einer «freien» Willensbildung Fähige hat das Recht, in seinen Bedürfnissen und Wünschen oder seiner «Selbstorientierung» ernst genommen und (grundrechtlich) geschützt zu werden,²¹⁴⁸ und ihm kann sehr wohl eine Freiheit entzogen werden, wenn sein «natürlicher Wille» staatlicherseits nicht respektiert wird.²¹⁴⁹ Eine individuelle Entscheidung, die nicht «vernunftgemäss» i.S.v. Art. 16 ZGB ist, kann deshalb nicht einfach als grundrechtlich irrelevant bezeichnet werden.

dings nicht, dass das subjektive Gefühl der Entwürdigung für sich genommen ausreichen würde, um einen (unzulässigen) Würdeverstoss zu bejahen, siehe vorne, bei Fn. 1150.

²¹⁴⁵ Vgl. auch VAN SPYK, 32 («Schutz der emotionalen Persönlichkeit»); gleich ist die Rechtslage im Zivilrecht: Art. 28 ZGB schützt nicht nur «vernunftgeleitete» Handlungen, vielmehr zielt der Schutz der Persönlichkeit auch auf den Schutz von Gefühlen und den dadurch hervorgerufenen Reaktionen, Impulsen und Äusserungen ab (siehe HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit, 250 f.; s.a. BREITSCHMID, Urteilsunfähigkeit, 101 f., wonach nicht nur der Urteilsfähige das Recht habe, in seinen Emotionen und seiner Empfindsamkeit geschützt zu werden; zum Schutz des Gefühlslebens durch Art. 28 ZGB vgl. ferner CHK ZGB-AEBI-MÜLLER, Art. 28, Rz. 14; BSK ZGB I-MEILI, Art. 28, Rz. 17; s.a. BRÜCKNER, 460).

²¹⁴⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit, 251; LIPP, 103; vgl. demgegenüber BUCHER, Zwangsmedikation, 766 f. («Weder Freiheit noch Zwang beim urteilsunfähigen Patienten»).

²¹⁴⁷ Zur Bedeutung der Menschenwürde bei der Konkretisierung der persönlichen Freiheit siehe vorne, bei Fn. 886 ff., insb. 888 f.

²¹⁴⁸ Vgl. ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 91; KIENZERLE, 130; bezogen auf eine Person, die krankheitsbedingt «keinen freien Willen in Bezug auf den Umgang mit einer Krankheit bilden» kann, siehe BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 72 und 76: «[E]in etwa vorhandener natürlicher Wille in Bezug auf ihre Krankheit» bleibe «verfassungsrechtlich auch hier Ausdruck ihres durch das Recht auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit geschützten Selbstbestimmungsrechts»; ferner – ebenfalls bezogen auf den Persönlichkeitsschutz des deutschen Verfassungsrechts: RIGOPOULOU, 73 f.; MURMANN, 264 f.; SCHMITZ, 139 ff., insb. 151 f.; bezogen auf den zivilrechtlichen *Persönlichkeitsschutz* vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit, 250 f.

²¹⁴⁹ A.A. BUCHER, Zwangsmedikation, 766 f. und 801; SCHWABE, 70; wie hier ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 91.

Wenn dem Urteilsunfähigen gegen seinen natürlichen Willen eine medizinische *Zwangsbehandlung* aufgedrängt wird, liegt eine rechtfertigungsbedürftige Grundrechtsbeschränkung nicht nur deshalb vor, weil ein Eingriff in die körperliche Integrität vorliegt (was sich unabhängig von der Urteilsfähigkeit beurteilt²¹⁵⁰), sondern auch weil der ablehnende «natürliche Wille» durchbrochen wird und der Staat eine durch (allenfalls schwere) Ängste und ein Gefühl des Ausgeliefertseins motivierte Ablehnung nicht respektieren will.²¹⁵¹

Mit Blick auf die vorne erwähnte Problematik, dass auch dem Urteilsunfähigen mit einer paternalistischen Intervention im Ergebnis nicht geschadet werden darf,²¹⁵² ist das durch die Würde und die persönliche Freiheit abgesicherte *Mitspracherecht* der urteilsunfähigen Person in den eigenen Belangen²¹⁵³ von besonderer Bedeutung. Damit wird sichergestellt, dass die zur Beurteilung der Zulässigkeit einer paternalistischen Intervention unumgängliche *Sicht des Betroffenen*²¹⁵⁴ tatsächlich einfließen kann.

In der Rechtsordnung wird dem «natürlichen Willen» der urteilsunfähigen Person – wenn auch nicht als solcher bezeichnet – durchaus (und zu Recht) Gewicht beigemessen.²¹⁵⁵ So dürfen der urteilsunfähigen Person keine regenerierbaren Gewebe oder Zellen entnommen werden, wenn «Anzeichen dafür vorhanden sind, dass [sie, d. Verf.] sich [...] einer Entnahme widersetzen würde» (Art. 13 Abs. 2 Bst. h TxG). Ferner wird der urteilsunfähigen Person verschiedentlich das Recht eingeräumt, (so weit wie möglich) in Zustimmungs- und Einwilligungsverfahren miteinbezogen zu werden (vgl. Art. 13 Abs. 3 TxG; Art. 21 HFG; Art. 6 Ziff. 3 Satz 2 Biomedizin-konvention). Und gemäss Art. 377 Abs. 3 ZGB wird die urteilsunfähige Person – soweit möglich – in die Entscheidungsfindung betreffend den (medizinischen) Behandlungsplan einbezogen.²¹⁵⁶ Das alles widerspiegelt die Auffassung, dass selbst der Urteilsunfähige die Möglichkeit haben soll, über sich selbst zu bestimmen oder zumindest *mitzubestimmen*.²¹⁵⁷

²¹⁵⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 2028.

²¹⁵¹ Vgl. BGE 127 I 6, E. 5g; ferner BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 815, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 72, 76 f. und 79, wonach die Durchführung einer medizinisch gebotenen Behandlung entgegen dem natürlichen Willen der nicht einsichtsfähigen Person «in Konflikt mit ihrem Selbstbestimmungsrecht [...] und mit ihrem Recht auf körperliche Unversehrtheit» gerate; bezogen auf den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz siehe HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Urteilsfähigkeit, 250 f.; BRÜCKNER, 460.

²¹⁵² Vorne, bei Fn. 2131.

²¹⁵³ Zu diesem grundrechtlichen Schutz des «Mitspracherechts» KLEY/ZAUGG, 184, 190 f. und 202 f.; vorne, Teil 2 II. C. 4, dort Ziff. (3.) bei Fn. 1169 f.

²¹⁵⁴ Vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (2.) bei Fn. 1168, und hinten, Teil 4 II. B. 2.

²¹⁵⁵ Vgl. dazu auch MICHEL, Entscheidungskompetenz, 165 ff.

²¹⁵⁶ Vgl. auch die Rec(2004)10 des Ministerkomitees des Europarates, wonach bei einer (zwangsweisen) Behandlung und Unterbringung psychisch kranker Menschen deren Meinung zu berücksichtigen ist (siehe dort Art. 12 Ziff. 1, Art. 17 Ziff. 1 Bst. v und Ziff. 2 Bst. iv, Art. 18 Bst. iv, Art. 20 Ziff. 1 Bst. i, Art. 29 Ziff. 2) – eine psychische Krankheit ist allerdings nicht mit Urteilsunfähigkeit gleichzusetzen (vgl. hinten, bei Fn. 4230 f.).

²¹⁵⁷ Vgl. BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 377, Rz. 21, wonach das in Art. 377 Abs. 3 ZGB statuierte Partizipationsrecht des urteilsunfähigen Patienten dem natürlichen Willen und

Freilich können sich schwierige *Fragen* ergeben, namentlich wenn komplexe Handlungen und/oder solche mit weitreichenden, irreversiblen Folgen zur Diskussion stehen. Insbesondere stellt sich die – einleitend bereits erwähnte – Frage, ob auch dem bezogen auf den Sterbeentscheid Urteilsunfähigen das (wenn auch einschränkbare) Recht zugestanden werden muss, über *seinen eigenen Tod* zu bestimmen und dafür allenfalls Sterbehilfe Anspruch zu nehmen. Als *Grundsatz* muss zweifellos gelten, dass nur der Sterbewunsch einer urteilsfähigen Person eine Beihilfe zum Suizid legitimiert.²¹⁵⁸ Doch ist m.E. nicht ausgeschlossen, dass sich eine urteilsunfähige Person in einer Situation befindet, in welcher dem Sterbewunsch nicht zum Vornherein jegliche Beachtlichkeit abgesprochen werden kann, jedenfalls wenn es um ein «Sterbenlassen» im Sinne einer *passiven Sterbehilfe* geht²¹⁵⁹ (beispielsweise dann, wenn die Person *unerträglichem körperlichem Leiden* ausgesetzt ist). Wie weit man Sterbewünschen Urteilsunfähiger Rechnung tragen will, bleibt eine ausgesprochen schwierige Frage, die jedoch nicht vorschnell über eine pauschale Ausklammerung «nicht freiverantwortlicher» Handlungen aus der persönlichen Freiheit (und der Freiheit zu sterben) entschieden werden sollte. Primär im Rahmen einer umfassenden Abwägung auf der Ebene der Grundrechtsschranken ist zu entscheiden, ob und inwiefern ein natürlicher Wille des Betroffenen im Licht des von ihm empfundenen Leidens anzuerkennen ist. Diese Frage ist hier nicht weiter zu vertiefen.

Selbstverständlich folgt aus dem Gesagten nicht, dass der natürliche Wille *in jedem Fall* massgeblich sein muss und eine ablehnende Haltung z.B. gegenüber einem lebensrettenden medizinischen Eingriff immer zu respektieren wäre.²¹⁶⁰ Schliesslich bleibt auf Folgendes hinzuweisen: Ist die Einzelne zu einer freien Willensbildung nicht in der Lage, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien an ihrer Stelle zu entscheiden ist. Bei einer grundrechtlichen Betrachtungsweise²¹⁶¹ haben sich die

dem Recht zur Selbstbestimmung, das weiter als die Urteilsfähigkeit gehen könne, Rechnung trage.

²¹⁵⁸ SCHWEIZER, Sterbehilfe, 48.

²¹⁵⁹ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 81 ff.; fehlt eine Patientenverfügung, ist über die passive Sterbehilfe nach dem «mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person» (Art. 378 Abs. 3, Art. 379 ZGB) zu entscheiden (BRIGITTE TAG, Strafrecht am Ende des Lebens – Sterbehilfe und Hilfe zum Suizid in der Schweiz, ZStW 2016, 73 ff., 84 ff.; s.a. Ber. Sterbehilfe, 45). In diesem Zusammenhang spielen auch die aktuell geäusserten Wünsche des Betroffenen eine Rolle (hinten, bei Fn. 4302).

²¹⁶⁰ Vgl. MICHEL, Entscheidungskompetenz, 166; vgl. dazu auch hinten, Teil 4 II. B. 3, Teil 4 III. C. 2. b) ii und Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.) insb. bei Fn. 4290 ff.

²¹⁶¹ Zur objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte siehe hinten, Teil 2 V.

zum Entscheid berufenen Dritten (Eltern, sonstige gesetzliche Vertreter) an deren *mutmasslichem Willen* zu orientieren (jedenfalls soweit er feststellbar ist) und nicht an allgemeinen Wertüberzeugungen oder Konzeptionen des Vernünftigen und Guten.²¹⁶²

4. Zusammenfassende Bemerkungen

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Einzelne durch die Grundrechte auch gegen *nicht imperative*, «sanfte» und *autonomieorientierte* staatliche Handlungen geschützt, mit welchen ihr in ihrem *eigenen* Interesse Schutz und Fürsorge aufgedrängt werden (sollen):

Gegenüber paternalistisch motivierten Einflussnahmen auf die individuellen *Präferenzen* und *Überzeugungen* – etwa was den Umgang mit der eigenen Gesundheit anbelangt – vermag die *Meinungsfreiheit* Schutz zu vermitteln.²¹⁶³ Und je stärker der Staat auf Haltungen Einfluss nimmt, die durch religiöse und weltanschauliche Ansichten geprägt sind (worunter auch – unterschiedliche – moralische Grundüberzeugungen fallen können), je mehr er mit einem «erzieherischen» Anspruch auftritt, desto eher aktualisiert sich der Schutz der *Glaubens- und Gewissensfreiheit*.²¹⁶⁴ Darüber hinaus sollten grundrechtlich geschützte *Verhaltensfreiheiten* vermehrt auch als Schutz in der freien Ausbildung von Überzeugungen und Zielen, *wie* die entsprechende Freiheit wahrgenommen werden soll, verstanden werden – jedenfalls dann, wenn es um Interventionen zum *eigenen Wohl* des Betroffenen geht. Subsidiär muss hier die persönliche Freiheit Schutz bieten. Die Einzelne hat m.E. ein legitimes und grundrechtlich schutzwürdiges Interesse, unbeeinflusst vom Staat darüber zu entscheiden, was ihrem *eigenen Wohl* dient und zu welchen Zwecken sie von ihrer Freiheit Gebrauch oder eben nicht Gebrauch machen will (wenn es um ihr eigenes Wohl geht).²¹⁶⁵

Auch ein *weicher* oder *autonomieorientierter* Paternalismus ist grundrechtsrelevant: Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Einzelne ein (wenn auch nicht absolutes) Recht, nicht im Interesse seines eigenen Wohls zu einer selbstbestimmten Lebensführung befähigt oder in Kompetenzen gestärkt zu werden, wenn er dies nicht will.²¹⁶⁶ Auch die – davon zu unterscheidende – *Korrektur von Freiwilligkeits-*

²¹⁶² Vgl. für Deutschland HUFEN, Selbstbestimmung, 91 und 102 f.; dazu auch hinten, bei Fn. 4293 ff.

²¹⁶³ Vorne, Teil 2 III. F. 2. a) i).

²¹⁶⁴ Vorne, Teil 2 III. F. 2. a) ii).

²¹⁶⁵ Vorne, Teil 2 III. F. 2. b).

²¹⁶⁶ Vorne, Teil 2 III. F. 3. b).

oder Selbstbestimmungsdefiziten ist grundrechtsrelevant: Der grundrechtliche Schutz der Selbstbestimmung greift auch dann, wenn der Einzelne Defiziten in der Willensbildung und -umsetzung unterliegt. Selbst der «natürliche Wille» des Urteilsunfähigen ist nach der hier vertretenen Auffassung grundrechtlich, namentlich durch die persönliche Freiheit geschützt.²¹⁶⁷

²¹⁶⁷ Vorne, Teil 2 III. F. 3. c).

IV. Grundrechtliche Kerngehalte und paternalistisches Staatshandeln

A. Vorbemerkungen

Einen «absoluten» Schutz gegen staatliche Eingriffe bieten die grundrechtlichen *Kerngehalte*. Dabei ist – so der Grundsatz – jeweils *grundrechtsspezifisch* zu prüfen, was zum Kerngehalt gehört.²¹⁶⁸ Für die Identifizierung absolut geschützter «Mindestpositionen»²¹⁶⁹ ist nach dem «Sinn des jeweiligen Grundrechts» und «nach seiner Bedeutung für die Würde, Integrität und die Entfaltung des Einzelnen» zu fragen.²¹⁷⁰ Was zum grundrechtlich geschützten Kerngehalt gehört, ist – von gewissen ausdrücklichen Erwähnungen bzw. Verboten abgesehen²¹⁷¹ – nicht immer einfach zu beantworten.²¹⁷² Zu berücksichtigen sind dabei jeweils auch die Art, die Intensität und der *Zweck* der konkreten Eingriffshandlung.²¹⁷³

Im vorliegenden Zusammenhang sind – neben der bereits verneinten Frage, ob die Kerngehalte der eigenen, grundrechtlich geschützten Freiheit im Umgang mit sich selbst eine Grenze setzen bzw. zur Schutzbereichsbestimmung herangezogen werden können²¹⁷⁴ – drei Feststellungen von Bedeutung: *Erstens*, dass eine Kerngehaltsverletzung auch dann vorliegen kann, wenn der Staat eine gut gemeinte, helfende Absicht verfolgt (Kap. B); *zweitens*, dass sich bezogen auf den weichen Paternalismus die Frage nach einer Kerngehaltsverletzung zwar weniger drängend

²¹⁶⁸ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 6, Rz. 9; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1093; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 24; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 60.

²¹⁶⁹ WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 243.

²¹⁷⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 6, Rz. 11.

²¹⁷¹ Teilweise weisen die Grundrechtsgarantien bereits selbst gewisse absolut geschützte Bereiche bzw. absolut verbotene staatliche Handlungen aus: Etwa das Verbot der systematischen präventiven Vorzensur als Kerngehalt der Medienfreiheit (Art. 17 Abs. 2 BV; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 60; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 213 und 237), das Verbot der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 BV) als (ein) Kerngehalt des Rechts auf Leben (Art. 2 BV; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1093; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 237; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 36) oder das Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung als (ein) Kerngehalt der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 3 BV; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1093; man kann auch sagen, dass bei Art. 10 Abs. 3 BV Schutzbereich und Kerngehalt zusammenfallen, vgl. SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 60).

²¹⁷² Vgl. MAHON, Petit Comm., Art. 36 Cst., Rz. 18.

²¹⁷³ Vgl. RIEDO/NIGGLI, Kerngehalt, 766 f.; vgl. bezogen auf das *forum internum* auch vorne, bei Fn. 1889; damit soll jedoch nicht gesagt sein, dass bei einer gut gemeinten Absicht eine Kerngehaltsverletzung nicht möglich wäre, siehe gerade hinten, Kap. B.

²¹⁷⁴ Vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 1282 ff.

stellt, diese aber keineswegs irrelevant ist (Kap. C); und *drittens*, dass es nach der hier vertretenen Auffassung einen Kerngehalt *sämtlicher* Grundrechte darstellt, dass die durch sie gewährte Freiheit nicht unter Berufung auf wohlverstandene Interessen des Grundrechtsträgers an eben diesem («freiverantwortlichen») Freiheitsgebrauch beschränkt wird (was gleichzeitig das Verständnis des Kerngehalts als jeweils grundrechtsspezifischer «Ausschnitt» oder «Teilbereich» relativiert; Kap. D).

B. Grundsätzliche Irrelevanz der gut gemeinten Absicht

Eine Kerngehaltsverletzung durch paternalistisches Staatshandeln kann nicht einfach schon deshalb verneint werden, weil der Staat der Einzelnen nicht schaden will, er mit einer «guten» Absicht handelt und einen helfenden, heilenden oder schützenden Zweck verfolgt.²¹⁷⁵ Nicht nur vermag sich auch gut gemeintes Handeln erheblich negativ auf die Einzelne auszuwirken (zu denken ist etwa an medizinische Zwangsbehandlungen), auch würde ein Abstellen auf die seitens des Staates verfolgte (fürsorgliche) Absicht den Kerngehaltsschutz in weiten Teilen leerlaufen lassen.²¹⁷⁶ Im spezifischen Kontext des «Schutzes vor sich selbst» kommt dazu, dass sich das, was «gut» und «richtig», förderlich und hilfreich ist, nach einer subjektiven Sicht zu bestimmen hat, mithin von den konkret vorhandenen Präferenzen und den individuellen Abwägungen des Betroffenen abhängig ist. Anders gesagt: Was von aussen gesehen als «sinnvoll» empfunden wird, kann sich in der – hierfür relevanten – subjektiven Sicht als (erheblich) nachteilig erweisen.²¹⁷⁷ Eine Kerngehaltsverletzung lässt sich auch nicht einfach unter Berufung auf staatliche *Schutzpflichten* verneinen:²¹⁷⁸ Diese finden selbst eine Grenze in den Kerngehalten

²¹⁷⁵ Es verhält sich hier nicht anders als bei der Menschenwürde (vgl. vorne, bei Fn. 1145); zur Bedeutung der Würde für die Bestimmung grundrechtlicher Kerngehalte vgl. vorne, bei Fn. 887 und 2170.

²¹⁷⁶ Vgl. bezogen auf medizinische Zwangsmassnahmen JOSET, Bem. zu BGE 127 I 6, 1220; vgl. im Kontext des Hungerstreiks auch TSCHENTSCHER, BGER-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772 (vgl. hinten, Fn. 2178).

²¹⁷⁷ Vgl. dazu im Einzelnen hinten, Teil 4 II. B. 2.

²¹⁷⁸ Vgl. aber FELDMAN, Human Dignity Part I, 693, wonach die Zwangsbehandlung eines urteilsfähigen Menschen grundsätzlich einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK bewirke, *es sei denn*, den Staat treffe für den Einzelnen – z.B. aufgrund einer Inhaftierung – eine besondere Verantwortung und Letzterer bedürfe der Behandlung, um sein Leben zu schützen; wie hier grundsätzlich TSCHENTSCHER, BGER-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772: Verletzung von Art. 10 Abs. 3 BV durch eine Zwangsernährung eines (aus freiem Willen) hungerstreikenden Strafgefangenen, «selbst wenn der willensbrechende Zwang fürsorglich gemeint ist» – wegen des «Paternalismusverbots» gebe es «keine absolute Garantienstellung des Staates».

und können sich ohnehin nicht gegen den Einzelnen, jedenfalls nicht gegen dessen freiverantwortlichen Willen richten.²¹⁷⁹ Auch besteht keine allgemeine staatliche «Garantenpflicht», die es erlauben oder rechtfertigen würde, dem Einzelnen gegen seinen (freiverantwortlichen) Willen Schutz aufzudrängen.²¹⁸⁰

Deshalb ist m.E. die Auffassung *abzulehnen*, die eine Verletzung des Kerngehalts von Art. 10 Abs. 2 BV durch eine *medizinische Zwangsmassnahme*²¹⁸¹ oder eine Verletzung von Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK²¹⁸² unter Bezugnahme auf die *gut gemeinte, «heilende», therapeutische Absicht* oder eine «*medizinische Notwendigkeit*» verneint.²¹⁸³ Eine derartige Absicht beseitigt

²¹⁷⁹ Dazu im Einzelnen hinten, Teil 3 IV. B. 2.

²¹⁸⁰ Vgl. TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772 (vorne, Fn. 2178); dazu auch hinten, bei Fn. 2793 f.

²¹⁸¹ Solche können – jedenfalls wenn sie eine gewisse Schwere aufweisen – die persönliche Freiheit durchaus in ihrem Kerngehalt verletzen, siehe BGE 126 I 112, E. 3b und BGE 124 I 304, E. 4b, wonach eine Zwangsmedikation den *Kerngehalt* der persönlichen Freiheit «betreffe» oder «berühre»; ferner BGer 6B_554/2021, E. 2.3.2, BGE 130 I 16, E. 3, BGer 5A_666/2013, E. 3.3, BGer 5A_38/2011, E. 3.1, sowie BGer 5A_792/2009, E. 3 und 4.2.2, wonach eine medikamentöse Zwangsbehandlung die Menschenwürde (Art. 7 BV) «zentral betreffe»; bezogen auf eine *Zwangsernährung* siehe PAYLLIER, Hungerstreik, 326 f.

²¹⁸² Je nach Ausgestaltung können medizinische Zwangsmassnahmen eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung i.S.v. Art. 3 EMRK darstellen, siehe EGMR, Urteile vom 19. Juni 2007 i.S. *Ciorap gegen Moldawien*, Nr. 12066/02, Ziff. 76 und vom 5 April 2005 i.S. *Nevmerzhitsky gegen Ukraine*, Nr. 54825/00, Ziff. 93, wonach eine *Zwangsernährung* erniedrigende Elemente enthalte, was unter gewissen Umständen gegen Art. 3 EMRK verstosse; vgl. auch BGE 136 IV 97, E. 6.1.1; bezogen auf eine medikamentöse Zwangsbehandlung ferner BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 4c, 508.

²¹⁸³ Bezogen auf die *persönliche Freiheit* vgl. aber BGE 126 I 112, E. 3b, wonach eine Zwangsmedikation mit Psychopharmaka den Kerngehalt der persönlichen Freiheit «betreffe», dieser aufgrund des damit verfolgten Heilzwecks aber nicht «verletzt» werde (zu Recht kritisch zu dieser Differenzierung zwischen «Betroffenheit» und «Verletzung» des Kerngehalts Wyss, Öffentliche Interessen, S. 213, Fn. 74, da bei Kerngehalten die Betroffenheit die – unzulässige – Verletzung impliziere; kritisch auch SCHEFER, Kerngehalte, 59); BGer 1P. 218/1991, E. 5a, ZBl 1993, 504 ff., 510 (kein Eingriff in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit wegen des therapeutischen Zwecks der Zwangsmedikation); vgl. ferner BGE 127 I 6, E. 9e, wonach «die mit der medikamentösen Behandlung bezweckte Hilfeleistung keinen Eingriff in den Kernbereich der Menschenwürde» bedeute; bezogen auf eine obligatorische zahnmedizinische Behandlung (i.c. gegenüber Kindern) BGE 118 Ia 427, E. 5b (kein Eingriff in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit und des Grundrechts auf Achtung des Familienlebens, da damit die Kinder vor Leid bewahrt werden sollen). Der EGMR sieht keine Verletzung von Art. 3 EMRK durch eine (in der konkreten Durchführung vor Art. 3 EMRK standhaltende, den ärztlichen Regeln entsprechende) medizinische Zwangsmassnahme, wenn diese *aus therapeutischer bzw. medizinischer Sicht notwendig* sei (Erhalt der psychischen und physischen Gesundheit, Erhalt des Lebens) – bezogen auf die *Zwangsernährung*: EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 65; vgl. ferner die Urteile vom 5 April 2005 i.S. *Nevmerzhitsky*

weder den Konflikt mit dem Kerngehalt der persönlichen Freiheit²¹⁸⁴ noch die Beachtlichkeit des Eingriffs unter den Aspekten von Art. 10 Abs. 3 BV und Art. 3 EMRK.²¹⁸⁵ Im Übrigen ist zu beachten, dass die Frage, was «heilend» ist und einen therapeutischen Nutzen hat, ohnehin nicht immer einfach zu beantworten ist;²¹⁸⁶ dies birgt die Gefahr, mit der vorschnellen Unterstellung eines Nutzens für den Betroffenen die Kerngehaltsproblematik zu umgehen bzw. den durch die Kerngehalte vermittelten Schutz zu unterlaufen.²¹⁸⁷

C. Kerngehalte und weicher Paternalismus

Dennoch ist die mit dem paternalistischen Eingriff verfolgte Absicht nicht irrelevant. Entscheidend ist aber nicht die *gut gemeinte Absicht* an sich – selbst wenn entsprechend motiviertes Handeln tatsächlich einen «Schaden» zu verhindern vermag –, sondern ob der Einzelne *Defiziten* in seiner Selbstbestimmung unterliegt, deren negative Folgen mit der staatlichen Intervention – in seinem «besten» Interesse – verhindert werden sollen.²¹⁸⁸ Hier relativiert sich der für eine Kerngehalts-

gegen *Ukraine*, Nr. 54825/00, Ziff. 94; vom 19. Juni 2007 i.S. *Ciorap* gegen *Moldawien*, Nr. 12066/02, Ziff. 77; vom 24. September 1992 i.S. *Herczegfalvy* gegen *Österreich*, Nr. 10533/83, Ziff. 82; s.a. EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 9. Mai 1984 i.S. *X.* gegen *Deutschland*, Nr. 10565/83, S. 8 und BGE 136 IV 97, E. 6.1.1.; bezogen auf eine *Zwangsmedikation* siehe (wiederum) EGMR, Urteil vom 24. September 1992 i.S. *Herczegfalvy* gegen *Österreich*, Nr. 10533/83, Ziff. 82; s.a. BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff. E. 4c, 508 f.; allgemein bezogen auf physische Zwangsmassnahmen in der Psychiatrie: EGMR, Urteil vom 19. Februar 2015 i.S. *M.S.* gegen *Kroatien* (Nr. 2), Nr. 75450/12, Ziff. 98; aus der jüngeren Rechtsprechung siehe EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. April 2022 i.S. *M.* gegen *Frankreich*, Nr. 42821/18, Ziff. 60. Bezogen auf *Art. 10 Abs. 3 BV* siehe MÜLLER/SCHEFER, 64 (keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung durch eine therapeutische Zwangsmassnahme, wenn deren «medizinische Notwendigkeit überzeugend dargetan» werde).

²¹⁸⁴ KLEY/ZAUGG, 193 f.; JOSET, Bem. zu BGE 127 I 6, 1220.

²¹⁸⁵ TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772 (bezogen auf Art. 10 Abs. 3 BV); nach der Rechtsprechung des EGMR kann eine Verletzung von Art. 3 EMRK jedenfalls auch dann vorliegen, wenn *keine* Absicht besteht, den Betroffenen zu demütigen oder zu erniedrigen, siehe EGMR, Urteile vom 17. Januar 2012 i.S. *Stanev* gegen *Bulgarien*, Nr. 36760/06, Ziff. 203 und 211; vom 19. April 2001 i.S. *Peers* gegen *Griechenland*, Nr. 28524/95, Ziff. 74; vom 24. Juli 2001 i.S. *Valasinas* gegen *Litauen*, Nr. 44558/98, Ziff. 101; vom 5. April 2005 i.S. *Nevmerzhitsky* gegen *Ukraine*, Nr. 54825/00, Ziff. 80.

²¹⁸⁶ Nach der Rechtsprechung des EGMR muss die medizinische Notwendigkeit der Massnahme allerdings überzeugend dargetan sein, siehe EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. April 2022 i.S. *M.* gegen *Frankreich*, Nr. 42821/18, Ziff. 60.

²¹⁸⁷ Vgl. KLEY/ZAUGG, 193 f.

²¹⁸⁸ Vgl. bezogen auf Art. 3 EMRK und im Kontext einer medizinischen Zwangsbehandlung FELDMAN, *Human Dignity Part I*, 693 (allerdings mit der Ausnahme, dass der Staat eine

verletzung regelmässig erforderliche willensdurchbrechende Charakter. Einem weichen Paternalismus durch die Kerngehalte eine grundsätzliche und absolute Grenze ziehen zu wollen, würde auch den Schutzbedürfnissen des Einzelnen nicht gerecht; eine eigene, aber defizitäre Entscheidung kann ihm (jedenfalls nachträglich betrachtet) genau so fremd sein, wie diejenige eines Dritten.²¹⁸⁹ Zudem zielt ein weich paternalistischer Schutz – zumindest dem Grundsatz nach – darauf ab, Freiheit und Selbstbestimmung zu ermöglichen, nicht zu unterdrücken.²¹⁹⁰ Die – für die Bestimmung grundrechtlicher Kerngehalte relevante – Menschenwürde verbietet solche Interventionen nicht, ja läuft einem solch absoluten Verständnis des Kerngehaltsschutzes sogar entgegen.²¹⁹¹ Auch müssen sich Kerngehalte relativ präzise umschreiben lassen, damit sie die Funktion eines Abwägungsverbots tatsächlich erfüllen können.²¹⁹² Unter welchen Voraussetzungen welche Defizite mit welchen Massnahmen (paternalistisch) korrigiert werden dürfen, lässt sich nun aber nicht ohne weiteres, jedenfalls nicht ohne Berücksichtigung der Gesamtumstände beantworten;²¹⁹³ deshalb ist mit der Bestimmung absoluter (Eingriffs-)Grenzen Zurückhaltung geboten. Die Abwägungsresistenz muss darüber hinaus *sachlich* begründet sein: Die Statuierung eines absoluten Schutzes ist nur gerechtfertigt, wenn gegenläufige, überwiegende Interessen – hier des Grundrechtsträger selbst – nicht auszumachen sind.²¹⁹⁴ Jedenfalls dort, wo die Einzelne Risiken nicht sieht oder falsch gewichtet oder gar nicht in der Lage ist, einen eigenen Willen zu bilden oder nach dem eigenen Willen zu handeln, können durchaus überwiegende («wohlverstandene») eigene Interessen an einem paternalistischen Schutz bestehen.²¹⁹⁵ Allerdings: Eine weich paternalistische Intervention in grundsätzlich kerngehaltsgeschützte Verhaltensweisen ist – damit der Kerngehaltsschutz nicht unterlaufen wird – nur unter erschwerten Voraussetzungen gerechtfertigt: Nicht jedes irgendwie geartete «defizitäre» Entscheidungsverhalten rechtfertigt eine staatliche Massnahme, es bedarf grundsätzlich schwerer Selbstbestimmungsdefizite; zudem muss es um substantielle Schäden gehen, die im Interesse des Betroffenen verhindert werden sollen.²¹⁹⁶

Verantwortung für den Einzelnen treffe und er zum Schutz des Lebens interveniere; vgl. vorne, Fn. 2178).

²¹⁸⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 3083 und 3975.

²¹⁹⁰ Zum durchaus vorhandenen freiheitsbeschränkenden Charakter des weichen Paternalismus vgl. aber vorne, bei Fn. 365 ff., sowie insb. vorne, Teil 2 III. F. 3, und hinten, Teil 4 III. A. 2.

²¹⁹¹ Vorne, bei Fn. 1143, 1157 ff. und insb. bei Fn. 1188.

²¹⁹² SCHEFER, Kerngehalte, 81 f.

²¹⁹³ Hinten, Teil 4 III, insb. Teil 4 III. C. 2. d).

²¹⁹⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1294.

²¹⁹⁵ Hinten, Teil 4 III. C.

²¹⁹⁶ Vgl. auch hinten, bei Fn. 2228, 4014 und 4318.

Als zulässig und vereinbar mit dem in Art. 15 Abs. 4 BV garantierten Recht, aus einer **Religionsgemeinschaft auszutreten**, erachtet es die Rechtsprechung, wenn gewisse (paternalistisch motivierte) formelle Anforderungen an die Austrittserklärung gestellt werden – namentlich die Einhaltung einer *Bedenkfrist*, um «überstürzte» Kirchaustritte «unter dem momentanen Einfluss von Drittpersonen» zu verhindern.²¹⁹⁷ Begreift man das Recht auf *jederzeitigen Austritt* aus einer Religionsgemeinschaft als (einen) Kerngehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 4 BV),²¹⁹⁸ stellt sich zumindest Frage, ob die «Korrektur» eines (möglicherweise) übereilten, durch Dritte beeinflussten Entscheids tatsächlich kerngehaltskonform ist. Allerdings: Gehört auch der übereilte, beeinflusste Entscheid zum Kerngehalt des (jederzeitigen) Austrittsrechts? Wenn man dies bejaht, schneidet man den Weg für die staatliche «Verbesserung» einer solchen Entscheidung zum Vornherein ab. Ob es sich mit Blick auf die wohlverstandenen Interessen des Einzelnen und die Konsequenzen eines Kirchaustritts aber nicht rechtfertigen kann, eine Bedenkfrist zu verlangen, lässt sich m.E. nicht pauschal ausschliessen.²¹⁹⁹ Dass das jederzeitige Austrittsrecht zum Kerngehalt zählt, weist aber in die Richtung, den Einzelnen zu seinem Schutz nur aus besonderen, qualifizierten Gründen mit Pflichten oder Vorgaben zu belasten, die einen sofortigen Austritt erschweren. Ob die Gefahr, übereilt unter dem (ohnein nicht zwingend «negativen») Einfluss von Dritten aus der Kirche auszutreten, diese Anforderungen erfüllt, ist zumindest fraglich.²²⁰⁰

Als grundrechtlicher Kerngehalt (des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes) gilt das Verbot der **Zwangsforschung** am Menschen.²²⁰¹ Eine Ablehnung ist gemäss Art. 118b Abs. 2 Bst. a BV «in jedem Fall verbindlich».²²⁰² Doch wann liegt Zwang vor, der den Kerngehaltschutz aktualisiert? Von welcher Qualität muss der ablehnende «Wille» sein, welcher der Forschung eine absolute Grenze setzt?²²⁰³ Erachtete man auch eine entgegen dem natürlichen Willen der urteilsunfähigen Person angeordnete Forschung als Kerngehaltsverletzung, wäre diese selbst dann unzulässig, wenn sie dem Betroffenen einen (direkten) *Nutzen* bringen würde.²²⁰⁴ Je höher die an die Freiverantwortlichkeit der Ablehnung gestellten Anforderungen sind, desto grösser ist aber auch die Gefahr, dass das *Verbot der Zwangsforschung unterlaufen* wird. Welche Freiwilligkeitsdefizite es unter welchen Voraussetzungen rechtfertigen, eine Forschung aufzudrängen – und eine Kerngehaltsverletzung nicht vorliegt –, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Die mit der «Zwangsforschung» verbundenen schweren Eingriffe sprechen jedoch dafür, das Merkmal des Zwangs nicht zu streng zu handhaben bzw. keine zu hohen Anforderungen an

²¹⁹⁷ BGE 104 Ia 79, E. 3a; BGE 134 I 75, E. 4.3.

²¹⁹⁸ SGK BV-CAVELTI/KLEY, Art. 15, Rz. 42; BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 142.

²¹⁹⁹ Vgl. CR Cst.-MARTENET/ZANDIRAD, Art. 15, Rz. 92; BSK BV-PAHUD DE MORTANGES, Art. 15, Rz. 37; vgl. aber MÜLLER/SCHEFER, 268 f.

²²⁰⁰ Vgl. hinten, bei Fn. 4377 f.

²²⁰¹ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 237: «Menschenversuche» als (ein) Kerngehalt von Art. 10 Abs. 2 BV; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 66; SPRECHER/SCHWEIZER, Rz. 96 f.

²²⁰² Hinten, bei Fn. 3579 und 3584.

²²⁰³ Nicht ausreichen dürfte jedenfalls die blossе Angst vor dem «weissen Kittel», siehe hinten, bei Fn. 3580.

²²⁰⁴ Vgl. hinten, bei Fn. 3582.

die «Freiwilligkeit» der ablehnenden Willensäußerung zu stellen.²²⁰⁵ Das HFG setzt für die Zulässigkeit eines Forschungsprojekts mit urteilsunfähigen Personen voraus, dass «die betroffene Person die Forschungshandlung durch Äusserungen oder entsprechendes Verhalten nicht erkennbar ablehnt».²²⁰⁶

Wie verhält es sich, wenn «Sektenmitglieder» mittels intensiver Überzeugungsarbeit «**deprogrammiert**» werden sollen? Hierin liegt ein grundsätzlicher Konflikt mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit.²²⁰⁷ Aber liegt darin auch eine Verletzung des Kerngehalts der Glaubens- und Gewissensfreiheit? Das ist keineswegs ausgeschlossen.²²⁰⁸ Dennoch: Ist ein staatliches Einwirken auf die individuellen Überzeugungen tatsächlich absolut unzulässig, wenn der Betroffene durch Dritte in seinen Entscheidungen und seiner Persönlichkeit geradezu manipuliert worden ist, sich selbst für ein (durch Dritte vorgegebenes) Ziel aufgibt und allenfalls abstrusen Regeln unterwirft, er gar nicht mehr in der Lage ist, seine Entscheidungen nach einem selbständig entwickelten Wertesystem zu treffen? Ich meine, die grundrechtlichen Kerngehalte lassen hier keine eindeutige Antwort zu.

Gegenüber einer *freiverantwortlich* handelnden Person ergriffene **medizinische Zwangsmassnahmen** stellen m.E. einen Eingriff in den Kerngehalt der durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten Selbstbestimmung und körperlichen Integrität dar und – jedenfalls wenn sie eine gewisse Schwere erreichen (wie z.B. bei **Zwangsernährungen**) – eine Verletzung von Art. 3 EMRK und Art. 10 Abs. 3 BV.²²⁰⁹ Anders ist dies, wenn die Einzelne in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit eingeschränkt ist (*und* der Eingriff einen therapeutischen oder lebensrettenden Zweck verfolgt²²¹⁰). Freilich bleibt die Frage, wann die Person so in ihrer Selbstbestimmung vermindert ist, dass eine Kerngehaltsverletzung ausscheidet. Um den Kerngehaltsschutz nicht leerlaufen zu lassen, ist Zurückhaltung mit der Annahme von – eine Kerngehaltsverletzung ausschliessenden – Selbstbestimmungsdefiziten angebracht.²²¹¹

²²⁰⁵ Vgl. SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 67 («keine hohen Anforderungen an die Urteilsfähigkeit»).

²²⁰⁶ Siehe zu dieser Problematik näher hinten, bei Fn. 3585 ff.

²²⁰⁷ MÜLLER/SCHEFER, 271; SCHÄDLER, 154 f.

²²⁰⁸ Vgl. SCHÄDLER, 155, wonach ein «*deprogramming*» allenfalls den Kerngehalt von Art. 9 EMRK verletze.

²²⁰⁹ Bezogen auf die *persönliche Freiheit* siehe KLEY/ZAUGG, 193 f.; bezogen auf Art. 10 Abs. 3 BV siehe TSCHENTSCHER, BGER-Rechtsprechung Persönlichkeitschutz 2010/2011, 772; PAYLLIER, Hungerstreik, 326 f.; s.a. CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 91; bezogen auf Art. 3 EMRK: FELDMAN, Human Dignity Part I, 693 (der allerdings dann eine Ausnahme macht, wenn staatliche Schutzpflichten zum Erhalt des Lebens bestehen wie z.B. gegenüber Strafgefangenen; das ist zweifelhaft, vgl. vorne, bei Fn. 2178) – hier ist m.E. auch zu beachten, dass medizinische Zwangsmassnahmen für den Einzelnen mit seelischem Schmerz und mit Gefühlen von Angst, Minderwertigkeit und einem Ausgeliefertsein einhergehen können, Art. 3 EMRK aber auch durch die Verursachung solcherart psychischen Leidens verletzt sein kann (siehe EGMR, Urteil vom 12 Mai 2015 i.S. *Identoba u.a. gegen Georgien*, Nr. 73235/12, Rz. 65); vgl. bezogen auf die *Menschenwürde* auch TIEDEMAN, 346 f.

²²¹⁰ Vgl. im Kontext einer zahnmedizinischen Zwangsbehandlung BGE 118 Ia 427, E. 5b.

²²¹¹ Vgl. hinten, bei Fn. 4518 ff.

Gewisse «gut gemeinte» paternalistische Interventionen können aber auch dann eine Kerngehaltsverletzung bewirken, wenn sie sich *gegen Urteilsunfähige* richten.

Eine Zwangsverheiratung verstiesse auch dann gegen den Kerngehalt der Ehefreiheit²²¹², wenn sie gegenüber einer urteilsunfähigen Person in deren «besten» Interesse (zu denken ist – heute allerdings weniger aktuell – an wirtschaftliche Sicherheit) angeordnet würde.²²¹³ Eine Person am Austritt aus einer Religionsgemeinschaft zu hindern, stellt selbst dann eine Kerngehaltsverletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit dar,²²¹⁴ wenn sich der Wunsch, die Religionsgemeinschaft zu verlassen, bloss als natürlicher (Handlungs-)Wille einer urteilsunfähigen Person manifestiert.

D. Grundrechtsübergreifender Kerngehalt?

1. Im Allgemeinen

Weiter stellt sich die Frage, ob nicht diejenigen Verhaltensweisen zu einem unantastbaren Kernbereich der grundrechtlich geschützten Freiheit gehören (müssen), die Belange Dritter oder der Allgemeinheit nicht betreffen. Allerdings gibt es kaum Verhaltensweisen, die nicht irgendwie in einem Sozialbezug stehen oder Interessen Dritter tangieren (können).²²¹⁵ Genauer gesagt geht es deshalb um die Frage eines absoluten Schutzes vor einer staatlichen Einmischung, mit der dem Einzelnen in seinem eigenen (wohlverstandenen) Interesse Schutz und Fürsorge aufgedrängt werden sollen.

Einen solchen (absoluten) Kerngehaltsschutz wird man – aus den vorgenannten Gründen – dort nicht annehmen können, wo der Einzelne Freiwilligkeitsdefiziten unterliegt.²²¹⁶ Anders ist dies m.E. aber dann, wenn *freiverantwortliche* Handlungen zur Diskussion stehen bzw. es dem Staat *nicht* darum geht, die negativen Auswirkungen einer defizitären Willensbildung und -umsetzung zu verhindern:

- Die Einzelne unter Berufung auf vermeintlich bessere Interessen in ihrem grundrechtlich geschützten, freiverantwortlichen Entscheid nicht zu respektieren, steht in einem (wenn auch unterschiedlich ausgeprägten) Konflikt mit

²²¹² Zum Verbot der Zwangsheirat als (ein) Kerngehalt der Ehefreiheit, siehe KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 15, Rz. 17; JÖRG PAUL MÜLLER, Kerngehalt, Funktion der Garantie eines Kerngehalts der Grundrechte in der Verfassung, recht 1993, 33 ff., Fn. 8.

²²¹³ Vgl. das Beispiel bei MAYR, 50 und 58 (allerdings ohne Bezugnahme auf grundrechtliche Kerngehalte).

²²¹⁴ Zum Kerngehaltscharakter des (jederzeitigen) Austrittsrecht siehe vorne, bei Fn. 2198.

²²¹⁵ Vgl. vorne, Teil I I. B. 2; s.a. Teil I II. B. 3.

²²¹⁶ Vgl. vorne, Kap. C; vgl. aber auch die Differenzierungen vorne, bei Fn. 2212 ff.

der – für die Bestimmung von Kerngehalten relevanten²²¹⁷ – *Menschenwürde* und negiert ein zentrales menschliches Bedürfnis, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung in Fragen des eigenen Wohls und Glücks auszuüben.²²¹⁸

- Unabhängig davon gehört es m.E. zum *Kern* und zur *Substanz* der grundrechtlich verbürgten Freiheit, von dieser Freiheit nach den eigenen Wünschen und Vorstellungen Gebrauch machen zu dürfen, solange damit niemandem geschadet wird:

Zum einen ist der Kerngehalt individueller Freiheiten nach der hier vertretenen Auffassung auch mit Blick darauf zu bestimmen, ob Interessen Dritter tangiert werden bzw. zur Freiheitsbeschränkung angeführt werden oder dies eben *nicht* der Fall ist.²²¹⁹ Eine solche Sichtweise ist auch dem Bundesgericht nicht fremd, wenn es die innere Religionsfreiheit (*forum internum*) deshalb als absolut und nicht einschränkbar bezeichnet, weil sie naturgemäss nicht zu einer Störung der öffentlichen Ordnung führen könne.²²²⁰

Zum anderen lässt eine Intervention in freiverantwortlich ausgeübte grundrechtliche Freiheit unter Berufung auf wohlverstandene Interessen des Grundrechtsträgers das betroffene Grundrecht m.E. *leerlaufen*. Der Kerngehalt schützt das Grundrecht *an sich* – als «Institution» der Rechtsordnung,²²²¹ er wird dann verletzt, wenn das Grundrecht ausgehöhlt, «ausradiert» und aufgehoben

²²¹⁷ Vorne, bei Fn. 887.

²²¹⁸ Vgl. vorne, Teil 2 II. C. 4, insb. Ziff. (5.) bei Fn. 1173 ff.

²²¹⁹ Vgl. ALEXY, Theorie, 327 f., der allerdings die praktische Bedeutung einer solchen Auffassung bezweifelt, da keine Fälle denkbar seien, in denen jemand etwas «einschränken» wolle, das «weder ihn noch andere, noch Belange der Gemeinschaft in irgendeiner Hinsicht» berühre (diese Zweifel sind indessen nur sehr bedingt berechtigt, vgl. vorne, Teil 1 I. B. 2 und Teil 1 II. D); ob ein Sachverhalt in den «unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung» bzw. den absolut geschützten, der staatlichen Einwirkung entzogenen «Kernbereich privater Lebensgestaltung» fällt, macht das deutsche Bundesverfassungsgericht davon abhängig, ob er «nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist, also auch davon, in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt» (BVerfGE 120, 224 [239] = NJW 2008, 1137 ff., 1137; BVerfGE 109, 279 [314]); vgl. auch BVerfGE 6, 389 (433), wonach der «unantastbare Bereich menschlicher Freiheit» dann «verlassen» werde, «wenn Handlungen des Menschen in den Bereich eines andern einwirken, ohne dass besondere Umstände, wie etwa familienrechtliche Beziehungen, diese Gemeinschaftlichkeit des Handelns als noch in den engsten Intimbereich fallend erscheinen lassen.»; das Bundesverfassungsgericht bezieht sich dabei auch auf die Würde, siehe BVerfGE 120, 274 (335).

²²²⁰ BGE 123 I 296, E. 2b/cc: «A contrario, la liberté intérieure présente un caractère absolu: ne pouvant, par nature, donner lieu à des atteintes à l'ordre public, elle échappe à toute restriction.»

²²²¹ WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantie, 243; GERTSCH, Rz. 20.

wird.²²²² Es darf «weder völlig unterdrückt noch seines Gehaltes als Institution der Rechtsordnung entleert» werden.²²²³ Wenn der Staat nun aber die grundrechtlich geschützte Freiheit, sich seine eigenen – auch «unvernünftigen» – Ziele zu setzen und diese zu verfolgen, aus Gründen einer *besseren* und *wohlverstandenen* Freiheit (im Interesse der Grundrechtsträger selbst) mindert, mithin die Freiheit zur Setzung der eigenen Ziele hinterfragt und negiert, dann ist dieses Grundrecht m.E. in seinem *Kern* verletzt: Es wird ausgehöhlt, läuft leer und wird substanzlos.

Es stellt deshalb m.E. einen grundrechtsübergreifenden Kerngehalt dar, nicht unter Berufung auf bessere, wohlverstandene Interessen in der grundrechtlich geschützten, freiverantwortlichen Verfolgung der eigenen Ziele gehindert zu werden.²²²⁴ Das gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch dann, wenn der Staat ohne Verbote und Gebote versucht, die Freiheitsausübung gezielt in eine Richtung zu *lenken*, indem er im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen dessen bestehenden Präferenzen modifiziert oder die Bildung von Präferenzen in eine gewisse Richtung lenkt (Informationshandeln, Setzung von Anreizen usw.) – vorausgesetzt ist, dass der Staat zur Begründung einer entsprechenden Intervention nicht auf Defizite in der Ausbildung oder Umsetzung der gegenwärtigen oder künftigen Präferenzen (Irrtümer, mangelnde Kenntnis von Alternativen usw.) Bezug nimmt oder nehmen kann. Zwar dürfte es im Allgemeinen nicht leichtfallen, gegenüber einem «sanften» – nicht mit Zwang verbundenen – Staatshandeln genügend eindeutige Regeln

²²²² TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 148, 371 und 373; DERS., Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 5; GERTSCH, Rz. 20; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 252 («en les privant de toute substance ou en les supprimant purement es simplement»); BGE 109 Ia 273, E. 7 («Aushöhlung»); MÜLLER, Grundrechtstheorie, 143 (wonach der Gesetzgeber mit seinen Massnahmen das Grundrecht nicht aushöhlen dürfe).

²²²³ Siehe die (teilweise leicht voneinander abweichenden) Formulierungen in BGE 109 Ia 273, E. 4a; BGE 123 I 221, E. I.4.; BGE 124 I 80, E. 2c; BGE 126 I 112, E. 3a; BGE 128 I 63, E. 3.1; s.a. BGer 1P.797/2000, E. 2a, und BGer 6B_377/2010, E. 2.1; VGer AG, Urteil vom 15. Juli 2008, E. V.2.1, AGVE 2008 S. 207 ff., 209; OGer ZH, Urteil vom 25. März 2013, E. II. 4.3.5, ZR 112/2013, 41 ff., 45; BJ, Gutachten vom 31. Januar 2005 (Auszug), VPB 2006 Nr. 46, 760 ff., 775; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 324 und 378.

²²²⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. April 1989, 3 C 4/86, NJW 1989, 2960 f., 2960, wonach es «im Kern» dem durch Art. 2 I und Art. 1 I GG geschützten Persönlichkeitsrecht widerspräche, wenn der Staat dem Einzelnen vorschreiben würde, «was er im Interesse seines Eigenschutzes zu tun» habe; eine derartige «staatliche Bevormundung» sei «nicht verfassungsgemäss» – ein absoluter Schutz, «die Risiken eigenen Handelns selbst einzuschätzen und Eigengefährdungen hinzunehmen», ist nach Auffassung des Gerichts damit dennoch nicht verbunden – dem ist insofern zustimmen, als ein *weicher* Paternalismus in Frage steht (vgl. gerade vorne, Kap. C).

und Kriterien zu identifizieren, die den Kerngehalt umreißen;²²²⁵ doch ist nach der hier vertretenen Meinung der Einzelne auch ausserhalb der durch Art. 15 und 16 BV verbotenen Eingriffe in das *forum internum* davor geschützt, in seinem wohlverstandenen Interesse gegen seinen Willen beeinflusst und in eine bestimmte Richtung gelenkt zu werden.²²²⁶ Wenn der Staat gezielt auf die (freiverantwortlich) gebildeten Präferenzen einwirkt oder den Einzelnen «um seiner selbst willen» in eine bestimmte Richtung steuert, setzt er sich ebenso in einen direkten Konflikt mit der grundrechtlich geschützten Freiheit, wie wenn er eine freiverantwortliche Grundrechtsausübung unter Berufung auf wohlverstandene Interessen verbietet. Jedenfalls ist eine Kerngehaltsverletzung *zumindest* dann zu bejahen, wenn sich die paternalistisch motivierte Beeinflussung nach Art und Intensität wie staatlicher Zwang *auswirkt*, z.B. wenn der Staat manipulativ oder heimlich agiert.²²²⁷

2. Aber: Wann liegt eine freiverantwortliche Freiheitsausübung vor?

Allerdings stellt sich die Frage, wann denn die Grundrechtsausübung *derart* «freiwillig» erfolgt, dass sich eine dagegen gerichtete Intervention als kerngehaltsverletzend erweist. Welche Freiwilligkeitsdefizite eine paternalistische Intervention rechtfertigen können, lässt sich nicht befriedigend über die Kerngehaltsdogmatik lösen. Erneut ist aber zu betonen: Die Anforderungen an die Freiwilligkeit darf der Staat nicht zu hoch ansetzen; nur so lässt sich eine Verletzung grundrechtlicher Kerngehalte bzw. ein Unterlaufen der Kerngehaltsgarantie vermeiden.²²²⁸ Und vor allem fordert der Schutz der Kerngehalte, dass der paternalistisch handelnde Staat immer *zu berücksichtigen* hat, ob und inwiefern der Einzelne tatsächlich in der Lage ist, seine eigenen Ziele frei zu bilden und zu verfolgen. Er darf individuelle Freiheiten nur insofern zum Wohl des Einzelnen selbst beschränken, als dieser nicht oder nicht vollkommen selbstbestimmt handelt, was vom Staat darzulegen und zu begründen ist.²²²⁹

²²²⁵ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 457.

²²²⁶ Vorne, Teil 2 III. F. 2. b).

²²²⁷ Vgl. auch vorne, bei Fn. 1889.

²²²⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 2196 ff., und hinten, bei Fn. 4014 und 4318.

²²²⁹ Siehe hinten, Teil 4 II. A. 1.

E. Zusammenfassende Bemerkungen

Der Staat kann selbst dann grundrechtliche Kerngehalte verletzen, wenn er in guter Absicht handelt und die Betroffenen (in ihrem eigenen) Interesse an einer (auch schweren) Schädigung hindern will. Eine Kerngehaltsverletzung lässt sich in solchen Fällen nur dann (grundsätzlich) verneinen, wenn die Einzelne in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit reduziert oder ein freier Wille gar nicht vorhanden ist. Ausserdem gehört es zum Kern jedes Grundrechts, nicht unter Berufung auf eine bessere, wohlverstandene Freiheitsausübung (im eigenen Interesse) an der freiverantwortlichen Ausübung eben dieser grundrechtlich geschützten Freiheit gehindert oder darin «gelenkt» zu werden. Allerdings lässt sich allein über die Kerngehaltsdogmatik nicht befriedigend bestimmen, wann ein individuelles Verhalten so freiwillig ist, dass eine dagegen gerichtete Intervention als eigentliche Kerngehaltsverletzung betrachtet werden muss, bzw. wann und unter welchen Umständen die Selbstbestimmung so defizitär ist, dass eine paternalistische Intervention *nicht mehr* als Kerngehaltsverletzung gelten kann. Bei (an sich) kerngehaltsgeschützten Bereichen der Freiheitsbetätigung dürfen die Anforderungen an die Selbstbestimmung aber nicht so hoch angesetzt werden, dass der Kerngehaltsschutz faktisch unterlaufen wird. Zudem verlangt der Respekt vor den grundrechtlichen Kerngehalten, dass der Staat einen Schutz vor sich selbst immer mit Bezug auf tatsächlich vorliegende *Freiwilligkeitsdefizite* rechtfertigen muss.

V. Objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension

Grundrechte haben – was insbesondere durch Art. 35 BV zum Ausdruck gebracht wird²²³⁰ – neben ihrer subjektiv-rechtlichen (abwehrrechtlichen, allenfalls leistungsrechtlichen) Seite auch eine *objektiv-rechtliche* Dimension bzw. Bedeutung.²²³¹ Sie bestimmen das gesamte staatliche Handeln als objektive «Grundsatznormen»²²³² und «fundamentale Gestaltungsprinzipien»²²³³ – und zwar unabhängig davon, ob die Einzelne selbst um Schutz ihrer Freiheiten ersucht.²²³⁴ Zu verwirklichen sind die Grundrechte in der *Rechtsetzung* und in der *Rechtsanwendung*²²³⁵ (grundrechtskonforme Ausgestaltung, Anwendung und Auslegung des Gesetzesrechts²²³⁶) und zwar auch unter Privaten (*indirekte Dritt- oder Horizontalwirkung*)²²³⁷. Diese objektiv-rechtliche Dimension verlangt im vorliegenden Zusammenhang insbesondere, dass die individuelle Definitionshoheit über das eigene Wohl in der ganzen Rechtsordnung erhalten und verwirklicht werden muss.²²³⁸

So hat der Staat durch geeignete Vorkehrungen sicherzustellen, dass ein Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen bzw. der Wunsch nach passiver Sterbehilfe – z.B. in Spitälern – respektiert wird.²²³⁹ Auch hat er seine Gesetzgebung so auszugestalten, dass die Freiheit, sein eigenes Wohl zu definieren und sich selbst zu «schädigen», nicht *faktisch unterlaufen* wird – etwa durch administrative «Hürden» oder Zugangsbeschränkungen zu bestimmten Mit-

²²³⁰ SCHINDLER, Begriff und Verständnis, 59 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 39; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 265; MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 204, Rz. 1.

²²³¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 280 f.; KLEY, Drittwirkung, 227 ff. – *objektiv-rechtliches Grundrechtsverständnis*; gleichbedeutend (vgl. KLEY, Drittwirkung, 228; differenzierend MÜLLER, Verwirklichung, 15) ist auch die Rede vom *konstitutiv-institutionellen* Grundrechtsverständnis (vgl. etwa SCHINDLER, Begriff und Verständnis, 54; BGE 137 I 340, E. 3.3) oder vom *konstitutiven* Grundrechtsverständnis (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 263 ff.; MÜLLER, Schutzwirkung der Grundrechte, in: HGR Bd. VII/2, § 204, Rz. 1).

²²³² Vgl. etwa HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 263 und 265; BGE 134 IV 36, E. 1.4.4 (objektive Grundprinzipien).

²²³³ MÜLLER, Komm. aBV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 41.

²²³⁴ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 120.

²²³⁵ Vgl. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 30 ff.; ISABELLE HÄNER, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private AJP 2002, 1144 ff., 1145; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 280 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 985 f., 1130 ff. und 1144 ff.

²²³⁶ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 59; dies lässt sich auch als Ausdruck grundrechtlicher Schutzpflichten verstehen, siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 330.

²²³⁷ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 59; BGE 130 III 353, E. 2.1.

²²³⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 2702.

²²³⁹ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 73; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 75.

teln²²⁴⁰ oder – im Rahmen eines indirekten Paternalismus – durch die Auferlegung von Pflichten an Dritte²²⁴¹. Insbesondere hat er sicherzustellen, dass die Freiheit zu sterben nicht illusorisch wird, weil urteilsfähigen Personen die Umsetzung ihres (wohlerwogenen) Sterbewunschs durch (rechtliche oder faktische) Zugangsbeschränkungen zu (organisierter) Sterbehilfe verunmöglicht oder übermässig erschwert wird.²²⁴² Aufgrund seiner Schutzpflichten aus Art. 8, 9 und 14 EMRK hat der Staat ferner dafür zu sorgen, dass sich auch Patienten, die Bluttransfusion ablehnen, operieren lassen können.²²⁴³

Von Bedeutung ist dies auch bei der *grundrechtskonformen Anwendung und Auslegung* des Gesetzesrechts und zwar selbst dann, wenn ein Grundrechtseingriff verneint wird.²²⁴⁴ Auf die grundrechtskonforme Auslegung paternalistischer Schutzvorschriften wird weiter hinten vertieft einzugehen sein.²²⁴⁵

²²⁴⁰ Vgl. im Zusammenhang mit der Freiheit zu sterben ARZT, 90; s.a. vorne, bei Fn. 2117.

²²⁴¹ Vorne, Fn. 1418.

²²⁴² BELSER/EGLI, 383 f. und 420.

²²⁴³ Siehe BGer 6B_730/2017, E. 2.6, unter Hinweis auf die Ausführungen des EGMR im Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 136, wonach es ein zentrales Element der individuellen Selbstbestimmung darstelle, eine Behandlung zu akzeptieren, zu verweigern oder eine alternative Form der Behandlung zu wählen.

²²⁴⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, Rz. 27, wonach ein gesetzliches Verbot, Betäubungsmittel zum Zweck der Selbsttötung zu erwerben, selbst dann mit Blick auf die Freiheit schwer und unheilbar kranker Menschen zu sterben auszulegen sei, wenn man in diesem Verbot keinen Eingriff in dieses Grundrecht erachten wolle – das Gericht beruft sich auf die staatliche Schutzpflicht für die «Autonomie im Umgang mit der Krankheit»; vgl. bezogen auf *indirekt paternalistische* Vorschriften auch vorne, Fn. 1418.

²²⁴⁵ Hinten, Teil 5 II.

Teil 3 Umfang und Grenzen der staatlichen Verantwortung bezüglich des individuellen Wohls

I. Vorbemerkungen

Ein gewisser Paternalismus dürfte – wenn man die zahlreichen entsprechend motivierten Vorschriften bedenkt²²⁴⁶ – von der Rechtsgemeinschaft durchaus gewollt sein.²²⁴⁷ Dennoch stellt sich auf einer grundsätzlichen Ebene die Frage, ob und inwiefern paternalistisches Staatshandeln überhaupt ein (verfassungsrechtlich) zulässiges *Ziel staatlicher Tätigkeit*, eine legitime *staatliche Aufgabe* ist, sein kann und sein soll.²²⁴⁸

Die mit der Frage nach den durch den Staat zu erfüllenden *Aufgaben* immer verbundenen (rechts-)politischen²²⁴⁹, ökonomischen²²⁵⁰ und philosophischen²²⁵¹ Problemstellungen stehen nicht im Vordergrund der nachfolgenden Ausführungen. Ebenso wenig geht es um eine Einordnung des «Schutzes vor sich selbst» in den Fragenkomplex der *Staatszwecke* – und damit die Problematik, wie sich der Staat rechtfertigt und was die (daraus fließenden) Grenzen der Staatstätigkeit sind.²²⁵² Nicht nur geht es dort im Wesentlichen um *staatsphilosophische und staats-theoretische* Fragestellungen,²²⁵³ auch sind die Staatszwecke – in einer «klassischen» Betrachtungsweise insbesondere die Sicherstellung und die Gewährleistung des

²²⁴⁶ Dazu vorne, Teil 1 II. D, s.a. vorne, Teil 1 I. B. 2, und die Beispiele hinten, bei Fn. 2311 ff. und 2341 ff.

²²⁴⁷ Vgl. GEISER, Freiheitsentziehung, 310; WYSS, Öffentliche Interessen, 316; RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 49 f.

²²⁴⁸ JOSET, Zwangsmedikation, 1432; GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 68; auf die Differenzierung zwischen *Staatszielen* und *Staatsaufgaben* ist hier nicht einzugehen (vgl. die Übersicht bei RICHLI, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: VdS, § 54, Rz. 4). In beiden Fällen werden dem Staat letztlich – wenn auch mit unterschiedlichem Konkretisierungsgrad – Aufgaben zugewiesen und Ziele vorgegeben (vgl. EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 521 ff.; ferner WEBER-MANDRIN, 33 ff.).

²²⁴⁹ Vgl. RICHLI, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: VdS, § 54, Rz. 19; GLASER, Der moderne Verfassungsstaat – Staatsaufgaben, in: Staatsrecht, § 2, Rz. 84; ferner SCHLATTER, 92; das gilt auch für den Schutz vor sich selbst (vgl. GEISER, Freiheitsentziehung, 310) – wobei hier die (noch weiter zu vertiefenden) *verfassungsrechtlichen Grenzen* zu beachten sind.

²²⁵⁰ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 43; RICHLI, Aufgaben, 14 ff.

²²⁵¹ Vgl. hierzu die Darstellung bei RICHLI, Aufgaben, 19 ff.

²²⁵² In der Diskussion um Staatszwecke geht es um die *Rechtfertigung* und (Existenz-)Berechtigung des Staates an sich (SCHLATTER, 87; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 520), nach den die Staatstätigkeit «legitimierenden Konstanten» (LINK, 17) und den «Letztbegründungen für staatliches Handeln» (RICHLI, Zweck und Aufgaben, 151); gleichzeitig geht es damit auch um die Frage nach den *Grenzen der Staatstätigkeit* (LINK, 17; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 520).

²²⁵³ EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 521 f.; ACHERMANN, 45; WEBER-MANDRIN, 31 f.

Gemeinwohls, von Frieden, Freiheit und Wohlfahrt²²⁵⁴ – zu offen für *konkrete* Ableitungen, wie diese zu verwirklichen sind,²²⁵⁵ und damit nur bedingt fruchtbar für die Paternalismusproblematik.

Immerhin: Keineswegs findet der Staat seine Legitimation in sich selbst. Er ist kein «Selbstzweck»²²⁵⁶, sondern hat seine Berechtigung letztlich im *Menschen* selbst, im Schutz und in der Achtung dessen Freiheit und Würde zu finden.²²⁵⁷ Zudem bezieht der Staat seine Legitimation wesentlich aus seiner Fähigkeit, die Bedingungen für ein Leben in Freiheit und Sicherheit (möglichst) *aller* zu schaffen;²²⁵⁸ er soll primär dort eingreifen, wo der Einzelne damit überfordert ist, die für die Daseinsbewältigung und die Entfaltung seiner Persönlichkeit notwendigen Mittel zu beschaffen und dafür erforderlichen Massnahmen zu treffen.²²⁵⁹ Damit steht ein paternalistisch handelnder Staat, der individuelle Freiheiten beschränkt, ohne damit die Freiheit aller zu erhöhen, und der auch dann eingreift, wenn der Einzelne gar nicht überfordert ist, in einem grundsätzlichen Konflikt.²²⁶⁰

Hier im Vordergrund steht die – über die Konturierung grundrechtlicher Schutzbereiche und Kerngehalte hinausgehende – Frage nach den für die Paternalismusproblematik relevanten *Grundentscheidungen, Aufgaben* und *Schutzaufträgen* der Verfassung, der von ihr geforderten staatlichen «Verantwortung» für das individuelle Wohlergehen²²⁶¹ und den in ihr zum Ausdruck kommenden (oder mit ihr im Widerspruch stehenden) *öffentlichen Interessen* an einem Schutz vor sich selbst.

²²⁵⁴ Als klassische Staatszwecke genannt werden «die Verpflichtung auf das Gemeinwohl, Friedenssicherung nach innen und aussen, Wohlfahrt im weitesten Sinn und Gewährleistung individueller wie korporativer Freiheit» (LINK, 18; ferner RICHLI, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: VdS, § 54, Rz. 5; s.a. ACHERMANN, 44 f.; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 10).

²²⁵⁵ Vgl. ACHERMANN, 45.

²²⁵⁶ EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 519; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 18; MÜLLER, Staat, 137; viel zitiert und illustrativ Art. 1 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs von Herrschimsee (1948): «Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.»

²²⁵⁷ KLEY, Grundpflichten, 53; vgl. dazu bereits vorne, bei Fn. 1808 ff.

²²⁵⁸ Vgl. ISENSEE, Subsidiarität, 146; WYSS, Öffentliche Interessen, 27.

²²⁵⁹ Vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 161; ISENSEE, Subsidiarität, 136 f.; zum hier mit angesprochenen Subsidiaritätsprinzip siehe hinten, Teil 3 III. A. 1.

²²⁶⁰ Vgl. bereits vorne, Teil 2 III. E. 2. c), dort Ziff. (1.) und hinten, Teil 3 III. A; vgl. aber auch die auf den weichen Paternalismus bezogenen Differenzierungen in Teil 4 III. A. 1.

²²⁶¹ Staatsaufgaben können als «Konkretisierung» der staatlichen Verantwortung» bezeichnet werden (SALADIN, Verantwortung, 77 ff., s.a. 112 ff.; s.a. die Formulierung in Art. 48 VE 77: «Die Staatsaufgaben stehen in der Verantwortung des Bundes oder der Kantone.» (Abs. 1) – «Wer eine Verantwortung trägt, hat das Recht und die Pflicht, die geeigneten Vorkehrungen zur Erfüllung der Staatsaufgaben zu treffen.» (Abs. 2).

II. «Öffentliches» Interesse am «Schutz vor sich selbst»?

A. Vorbemerkungen und Abgrenzungen

Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen, was Art. 5 Abs. 2 BV allgemein zum Ausdruck bringt und in Art. 36 Abs. 2 BV für Grundrechtsbeschränkungen wiederholt wird.²²⁶² Nun mag ein Schutz gewisser Personen oder Personengruppen vor sich selbst durchaus von einem (irgendwie gearteten) (Hilfs-) *Bedürfnis* der Rechtsgemeinschaft getragen sein.²²⁶³ Aber kann an dem mit paternalistischem Handeln beabsichtigten (aufgedrängten) Schutz *privater Interessen*²²⁶⁴ überhaupt ein *öffentliches* Interesse bestehen oder jedenfalls – was davon zu trennen ist – ein *verfassungsrechtlich zulässiges* öffentliches Interesse?²²⁶⁵

Diese nachfolgend zu diskutierenden Fragen sind von der Konstellation abzugrenzen, dass die Menschen *in ihrem eigenen Interesse* staatlichen Schutz und staatliche Fürsorge bejahen und fordern – und bereit sind, zu diesem Zweck auf Selbstbestimmung zu verzichten. Um Paternalismus handelt es sich hierbei nicht.²²⁶⁶ Solche Schutzbedürfnisse müssen aber *tatsächlich* bestehen und artikuliert bzw. im Verfahren der Gesetzgebung und allenfalls der Rechtsanwendung abgeklärt werden.²²⁶⁷ Gerade im Bereich der *Sozial- oder Gesundheitspolitik* besteht jedoch die

²²⁶² Der Grundsatz richtet sich an den Gesetzgeber wie auch an die rechtsanwendenden Behörden, siehe etwa MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 756.

²²⁶³ Von einer «*Sorge um den anderen*» (HEINIG, Paternalismus, 171) oder einem *Verantwortungsgefühl* (MÖLLER, Paternalismus, 132); möglicherweise spielt auch ein gewissen *Unverständnis* bezüglich der – z.B. «kurzsichtigen» – Lebensweise der anderen eine Rolle (vgl. GLOD, Paternalism, 15).

²²⁶⁴ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2557; BGE 118 Ia 427, E. 6b.

²²⁶⁵ Siehe zu dieser Differenzierung zwischen *Interessenqualifikation* und *Interessenselektion* TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 363.

²²⁶⁶ Vgl. vorne, Teil I II. B. 4, Ziff. (2.)(a) bei Fn. 288 ff.

²²⁶⁷ Vgl. Wyss, *Öffentliche Interessen*, 178 f.; bezogen auf *Nudges* vgl. SCHNELLENBACH, *Rationalität*, 778; BOSWORTH/BARTKE, 777. Wichtig erweisen sich in diesem Zusammenhang «Partizipationsmechanismen» im Verfahren der Rechtsetzung, wie insbesondere das Vernehmlassungsverfahren (dieses «soll Aufschluss geben über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens des Bundes» [Art. 2 Abs. 2 VIG]); Stellungnahmen der (besonders) betroffenen Kreise ist eine besondere Bedeutung zuzumessen. Zudem sind die vom Schutz betroffenen Adressaten bzw. die sie repräsentierenden Verbände oder Organisationen zur Stellungnahme einzuladen. Sie müssen insofern als (interessierte) «weitere Kreise» i.S.v. Art. 4 Abs. 2 Bst. e VIG gelten (dabei geht es um Personen oder Gruppen, die «zum Gegenstand eines Vernehmlassungsverfahrens einen

Tendenz, relativ rasch und pauschal ein Bedürfnis (und ein öffentliches Interesse) an staatlichem Schutz und staatlicher Fürsorge zu unterstellen.²²⁶⁸ Dies birgt die Gefahr einer «bevormundenden», nicht durch tatsächliche Schutzbedürfnisse getragenen und gerechtfertigten Gesetzgebung: Zwar mögen gewisse Güter – wie z.B. die Gesundheit – nach allgemeiner Wahrnehmung einen hohen Stellenwert haben, dies muss bezogen auf die (zu schützende) Einzelne aber keineswegs zutreffen.²²⁶⁹ Auch an einem *autonomieorientierten* Paternalismus darf nicht vorschnell ein Bedürfnis unterstellt werden: Zwar mögen viele einen Schutz gegen ihre eigenen Defizite und eine Beförderung ihrer Fähigkeiten und Kompetenzen befürworten, doch andere werden auch hier eine Präferenz haben, von einer staatlichen «Verbesserung» ihres Entscheidungsverhaltens verschont zu bleiben.²²⁷⁰ Insbesondere was den Ausgleich von *Verhaltensanomalien* durch *Nudges* – und die damit verbundene Einmischung in die «Entscheidungsarchitektur» – anbelangt, bestehen erhebliche Zweifel, ob die «angeschubsten» Personen dafür wirklich ein Bedürfnis haben. Die Menschen mögen gewisse Verhaltensanomalien oder eine «Willenschwäche» als gar nicht korrekturbedürftig erachten oder die mit einem *Nudging* verbundene – hintergründige, zuweilen sehr subtile und intransparente – Beeinflussung durch den Staat ablehnen.²²⁷¹

B. Kein grundsätzlicher Widerspruch zwischen Paternalismus und «öffentlichem» Interesse

Über die Frage, ob an einer aufgedrängten Fürsorge ein öffentliches Interesse bestehen kann, herrscht eine gewisse Unsicherheit und Unklarheit.²²⁷² Zumindest bei einer oberflächlichen Betrachtungsweise mag man durchaus einen Konflikt zwischen dem (paternalistischen) Schutz *privater Interessen* bzw. des *individuellen Wohls* und der Verwirklichung öffentlicher Interessen im Sinne von «*Allgemeininteressen*»²²⁷³

besonderen Bezug haben, der über das Allgemeininteresse hinausgeht» (SHK VI-G-SÄGESSER, Art. 4, Rz. 72).

²²⁶⁸ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 178 f.; s.a. vorne, Teil 1 II. C, Ziff. (3.) bei Fn. 496 ff.

²²⁶⁹ Siehe hinten, bei Fn. 3915 ff.

²²⁷⁰ Vgl. SCOCCIA, 356 f.; hinten, bei Fn. 4307.

²²⁷¹ Vgl. SCHNELLENBACH, Rationalität, 780 f.

²²⁷² Vgl. NÜTZI, 176; JOSET, Zwangsmedikation, 1432; HALDEMANN, 220; WYSS, Öffentliche Interessen, 299; s.a. Botsch. ZAG, 2503: «An der Grenze der Wahrung des öffentlichen Interesses handeln die staatlichen Organe zuweilen dann, wenn sie Personen vor Selbstschädigungen schützen sollen; das Interesse kann aber solange als gegeben angenommen werden, als die Urteilsfähigkeit der betroffenen Personen in Frage gestellt werden muss.»

²²⁷³ SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 48; UERPMANN, 28 («allgemeine Interessen»).

oder des «*Gemeinwohls*»²²⁷⁴ erblicken: Öffentliche Interessen weisen einen «Gemeinwohlbezug» auf²²⁷⁵ und sind für die «Gesamtheit» der Rechtsgemeinschaft von Bedeutung²²⁷⁶ – trifft das tatsächlich auf einen (aufgedrängten) Schutz privater Interessen zu oder ist hier zwischen privaten und öffentlichen Interessen zu differenzieren?²²⁷⁷

²²⁷⁴ BVGer A-4114/2008, E. 4.5; UERPMANN, 28; BGE 46 I 283, E. 3; RHINOW/KRÄHENMANN, 176.

²²⁷⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 204.

²²⁷⁶ MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 41.

²²⁷⁷ Solche Differenzierungen finden durchaus statt: vgl. im Zusammenhang mit einem aufgedrängten Schutz der individuellen Gesundheit im (wohlverstandenen) Interesse des Patienten selbst (zahnmedizinische Zwangsbehandlung) BGE 118 Ia 427, E. 6b, wonach in solchen Fällen «die Abgrenzung der öffentlichen von den privaten Interessen» nicht einfach falle; s.a. BGE 109 II 273, E. 4b a.E. (Eingriff «in höchst persönliche, auch verfassungsmässig geschützte Rechte [...], ohne dass ein solcher Eingriff vom öffentlichen Interesse oder vom Erfordernis des Schutzes des einen oder andern Partners geboten wäre» [Herv. d. Verf.]); ferner BGE 95 I 356, E. I.2.b, wonach die notwendige Verteidigung in Strafverfahren «nicht bloss eine Rechtswohltat zugunsten des Angeklagten», sondern auch «im öffentlichen Interesse geboten» sei (geordneter Verfahrensablauf, Wahrheitsfindung, Ermöglichung eines gerechten Urteils); BGE 83 II 180, E. 3, wonach eine durch das Interesse des Mündels gebotene vormundschaftliche Massnahme auch dann zu treffen sei, wenn ihr nicht gleichzeitig «ein öffentliches Interesse» – wie ein solches der «Armen-, der Gesundheits- und der Sicherheitspolizei» – «zur Seite stehe»; vgl. sodann KAPPELER, 163, wonach ein Schutz vor sich selbst bzw. Massnahmen, die einzig auf das wohlverstandene Interesse des Einzelnen zielen, zum Vornherein nicht vom öffentlichen Interesse umfasst sein können; siehe sodann SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 43, wonach an der Verhinderung von Selbstgefährdungen (Konsum von Drogen) kein öffentliches Interesse geltend gemacht werden könne; von einem Konflikt zwischen einem Schutz öffentlicher Interessen und einem Schutz vor sich selbst (i.c. durch das Tragen von Sicherheitsgurten) geht auch die Botsch. Änd. SVG (1979), 254 f. und insb. 256 aus; HANGARTNER, Sterbehilfe, 18, scheint ebenfalls von einem Gegensatz zwischen einem Schutz vor sich selbst und dem Schutz öffentlicher Interessen auszugehen (s.a. HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 98, wonach die schulische Erziehung «dem Kindeswohl, gleichzeitig aber auch dem öffentlichen Interesse» diene); einen gewissen Gegensatz impliziert auch die von HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN gewählte Überschrift zum Kapitel betreffend den «Schutz vor sich selbst» (Rz. 2557 ff.): «Schutz öffentlicher oder auch privater Interessen (Schutz vor sich selbst)?» – allerdings bejahen sie ein öffentliches Interesse auch am Schutz vor sich selbst; FLÜCKIGER, 210, vertritt die Auffassung, dass ein Schutz vor sich selbst für sich genommen noch kein öffentliches Interesse begründe («La protection paternaliste et bienveillante d'un individu contre lui-même ne constitue pourtant pas en tant que telle un intérêt public.»); gemäss ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel II, 9, stellt das Erfordernis eines öffentlichen Interesses am Polizeigüterschutz «sicher, dass der Einzelne polizeilich nicht vor sich selbst geschützt wird»; auch andere Autoren sehen im öffentlichen Interesse eine Grenze für ein polizeiliches Einschreiten gegen selbstschädigendes Handeln (vgl.

Zunächst ist *allgemein* zu bemerken, dass der Begriff des *öffentlichen Interesses* selbst unklar und unscharf ist, keine deutlichen Konturen aufweist, ja für sich genommen nahezu «inhaltsleer» ist²²⁷⁸ – eine angesichts der zentralen Bedeutung des öffentlichen Interesses gewissermassen paradoxe Situation.²²⁷⁹ Die BV lässt (anders als die EMRK²²⁸⁰) grundsätzlich offen, welche öffentlichen Interessen zur Beschränkung grundrechtlich geschützter Freiheiten in Frage kommen;²²⁸¹ ein abschliessender Katalog (*Numerus clausus*) zulässiger öffentlicher Interessen besteht so gesehen nicht.²²⁸² Ein Interesse muss sich auch nicht zwingend aus der Verfassung selbst ableiten lassen, um sich als «öffentliches» Interesse zu qualifizieren²²⁸³

SCHENKE, Rz. 59; REINHARD, Polizeirecht, 57 f. und 98 ff.); vgl. ferner LISKEN, 3054 f., wonach die Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten nur im «Gemeinwohlinteresse» erfolgen dürfe und damit nicht auch «zur Förderung der privaten «Glückseligkeit» des einzelnen» bzw. zu einem Schutz vor sich selbst; in diese Richtung auch HILLGRUBER, Schutz, 119 f., 125 und 175, wonach am Schutz vor sich selbst – mit Ausnahme des Schutzes von Geisteskranken, Bewusstlosen, Kindern und Jugendlichen – kein Allgemein- bzw. Gemeinwohlinteresse geltend gemacht werden könne; wohl auch WALDENMEYER, 228 f., wonach «Massnahmen gegen den Grundrechtsträger nicht durch ein anderes Interesse des Betroffenen selbst, sondern durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein müssen» (Herv. d. Verf.).

²²⁷⁸ WYSS, Öffentliche Interessen, 2 und insb. 16 und 206; vgl. ferner BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 63; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49; BOLZ, 155; MOOR, Réflexions, 222 und 224; was das *Gemeinwohl* ausmacht, wird in der schweizerischen Staats- und Verfassungslehre kaum eingehend behandelt, vgl. die Feststellungen von MARTIN LENDI, Das Gemeinwohl und die Abänderbarkeit der Verfassung – dargestellt am Beispiel der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Jean-Michel Bonvin/Georg Kohler/Beat Sitter-Liver (Hrsg.), Gemeinwohl – Bien commun, Ein kritisches Plädoyer – Un plaidoyer critique, Freiburg 2004, 177 ff., 178 ff.; von einem bestimmten Gemeinwohlbegriff geht die BV nicht aus bzw. es findet sich in ihr kein *bestimmtes* Verständnis darüber, was im Gemeinwohl liegt, vgl. MÜLLER, Grundrechtstheorie, 125 und 127.

²²⁷⁹ Siehe WYSS, Öffentliche Interessen, S. 2 mit Fn. 11.

²²⁸⁰ Allerdings ist zu bemerken, dass die in der EMRK genannten legitimen Eingriffsinteressen relativ vage abgefasst sind, einen grundsätzlich weiten Interpretationsspielraum offenlassen und deshalb nur beschränkt begrenzend wirken (vgl. etwa SCHEFER, Beeinträchtigung, 79; s.a. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 367).

²²⁸¹ WYSS, Öffentliche Interessen, 262 ff. und 272 ff.

²²⁸² CR Cst.-DUBEY, Art. 5, Rz. 79 und Art. 36, Rz. 106 und 114; OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 16 und zu Art. 36, Rz. 19 f.; KIENER, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Staatsrecht, § 30, Rz. 102; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49 f.; WYSS, Öffentliche Interessen, 262 f.; BGE 138 I 378, E. 8.3; BGer 2C_168/2019, E. 2.4. Bei bestimmten Grundrechten scheiden gewisse öffentliche Interessen als zulässige Eingriffsgründe jedoch aus, siehe hinten, bei Fn. 2395.

²²⁸³ Öffentliche Interesse können sich auch aus (verfassungsmässigen) Gesetzen ergeben (SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 50; OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 16 und zu Art. 36, Rz. 19; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 49; CR Cst.-DUBEY, Art. 5, Rz. 76 und 79;

(aber *kann* sich selbstverständlich daraus ergeben²²⁸⁴). Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Frage, was im öffentlichen Interesse liegt, zu unterschiedlichen Zeiten anders beantwortet werden kann,²²⁸⁵ und die Verfassung nicht alle Staatsaufgaben abschliessend definieren will²²⁸⁶ und wohl auch gar nicht kann.²²⁸⁷ Was im öffentlichen Interesse liegt, ist Ergebnis einer *politischen Wertung*,²²⁸⁸ das öffentliche Interesse erfüllt insofern eine Scharnier- oder Schnittstellenfunktion zwischen Politik und Recht.²²⁸⁹ Der Verfassungsgeber und der zur Bestimmung öffentlicher Interessen besonders berufene²²⁹⁰ Gesetzgeber verfügen über einen *weiten Spiel-*

KNAPP, 160; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 15; MOOR, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: VdS, § 16, Rz. 42; BGE 138 I 378, E. 8.3; BGer 2C_132/2014, E. 5.4; BGE 142 I 4, E. 8.1; Botsch. VE 96, 195 f.); dies ist in der Lehre nicht unumstritten (vgl. dazu WYSS, Öffentliche Interessen, 3 f., 143 und 145 m.H.) – so wird teilweise gefordert, dass sich das für eine Freiheitsbeschränkung zulässige öffentliche Interesse aus der Verfassung selbst ergeben müsse (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 495 und 2351; MÜLLER, Komm zu Art. 22ter aBV, Rz. 35; DERS., Privateigentum, 58 ff., insb. 61 ff.; BOLZ, 164 f. und 172 f. [zumindest «grundsätzlich»]; s.a. PLÜSS, 62 [wonach der Gesetzgeber «keine ausserhalb der Verfassung stehenden öffentlichen Interessen gesetzlich verankern» dürfe]); kritisch bezüglich einer Bestimmung der massgeblichen öffentlichen Interessen allein durch den Gesetzgeber auch RHINOW, Wirtschaftsordnung, 30; ferner WYSS, Öffentliche Interessen, 146 ff., insb. 148 und 259 (vgl. dann aber ebd., 264).

²²⁸⁴ Der Verfassung kommt zweifellos eine *wichtige Bedeutung* bei der Bestimmung öffentlicher Interessen zu (MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 54; MOOR, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: VdS, § 16, Rz. 41; CR Cst.-DUBÉY, Art. 5, Rz. 79; OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 16; Botsch. VE 96, 133) – sie ergeben sich insbesondere aus den dort normierten *Ziel-, Aufgaben- und Kompetenzbestimmungen* (siehe OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 16; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 54; WYSS, Öffentliche Interessen, 146), aber auch etwa aus der *Präambel* (MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 54) und den *Grundrechten* bzw. den damit verbundenen Schutz- und Förderungsaufträgen (WYSS, Öffentliche Interessen, 244, 259 f. und 383; BOLZ, 165 f.; RHINOW/SCHÉFER/UEBERSAX, Rz. 1217; HAFNER, 292); s.a. hinten, Fn. 2368.

²²⁸⁵ BGer 2C_168/2019, E. 2.4; BGE 138 I 378, E. 8.3; ferner BGE 142 I 49, E. 8.1.

²²⁸⁶ Botsch. VE 96, 195 f.

²²⁸⁷ Vgl. zur «notwendigen Offenheit des Gemeinwohlbegriffs im freiheitlichen Verfassungsstaat» SCHUPPERT, 441 ff.

²²⁸⁸ BGer 2C_168/2019, E. 2.4; BGE 138 I 378, E. 8. 3; BGer 2C_132/2014, E. 5.4; ferner KNAPP, 160; MAHON, Droit const. II, Rz. 36; KARLEN, Verwaltungsrecht, 53 und 56; EHRENZELLER, Politische Fragen, 13 («politische Natur» des öffentlichen Interesses).

²²⁸⁹ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 756 f.; MOOR, Réflexions, 223 f.

²²⁹⁰ MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 44; EHRENZELLER, Politische Fragen, 13; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 63; BGer 2C_168/2019, E. 2.4; BGE 138 I 378, E. 8.3; BGer 2C_132/2014, E. 5.4.

raum in der Festlegung der öffentlichen Interessen.²²⁹¹ Eine staatliches Handeln begrenzende Funktion vermag das «öffentliche Interesse» deshalb nur sehr bedingt zur erfüllen.²²⁹²

Was die (vermeintliche) Gegensätzlichkeit zwischen *privaten* und *öffentlichen* Interessen *im Besonderen* anbelangt, ist festzustellen, dass zwar zwischen privaten und öffentlichen Interessen *begrifflich* getrennt werden kann²²⁹³ und die Abgrenzung insofern wichtig ist, als der Staat seine Eingriffsbefugnisse und Ressourcen nicht zur Verfolgung *reiner Einzelinteressen Privater* oder der Interessen *gewisser Gruppen, Schichten oder Klassen* in Anspruch nehmen darf.²²⁹⁴ Insofern lässt sich sagen: «Je mehr [...] Belange in Frage stehen, die nur einen oder einzelne Menschen angehen, desto weniger rechtfertigt sich ein öffentliches Tätigwerden.»²²⁹⁵ Keineswegs folgt daraus aber, dass an der Beförderung und dem Schutz *privater* Interessen *kein* öffentliches Interesse bestehen könnte und private Interessen von einer Transfor-

²²⁹¹ Vgl. BIAGGINI, Bem. zu BGer 2C_485/2010, 672; OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 18; CR Cst.-DUBEY, Art. 5, Rz. 79; s.a. BGE 138 IV 13, E. 3.4.2 und 7.3.

²²⁹² Vgl. SCHEFER, Beeinträchtigung, 77; s.a. EHRENZELLER, Politische Fragen, 13; kritisch dazu etwa MÜLLER, Privateigentum, 58 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 495 und 2351.

²²⁹³ Vgl. UERPMANN, 28; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2557 («Schutz öffentlicher oder auch privater Interessen [Schutz vor sich selbst?]; s.a. BGE 109 II 273, E. 4b a.E. und BGE 118 Ia 427, E. 6b; dazu auch vorne, Fn. 2277.

²²⁹⁴ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 13 f. und 18; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 62 und 65; OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 15; MAHON, Petit Comm., Art. 5 Cst., Rz. 13; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 756 und 787; PLÜSS, 55 f. und 60; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 1856; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 48; BVGer C-5170/2012, E. 6.3.2; s.a. – bezogen auf Art. 5 Abs. 2 BV – BGE 138 I 378, E. 8.2, wonach die «staatliche Tätigkeit nicht ausschliesslich privaten Interessen» dienen dürfe; ebenso wenig kann der Staat (nicht an der Allgemeinheit orientierte) *eigene Interessen* als öffentliche Interessen ausgeben, vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 13 f. und, 18; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 209 und 272; MAHON, Petit Comm., Art. 5 Cst., Rz. 13 (das heisst aber nicht, dass *fiskalische* Interessen keine öffentlichen Interessen darstellen könnten, siehe SGK BV [2. Aufl.]-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 32 und vorne, bei Fn. 89); teilweise finden sich in der Verfassung selbst besondere Schutzaufträge zu Gunsten bestimmter Personengruppen (Kinder und Jugendliche [Art. 11 BV], Konsumentinnen und Konsumenten [Art. 97 Abs. 1 BV]; Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer [Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV] usw.), womit von vornherein nicht von einer unzulässigen Beförderung von Partikularinteressen gesprochen werden kann (vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 15).

²²⁹⁵ RHINOW/KRÄHENMANN, 175. Zu bemerken ist allerdings, dass sich Einzel-, Gruppen- und Kollektivinteressen nicht trennscharf voneinander abgrenzen lassen, vgl. CR Cst.-DUBEY, Art. 5, Rz. 73 ff., insb. 74.

mation in öffentliche Interessen ausgeschlossen wären.²²⁹⁶ Auch der *Individualschutz* und das *individuelle* Wohl können im Allgemeininteresse liegen²²⁹⁷ – insofern besteht kein Gegensatz zwischen privaten und öffentlichen Interessen.²²⁹⁸ Der Begriff des «*öffentlichen*» Interesses macht so gesehen primär als Verweis auf das *demokratische* Verfahren, in dem es zu bestimmen ist, Sinn.²²⁹⁹

Dass an einem Schutz vor sich selbst kein öffentliches Interesse bestehen könnte, lässt sich deshalb nicht damit begründen, es gehe rein um den Schutz *privater* Interessen. Dies gilt selbst dann, wenn sich das selbstschädigende Verhalten in der Privatsphäre abspielt und nicht nach aussen wirkt; das öffentliche Interesse ist nicht gleichbedeutend mit einem Schutz der Allgemeinheit.²³⁰⁰ Problematisch aber bleibt, dass die (paternalistisch motivierte) Beförderung des individuellen Wohls dem Einzelnen *aufgedrängt* wird, also gegen seinen (zumindest «natürlichen») Willen bzw. ohne seine Zustimmung erfolgt: Ein öffentliches Interesse kann nur dann bejaht werden, wenn es sich auf ein (kollektives) *Bedürfnis* und eine Handlungserwartung bzw. einen *Handlungsbedarf* zurückführen lässt.²³⁰¹ Und im öffentlichen

²²⁹⁶ KNAPP, 160; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 785 und 789 f.; das öffentliche Interesse leitet sich aus «kollektiv aggregierten» privaten Interessen ab (WYSS, Öffentliche Interessen, 5 f.) und *muss* sich im demokratischen Staat auch auf individuelle Interessen zurückführen lassen (MÜLLER, Interessenabwägung, 340 f.), zumal der Staat als solcher keinen «Selbstzweck» darstellt (vgl. FISCHER, 169 und 171).

²²⁹⁷ Vgl. z.B. BGE 108 Ia 140. E. 5c/bb (Schutz des Einzelnen vor Immissionen als öffentliche Aufgabe); MÜLLER, Grundrechtstheorie, 129; s.a. BGE 106 Ia 33, E. 4a: Öffentliches Interesse an der Anstaltseinweisung eines «Bevormundeten» i.S.v. aArt. 406 ZGB zu dessen eigenem Schutz; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 43; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. 1, Rz. 1857 und 1878; DUBEY, Vol. I, Rz. 680 und 724; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 562; MOOR, Intérêts publics, 30.

²²⁹⁸ WYSS, Öffentliche Interessen, 5 f.; MÜLLER, Grundrechtstheorie, 129; SCHEFER, Beinträchtigung, 76; ferner UERPMANN, 132 ff. und 317.

²²⁹⁹ MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 41; ferner MÜLLER, Interessenabwägung, 340 f.; MOOR, Réflexions, 223 f.; s.a. vorne, bei Fn. 2288 f.

²³⁰⁰ Wohl anders HANGARTNER, Sterbehilfe, 18, dort im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs bzw. des Schutzes der schwangeren Frau vor entsprechenden Druckausübungen des Vaters: Keine Legitimation des Staates zu einem Schutz (der Schwangeren) vor sich selbst, da sich dieses Verhalten in der Privatsphäre abspiele (soweit es sich nicht um eine Nötigung handle); ferner – im Kontext des Polizeirechts – BGE 87 I 275, E. 3a: «Polizeiliche Beschränkungen sind, wie allgemein anerkannt ist, nur zum Schutze öffentlicher Interessen zulässig; das Privatleben und die private Sphäre sind der polizeilichen Regelung und Kontrolle grundsätzlich entzogen, soweit sie sich nicht in die Öffentlichkeit auswirken [...]» (auf die Bedeutung des öffentlichen Interesses im Kontext des Polizeigüterschutzes wird zurückzukommen zu sein, siehe hinten, Teil 3 IV. C. 2. c) ii).

²³⁰¹ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 13, 17 ff., 20, 24 f., 34, 159 f., 202 ff. und 566 f.

Interesse kann nur liegen, was «einer mehr oder weniger grossen Zahl von Individuen nützlich ist».²³⁰² Es ist Ausdruck verschiedener, im Rahmen der öffentlichen Auseinandersetzung diskutierter und bewerteter Interessen und widerspiegelt einen «Interessenausgleich»²³⁰³. Was aber gilt, wenn *die in ihrem «Wohl» Beförderte* gar *kein entsprechendes Interesse*, gar *kein Bedürfnis* nach Schutz und Fürsorge hat, sie darin *keinen Nutzen* erblickt? Kann an einem solchen, «ungewollten» Schutz tatsächlich ein öffentliches Interesse bestehen?

Nach überwiegender Meinung kann an einem Schutz vor sich selbst durchaus ein öffentliches Interesse bestehen.²³⁰⁴ Dies erscheint zunächst dann (grundsätzlich) unproblematisch, wenn der Einzelne gar nicht oder nur beschränkt in der Lage ist, seine Bedürfnisse adäquat zu befriedigen und zu artikulieren; wenn er also einem alters-, reife- oder sonst wie bedingten Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungsdefizit unterliegt. Ein öffentliches Interesse wird etwa dann bejaht, wenn der Betroffene die Konsequenzen seiner Handlungen nicht abschätzen kann bzw. wenn er *urteilsunfähig* ist,²³⁰⁵ wo es um den Schutz der *Schwachen* geht²³⁰⁶ oder in Fällen, in denen der Einzelne *überfordert* oder nicht in der Lage ist, selbst auf sich «aufzupassen»²³⁰⁷. Solchen Schutzanliegen kann der Gemeinwohlbezug nicht abgesprochen werden,²³⁰⁸ jedenfalls wenn der (staatlichen Schutz) ablehnende Wille nicht

²³⁰² WYSS, Öffentliche Interesse, 13.

²³⁰³ MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 41; SCHEFER, Beeinträchtigung, 76; UERPMANN, 36.

²³⁰⁴ RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 76 und 571 f.; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 52; VAN SPYK, 90 ff. und 102; KNAPP, 168 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2561; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 790 (allerdings unter Betonung der Eigenverantwortlichkeit), s.a. 758 und 769; GEISER, Freiheitsentziehung, 310; TSCHANNEN, Warnungen, 430 (Verhinderung von Selbstgefährdungen als Frage der Rechtspolitik); ZUPPINGER, 8; vgl. für Deutschland FISCHER, 130 f.; BRUNHÖBER, 160; KOLBE, 270 ff.; BLECKMANN, Staatsrecht II, Rz. 102 f.; UERPMANN, 63 f. (allerdings von der m.E. nicht zutreffenden Annahme ausgehend, dass bei einem Schutz vor sich selbst staatlicherseits definierte, *objektive* – und aus diesem Grund: öffentliche – Interessen verfolgt würden und nicht subjektive Interessen der vor sich selbst geschützten Person; vgl. dazu hinten, Teil 4 I, Ziff. (4.)(a.) bei Fn. 3725 f.).

²³⁰⁵ Vgl. etwa REINHARD, 58 und 98; Botsch. ZAG, 2503 (dazu vorne, Fn. 2272); ferner SCHENKE, Rz. 60; EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 47: «lack of maturity, mental disability or state of dependence».

²³⁰⁶ KNAPP, 160 – «Schwäche» ist allerdings nicht pauschal mit einem Freiwilligkeitsdefizit gleichzusetzen, vgl. dazu hinten, Teil 4 III. B. 10.

²³⁰⁷ MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 790.

²³⁰⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905, 909, Rz. 226 ff. (Schutz der Selbstbestimmung im Kontext der «geschäftsmässigen Förderung

oder nur bedingt freiverantwortlich gefasst worden ist; zudem enthält die Verfassung selbst schon (gewisse) Schutzaufträge zugunsten derjenigen Personen, die nicht in der Lage sind, für sich selbst zu sorgen bzw. ihre eigenen Interessen zu wahren.²³⁰⁹ Auch ist nicht ersichtlich, warum es der Gemeinschaft verwehrt sein sollte bzw. kein «öffentliches Interesse» daran bestehen könnte, jemandem zu helfen, dem es aus eigener Kraft und wegen reduzierter oder nicht vorhandener Selbstbestimmungsfähigkeit nicht (vollumfänglich) möglich ist, seine Bedürfnisse zu befriedigen und seine eigenen Präferenzen zu verfolgen bzw. (eigenverantwortlich) einen ihm drohenden, «ungewollten» Schaden zu verhindern.²³¹⁰

Es finden sich zahlreiche Beispiele, in denen Rechtsprechung und Lehre ein öffentliches Interesse an einem «autonomieorientierten» Schutz vor sich selbst bejahen. Etwa an der Statuierung der Urteilsfähigkeit als *Ehefähigkeitsvoraussetzung*,²³¹¹ an *medizinischen Zwangsmassnahmen* gegenüber Personen, die nicht oder nur beschränkt in der Lage sind, die Konsequenzen einer Erkrankung bzw. eines Behandlungsverzichts einzuschätzen,²³¹² an einer *notwendigen Verteidigung*, wenn der Beschuldigte nicht in der Lage ist, die auf dem Spiel stehenden Interessen richtig einzuschätzen und angemessen abzuwägen,²³¹³ oder an der Regulierung und Beschränkung der *Sterbehilfe* bzw. der Abgabe von Betäubungsmitteln zum Schutz vor einer übereilten, leichtfertigen Selbsttötungshandlung bzw. der Sicherstellung eines wohlervogenen

der Selbsttötung»); ferner BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff., 1063, wonach es «grundsätzlich ein legitimes *Gemeinwohlanliegen*» (Herv. d. Verf.) sei, «Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen grösseren persönlichen Schaden zuzufügen» (i.c. ging es um ein gesetzliches Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige wegen ihrer mangelnden Reife und Einsichtsfähigkeit, vgl. ebd., 1064); ebenso bereits BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3401; ferner OSWALD, 98 und 119.

²³⁰⁹ Hinten, bei Fn. 3983 ff. (mit weiteren Hinweisen).

²³¹⁰ Vgl. bezogen auf die Selbsttötung BAUMGARTEN, 122.

²³¹¹ Vgl. BGE 109 II 273, E. 4b, wonach die Bestimmung von aArt. 97a ZGB (heute Art. 94 ZGB) (auch) bezwecke, «einen Menschen, der infolge seiner Geistesschwäche die Konsequenzen einer Eheschliessung nicht zu überblicken vermag und auch sich selbst vor andern nicht genügend schützen kann, vor der Gefahr zu bewahren, dem Ehepartner ausgeliefert zu sein»

²³¹² Vgl. bezogen auf eine zahnmedizinische Behandlung BGE 118 Ia 427, E. 6c und 7c; bezogen auf eine Zwangsmedikation psychisch kranker Personen vgl. BGE 130 I 16, E. 5.2, und BGE 127 I 6, E. 8; ob ein öffentliches Interesse für eine medizinische Zwangsbehandlung vorliegt, hat das Bundesgericht in BGer 1P.218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 8d, 516, noch offengelassen.

²³¹³ Vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. November 2001 i.S. *Correia de Matos* gegen *Portugal*, Nr. 48188/99; ferner EGMR, Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos* gegen *Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 152 ff. (emotionale Belastung aufgrund einer persönlichen Betroffenheit; Gefährdung einer effektiven Verteidigung); vgl. dazu bereits vorne, Teil 1 II. D, Ziff. (14.) bei Fn. 627 ff., und hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii.

Entscheid.²³¹⁴ Zahlreiche weitere Beispiele betreffen den Schutz und die Förderung von (alters- und reifebedingten Selbstbestimmungsdefiziten unterliegenden) *Kindern und Jugendlichen*: Ein öffentliches Interesse besteht an der Förderung der Kinder im Rahmen der *Schule*,²³¹⁵ und dabei auch am obligatorischen Schwimmunterricht zwecks Befähigung zum Schwimmen und der Verhinderung des Ertrinkungstodes,²³¹⁶ am gemeinsamen Sportunterricht, damit sich die Kinder (auch) in ihrem eigenen Interesse sozialisieren können,²³¹⁷ an der Sexualerziehung im Interesse der Gesundheitsprävention²³¹⁸ oder an der Teilnahme am Schulbesuch und am Schwimm- und Sportunterricht zur Wahrung der Chancengleichheit²³¹⁹. Weiter wird ein öffentliches Interesse bejaht: am Ausgleich von Informationsdefiziten durch allgemeine *Aufklärung über sexuell übertragbare Krankheiten* mittels Kampagnen²³²⁰ oder am Schutz leichtsinnig handelnder, die eigenen finanziellen Möglichkeiten über- bzw. die künftige Rückzahlungsverpflichtung unterschätzender Konsumkreditnehmer vor *Überschuldung*²³²¹. Ferner an der Regulierung des *Glücksspiels*, um den Einzelnen in seinem eigenen Interesse davor zu schützen, zu übermässigen Geldausgaben bzw. Verlusten *verleitet* zu werden²³²² bzw. der «Spieleidenschaft» anheimzufallen und sich selbst «moralischen» und wirtschaftlichen Schaden zuzufügen.²³²³ Zu nennen ist sodann das (zumindest implizit bejahte) öffentliche In-

²³¹⁴ Vgl. BGE 133 I 58, E. 6.2.1, 6.3.2, 6.3.6, s.a. E. 6.3.4 und 6.3.5; BGer 2C_9/2010, E. 2.2 f.; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 56 und 58.

²³¹⁵ BGE 142 I 49, E. 8.2.1 und 8.2.3: Öffentliches Interesse an der Förderung der Interessen der Schüler; zur Schulpflicht als Ausdruck eines staatlichen Paternalismus vgl. vorne, bei Fn. 782.

²³¹⁶ BGE 135 I 79, E. 7.1; BGE 119 Ia 178, E. 7c.

²³¹⁷ BGE 135 I 79, E. 7.1.

²³¹⁸ BGer 2C_132/2014, E. 5.4; s.a. vorne, bei Fn. 784.

²³¹⁹ BGer 2C_132/2014, E. 5.4; BGE 135 I 79, E. 7.1; s.a. bei Fn. 3563 ff.; allgemein zum Stellenwert der Chancengleichheit im Kontext paternalistischen Staatshandelns hinten, Teil 3 IV. E. 2. h).

²³²⁰ BVGer, Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014, C-5250/2014, E. 4.4.5.

²³²¹ Vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 790; WYSS, Öffentliche Interessen, 306; aus der Rechtsprechung vgl. insbesondere BGE 120 Ia 299, E. 3b und BGE 120 Ia 286, E. 3b und 4c – in beiden Fällen allerdings unter Bezugnahme auf das öffentliche Interesse, dass sich *breite* Bevölkerungskreise nicht über ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinaus verschulden; damit wird auf die gesamtgesellschaftlichen Auswirkungen der Verschuldung verwiesen; eine *rein* paternalistische Zwecksetzung liegt so gesehen jedenfalls nicht vor; vgl. auch BGE 119 Ia 59, E. 5d, 5f und 6b (Höchstzinssatz für Konsumkredite; Schutz davor, zu einem übermässigen Eingehen von Schulden «verleitet» zu werden [E. 5d]) – auch hier geht es wesentlich um die Auswirkungen individueller Verschuldung auf Dritte: nachteilige Folgen für *Familie und Gesellschaft* (siehe E. 5d); Problematik der Überschuldung *breiter Bevölkerungskreise* (siehe E. 5f); s.a. vorne, Fn. 723.

²³²² Vgl. hierzu etwa BGE 106 Ia 191, E. 6a; s.a. BGer 1A.183/1998 und 1P.488/1998, ZBl 2000 215 ff., E. 2b, 217 («tentation du jeu»); ferner EuGH, Urteile vom 24. März 1994, C-275/92, Rz. 46 ff., insb. Rz. 60; vom 6. März 2007, C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Rz. 46; vom 21. Oktober 1999, C-67/98, Rz. 30 f.; vom 6. November 2003, C-243/01, Rz. 67; s.a. BGH, Urteil vom 20. Oktober 2011, III ZR 251/10, NJW 2012, 48 ff., Rz. 10.

²³²³ Vgl. BGE 80 I 350, E. 2c; s.a. BGE 120 Ia 126, E. 4e/cc («Gefahr der Spielsucht», «Risiko übermässiger Geldverluste»).

teresse an der *Beschränkung der Akteneinsicht*, um den Patienten vor der Kenntnisnahme eines (schlechten) Gesundheitszustands zu schützen, von dem er *nichts ahnt*.²³²⁴ Auch die zum Schutz der Patienten erfolgte Weigerung einer psychiatrischen Klinik, die Verteilung einer psychiatriekritischen Informationsbroschüre zu erlauben, wurde durch ein legitimes (Eingriffs-) Interesse als gedeckt erachtet.²³²⁵ Dass es die Rechtsprechung mit Blick auf einen durch Dritte (möglicherweise) beeinflussten, übereilten Entscheid für zulässig hält, paternalistisch motivierte formelle Vorschriften an die Kirchenaustrittserklärung zu stellen, wurde bereits erwähnt.²³²⁶ Weiter wird es als legitime staatliche Aufgabe erachtet, Personen vor der «Aufgabe ihrer Selbstbestimmung» durch täuschende oder indoktrinierende Methoden vereinnahmender Bewegungen («Sekten») zu schützen.²³²⁷ Oder aus fürsorgerischen Gründen einzuschreiten, wenn «sich jemand durch falsch verstandene Askese *in frivolster Weise* schwere Krankheiten zuzieht» (Herv. d. Verf.).²³²⁸ Ebenso bejaht die Rechtsprechung ein öffentliches Interesse an der

²³²⁴ BGE 122 I 153, E. 6 c/cc (Offenbarung eines Gesundheitszustands, «von dessen Schwere der Betroffene nichts ahnt»); vgl. dazu bereits vorne, Teil 1 II. D, Ziff. (21.), insb. bei Fn. 734, sowie die Differenzierungen hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii) (Problematik, dass die Beschränkung der Akteneinsicht gesetzlich nicht konsequent vom Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits abhängig gemacht wird).

²³²⁵ Siehe EKMR, Bericht vom 2. Dezember 1997 i.S. *Psychex* gegen *Schweiz*, Nr. 26955/95, Ziff. 45–47 (zusammengefasst in VPB 63.112), wonach die Behörden ein «*pressing social need*» an der Weigerung geltend machen können, in einer psychiatrischen Klinik Informationsbroschüren des Vereins «Psychex» an Patienten zu verteilen, und sich der damit verbundene Eingriff in die Meinungsfreiheit des Vereins (Art. 10 EMRK) auch als verhältnismässig erweise: Nach Ansicht der Kommission implizierte die Informationsbroschüre, dass die Patienten rechtswidrig festgehalten und Folter ausgesetzt werden, es würde darin der Komplexität einer psychiatrischen Unterbringung nicht hinreichend Rechnung getragen, es würden den Patienten unrealistische Hoffnungen auf eine frühzeitige Entlassung gemacht und die Verbreitung an alle Klinikinsassen könne zu Verunsicherung und Unruhe unter den Patienten führen – es liesse sich deshalb nicht ausschliessen, dass sich die Broschüre schädlich auf die Behandlung einiger Patienten auswirke und damit zu einer Gesundheitsschädigung führe. Damit war letztlich der (wohlverstandene) *Schutz der Patienten* ausschlaggebend, um die Beschränkung der Meinungsfreiheit zu rechtfertigen. Man könnte das auch als Beispiel für einen *harten* Paternalismus nehmen (Abstellen auf die Gesundheitsgefährdung als solche und nicht die Frage der Freiwilligkeit des Handelns der Psychiatriepatienten); indessen ging zumindest die Begründung der Schweiz in Richtung eines weichen Paternalismus, siehe EKMR, Bericht vom 2. Dezember 1997 i.S. *Psychex* gegen *Schweiz*, Nr. 26955/95, Ziff. 36 (Herv. d. Verf.): «The Government further point out that the addressees of the letter are often in a state of *considerable confusion and not in a position sufficiently to appreciate their situation and their acts*. It could thus be very damaging to their medical treatment and also to their well-being in general if it was suggested that their detention was unlawful. Indeed, it could even be extremely harmful if they were told that their medical treatment amounted to torture, since any relationship of confidence between the clinic staff and the patient would be destroyed.»; vgl. auch vorne, bei Fn. 113.

²³²⁶ Vorne, bei Fn. 2197 ff.

²³²⁷ Siehe GPK-N, Sektenbericht, 9912.

²³²⁸ VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff., 145.

Bekämpfung des übermäßigen oder missbräuchlichen Arzneimittelkonsums durch eine Beschränkung der Heilmittelwerbung (Verhinderung von *Anreizen* zum Kauf und Konsum).²³²⁹ Nach der Rechtsprechung des EGMR kann psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern gestützt auf Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK auch zu ihrem eigenen Schutz und in ihrem eigenen Interesse die Freiheit entzogen werden; z.B. einer Person, die unter *Alkoholeinfluss* eine Gefahr für sich selbst darstellt²³³⁰ (hier ist allerdings zu berücksichtigen, dass ein Schutz, der an körperliche und geistige Schwächezustände anknüpft, nicht zwingend mit einem *weich* paternalistischen Schutz gleichgesetzt werden kann – letzterer nimmt die *Unfreiwilligkeit* des Handelns zum Ansatzpunkt²³³¹). Als zulässig und geboten erachtet es die Rechtsprechung, dass der Entscheid eines Opfers häuslicher Gewalt, ein Einstellungsbegehren zu stellen, auf seine Freiwilligkeit überprüft wird.²³³² Bereits erwähnt wurde das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts, wonach ein Nutzungsverbot von Sonnenstudios für Minderjährige (angesichts ihrer mangelnden Reife und Einsichtsfähigkeit) ein legitimes Gemeinwohlanliegen darstelle.²³³³

Eine gewisse Konfliktrichtigkeit zwischen privaten und öffentlichen Interessen besteht hingegen dann, wenn die in ihren Interessen Beförderten und Geschützten in der Lage sind, *freiverantwortlich* zu handeln und über Sinn und Nutzen der staatlichen Intervention zu entscheiden – wenn sie ihre eigenen Bedürfnisse frei artikulieren und ihre eigenen Interessen eigenverantwortlich verfolgen können. Auch an einem derartigen (harten) Paternalismus kann jedoch ein «*öffentliches*» Interesse bestehen. Entscheidend ist, dass sich dieser gegen den freiverantwortlichen Willen gerichtete (bzw. unabhängig davon aufgedrängte) Schutz vor sich selbst als Bedürfnis und Ziel der Rechtsgemeinschaft manifestiert: Damit sich ein Interesse als «*öffentliches*» qualifiziert, muss es «in der *Rechtsordnung Anerkennung* gefunden haben und somit als *Anliegen der Rechtsgemeinschaft* ausgewiesen» sein.²³³⁴ Dadurch, dass die Gemeinschaft ein Ziel verfolgen *will* und sich dieses im demokratischen Prozess als (genügend) wichtig herauskristallisiert, wird das verfolgte Interesse zu einem *öffentlichen* – wenn auch nicht zwingend zu einem verfassungsrechtlich zulässigen²³³⁵ oder gegenläufige (private) Anliegen überwiegen-

²³²⁹ BGE 123 I 201, E. 4; freilich wird aus dem Urteil nicht ganz klar, welche Interessen mit dem angerufenen Schutz der «*öffentlichen Gesundheit*» verfolgt werden – geht es um die individuelle Gesundheit oder (auch?) um die mit einer Gesundheitsschädigung für die Allgemeinheit verbundenen Folgen? Zu beachten ist allerdings, dass beeinflusste Entscheidungen nicht einfach mit «*unfreiwilligen*» Entscheidungen gleichgesetzt werden können, siehe hinten, Teil 4 III. B. 6.

²³³⁰ EGMR, Urteil vom 4. April 2000 i.S. *Witold Litwa* gegen *Polen*, Nr. 26629/95, Ziff. 60 f.

²³³¹ Vgl. dazu hinten, Teil 4 III. B. 10.

²³³² BGer 6S.454/2004, E. 3; vorne, bei Fn. 584; s.a. hinten, Fn. 3969.

²³³³ Vorne, Fn. 2308.

²³³⁴ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9, Rz. 107 f.; ferner KIENER, Grundrechtsschranken, in: VdS 2020, Bd. II, V.6, Rz. 33; MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 41; hinten, bei Fn. 2359.

²³³⁵ Hinten, Teil 3 II. C. 2.

den²³³⁶ – Interesse.²³³⁷ Für den *harten* Paternalismus ergibt sich diesbezüglich keine abweichende Beurteilung.²³³⁸ Dass die Bezüge zum *Gemeinwohl* eher als gering erscheinen mögen, ist unerheblich: Das öffentliche Interesse verweist nicht auf eine bestimmte, inhaltlich feststehende Konzeption des *Gemeinwohls*; vielmehr steht die Frage im Vordergrund, *wer in welchem* Verfahren darüber befindet, *was* im *Gemeinwohl* liegt.²³³⁹ Mit anderen Worten kann ein öffentliches Interesse an einem Schutz des individuellen Wohls auch dann vorliegen, wenn der geschützte Private kein entsprechendes Bedürfnis äussert und den Schutz (freiverantwortlich) ablehnt. Das gilt unabhängig von der Höhe des konkret drohenden «Schadens»: Ein öffentliches Interesse kann auch an der Verhinderung eher geringfügiger Schäden bestehen.²³⁴⁰

Es finden sich zahlreiche Beispiele, in denen ein öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst *unabhängig von der Frage allfälliger Selbstbestimmungs- oder Freiwilligkeitsdefizite* bejaht worden ist – abgestellt wird etwa auf eine besondere «Schwäche» oder pauschal auf den Schutz der *Gesundheit*. So liegt nach der Rechtsprechung das *Schicksal der Kranken* zumindest «abstrakt» im öffentlichen Interesse,²³⁴¹ ebenso der Schutz der *sozial Schwachen bzw. Benachteiligten* vor Überschuldung durch Konsumkredite²³⁴² oder Verlusten durch das Glücks-

²³³⁶ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 15; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49.

²³³⁷ MOOR, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat*, in: VdS, § 16, Rz. 40 ff.; UERPMANN, 63 f., 109 ff. und 133; ferner ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 177, wonach das öffentliche Interesse «aus dem Wesen der Rechtsgemeinschaft, nicht aber aus dem Wesen der Aufgabe heraus determiniert» werde – «private Angelegenheiten» seien deshalb nicht «a priori [...] aus der Konkurrenzzone negativ» ausgeschlossen.

²³³⁸ Vgl. FISCHER, 130 f.; VOLKMANN, Bürger, 21; UERPMANN, 63; ferner BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3401 f., wonach es ein «legitimes Gemeinwohlanliegen» darstelle, den Einzelnen vor einer Gesundheitsgefährdung durch eine Organentnahme zu schützen – der Staat müsse sich nicht darauf beschränken, die Organspende «vom Vorbehalt der Prüfung der Freiwilligkeit der Spenderentscheidung» abhängig zu machen (s.a. hinten, bei Fn. 2356; zu der mit diesem Entscheid verbundenen Problematik vgl. hinten, bei Fn. 4463 ff.).

²³³⁹ Vgl. etwa SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 18; SCHLUEP, Rz. 3459 f.; SCHUPPERT, 441 ff.

²³⁴⁰ Vgl. aber die Bezugnahme auf die Höhe des (persönlichen) Schadens in BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3401, wonach «es ein legitimes Gemeinwohlanliegen» sei, «Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen grösseren persönlichen Schaden zuzufügen» (Herv. d. Verf.).

²³⁴¹ BGE 130 I 16, E. 5.2, und BGE 127 I 6 S. 26, E. 8; vgl. auch vorne, bei Fn. 913, und hinten, in Fn. 2668 und bei Fn. 2862 f. und 2908 f.

²³⁴² BGE 120 Ia 299, E. 3b; BGE 120 Ia 286, E. 3b – in beiden Fällen allerdings unter Bezugnahme auf das öffentliche Interesse, dass sich *breite* Bevölkerungskreise nicht über ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinaus verschulden, womit jedenfalls kein Paternalismus in «Reinform» vorliegt (vgl. vorne, Fn. 2321). Die soziale «Schwäche» begründet für sich

spiel²³⁴³. Ferner wurde – immer ohne spezifische Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung – ein öffentliches Interesse bejaht: an der Verpflichtung zum Tragen eines *Dosimeters*²³⁴⁴, am Schutz des Lebens und der Gesundheit eines *hungerstreikenden Strafgefangenen* durch eine *Zwangsernährung*²³⁴⁵, an der strafrechtlichen Sanktionierung (nicht unerheblicher) *konsentierter* Körperverletzungen durch sadomasochistische Praktiken (Schutz der Gesundheit nach Art. 8 Abs. 2 EMRK)²³⁴⁶, einer *Verpflichtung zum Tragen eines Motorradhelms* (Schutz der Gesundheit i.S.v. Art. 9 Abs. 2 EMRK)²³⁴⁷, einem *Ausreiseverbot*, um den Betroffenen (auch) in seinem eigenen Interesse von Straftaten bzw. Gewalttätigkeiten an Sportveranstaltungen im Ausland abzuhalten,²³⁴⁸ an *Werbebeschränkungen für Alkohol und Tabak* im öffentlichen (bzw. öffentlich einsehbaren) Raum zum Schutz der Gesundheit²³⁴⁹ und an einem (gegen den Willen der Grundeigentümer, aber zu ihrem eigenen Schutz verfügten) *Betretungs- und Nutzungsverbot bzw. Rückbau- und Abbruchbefehl* bezüglich durch Steinschlag und Felssturz bedrohter Gebäude²³⁵⁰. Auch wurde gegenüber einem «Clochard» ein Eingreifen aus fürsorglichen Grün-

genommen noch kein Selbstbestimmungsdefizit, vgl. bereits vorne, in Fn. 2306 und bei Fn. 2331, sowie insb. hinten, Teil 4 III. B. 10.

²³⁴³ BGE 106 Ia 191, E. 6a.

²³⁴⁴ Justizabteilung, 21. Januar 1975, VPB 1975 Nr. 69, 75 ff., 77 f. (grundsätzliche Zulässigkeit einer «Selbstschutzpflicht» gegen Strahlenexposition durch das Tragen eines Dosimeters; diese müsse sich jedoch klar als gesetzlicher Zweck nachweisen lassen); die Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit einer entsprechenden Selbstschutzpflicht konnte das Bundesgericht offenlassen (siehe BGer, Urteil vom 3. Oktober 1980, E. 4, VPB 1982 Nr. 17, 109 ff., 113); dazu auch hinten, Fn. 2380 und vorne, Fn. 598 f.

²³⁴⁵ BGE 136 IV 97, E. 6.3.3; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285 f.

²³⁴⁶ EGMR, Urteil vom 19. Februar 1997 i.S. *Laskey u.a.* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 21627/93, 21628/93 und 21974/93, Ziff. 43 ff.; angesichts der Fokussierung auf die Schwere der Körperverletzung und nicht auf die Frage, ob diese gewollt war, erklärt der EGMR damit i.c. einen «harten» Paternalismus für EMRK-konform (zu Recht kritisch NOWLIN, 284).

²³⁴⁷ EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 12. Juli 1978 i.S. *X* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7992/77, DR 14, 234 ff., 235.

²³⁴⁸ BVGE 2013/33, E. 7.2.2; vgl. bezogen auf Rayonverbote auch Votum Amherd, AB N 2005 1944; wohl auch Votum Aeschbacher, AB N 2005 1945; ob die Zulässigkeit eines Ausreiseverbots tatsächlich mit wohlverstandenen Interessen des Betroffenen selbst begründet werden kann (so das Bundesverwaltungsgericht im eben erwähnten Entscheid), ist allerdings zweifelhaft, siehe hinten, Teil 5 III, Ziff. (5.)(a.) bei Fn. 5076 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 2958.

²³⁴⁹ BGE 128 I 295, E. 5b/bb.

²³⁵⁰ BGer 1C_567/2014, E. 5.2: «Das primäre Ziel aller von der Gemeinde veranlassten Massnahmen ist offensichtlich der Schutz der sich im Gefahrengebiet Horlauri (vorübergehend oder dauerhaft) aufhaltenden Personen vor Stein- und Blockschlag, Felsstürzen oder spontanen Rutschungen. Dabei handelt es sich um gewichtige öffentliche Interessen, die *in erster Linie dem Schutz der Grundeigentümerinnen selbst dienen.*» (Herv. d. Verf.) – dabei komme den gewichtigen öffentlichen Interessen am Schutz von Leib und Leben, die auch den Grundeigentümer dienen, der Vorrang vor ihren privaten Interessen am Erhalt des Eigentums zu (E. 6.4); selbstverständlich können auch *Interessen anderer Personen* betroffen sein, bei denen nicht sicher ist, ob sie sich der Gefahren bewusst sind und die im Ereignis

den als zulässig erachtet, wenn er «im Winter ernsthafte Gefahr läuft zu erfrieren» – massgeblich sei, dass sich «ein bestimmter Lebensumstand für den Einzelnen als lebensgefährlich und nicht mehr menschenwürdig» erweise.²³⁵¹ Ferner hat das Bundesgericht eine Regelung, wonach Genfer Geschäfte unter der Woche einen halben Tag geschlossen sein müssen, auch mit Blick auf die damit geschützte Gesundheit der betroffenen Geschäftsinhaber als im öffentlichen Interesse liegend erachtet. Dass damit gewissen Geschäftsinhabern, die nicht bereit sind, sich die Ruhezeit zu gönnen, der Schutz aufgedrängt werde (*«protège en quelque sorte contre eux-mêmes»*), sei nicht von Bedeutung; entscheidend sei, dass den Geschäftsinhabern ein Ruhetag gewährt werde, den sie sich sonst nicht gönnen würden.²³⁵² Im öffentlichen Interesse liegen nach der Rechtsprechung auch Vorschriften, wonach Gastbetriebe eine Auswahl alkoholfreier Getränke nicht teurer anzubieten haben als das billigste alkoholhaltige Getränk in der gleichen Menge – solche Vorschriften würden die «Alkoholgefahren» vermindern, und es «Gefährdeten erleichtern, nicht zu Alkoholikern zu werden».²³⁵³ – allerdings könnte man dies insofern als autonomieorientierten Schutz verstehen, als der Entscheid, Alkohol oder keinen Alkohol zu konsumieren, nicht durch Kostenüberlegungen *verzerrt* werden soll; man kann darin aber auch eine *Beeinflussung der Präferenzen* in eine gewisse Richtung erblicken.²³⁵⁴ Der Sexarbeitenden gegen ihren Willen durch Erfassungs- und Meldepflichten aufgedrängte Schutz (Schutz ihrer Handlungsfreiheit; Schutz vor Ausnutzung) liegt nach der Rechtsprechung ebenfalls im öffentlichen Interesse – wobei in der Begründung zumindest teilweise auf den (autonomieorientierten) Aspekt der Unerfahrenheit verwiesen wird.²³⁵⁵ Zu erwähnen ist sodann die Entscheidung des deutschen BVerfG, wonach ein *Vorrang der postmortalen Organentnahme* gegenüber der Entnahme eines Organs einer lebenden Person zum Schutz der Gesundheit des Spenders auch unabhängig von allfälligen Freiwilligkeitsdefiziten zulässig sein soll.²³⁵⁶

Dass zwischen öffentlichem Interesse und – auch hartem – Paternalismus nicht zwingend ein Widerspruch bestehen muss, ist jedoch nur eine erste Feststellung. Noch nicht entschieden ist die Frage, ob ein solches öffentliches Interesse *tatsächlich* besteht

nisfall nicht rechtzeitig genug gewarnt und evakuiert werden können (vgl. ANDREA LINIGER, Rechtsmässigkeit von Eigentumsbeschränkungen aufgrund erheblicher Gefährdungen durch Steinschläge und Felsstürze – Besprechung des Bundesgerichtsentscheids zum Gebiet «Horloui» in Weggis [Luzern], Sicherheit & Recht 2016, 55 ff., 60) – solche Drittinteressen erwähnt das Bundesgericht zwar bei der Prüfung der Zumutbarkeit (E. 6.4), ohne sie aber vertieft zu diskutieren; im Vordergrund stand der *Schutz vor Selbstgefährdung*; vgl. auch hinten, bei Fn. 3923 und 4461.

²³⁵¹ VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff., 145. Bezogen auf Bettelverbote vgl. BGer 1C_443/2017, E. 4.3.2: Das öffentliche Interesse an solchen Verboten wird hier in erster Linie mit dem Schutz der Bettelnden selbst begründet (Schutz vor Ausbeutung; Problematik, dass sich «Bettlerinnen» und «Bettler» oft über längere Zeit unter prekären Bedingungen an ungeeigneten Orten aufhalten [müssen]).

²³⁵² BGE 97 I 499, E. 5b; s.a. JOST, 53.

²³⁵³ BGE 109 Ia 33, E. 3c.

²³⁵⁴ Vorne, bei Fn. 673 f.

²³⁵⁵ BGE 137 I 167, E. 8.2, s.a. E. 5.1 und 5.3; dazu auch vorne, bei Fn. 750 f.

²³⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3401 f.; vgl. auch vorne, Fn. 2338 und hinten, bei Fn. 4463 ff.

(bzw. angenommen werden darf) und wenn ja, ob es *verfassungsmässig* ist. Darauf ist nachstehend einzugehen.²³⁵⁷ Gesondert zu diskutieren bleibt zudem die Problematik, ob und unter welchen Voraussetzungen ein (zulässiges) öffentliches Interesse an einem staatlichen Paternalismus das gegenläufige private Interesse daran, *nicht* geschützt oder sonst wie in den «eigenen» Interessen befördert zu werden, zu überwiegen vermag.²³⁵⁸

C. Präzisierungen

1. Rechtlicher Nachweis und Aktualität eines öffentlichen Interesses am Schutz vor sich selbst

Damit das Vorliegen eines *öffentlichen* Interesses bejaht werden kann, muss es als Ergebnis des demokratischen Prozesses «*durch die Rechtsordnung selbst ausgewiesen*» (Herv. im Original) sein;²³⁵⁹ es muss zudem hinreichend deutlich und bestimmt sein.²³⁶⁰ Die Verwaltung ist nicht frei in der Festlegung öffentlicher Interessen, sondern an die rechtlich ausgewiesenen Interessen gebunden.²³⁶¹

Allerdings bleibt häufig – wenn auch nicht immer – unklar, ob ein *Schutz vor sich selbst* gewollt und bezweckt ist.²³⁶² Diese Fragen stellen sich v.a. dann, wenn pauschal die Gesundheit zum Gesetzeszweck erhoben wird und offengelassen wird, ob und inwiefern ein Gesundheitsschutz den Einzelnen (auch) in ihrem eigenen Interesse aufgedrängt werden darf. Gerade bezogen auf den Schutz vor sich selbst darf ein öffentliches Interesse – entgegen gewisser Tendenzen in der Rechtsprechung²³⁶³

²³⁵⁷ Nachfolgend, Kap. C.

²³⁵⁸ Hinten, Teil 4.

²³⁵⁹ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 438; vorne, bei Fn. 2299 und Fn. 2334.

²³⁶⁰ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 1862 f.; vgl. im Zusammenhang mit einer sehr allgemein gehaltenen gesetzlichen Ermächtigung zur polizeilichen Videoüberwachung BGE 136 I 87, E. 8.3.

²³⁶¹ SGK BV-SCHINDLER, Komm. zu Art. 5, Rz. 51; CR Cst.-DUBÉY, Art. 36, Rz. 114.

²³⁶² Vgl. FISCHER, 201 f.; s.a. ENDERLEIN, 2; s.a. vorne, Fn. 2329. Teilweise wird der Schutz vor Selbstgefährdungen jedoch ausdrücklich als Normzweck genannt, vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 Bst. c WG (dazu vorne, bei Fn. 721); teilweise ergibt sich zumindest aus den *Materialien*, dass ein Schutz vor sich selbst beabsichtigt ist: etwa aus der Botschaft zum Spielbankengesetz (siehe hinten, Fn. 3334; viel weniger deutlich aber aus der Botschaft zum neuen Geldspielgesetz) oder aus der Botschaft zum Zeugenschutzgesetz (siehe vorne, Fn. 541); s.a. Botsch. ZAG, 2503; vgl. ferner hinten, bei Fn. 4696.

²³⁶³ Vgl. z.B. BVGer, Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014, C-5250/2014, E. 4.4.5, wonach es «im allgemeinen Interesse der Öffentlichkeit» liege, eine «Selbst- oder Fremdgefährdung» durch ungeschützten Geschlechtsverkehr «einzudämmen bzw. zu verhindern»; vgl. auch die Einschätzung von WYSS, Öffentliche Interessen, 178 f.

(und teilweise in der Lehre²³⁶⁴) – nun aber keineswegs vorschnell unterstellt werden, also z.B. nicht leichtfertig angenommen werden, dass das hinter einer Norm stehende öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit auch auf einen *Schutz vor sich selbst* abzielt. Gerade ein Bedürfnis der Allgemeinheit, gewissen Personen und Personengruppen Schutz und Fürsorge paternalistisch aufzudrängen, muss sich klar – und hinreichend demokratisch legitimiert – als Regelungsabsicht nachweisen lassen, vorzugsweise indem der Schutz vor sich selbst *ausdrücklich* als Zielsetzung normiert wird: Es handelt sich hierbei um eine durchaus *kontroverse* Frage, die einer Verständigung im demokratischen Prozess bedarf.²³⁶⁵ Dazu kommt die grundsätzliche *Unsicherheit*, ob die Allgemeinheit *tatsächlich ein Bedürfnis hat*, Einzelne oder Gruppen in deren eigenen Interesse in Freiheiten zu beschränken, um sie an «Selbstschädigungen» zu hindern,²³⁶⁶ besonders wenn der Schutz unabhängig davon greifen soll, ob der Einzelne zu einem selbstbestimmten Handeln in der Lage ist.²³⁶⁷ Nicht nur, aber gerade in solchen Fällen verlangen auch *verfassungsrechtliche Wertungen*, dass sich der Schutz vor sich selbst als öffentliches Interesse klar nachweisen lässt:²³⁶⁸ Zu bedenken ist ganz allgemein der Stellenwert, den die Verfassung der *individuellen Freiheit*, der *Eigenverantwortung* und der *Nachrangig-*

²³⁶⁴ RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 571 f.: «Nicht nur die Verhinderung von Drittfährdung, sondern auch von Selbstgefährdung liegt im Interesse der Allgemeinheit, zumal der Respekt vor der eigenen Existenz und ihrer Unantastbarkeit eigentlich keine andere Behandlung erfahren sollte als der vor der Existenz Dritter.» (s.a. hinten, Fn. 2366).

²³⁶⁵ Hinten, bei Fn. 4681 ff.

²³⁶⁶ Vgl. bezogen auf eine Kriminalisierung des Drogenkonsums SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 43 und DERS., Bem. zu BGer 6P.25/2006 und 6S.53/2006, 119; bezogen auf Warnungen vor selbstgefährdendem Verhalten vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1096, wonach das öffentliche Interesse in solchen Fällen «diskutabel» sein könne; ferner ALEXY, Theorie, 328, wonach zweifelhaft sei, dass jemand «etwas einschränken» wolle, «was weder ihn noch andere, noch Belange der Gemeinschaft in irgendeiner Hinsicht» berühre. Mit der Begründung, dass «der Respekt vor der eigenen Existenz und ihrer Unantastbarkeit eigentlich keine andere Behandlung erfahren sollte als der vor der Existenz Dritter», lässt sich ein «Allgemeininteresse» am Schutz vor Selbstgefährdungen m.E. jedenfalls nicht begründen (siehe demgegenüber RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 571 f.); damit wird lediglich eine *Forderung* gestellt, die sich als (zulässiges) öffentliches Interesse zuerst noch qualifizieren muss.

²³⁶⁷ Vgl. insofern Botsch. ZAG, 2503 (dazu vorne, Fn. 2272).

²³⁶⁸ Allgemein zur Relevanz der Verfassung und der verfassungsrechtlichen Wertungen und Grundentscheidungen bei der Bestimmung und Handhabung öffentlicher Interessen: MÜLLER, Interessenabwägung, 341; ferner BGER 2C_592/2008, E. 4.1, und WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 1855; vgl. auch BGE 142 I 49, E. 8.1, wonach sich «[d]ie öffentlichen Interessen [...] in der Regel im politischen Prozess der demokratischen Rechtsetzung [konkretisieren], die indessen nicht in einer politischen Beliebigkeit erfolgt, sondern im Lichte des Wertesystems der Gesamtrechtsordnung»; s.a. vorne, Fn. 2284.

keit des staatlichen Handelns einräumt.²³⁶⁹ Und wie noch zu zeigen sein wird, können den verfassungsrechtlichen *Ziel- und Aufgabennormen* zwar punktuell öffentliche Interessen an einem (teils sehr weitgehenden) weichen Paternalismus entnommen werden, aber nicht an Massnahmen, die einzig mit «hart paternalistischen» Motiven begründet werden.²³⁷⁰ Auch aus den *Grundrechten* – einschliesslich der Menschenwürde²³⁷¹ – kann kein öffentliches Interesse²³⁷² an einem Schutz abgeleitet werden, der dem Einzelnen unabhängig von Einschränkungen in seiner Selbstbestimmungsfähigkeit aufgedrängt werden soll.²³⁷³ Unerheblich ist der in Art. 36 Abs. 2 BV erwähnte Schutz von *Grundrechten Dritter*,²³⁷⁴ ist damit doch kein Schutz des Dritten *vor sich selbst* gemeint; oder anders ausgedrückt: Der Grundrechtsträger selbst ist nicht gleichzeitig Dritter im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV.²³⁷⁵ Diese Bestimmung bringt vielmehr zum Ausdruck, dass die Freiheiten des einen an den Freiheiten *des anderen* eine Grenze finden und «kollidierende» grundrechtlich geschützte Freiheiten miteinander in Einklang zu bringen sind.²³⁷⁶ Eine Kollision verschiedener Grundrechte in ein und demselben Grundrechtsträger ist jedoch – jedenfalls beim freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch – ohnehin nicht

²³⁶⁹ Vgl. insb. vorne, bei Fn. 995 ff. und 1233 ff., sowie hinten, bei Fn. 2478 und 2532 ff.

²³⁷⁰ Dies gilt auch für Schutz- und Fürsorgeaufträge, die besonders anfällig dafür sind, als öffentliche Interessen an einem – von Selbstbestimmungsdefiziten losgelösten – Schutz vor sich selbst (miss-)verstanden zu werden: Bezogen auf den Schutz der *öffentlichen Sicherheit* und der *öffentlichen Moral* siehe hinten, Teil 3 IV. C und D; bezogen auf den Schutz der *öffentlichen Gesundheit* siehe hinten, Teil 3 IV. E. 2. d). Eine gewisse «hart» paternalistische Motivation klingt allerdings bei Art. 118b Abs. 2 Bst. b und d BV an, doch spielen hier auch Drittinteressen eine Rolle und primär dürfte es um einen – allerdings sehr weitgezogenen – Schutz der *Freiwilligkeit* gehen (hinten, Fn. 3601 ff.). Ähnlich verhält es sich bspw. beim Verbot der *Leihmutterchaft* (hinten, bei Fn. 3633 ff.) und bezogen auf die *Transplantationsmedizin* (hinten, bei Fn. 3643 ff.); s.a. hinten, bei Fn. 3698 und 3744 f.

²³⁷¹ Dazu vorne, Teil 2 II. B.

²³⁷² Zur Herleitung öffentlicher Interessen aus den Grundrechten siehe vorne, Fn. 2284 a.E.

²³⁷³ Zum Ganzen hinten, Teil 3 IV. B. 2, siehe insb. bei Fn. 2862.

²³⁷⁴ Auch der Schutz von Grundrechten Dritter liegt im öffentlichen Interesse, vgl. WYSS, *Öffentliche Interessen*, 204 f.; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 48; differenzierend SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 50.

²³⁷⁵ OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 22; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 52; SGK BV-KLEY/MÜLLER/SCHINDLER, Art. 10a, Rz. 22; KIENER, *Grundrechtsschranken*, in: VdS2020, Bd. II, V.6, Rz. 34; BAUMANN, *Persönliche Freiheit*, 310; WALDENMEYER, 228; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 115; HANGARTNER, *Sterbehilfe*, 18; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 50.

²³⁷⁶ Botsch. VE 96, 196; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 21; MAHON, *Petit. Comm.*, Art. 36 Cst., Rz. 12; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 51; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 50 f.; DUBEY, *Vol. I*, Rz. 722; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, *Droit const. II*, Rz. 228 f.

möglich.²³⁷⁷ Hinzuweisen bleibt auf Folgendes: Auch aus der «Nützlichkeit» oder «objektiven» Vernünftigkeit einer (paternalistischen) Schutzmassnahme lässt sich nicht ableiten, es bestünde daran ein öffentliches Interesse.²³⁷⁸

Daraus folgt, dass nur dann, wenn sich Schutz vor sich selbst deutlich als *Gesetzeszweck* nachweisen lässt, die Annahme berechtigt ist, es bestehe daran tatsächlich ein öffentliches Interesse. Von Bedeutung ist dies etwa für die Verordnungsgebung,²³⁷⁹ aber auch für die Rechtsanwendung: Nur dann darf die Verwaltung entsprechend motivierte Massnahmen verfügen oder sich sonst wie in ihrem Handeln (etwa bei Warnungen und Empfehlungen) danach ausrichten bzw. sich bei der Ermessensausübung von paternalistischen Erwägungen leiten lassen.²³⁸⁰

Art. 2 Abs. 2 Bst. a der Verordnung vom 27. Februar 2019 zum Bundesgesetz über den Schutz vor Gefährdungen durch nichtionisierende Strahlung und Schall (V-NISSG)²³⁸¹ schreibt vor, dass die Solariumbetreiberin oder der Solariumbetreiber «das Solarium so einrichten und betreiben [muss], dass Personen unter 18 Jahren das Solarium nicht benutzen können». Ein öffentliches Interesse an einem derartigen (indirekten, aber deswegen nicht weniger problematischen und rechtfertigungsbedürftigen²³⁸²) Schutz der Minderjährigen vor sich selbst muss sich aber aus der Gesetzgebung klar ergeben, was hier m.E. nicht der Fall ist: Zwar ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Juni 2017 über den Schutz vor Gefährdungen durch nichtionisierende Strahlung und Schall (NISSG)²³⁸³, dass die Betreiber von Solarien die «Sicherheitsvorgaben des Herstellers befolgen und sicherstellen [müssen], dass die Gesundheit des Menschen nicht oder nur geringfügig gefährdet wird»; ein hinreichend deutliches öffent-

²³⁷⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 1261 f. und 1304 ff., sowie hinten, bei Fn. 2672 ff.

²³⁷⁸ Vgl. bezogen auf eine Gurtentragspflicht BGE 103 IV 192, E. 2c (dazu näher hinten, bei Fn. 4698).

²³⁷⁹ Siehe hinten, bei Fn. 4697 ff.

²³⁸⁰ Vgl. bezogen auf Warnungen vor selbstschädigendem Verhalten TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1096; siehe ferner Justizabteilung, 21. Januar 1975, VPB 1975 Nr. 69, 75 ff., 77 f. – hier ging es um die Frage, ob der (damalige) Art. 39 der (aufgehobenen) Verordnung vom 19. April 1963 über den Strahlenschutz (SSVO; AS 1963 279), wonach «strahlenexponierte Personen auf Kosten des Bewilligungsinhabers einer physikalischen Überwachung zu unterstellen» waren, auch auf den Bewilligungsinhaber selbst, konkret den Arzt, der das Röntgengerät betreibt, anwendbar war; die Justizabteilung verneinte dies, da sich weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien Anhaltspunkte für ein öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst ergeben würden; mit derselben Frage war zu einem späteren Zeitpunkt das Bundesgericht befasst – es liess die mit dem Schutz vor sich selbst verbundene Problematik indessen offen, da Art. 39 SSVO nach seiner Ansicht auch dem Schutz *Dritter* (z.B. Patienten) diene (Erkennung von Fehlerquellen), siehe BGer, Urteil vom 3. Oktober 1980, E. 4, VPB 1982 Nr. 17, 109 ff., 112 f.

²³⁸¹ SR 814.711.

²³⁸² Siehe vorne, bei Fn. 1411 ff., sowie hinten, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 3788, sowie Teil 5 III, Ziff. (3.) bei Fn. 5067 ff.

²³⁸³ SR 814.71.

liches Interesse an einem *Schutz vor sich selbst* lässt sich daraus m.E. jedoch nicht ableiten (zumal Zugangsbeschränkungen zu Solarien zuweilen durchaus kontrovers beurteilt werden²³⁸⁴). Daran ändert es nichts, dass – so die Ausführungen in der Botschaft²³⁸⁵ – die Betreiber von Solarien dazu verpflichtet sind, die Sicherheitsvorgaben der Solarienhersteller zu befolgen, diese Vorgaben aber ohnehin vorsehen (müssen), dass Personen, die unter 18 Jahre alt sind, Solarien nicht benutzen dürfen.²³⁸⁶

Selbst wenn sich ein (abstraktes, grundsätzliches) öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst nachweisen lässt, bleibt jeweils im Einzelfall und anhand der konkreten Umstände zu prüfen, ob ein solches *tatsächlich* vorliegt. Das öffentliche Interesse am Schutz vor sich selbst muss «aktuell und konkret» sein, darf sich also nicht als rein hypothetisch erweisen.²³⁸⁷ So kann ein Schutz vor sich selbst zwar *grundsätzlich* im öffentlichen Interesse liegen, doch ist durchaus denkbar, dass es sich im konkreten Fall – z.B. *mangels einer tatsächlich zu befürchtenden (Eigen-)Gefährdung* – nicht zu aktualisieren vermag.²³⁸⁸ An einem aktuellen und konkreten öffentlichen Interesse mangelt es einer paternalistisch motivierten Massnahme m.E. auch dann, wenn damit gar keine Steigerung des individuellen Wohls erreicht wird. Bis zu einem gewissen Grad verschwimmt hier die Problematik des öffentlichen Interesses mit der Verhältnismässigkeitsprüfung.²³⁸⁹

²³⁸⁴ Vgl. CLAUDIA WIRZ, Ein Kampf gegen sich selbst, NZZ vom 28. Dezember 2017, 23; s.a. hinten, Fn. 4684.

²³⁸⁵ Botsch. vom 11. Dezember 2015 zum Bundesgesetz über den Schutz vor Gefährdungen durch nichtionisierende Strahlung und Schall (NISSG), BBl 2016 465, 487 f.

²³⁸⁶ S.a. hinten, bei Fn. 4686.

²³⁸⁷ WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 1862; RHINOW/KRÄHENMANN, 176; ferner BGE 135 I 302, E. 4.2: Kein aktuelles, sondern bloss ein hypothetisches öffentliches Interesse an einer Beschränkung der Unterschriftensammlung auf öffentlichem Grund; keine zu befürchtenden «konkreten Schwierigkeiten», kein Koordinationsbedarf; s.a. BGER 2C_501/2016, E. 5.2.2 (im Zusammenhang mit der Erforderlichkeitsprüfung: kein aktuelles öffentliches Interesse an einer einem Komplementärmediziner gemachten Auflage, weibliche Patienten nur noch in Anwesenheit von mindestens einer weiteren Person im Behandlungsraum zu behandeln – keine Anhaltspunkte für eine aktuelle, von ihm ausgehende Gefährdung).

²³⁸⁸ Vgl. BRANDENBERG, 160 f.

²³⁸⁹ Vgl. BGE 130 I 16, E. 5.2, und BGE 127 I 6, E. 8, wonach ein «abstraktes» öffentliches Interesse an einer Zwangsbehandlung nicht grundsätzlich verneint werden könne – die Frage, wie weit dieses (konkret) reiche, sei jedoch im Rahmen einer Güter- bzw. Interessenabwägung zu beurteilen; zu der besonders engen Verbindung zwischen öffentlichem Interesse und Verhältnismässigkeitsprüfung beim Schutz vor sich selbst vgl. hinten, Teil 4 I, Ziff. (3.).

2. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit des öffentlichen Interesses

Selbst wenn im demokratischen Verfahren ein öffentliches Interesse bestimmt wird, muss es sich als *verfassungsrechtlich zulässig* erweisen, um staatliches Handeln anleiten zu dürfen und Freiheitsbeschränkungen rechtfertigen zu können.²³⁹⁰ Zu prüfen ist, ob die grundrechtlich geschützte Freiheit zur Verwirklichung des angeführten Allgemeininteresses tatsächlich beschränkt werden darf.²³⁹¹ Daran scheitert es, wenn das Interesse *willkürlich* festgelegt worden ist.²³⁹² Keine (genügend) ernsthaften und sachlichen Gründe dürften z.B. dann vorliegen, wenn das geltende gemachte Interesse einer blossen «Laune» entspringt oder durch eine blosser Abneigung gegen gewisse Ansichten begründet ist.²³⁹³ Zudem dürfen auch sonst keine Interessen verfolgt werden, die der Verfassung zuwiderlaufen.²³⁹⁴ So lassen sich zur Beschränkung gewisser Grundrechte nicht alle öffentlichen Interessen anrufen.²³⁹⁵ Daneben hat ein geltend gemachtes öffentliches Interesse mit den zentralen (verfassungsrechtlichen) *Werten* im Einklang zu stehen,²³⁹⁶ wobei solche Werte auch

²³⁹⁰ BGer 2C_168/2019, E. 2.4; BGE 138 I 378, E. 8.3; BGE 102 Ia 114, E. 3; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 50; ferner KIENER, Grundrechtsschranken, in: VdS 2020, V.6, Rz. 35 («Legalität begründet nicht zwangsläufig auch Legitimität»); s.a. BGE 142 I 49, E. 8.1.

²³⁹¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 366 f.; BGE 142 I 49, E. 8.1.

²³⁹² BGE 138 I 378, E. 8.3; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 50.

²³⁹³ Vgl. dazu den älteren – ein Fahrverbot für Automobile auf den Kantonsstrassen betreffenden – BGE 46 I 283, E. 3 (allerdings ohne konkrete Bezugnahme auf die Willkürproblematik): «Vom Standpunkte der daneben noch angerufenen Art. 4 BV und 9 KV aber kann das Kriterium für die Zulässigkeit des Verbots nicht in dessen Notwendigkeit für den Schutz gewisser allgemeiner staatlicher Interessen, sondern nur darin bestehen, dass sich dafür überhaupt solche Interessen – Erwägungen der öffentlichen Gesundheit, Ordnung, Sicherheit usw. – ernsthafter Art geltend machen lassen, die Massnahme nicht blosser Laune und Stimmung, der Abneigung gegen eine Neuerung oder Ansichten entspringt, die mit der Wahrung des Gemeinwohls nichts zu tun haben.»; vgl. auch hinten, bei Fn. 3886.

²³⁹⁴ BGer 2C_168/2019, E. 2.4; BGE 138 I 378, E. 8.3; BGE 102 Ia 114, E. 3.

²³⁹⁵ BGE 142 I 49, E. 8.1; nicht alle öffentlichen Interessen sind gleichermaßen geeignet, Grundrechtsbeschränkungen zu legitimieren, siehe SCHEFER, Beeinträchtigung, 77 f.; es ist jeweils grundrechtsbezogen – und mit Blick auf die von der EMKR als zulässig erklärten Eingriffsgründe – zu prüfen, welche öffentlichen Interessen tatsächlich eine Freiheitsbeschränkung rechtfertigen können (SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 48; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 317; MOOR, Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat, in: VdS, § 16, Rz. 41 [«une définition en quelque sorte négative»]); relevant ist dies etwa bei der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV; vgl. etwa BGE 131 I 223, E. 4.2; BGE 138 I 378, E. 8.3); s.a. hinten, bei Fn. 3261 und Teil 5 I. C, Ziff. (3.).

²³⁹⁶ WYSS, Öffentliche Interessen, 19; s.a. BGE 142 I 49, E. 8.1.

den Grundrechten entnommen werden können.²³⁹⁷ Nur, aber immerhin, durch die Beschränkung auf *verfassungsrechtlich zulässige* Interessen kann im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse von einem (*negativen*) «*Numerus clausus*» gesprochen werden.²³⁹⁸

Im vorliegenden Kontext stellt sich die Frage, ob und inwieweit an einem staatlichen Paternalismus überhaupt ein *verfassungskonformes* Allgemeininteresse bestehen kann. Zu prüfen wird etwa sein, ob paternalistisches Staatshandeln nicht in einem unüberwindbaren Konflikt mit dem *Subsidiaritätsprinzip* steht,²³⁹⁹ welche Aussagen (und allenfalls Grenzen) sich diesbezüglich *spezifischen verfassungsrechtlichen Schutz- und Fürsorgeaufträgen* entnehmen lassen²⁴⁰⁰ und wie es sich mit dem Umstand verhält, dass jedenfalls ein harter Paternalismus *direkt gegen die individuelle Freiheit (und die eigenständige Definition des individuellen Wohls)* gerichtet ist.²⁴⁰¹ Dabei ist auch zu untersuchen, ob die Verfassung in bestimmten Fällen eine paternalistische Intervention *fordert* bzw. die Respektierung individueller Entscheidungen (aus paternalistischen Gründen) verbietet.

Ein verfassungsrechtlich zulässiges öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst wird man aber nicht mit der Begründung verneinen können, Art. 36 Abs. 2 BV nenne nur den Schutz der Grundrechte *Dritter* als Eingriffsgrund.²⁴⁰² Richtig ist, dass dieser Schutz der Grundrechte Dritter nicht mit einem (aufgedrängten) Schutz der Grundrechte des Grundrechtsträgers *selbst* gleichgesetzt werden kann.²⁴⁰³ Daraus folgt für sich genommen aber nicht, dass der Schutz der Grundrechte des Grundrechtsträgers selbst kein zulässiges Eingriffsmotiv darstellen bzw. sich eine grundrechtliche Schutzpflicht nicht aktualisieren könnte,²⁴⁰⁴ was im Kontext eines «weichen» Paternalismus von Bedeutung ist.²⁴⁰⁵ Zudem ist nicht ausgeschlossen, dass ein (zulässiges) öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst auch *ohne* die Anrufung von Grundrechten bzw. einer grundrechtlichen Schutzpflicht besteht bzw. dargetan werden kann.²⁴⁰⁶ Im Übrigen hindert auch das

²³⁹⁷ WYSS, Öffentliche Interessen, 203; hinten, bei Fn. 3752 f.

²³⁹⁸ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 277; BGER 2C_168/2019, E. 2.4, und BGE 138 I 378, E. 8.3 («nur negativ bestimmte Interessen»).

²³⁹⁹ Dazu hinten, Teil 3 III. A. 1.

²⁴⁰⁰ Hinten, Teil 3 IV.

²⁴⁰¹ Hinten, Teil 4 II. A.

²⁴⁰² Vgl. aber z.B. WALDENMEYER, 228 f., und PAYLLIER, Hungerstreik, 324.

²⁴⁰³ Vorne, Fn. 2374 ff.

²⁴⁰⁴ Hinten, bei Fn. 2643 f.

²⁴⁰⁵ Hinten, Teil 3 IV. B. 3.

²⁴⁰⁶ OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 22; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 52; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9, Rz. 117 f.; HERMES, 229 f.; BRUNHÖBER, 166.

Demokratieprinzip die Gemeinschaft nicht daran, den Schutz vor sich selbst zu einem öffentlichen Interesse zu erklären. In einem herkömmlichen Verständnis beschreibt Demokratie eine Staatsform oder eine Form der politischen Herrschaft, in der die Staatsgewalt vom *Volk ausgeht* und das Volk an der Ausübung der öffentlichen Gewalt beteiligt ist.²⁴⁰⁷ Es geht damit um die Frage der *Legitimation der öffentlichen Gewalt*.²⁴⁰⁸ Demokratisch legitimiert ist ein Entscheid, wenn er von dem Volk getroffen wird, das für sich in Anspruch nimmt, sich selbst zu bestimmen.²⁴⁰⁹ Demokratie ist dabei regelmässig mit *Fremdbestimmung* der Mehrheit über die Minderheit verbunden.²⁴¹⁰ Dass der Einzelne in seinem eigenen Interesse gegen seinen Willen geschützt wird, nimmt dem Entscheid die demokratische Legitimation nicht.

Zu berücksichtigen ist freilich, dass nach einem demokratischen Staatsverständnis niemandem die Definitionshoheit über das für alle «Gute» und «Richtige» zukommt, dass «die Anliegen aller miteinander vermittelt werden» und dass alle Betroffenen die Möglichkeit haben müssen, sich «auch in ihrer Einmaligkeit und Besonderheit» und mit ihren «Bedürfnissen nach Entfaltungsfreiheit» sowie ihrem Verständnis des Guten und Gerechten in diesen Verständigungsprozess einzubringen.²⁴¹¹ So gesehen wirft eine Fremdbestimmung des individuellen Wohls unter dem Gesichtspunkt der «Demokratie» durchaus – hier allerdings nicht näher zu vertiefende – Fragen auf. Den Grundrechten kommt jedenfalls die wichtige Aufgabe zu, den Einzelnen vor einer Missachtung seiner Bedürfnisse und Anliegen zu schützen.²⁴¹²

D. Ergebnis

An einem paternalistischen Staatshandeln kann ein öffentliches Interesse bestehen. Dem steht nicht entgegen, dass es um den Schutz wohlverstandener *privater* Interessen geht und dieser Schutz dem Einzelnen – allenfalls gar unabhängig von Freiwilligkeitsdefiziten – *aufgedrängt* wird. Ein öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst muss sich aber als solches *im Recht* manifestieren und aktuell sein. Ausserdem bleibt jeweils zu prüfen, ob es sich tatsächlich als *verfassungsrechtlich zulässiges* Interesse erweist. Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

²⁴⁰⁷ RHINOW, Demokratie, 145; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 209 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 198; TANQUEREL, Les fondements démocratiques de la Constitution, in: VdS, § 18, Rz. 4 f.; DIGGELMANN, Verfassungsstaat, 70 und 72.

²⁴⁰⁸ DIGGELMANN, Verfassungsstaat, 72; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 198.

²⁴⁰⁹ Vgl. DIGGELMANN, Verfassungsstaat, 70 f.

²⁴¹⁰ RHINOW, Demokratie, 161 f.

²⁴¹¹ MÜLLER, Der politische Mensch, 20 f. und 71 f.

²⁴¹² MÜLLER, Der politische Mensch, 72 f.

III. Die aufgedrängte Fürsorge im Blick weiterer Verfassungsgrundsätze

A. Subsidiaritätsprinzip und «Eigenverantwortung»

Nachfolgend ist zu diskutieren, welche Bedeutung der *Subsidiarität* und der *Eigenverantwortung* für einen Schutz vor sich selbst zukommen. Klare Antworten auf die Frage, ob und inwiefern der Staat zu einem paternalistischen Handeln befugt oder eben nicht befugt ist, sind davon – wie zu zeigen ist – jedoch nicht zu erwarten. Angezeigt ist eine differenzierte Betrachtungsweise, wobei zwischen dem Subsidiaritätsgedanken und dem (damit nicht gleichzusetzenden²⁴¹³) Begriff der Eigenverantwortung zu unterscheiden ist.

1. Subsidiaritätsprinzip

Nach dem – wesentlich (aber nicht nur) durch die katholische Soziallehre geprägten²⁴¹⁴ – Gedanken der *Subsidiarität* soll die «höhere» Ebene (nur) dann eine Aufgabe erfüllen bzw. sich (nur) dann eine Aufgabe zuweisen, wenn diese durch die «tiefere» Ebene nicht selbst angemessen und «zufriedenstellend» erfüllt werden kann: Sie ist damit überfordert, die Aufgabenbewältigung übersteigt ihre Kraft, ihre Leistungsfähigkeit oder ihre «Problemlösungskompetenz»^{2415, 2416}. Diese «Kom-

²⁴¹³ Hinten, bei Fn. 2522 ff.

²⁴¹⁴ Der Gedanke der Subsidiarität lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen (vgl. dazu HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, 13 ff.; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 157; RAINER SCHUMACHER, Sind die «fremden Richter» schon «hingerichtet»? Anwaltsrevue 2016 32 ff., 34; REIST, 20). Besonders deutlich – und in einer die Diskussion bis heute prägenden Form (vgl. etwa ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 16) – wurde er in der *katholischen Soziallehre*, namentlich der *Enzyklika Quadragesimo Anno*, der Enzyklika über die gesellschaftliche Ordnung aus dem Jahr 1931, formuliert (vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 158 f.; HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, 4 und 7 ff.; zur Entstehungsgeschichte siehe GABRIEL, 16 f.). Der Gedanke der Subsidiarität hängt aber ebenso mit dem *liberalen Gedankengut* zusammen und lässt sich insofern auch als liberales Prinzip beschreiben (vgl. etwa HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, 4; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 44 ff. und 71; ferner LECHLER, 33 ff.; OPPERMAN, 220; GABRIEL, 26 ff.; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 157 f.; DERS., Gehalt, 47; HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 87; BAUMANN-MAISSEN, 121 und 123; VON DER CRONE/BEELER, 185; HALDEMANN, 156).

²⁴¹⁵ BAUMGARTNER, 18.

²⁴¹⁶ Vgl. aus der reichhaltigen Literatur NÖRR, 244; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 159 ff. und 299; HÖFFE, Subsidiarität, 54; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 28, 71 f. und 272 f.; WYSS, Öffentliche Interessen, 32 ff.; ferner etwa HALDEMANN, 156; CALLIESS, 371; HALLER/

petenzverteilungsregel»²⁴¹⁷ oder «Aufgabenverteilungsregel»²⁴¹⁸ findet sich sowohl im Verhältnis verschiedener Staatsebenen («föderalistisches Subsidiaritätsprinzip») ²⁴¹⁹ als auch – und das interessiert hier besonders – im Verhältnis Staat–Gesellschaft–Individuum («gesellschaftspolitisches Subsidiaritätsprinzip») ²⁴²⁰. Man kann diesbezüglich auch von einer bloss nachrangigen staatlichen Beteiligung an der Lösung individueller und gesellschaftlicher *Probleme* ²⁴²¹ bzw. einer nachrangigen Rolle des Staates bei der *Befriedigung individueller und gesellschaftlicher Bedürfnisse* ²⁴²² sprechen. Kompetenzverschiebungen nach «oben» sind begründungspflichtig – und zwar durch die höhere Ebene. ²⁴²³ Dabei sind die *Leistungsfähigkeit* und die «Problemlösungskompetenzen» der verschiedenen Ebenen zu vergleichen. ²⁴²⁴ Die der nachgeordneten Ebene unter Subsidiaritätsgesichtspunkten zuzugestehende Freiheit ist letztlich abhängig von ihrer Leistungsfähigkeit: ²⁴²⁵ Der unteren Ebene kommt *nicht generell* der Vorrang bei der Aufgabenerfüllung zu,

KÖLZ/GÄCHTER, Rz. 87; MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 916; vgl. auch die Formulierungen in Art. 27 Abs. 3 Satz 1 KV-AR («Der Kanton erfüllt nur Aufgaben, die nicht ebensogut von den Gemeinden oder von Privaten wahrgenommen werden können.») und in Art. 5 Abs. 3 KV-ZH, wonach der Kanton und die Gemeinden «Aufgaben von öffentlichem Interesse» wahrnehmen, «soweit Private sie nicht angemessen erfüllen»; s.a. Art. 5 Abs. 1 Cst.-NE («[...] en complément de l'initiative et de la responsabilité des autres collectivités et des particuliers [...]»); bezogen auf das Verhältnis Bund–Kantone siehe Art. 43a Abs. 1 BV; natürlich kann es auch darum gehen, der «nachgelagerten» Ebene Aufgaben wieder *zurückzuübertragen*, wenn sie (wieder) in der Lage ist, diese selbständig und angemessen zu erfüllen, vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 159 f. und 299; KOSLOWSKI, 42.

²⁴¹⁷ HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, 10.

²⁴¹⁸ HÄRTEL, Rz. 73, s.a. 76 («Massstab, nach dem die Aufgabenübernahme zu erfolgen hat»).

²⁴¹⁹ BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 16; vgl. insbesondere Art. 5a und Art. 43a BV – der Gedanke der Subsidiarität findet sich freilich auch in anderen Verfassungsbestimmungen, etwa in Art. 3, 46, 47 und 52 Abs. 2 BV; von Art. 43a BV ist primär das Verhältnis Bund–Kantone angesprochen, vgl. SGK BV-MÜLLER, Art. 43a, Rz. 6.

²⁴²⁰ BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 16; ferner RICHLI, Zweck und Aufgaben, 146, 159 ff., 201 ff., 264, 272 f., 276 f. und 299 ff.; GUT, 35 f. und 38 f.; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 533 f.; HALDEMANN, 155; NÖRR, 241, wonach das Subsidiaritätsprinzip eine gesellschaftsordnende, staatsorganisatorische und eine wirtschaftsordnungspolitische Bedeutung habe; s.a. WINZELER, 189.

²⁴²¹ Vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 299; BURG, 16.

²⁴²² Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 34; ANDREAS LIENHARD, Einbezug von Privaten bei der Gewährleistung des Umweltschutzes – Kooperations- und Auslagerungsvereinbarungen als Vollzugsinstrumente?, URP 2006, 1 ff., 9 f.

²⁴²³ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 162, 164 und 299; DERS., Gehalt, 48; KOSLOWSKI, 40; REIST, 23.

²⁴²⁴ BAUMGARTNER, 18.

²⁴²⁵ NÖRR, 244.

sondern nur insofern, als sie zur Problemlösung, Aufgabenbewältigung und Bedürfnisbefriedigung gleich gut oder besser geeignet als die höhere Ebene erscheint.²⁴²⁶ Es handelt sich insofern bloss – aber immerhin – um eine «Zuständigkeitsvermutung nach unten».²⁴²⁷

Das Subsidiaritätsprinzip in dieser vorgenannten, allgemeinen Umschreibung darf zwar nicht ohne weiteres als Teilgehalt der Verfassung bezeichnet werden.²⁴²⁸ Doch bringt die Verfassung an verschiedenen Stellen den Gedanken des «Vorrangs» der «nachgeordneten» Ebene – wenn auch in normativ und inhaltlich durchaus unterschiedlicher Hinsicht – zum Ausdruck. Der Subsidiaritätsgedanke im Verhältnis Staat–Private findet sich in allgemeiner Weise in Art. 6 BV, daneben – im spezifischen Kontext des Sozialstaats – in Art. 41 Abs. 1 BV und Art. 12 BV.²⁴²⁹ Ebenso kommt er in den – hier allerdings weniger relevanten – Bestimmungen von Art. 103 BV und Art. 104 Abs. 2 BV²⁴³⁰ sowie in Art. 102 Abs. 1 BV²⁴³¹ zum Ausdruck. Dass dem Einzelnen grundrechtlich geschützte Freiheiten zustehen und der Staat sein Handeln gegenüber Beschränkungen der individuellen Freiheit zu rechtfertigen hat (Art. 36 BV), lässt sich bis zu einem gewissen Grad ebenfalls mit dem Subsidiaritätsgedanken in Verbindung bringen.²⁴³² Besonders die *Menschenwürde* verlangt Respekt vor der individuellen Eigenverantwortung und insofern auch die Nachrangigkeit der staatlichen Tätigkeit.²⁴³³ Dass das staatliche Handeln im *öffentlichen Interesse* liegen muss, lässt sich insofern als Ausdruck des Subsidiaritätsgedankens verstehen, als damit staatliches Handeln von einem Bedürfnisnachweis abhängig gemacht wird.²⁴³⁴ Weiter besteht eine gewisse Ähnlichkeit zwischen dem Subsidiaritätsprinzip und der *Verhältnismässigkeitsprüfung*.²⁴³⁵ Allerdings geht der Subsidiaritätsgedanke darüber hinaus: Bei der Prüfung, ob ein (überwiegendes) Interesse an der Beschränkung individueller Freiheiten besteht, wird das verfolgte *Ziel* nicht – jedenfalls nicht zwingend – daraufhin hinterfragt, ob es unter dem Aspekt der *Nachrangigkeit* staatlicher Hilfe legitim und insofern «subsidiaritäts-

²⁴²⁶ KOSLOSWKI, 40; HÄRTEL, Rz. 76.

²⁴²⁷ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 164, s.a. 162; ferner BAUMANN-MAISSEN, 121.

²⁴²⁸ Vgl. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 12 ff.

²⁴²⁹ REIST, 23; RICHLI, Gehalt, 50 f.

²⁴³⁰ WYSS, Öffentliche Interessen, 33 («Subsidiaritätsschwelle»); BAUMANN-MAISSEN, 122.

²⁴³¹ RICHLI, Gehalt, 50 f.

²⁴³² ISENSEE, Subsidiarität, 162; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 211; vgl. im Kontext der Wirtschaftsfreiheit auch VÖGELI, 166 f.

²⁴³³ OPPERMANN, 219; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203; vorne, Fn. 1009 und bei Fn. 1192.

²⁴³⁴ Vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 211 f.

²⁴³⁵ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 211 f.; REIST, 21; KOLLER, Subsidiarität, 680; VON DER CRONE/BEELER, 185.

gemäss» ist²⁴³⁶ (deshalb richtet sich auch die Verhältnismässigkeitsprüfung nicht durchwegs an einem «subsidiaritätsgemässen» Ziel aus²⁴³⁷).²⁴³⁸

Ob es sich rechtfertigt, das gesellschaftspolitische Subsidiaritätsprinzip als *eigenständiges Verfassungsprinzip* zu bezeichnen, ist nicht ohne weiteres klar.

Allgemein ist die Feststellung zu treffen, dass der Begriff des (Verfassungs-)Prinzips in der verfassungsrechtlichen Diskussion mit einigen Unschärfen und Unklarheiten behaftet ist.²⁴³⁹ Zurückhaltung ist zunächst damit geboten, das Subsidiaritätsprinzip als *Strukturprinzip* zu verstehen, wie dies zuweilen vertreten oder zumindest erwogen wird.²⁴⁴⁰ Zwar lässt die Verfassung durchaus Raum für «neue» Strukturprinzipien.²⁴⁴¹ Von einem Strukturprinzip sollte man jedoch nur dann sprechen, wenn es sich um ein für das Gemeinwesen *prägendes, identitätsstiftendes, tragendes und charakteristisches* Element handelt²⁴⁴² und es ein Bündel an Verfassungsgrundsätzen

²⁴³⁶ Siehe RICHLI, Zweck und Aufgaben, 212; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 91; RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeit, in: VdS 2020, Bd. II, IV.7, Rz. 30.

²⁴³⁷ Vgl. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 91, 281 und 314; s.a. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 212.

²⁴³⁸ Siehe dazu auch MÜLLER, Eigenverantwortung, 561 f.

²⁴³⁹ Vgl. WIEDERKEHR, Fairness, 133 und v.a. 139 ff.; ENGI, Prinzipienbegriff, 59; ferner EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 88; HALDEMANN, 192; MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 13; allgemein lässt sich sagen, dass sich Prinzipien durch einen *hohen Abstraktionsgrad* auszeichnen und eine *unmittelbare Subsumption* eines bestimmten Sachverhalts bzw. die Ableitung einer bestimmten Rechtsfolge nicht zulassen (vgl. KRAMER, Funktionen 199 ff. mit Differenzierungen; DERS., Methodenlehre, 273 und 275; WIEDERKEHR, Fairness, 143; REIMER, Verfassungsprinzipien, 171 ff., 255 und 257 ff.). Darin liegt ein Unterschied zu Rechtsregeln (vgl. HUMBERTO BERGMANN ÁVILA, Theorie der Rechtsprinzipien, Berlin 2006, 28 f. und mit Differenzierungen in 62 ff. und 69 ff.; OESCH, Rechtsgleichheit, 124 f.; GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 127 und 131 f.), wobei die Trennlinie zwischen Regel und Prinzip nicht scharf gezogen werden kann (vgl. etwa SCHEFER, Kerngehalte, 78; siehe zu der im Einzelnen umstrittenen, hier nicht weiter vertiefungswürdigen Abgrenzung von Regeln und Prinzipien etwa SCHILLING, 85 ff.).

²⁴⁴⁰ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 265 f. und 300, bezeichnet das Subsidiaritätsprinzip als Strukturprinzip (und zwar auch im Verhältnis Staat–Individuum); gemäss RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 217 und 220 ff., ist die Subsidiarität ein verfassungsgestaltendes Prinzip (bzw. Strukturprinzip, siehe ebd. Rz. 185) und zwar auch im Verhältnis Staat–Gesellschaft–Individuum; ferner KOLLER, Subsidiarität, 678 und – bezogen auf Art. 5 KV ZH – MÜLLER, Komm. zu Art. 5 KV ZH, Rz. 24.

²⁴⁴¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 205; s.a. MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 20 ff., 37 ff.; als «tragende Grundelemente» oder «Strukturprinzipien» gelten heute: Rechtsstaat, Demokratie, Föderalismus und Sozialstaat (ENGI, Prinzipienbegriff, 60; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHEER, Rz. 168; freilich werden in der Lehre auch weitere Strukturprinzipien identifiziert, siehe etwa MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467 ff.).

²⁴⁴² Siehe dazu TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 203 und 205; MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 11; ENGI, Prinzipienbegriff, 61, 62 und 64.

normen (mit einer jeweils vergleichbaren Ausrichtung²⁴⁴³) in sich oder hinter sich zu vereinigen vermag.²⁴⁴⁴ Ein Strukturprinzip sollte zudem einen *eigenständigen Gehalt* neben bereits bestehenden Strukturprinzipien haben und nicht einfach in andere Strukturprinzipien integrierbar sein oder bereits darin integriert sein.²⁴⁴⁵ Auch sollte es – mit Blick auf die den Strukturprinzipien zugewiesene Funktion und Rolle – geeignet sein, die «Vielfalt» verschiedener Verfassungsbestimmungen «auf wesentliche Leitgedanken» zu reduzieren,²⁴⁴⁶ zu einer stärkeren Rationalität in der juristischen Argumentation beizutragen²⁴⁴⁷ und einen Beitrag zur Konkretisierung von (Verfassungs-)Rechtsnormen²⁴⁴⁸ oder zur Lösung von Normkonflikten zu leisten.²⁴⁴⁹ Nun bleibt das *Subsidiaritätsprinzip* als solches doch relativ schillernd und ist verschiedenen Interpretationen zugänglich, was seine «Steuerungskraft» erheblich relativiert.²⁴⁵⁰ Weiter wird zu Recht darauf hingewiesen, dass das Subsidiaritätsprinzip bereits in anderen Strukturprinzipien abgebildet ist, in denen es zudem spezifische Gehalte aufweist (Rechtsstaatsprinzip: Schutz der Freiheit und Würde; Bundesstaatsprinzip: Föderalismus; Sozialstaatsprinzip: Vorrang der Eigenverantwortung und Selbstvorsorge).²⁴⁵¹

Die Postulierung der Subsidiarität im Verhältnis *Staat–Gesellschaft–Private* als eigenständiger (und mit rechtsnormativer Kraft ausgestatteter²⁴⁵²) *Verfassungsgrundsatz* (bzw. als *Verfassungsprinzip*²⁴⁵³) – was m.E. mehr ist als ein blosses «Prinzip in der Verfas-

²⁴⁴³ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 19.

²⁴⁴⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 206 f.; ferner MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 42; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467.

²⁴⁴⁵ MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 43 f. und 54; RHINOW, Demokratie, 154; s.a. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467.

²⁴⁴⁶ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 186.

²⁴⁴⁷ MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 91.

²⁴⁴⁸ Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 187; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 207; TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: VdS, § 9, Rz. 19; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467.

²⁴⁴⁹ Vgl. MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. I, Rz. 1467; s.a. MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 43.

²⁴⁵⁰ Hinten, bei Fn. 2463 ff.

²⁴⁵¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 206.

²⁴⁵² Als Verfassungsgrundsätze werden hier nur solche «Prinzipien» verstanden, die «rechtsnormative Qualität» aufweisen, siehe EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 88 und 112 ff.; KOLLER, Grundsätze, 43; s.a. KOLLER, Subsidiarität, 679.

²⁴⁵³ Die Begriffe (Verfassungs-)Prinzip und (Verfassungs-)Grundsatz werden meist synonym verwendet (siehe EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 87; s.a. WIEDERKEHR, Fairness, 152 f.; für eine Differenzierung zwischen «Grundsätzen» und «Prinzipien» hingegen ENGI, Prinzipienbegriff, 66; differenzierend auch REIMER, Verfassungsprinzipien, 233 ff.); zwischen *Verfassungsprinzipien* und *Strukturprinzipien* wird teilweise begrifflich unterschieden (KOLLER, Grundsätze, 18 ff.), zuweilen wird der Begriff des Verfassungsprinzips auch als Übergriff verwendet, der die Strukturprinzipien miteinschliesst (EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 88; HALDEMANN, 192); zu den (begrifflichen) Schwierigkeiten im Umgang mit (Verfassungs-)Prinzipien siehe bereits vorne, Fn. 2439.

sung»²⁴⁵⁴ – ist damit zwar nicht ausgeschlossen,²⁴⁵⁵ wirft aber – nicht zuletzt mit Blick auf die Unschärfe des verfassungsrechtlichen Prinzipienbegriffs – doch gewisse *Fragen* auf. Eine Anerkennung scheidet weniger daran, dass der Gedanke der Nachrangigkeit der staatlichen Hilfe und des «Vorrangs» der eigenverantwortlichen Bedürfnisbefriedigung ein reines Postulat oder bloss eine staatspolitische Maxime wäre²⁴⁵⁶ – namentlich der Bestimmung von Art. 6 BV kann eine rechtsnormative Kraft nicht abgesprochen werden.²⁴⁵⁷ Ebenso wenig spricht der hohe «Abstraktionsgrad» für sich genommen gegen die Anerkennung des (gesellschaftspolitischen) Subsidiaritätsprinzips als eigentliches Verfassungsprinzip, sind solche doch naturgemäss von hoher Allgemeinheit.²⁴⁵⁸ Der Subsidiaritätsgedanke weist m.E. auch die für ein Verfassungsprinzip charakteristische²⁴⁵⁹ Grundsätzlichkeit und generelle, «bereichsübergreifende» und zentrale Bedeutung auf, ebenso bringt es – was für einen Verfassungsgrundsatz ebenfalls typisch ist²⁴⁶⁰ – einen (zuweilen auch ausserrechtlichen) «Grundwert» zum Ausdruck und enthält – gleichermaßen kennzeichnend für einen Verfassungsgrundsatz²⁴⁶¹ – eine «Leitlinie», einen «Leitgedanken» für staatliches Handeln. Um ein «Prinzip» in den Rang eines (eigenständigen) Verfassungsgrundsatzes zu heben, sollte es aber doch geeignet sein, als Handlungs- und Entscheidungsmaßstab tatsächlich zu dienen; auch sollte es eine über bereits bestehende Prinzipien hinausgehende, eigenständige und zusätzliche Bedeutung aufweisen, mithin nicht bereits durch andere Prinzipien abgedeckte Entscheidungskriterien und Bewertungsmaßstäbe enthalten.²⁴⁶² Jedenfalls wird man (auch) in der Diskussion um eine Statuierung des gesellschaftspolitischen Subsidiaritätsprinzips als eigentlichen Verfassungsgrundsatz nicht übersehen dürfen, dass das Subsidiaritätsprinzip reichlich «schillert», keine scharfen Konturen aufweist,

²⁴⁵⁴ REIMER, Verfassungsprinzipien, 255 ff.; siehe dazu insbesondere bei Fn. 2459 ff.

²⁴⁵⁵ Vgl. TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 186 (Subsidiaritätsprinzip als «allgemeines Prinzip von Verfassungsrang»); RICHLI, Zweck und Aufgaben, 266 ff. und 300 f.; zur aBV EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 114; bezogen auf Art. 5 KV-ZH s.a. MÜLLER, Komm. zu Art. 5 KV ZH, Rz. 24 (wonach das Subsidiaritätsprinzip «partiell sogar den Rang eines Verfassungsgrundsatzes haben» könne); zurückhaltend KOLLER, Subsidiarität, 679 ff.; KOLLER, Grundsätze, 21, 40 und 42 f.

²⁴⁵⁶ Bei der Qualifikation des Subsidiaritätsprinzips als Verfassungsgrundsatz steht häufig die Frage nach seiner rechtsnormativen Kraft im Vordergrund (vgl. VÖGELI, 166; EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 114).

²⁴⁵⁷ Dazu vorne, bei Fn. 1574 ff.

²⁴⁵⁸ WALDMANN, Subsidiarität, 9; vgl. zur Allgemeinheit und umfassenden Geltung von Verfassungsprinzipien ferner KOLLER, Grundsätze, 19; WIEDERKEHR, Fairness, 152.

²⁴⁵⁹ REIMER, Verfassungsprinzipien, 254 ff.

²⁴⁶⁰ GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 127 f.; s.a. WIEDERKEHR, Transparenz, 541 f.

²⁴⁶¹ KRAMER, Methodenlehre, 293 ff., insb. 295 f.; WIEDERKEHR, Transparenz, 541 f.; KOLLER, Grundsätze, 42.

²⁴⁶² WIEDERKEHR, Fairness, 169 f.; DERS., Transparenz, 525 f.; vgl. auch KOLLER, Grundsätze, 43, wonach nur solche «Rechtsgedanken» als «Verfassungsgrundsätze» bezeichnet werden sollten, «die sich grundsätzlich dazu eignen, im Rahmen einer richterlichen Prüfung als Maßstab zu dienen»; ferner EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 114, wonach die Anerkennung von Verfassungsprinzipien «besonders da nahe zu liegen [scheint], wo geschriebene Grundrechte, die im Rechtsstaat als unentbehrlich betrachtet werden, zurückhaltend aufgeführt sind».

verschiedenen Lesearten zugänglich ist, unterschiedliche Bedeutungsgehalte haben kann und keine eindeutige Handlungsrichtung vorgibt;²⁴⁶³ mithin der *Entscheidungsmaßstab* nicht so *eindeutig* ist, wie er vielleicht zunächst erscheinen mag (und zudem je nach betroffenem Sach-, Lebens- oder staatlichem Aufgabenbereich variieren kann²⁴⁶⁴): So kann es – worauf nachstehend einzugehen ist – eher als (primär) individualschützendes Prinzip interpretiert werden oder doch eher (was seinem Grundgedanken näher kommen dürfte) als Prinzip, das auf den Schutz des Staates und der Allgemeinheit vor einer Überforderung abzielt und das Gemeinwohl *aller* im Blick hat (dabei aber zumindest mittelbar individuelle Freiheiten schützt); zudem enthält das Subsidiaritätsprinzip auch ein Hilfsgebot, kann also auch Antrieb für staatliches Handeln sein.²⁴⁶⁵ Darüber hinaus scheint mir ganz grundsätzlich eine gewisse Zurückhaltung bei der Anerkennung von Verfassungsprinzipien angezeigt.²⁴⁶⁶ Zwar mag damit – in gewissen Fällen – die Verfassung «rechtsinhaltlich bereichert werden»²⁴⁶⁷, doch können mit der Anerkennung von Verfassungsprinzipien auch Nachteile verbunden sein: Befürchtet wird etwa ein Verlust an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit²⁴⁶⁸ oder eine Verlagerung von «Entscheidungsmacht» auf die mit der Konkretisierung von Prinzipien befassten rechtsanwendenden Organe.²⁴⁶⁹ Zudem birgt die Berufung auf allgemeine Prinzipien eine gewisse Gefahr, dass bestimmte Vorverständnisse und Eigenwertungen «verschleiert» werden.²⁴⁷⁰

Unabhängig von der Frage, welcher rechtliche Charakter und welche rechtsnormative Kraft das Subsidiaritätsprinzip im Einzelnen aufweist, bleibt zu beachten, dass ihm bezogen auf paternalistisches Staatshandeln nicht unbedingt die begrenzte Wirkung zukommt, die man oberflächlich betrachtet vielleicht vermuten würde:

- (1.) Zunächst ist zu bedenken, dass der Subsidiaritätsgedanke *als solcher* nur bedingt einen Schutz vor (aufgedrängter) staatlicher Fürsorge bieten soll. Dem Subsidiaritätsprinzip geht es nicht um einen irgendwie gearteten «*Minimalstaat*», um eine möglichst weitgehend «staatsfreie Gesellschaft» – es ist we-

²⁴⁶³ Vgl. etwa RICHLI, Zweck und Aufgaben, 164 und 203; MARX, 45 und 48 f.; EICHENBERGER, Aufgabenverteilung, 534; REIST, 24 f.; BAUMGARTNER, 13 f.; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 13; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 206.

²⁴⁶⁴ Vgl. SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 31.

²⁴⁶⁵ Kritisch zur Statuierung des Subsidiaritätsprinzips als «allgemeiner verfassungsrechtlicher Rechtsgrundsatz» des deutschen GG LECHLER, 49 und 53.

²⁴⁶⁶ Vgl. BIAGGINI, Entwicklungen, 40.

²⁴⁶⁷ EICHENBERGER, Komm. aBV, Verfassungsrechtliche Einleitung, Rz. 114.

²⁴⁶⁸ FÜHR, 190.

²⁴⁶⁹ BIAGGINI, Entwicklungen, 40 (der zudem befürchtet, dass sich durch eine vorschnelle, unkritische Postulierung von Verfassungsprinzipien «bestehende demokratische Gestaltungsspielräume» verengen); FÜHR, 190.

²⁴⁷⁰ Siehe KRAMER, Methodenlehre, 296, wonach «[d]ie Berufung auf allgemeine Rechtsprinzipien [...] nicht dazu dienen» dürfe, «richterliche Eigenwertungen zu verschleiern, denen ganz andere Inspirationsquellen zugrunde liegen als die *pro forma* apostrophierten Rechtsprinzipien» (Herv. im Original).

sentlich von der *Sorge um den Staat* als solchem getragen.²⁴⁷¹ Es hat von seiner grundsätzlichen Konzeption her zwar durchaus das individuelle Wohl, die Würde und die individuelle Freiheit, Entfaltung und Mitbestimmung im Blick,²⁴⁷² aber dies nicht einfach im Sinne einer unmittelbaren Ermöglichung umfassender individueller Selbstentfaltung und -verwirklichung. Von zentraler Bedeutung ist immer auch der **Schutz des Staates vor einer Überforderung** und Überlastung. Dessen Leistungsfähigkeit soll erhalten und gesichert werden, damit er das Wohl (aller) überhaupt (weiterhin) zu garantieren und zu befördern vermag und (langfristig) die Grundlagen für menschliche Existenz und Entfaltung bereitstellen kann.²⁴⁷³

Auch im verfassungsrechtlichen, sozialstaatlichen Kontext ist der Gedanke der Subsidiarität (und der Eigenverantwortung) *wesentlich* vom Anliegen geprägt, den Staat vor einer *Überforderung* zu bewahren und soziale Aufwendungen gering zu halten. Dieser eher verpflichtende, Freiheiten (auch) begrenzende Gehalt begegnet uns insbesondere in Art. 6 BV – wesentliches Anliegen dieser Bestimmung ist eine Begrenzung des Leistungsstaats (*Vorrangigkeit privater Selbsthilfe*).²⁴⁷⁴ Aber auch die Betonung der Subsidiarität in Art. 41 Abs. 1 BV ist vom Bedürfnis getragen, den Leistungsstaat vor einer Überforderung und Überlastung zu bewahren. In Art. 12 BV wird die Eigenverantwortung («nicht in der Lage [...], für sich zu sorgen») ausdrücklich erwähnt, um den Begriff der Notlage zu präzisieren. Diese Ausrichtung relativiert das Subsidiaritätsprinzip als Schutz vor staatlicher Bevormundung, wenn auch nicht zu verkennen ist, dass der in Art. 6 BV zum Ausdruck kommende Subsidiaritätsgedanke zusätzlich von der Befürchtung einer übermässigen staatlichen «Bevormun-

²⁴⁷¹ Vgl. BAUMGARTNER, 21 f.; vgl. ferner RICHLI, Zweck und Aufgaben, 275 f.; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 274 f.; HÄRTEL, Rz. 77 (kein «Minimalstaat»); s.a. HÖFFE, Subsidiarität als Gesellschafts- und Staatsprinzip, 23.

²⁴⁷² BAUMGARTNER, 16 und 20; ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 71 f. und 272 f.; MÜLLER, Der politische Mensch, 171 f.; RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203, 159 ff. und 303; ferner KOLLER, Subsidiarität, 677; POHMER, 132 f. und 156; HALDEMANN, 156; MARX, 41.

²⁴⁷³ Vgl. MARX, 41 ff., 49 und 52; BAUMGARTNER, 16 f. und 21 f.; so war die Betonung der Subsidiarität in der *Enzyklika Quadragesimo Anno* wesentlich von der Befürchtung eines *überforderten Staates* geprägt, vgl. dort, Ziff. 78 f. (abrufbar unter: www.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html); HÖFFE, Subsidiarität, 53; BAUMGARTNER, 21; POHMER, 133; ferner NÖRR, 241 f.; zur Problematik der Überforderung des Staates durch das Anwachsen von Staatsaufgaben vgl. HEBEISEN, 58 ff.

²⁴⁷⁴ Vorne, bei Fn. 1499 ff.

«dung» getragen sein dürfte.²⁴⁷⁵ Der eben beschriebenen Stossrichtung des Subsidiaritätsgedankens lässt sich aber zumindest die Forderung entnehmen, paternalistisch motivierte Fürsorge mit **Augenmass** zu gewähren: Ein Staat, der (umfassend) Fürsorge leistet, wo diese nicht gewollt ist, läuft Gefahr sich selbst zu *überfordern*.

- (2.) Weiter ist festzuhalten, dass das Subsidiaritätsprinzip der Anerkennung eines öffentlichen Interesses als **verfassungsrechtlich zulässiges öffentliches Interesse** nicht entgegensteht: Eine solche Bindungswirkung und Überlagerung des Demokratieprinzips durch das Subsidiaritätsprinzip ist der Verfassung nicht zu entnehmen;²⁴⁷⁶ auch bietet das Subsidiaritätsprinzip angesichts seiner Offenheit und Kontextabhängigkeit zu wenig konkrete Leitlinien, um einen verlässlichen und überzeugenden Entscheidungsmassstab für die Frage zu liefern, ob einem öffentlichen Interesse die Verfassungsmässigkeit abzusprechen ist oder nicht.
- (3.) Letzteres schliesst freilich nicht aus, das Subsidiaritätsprinzip bei **der Bestimmung und der Gewichtung öffentlicher Interessen beizuziehen**.²⁴⁷⁷ Die verschiedenen Anklänge des Subsidiaritätsprinzips in der Verfassung sprechen zumindest gegen die **vorschnelle Unterstellung eines allgemeinen Bedürfnisses bzw. eines öffentlichen Interesses an einem Schutz vor sich selbst**. Dies ist namentlich bei der Konkretisierung offengehaltener Verfassungs- oder Gesetzbefugungsaufträge oder im Rahmen der Ermessensausübung relevant.²⁴⁷⁸

²⁴⁷⁵ Dazu vorne, bei Fn. 1517 ff.; zum Subsidiaritätsprinzip als auch liberales Prinzip vgl. bereits vorne, in Fn. 2414.

²⁴⁷⁶ Vgl. bezogen auf das föderalistische Subsidiaritätsprinzip SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER, Art. 5a, Rz. 15 und 20 sowie SGK BV-MÜLLER, Art. 43a, Rz. 5.

²⁴⁷⁷ Für eine Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse vgl. MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 757 und 787; MOOR, *Principes de l'activité étatique et responsabilité de l'Etat*, in: VdS, § 16, Rz. 42; DERS., *Intérêts publics*, 23 (allerdings relativierend mit Bezug auf die Steuerungskraft des Subsidiaritätsprinzips; siehe hinten, bei Fn. 2483); MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: VdS, § 39, Rz. 54, wonach «[d]as in Art. 6 formulierte Subsidiaritätsprinzip [...] für die inhaltliche Bestimmung und Gewichtung eines jeden öffentlichen Interesses mit begleitend» sei; WYSS, *Öffentliche Interessen*, 32 ff. (Bestimmung der staatlichen Aufgaben auch mit Blick auf den Subsidiaritätsgedanken); RICHLI, *Zweck und Aufgaben*, 212 f., 270, 300 und 302, zieht eine – nicht in der Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit aufgehende – eigenständige Subsidiaritätsprüfung vor; zur Bedeutung der verfassungsrechtlichen Werte und Grundsätze bei der Bestimmung des öffentlichen Interesses vgl. vorne, Fn. 2368.

²⁴⁷⁸ Vgl. auch vorne, bei Fn. 2362 ff., insb. 2369.

- (4.) Bei der Überprüfung paternalistischen Staatshandelns auf seine Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritätsprinzip ist zudem Folgendes zu beachten: Das (gesellschaftspolitische) Subsidiaritätsprinzip als Aufgabenverteilungsprinzip verlangt in erster Linie, dass der Staat keine Aufgaben wahrnimmt, die *mindestens gleich gut auch von Privaten erfüllt werden können*; es entfaltet von seinem Grundgedanken her keine Sperrwirkung gegen die *Definition* einer bestimmten Aufgabe als «Gemeinwohlaufgabe» an sich²⁴⁷⁹ –, sondern nur gegenüber einer unter Subsidiaritätsgesichtspunkten «unnötigen» *staatlichen* Erfüllung der als öffentlich definierten Aufgabe.²⁴⁸⁰ Das Subsidiaritätsprinzip vermag die Gemeinschaft auch nicht auf einer grundsätzlichen Ebene daran zu hindern, **private Lebensbereiche zur Gemeinwohlaufgabe zu erklären**.

Aber gilt dies auch dann, wenn der Betroffene kein Bedürfnis nach einem Schutz äussert? So mag der Einzelne einwenden, er sei *selbst* am besten in der Lage, für sich selbst zu sorgen, seine Interessen zu bestimmen, gemäss seinen eigenen Präferenzen zu handeln und zu entscheiden, was seiner Zielverfolgung am besten dient – er selbst sei also die *adäquate* Ebene zur Beförderung des – mit dem Schutz vor sich selbst bezweckten – individuellen Wohls. Doch gerade diesbezügliche *Zweifel* sind es eben, die den Staat zu einem Eingreifen veranlassen – der Schutz wird einer Person deshalb aufgedrängt, weil sie nicht als dazu fähig erachtet wird, «angemessen» für sich selbst zu sorgen, ihre Wohlfahrt «optimal» zu befördern und «vernünftige» und «kluge» Entscheidungen zu treffen – der Staat erachtet sich insofern als die *geeignete* Instanz, um zu entscheiden, was im besten Interesse des Einzelnen liegt und wie dies zu erreichen ist. Wenn der Staat aber *tatsächlich* das *individuelle* Wohl schützen und befördern will, ist zu beachten, dass er nicht immer oder nicht zwingend besser als der Einzelne weiss, was für ihn *am besten* ist.²⁴⁸¹ Soweit der Einzelne gleich gut oder besser als der Staat in der Lage ist, seine Interessen zu schützen und sein individuelles Wohl zu befördern, hat sich der Staat aufgrund des Subsidiaritätsgedankens aus der «Aufgabenerfüllung» zurückzuzul-

²⁴⁷⁹ Vgl. bereits vorne in diesem Abschnitt, Ziff. (2.).

²⁴⁸⁰ ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 71 f., 173 («Das Subsidiaritätsprinzip setzt lediglich voraus, dass die staatliche Instanz sich nach dem bonum commune ausrichtet und erst tätig wird, wenn die eigen- oder fremdnützig handelnden Privaten den Forderungen des bonum commune nicht genügen.»), 177 und 272 f.; ferner ZIMMERLI, 15, wonach das Subsidiaritätsprinzip insofern «absolut» wirke, als es «staatliche Freiheitsbeschränkungen zur Erreichung eines dem Gemeinwohl dienenden, *noch zu definierenden Zwecks* nur» zulasse, «wenn die Einzelnen nicht fähig oder willens sind, sich die zur Gewährleistung des Allgemeinwohls erforderlichen Beschränkungen selber aufzuerlegen» (Herv. d. Verf.).

²⁴⁸¹ Vgl. hinten, bei Fn. 3942 ff.

ten.²⁴⁸² Aber: Ob und wann dies der Fall ist, ergibt sich allein aus dem Subsidiaritätsprinzip nicht.²⁴⁸³ Es enthält nur eine *Kompetenzvermutung* «nach unten», verlangt aber *nicht*, dass der Staat von einer Bessererfüllung einer Aufgabe durch die nachgeordnete Ebene *zwingend ausgehen muss*. Insbesondere beantwortet es die Frage nicht, *wer* in einem konkreten Fall am besten zum Entscheid in der Lage ist, was die individuelle Wohlfahrt optimal befördert.²⁴⁸⁴ Wenn aber erstellt ist, dass dies der Einzelne ist, oder man zumindest sagen kann, dass die Bestimmung des individuellen Wohls aufgrund der (übrigen) verfassungsrechtlichen Wertungen und Vorgaben (primär) Sache des Einzelnen *sein soll* (was zu bejahen ist²⁴⁸⁵), dann ist der Staat aufgrund des Subsidiaritätsgedankens zur *Zurückhaltung* gemahnt.²⁴⁸⁶ Zudem zeigt sich das Subsidiaritätsprinzip hier auch in seinem «partizipatorischen Gehalt»²⁴⁸⁷ und zwar insofern, als die Betroffene **anzuhören ist und mitbestimmen darf**, wenn es um die Frage geht, welche Schutzbedürfnisse tatsächlich bestehen, was ihrem eigenen Wohl entspricht und wer am besten zu dessen Schutz und Förderung geeignet ist.

- (5.) Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips hat der Staat aber immer zu prüfen, ob sich der als erforderlich erachtete Schutz nicht bereits durch **gesellschaftliche Selbststeuerung**²⁴⁸⁸ oder «private Solidarität»²⁴⁸⁹ einstellt oder einstellen kann: Wird die gebotene Fürsorge (bereits) durch **Private** (Familie, Eltern²⁴⁹⁰, pri-

²⁴⁸² Illustrativ, wenn auch ohne direkte Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip, die Ausführungen des Bundesrates in der Botsch. vom 28. Juni 2000 zur Volksinitiative «für eine kürzere Arbeitszeit», BBl 2000 4108, 4141 f.: «Der Bundesrat ist grundsätzlich für eine Verkürzung der Arbeitszeit. Diese soll aber weiterhin in erster Linie Sache der Sozialpartner bleiben, die *am besten abschätzen können*, inwieweit eine Arbeitszeitverkürzung für ihre Branche möglich ist» (Herv. d. Verf.).

²⁴⁸³ Allgemein bezogen auf das Subsidiaritätsprinzip: MOOR, *Intérêts publics*, 23.

²⁴⁸⁴ Gemäss NÖRR, 244, steht in der Konzeption des Subsidiaritätsprinzip die «Bewertungsmacht über den Erfolg subsidiären Handelns und damit die Definitionsmacht über die Freiheit des Einzelnen [...] nie dem Einzelnen, sondern immer den anderen Stufen oder Einheiten des subsidiären Gefüges zu» – ob sich das so allgemein sagen lässt, sei hier dahingestellt; richtig ist jedenfalls, dass dem Subsidiaritätsgedanken nicht generell die Forderung entnommen werden kann, dass der nachgelagerten Ebene die Bestimmungsmacht über ihre Leistungsfähigkeit zur Aufgabenerfüllung zukommen muss.

²⁴⁸⁵ Dazu im Einzelnen hinten, bei Fn. 2520 ff., 3285 ff. und in Teil 4 II.

²⁴⁸⁶ Vgl. auch hinten, bei Fn. 3956.

²⁴⁸⁷ Zu dieser Funktion: MÜLLER, *Der politische Mensch*, 172.

²⁴⁸⁸ Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3379; SIKI, 68 – jeweils im Kontext sozialstaatlichen Handelns.

²⁴⁸⁹ MASTRONARDI, *Verfassungslehre*, Rz. 916.

²⁴⁹⁰ Vgl. auch hinten, bei Fn. 3372.

vate Vereine, Verbände und Organisationen) hinreichend *erbracht*? Kann sie durch Private nicht gleich gut oder gar besser als durch den Staat *erbracht werden*?²⁴⁹¹ Etwa weil sie in einem bestimmten Fall als geeigneter erscheinen, die Bedürfnisse des Betroffenen einzuschätzen und zu erkennen, was – im Licht seiner subjektiven Präferenzen – seinem individuellen Wohl tatsächlich dient und was ihm allenfalls schadet.²⁴⁹² Dieser Respekt vor den bestehenden gesellschaftlichen *Kräften und Intermediären* (Familie, Vereine usw.) – und allenfalls deren Stärkung – ist ein wichtiger Aspekt des Subsidiaritätsgedankens;²⁴⁹³ er kommt insbesondere in Art. 41 Abs. 1 BV – dem Verweis auf die persönliche Verantwortung und v.a. die *persönliche Initiative* – zum Ausdruck,²⁴⁹⁴ daneben in Art. 6 BV.²⁴⁹⁵ Damit wird zwar nicht zwingend Paternalismus also solcher verunmöglicht oder verhindert, aber doch *staatlicher* Paternalismus begrenzt.

Beispielsweise stellt sich die Frage, ob private Suizidhilfeorganisationen nicht selbständig in der Lage sind, die Autonomie des Sterbewunschs ausreichend abzuklären, weshalb auf staatliche Interventionen (gesetzlich vorgesehene Rezeptpflichten, Beschränkung der Abgabe von Betäubungsmitteln auf Ärzte) verzichtet werden könnte. Nach der Rechtsprechung vermögen Suizidhilfeorganisationen die entsprechenden Garantien indessen nicht zu bieten; die Verantwortung für den Einsatz von Natrium-Pentobarbital (NaP) könne Suizidhilfeorganisationen deshalb nicht übertragen werden und es sei an der ärztlichen Rezeptpflicht festzuhalten.²⁴⁹⁶

- (6.) Schliesslich ist der Staat aufgrund des Subsidiaritätsprinzips gehalten, die Notwendigkeit einer paternalistischen Intervention zu **begründen**. Insbesondere hat er darzulegen, warum sich eine staatliche Intervention in den dem Einzelnen durch die Verfassung zugewiesenen²⁴⁹⁷ Eigenverantwortungsbereich rechtfertigt bzw. warum es angezeigt ist, den Einzelnen (um seiner selbst willen) in seiner Eigenverantwortung zu beschränken. Eine solche Begründungs-

²⁴⁹¹ Siehe MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 916; vgl. im Kontext der Sozialhilfe Tschudi, Sozialverfassung, 87 und 90 sowie SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 24; vgl. im Kontext medizinischer Zwangseingriffe BGE 118 Ia 427, E. 7c, wonach medizinische Zwangseingriffe zum Schutz der Gesundheit einer nicht oder nur beschränkt urteilsfähigen Person nur insofern zulässig sind, als «nicht gewährleistet ist, dass der für ihn Verantwortliche seine Fürsorgepflicht vollumfänglich in seinem Interesse ausübt».

²⁴⁹² Vgl. hinten, bei Fn. 3371 f. und 3954.

²⁴⁹³ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 160, 277 und 301; s.a. ISENSEE, Subsidiarität, 164 f.; HÖFFE, Subsidiarität, 55.

²⁴⁹⁴ BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 15; SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Komm. zu Art. 41, Rz. 14 und 29 f.

²⁴⁹⁵ SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 20 ff., 29 und 39.

²⁴⁹⁶ BGE 133 I 58, E. 6.3.3 und 6.3.5.2.

²⁴⁹⁷ Vgl. dazu die Verweise vorne, in Fn. 2485.

pflicht fließt m.E. aus dem in Art. 6 BV verankerten Subsidiaritätsgedanken²⁴⁹⁸ und findet sich auf Gesetzesstufe in Art. 141 Abs. 2 Bst. g^{bis} ParlG.²⁴⁹⁹

Dazu kommt – allerdings nur oberflächlich betrachtet – eine weitere Problematik: Das Subsidiaritätsprinzip enthält nicht nur ein Kompetenzzuweisungsverbot im vorgenannten Sinn («negative Subsidiarität»²⁵⁰⁰), sondern auch ein *Hilfs- und Unterstützungsgebot* zugunsten der nachgelagerten – hilfsbedürftigen und überforderten – Ebene²⁵⁰¹ («positive Subsidiarität»²⁵⁰² oder «solidarische Subsidiarität»²⁵⁰³). Es geht bei dieser Betrachtungsweise um eine *Hilfe zur Selbsthilfe*²⁵⁰⁴, eine Förderung der *Übernahme von Eigenverantwortung*²⁵⁰⁵, die Schaffung von *Grundlagen* für eigenverantwortliches Handeln²⁵⁰⁶ oder eine *Befähigung* zur eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung und Bedürfnisbefriedigung. Verbunden sind mit der positiven Subsidiarität grundsätzlich auch staatliche Aufsichts- und Überwachungsaufgaben (Feststellung der Leistungsfähigkeit und einer allfälligen Überforderung der nachgelagerten Ebene; zweckgerechter, angemessener Einsatz der gewährten Hilfe)²⁵⁰⁷. Das Subsidiaritätsprinzip spricht in dieser Sichtweise nicht für eine Zurückhaltung des Staates, sondern gegenteils für das *aktive Treffen von Massnahmen*²⁵⁰⁸. In diesem zusätzlichen Bedeutungsgehalt scheint das – ohnehin schwer fassbare – Subsidiaritätsprinzip nicht nur zusätzlich an Konturen zu verlieren,²⁵⁰⁹ sondern – und das ist hier besonders relevant – einer staatlichen «*Bevormundung*»

²⁴⁹⁸ SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 21 und 38. Dem in Art. 5a und 43a BV verankerten Subsidiaritätsprinzip werden ebenfalls an Bundesrat und Parlament gerichtete Begründungspflichten entnommen – dort bezogen auf die Frage, warum eine Aufgabe durch den Bund und nicht durch die Kantone erfüllt werden soll (WALDMANN, Subsidiarität, 5 und 9 f.; BSK BV-BIAGGINI, Art. 5a, Rz. 12 und Art. 43a Rz. 5; SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER, Art. 5a, Rz. 15, 21, 23 und 28; SGK BV-MÜLLER, Art. 43a, Rz. 8 und 10; auf Gesetzesstufe jetzt ausdrücklich: Art. 141 Abs. 2 Bst. a^{ter} ParlG).

²⁴⁹⁹ Vgl. hinten, Teil 5 IV. A.

²⁵⁰⁰ ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 30 und 124.

²⁵⁰¹ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 159 f. und 299; HALDEMANN, 156; HÖFFE, Subsidiarität, 54; NÖRR, 245; KOSLOWSKI, 41 f.; BURG, Rz. 36 und 766; TSCHUDI, Sozialverfassung, 78; VON DER CRONE/BEELER, 185; SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 21, 23 und 39.

²⁵⁰² ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 30 und 124.

²⁵⁰³ HALDEMANN, 156; s.a. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 124; LECHER, 36; ferner MARX, 43, wonach das Subsidiaritätsprinzip der «Verschränkung von Personalitäts- und Solidaritätsprinzip» diene.

²⁵⁰⁴ NÖRR, 245.

²⁵⁰⁵ RICHLI, Zweck und Aufgaben, 276.

²⁵⁰⁶ HÄRTEL, Rz. 77.

²⁵⁰⁷ Vgl. NÖRR, 245 und 249.

²⁵⁰⁸ Vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 275 ff. und 298.

²⁵⁰⁹ Vgl. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 30.

des Einzelnen geradezu Vorschub zu leisten.²⁵¹⁰ Allerdings ist dieses Hilfsgebot in seinem subsidiaritätsspezifischen Kontext zu interpretieren. Es steht im Dienste der Verwirklichung des *Subsidiaritätsprinzips* als solches: Nur wenn die (nachgeordnete) Ebene zur selbständigen, eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung und Bedürfnisbefriedigung tatsächlich in der Lage ist und bleibt, kann das Subsidiaritätsprinzip überhaupt als Aufgabenverteilungsprinzip wirken; die Hilfe steht somit im Interesse eines «Stufengefüges», das seinerseits Voraussetzung ist, dass staatliche Hilfe *nachrangig* erfolgen kann. Es muss eine nachgelagerte Ebene bestehen, der – im Interesse des Gemeinwohls – Aufgaben zur selbständigen Erfüllung überlassen werden können.²⁵¹¹ Das schließt nicht nur aus, die Einzelne mit einer überbordenden Hilfe in eine eigentliche Abhängigkeit vom Staat zu drängen und durch eine Vielzahl von Hilfe- und Unterstützungsleistungen die Bereitschaft und die Fähigkeit zur Wahrnehmung von Eigenverantwortung zu untergraben,²⁵¹² sondern steht auch einer *paternalistischen* Umdeutung des Hilfsgebots entgegen: Die Hilfe ist – wenn überhaupt – der Einzelnen nicht im eigenen, wohlverstandenen Interesse aufzudrängen, sondern mit Blick auf den Schutz des Staates vor einer Überlastung und Überforderung, die daraus resultiert, dass die Gesellschaft und die Individuen zur selbständigen Aufgabenerfüllung gar nicht (mehr) in der Lage sind.²⁵¹³

2. Zum Stellenwert der «Eigenverantwortung»

Bei der Eigenverantwortung handelt es sich – wie allgemein bei der «Verantwortung»²⁵¹⁴ – um einen schillernden Begriff mit verschiedenen Bedeutungsgehalten und Funktionen – auch in rechtlicher Hinsicht.²⁵¹⁵ Der Begriff der Eigenverantwortung pendelt – wie (wiederum) bereits der Verantwortungsbegriff als solcher – zwischen «Müssen» und «Dürfen», zwischen «Pflicht und Erlaubnis» und steht insofern ambivalent zwischen einem «Recht auf Eigenverantwortung» und einer «Pflicht zur Eigenverantwortung».²⁵¹⁶ Auch in *verfassungsrechtlicher* Hinsicht –

²⁵¹⁰ Vgl. NÖRR, 245 und 249; vgl. auch RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203.

²⁵¹¹ Vgl. NÖRR, 245 und 249; s.a. ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 30.

²⁵¹² Vgl. RICHLI, Zweck und Aufgaben, 203.

²⁵¹³ Vgl. zum Ganzen MÜLLER, Eigenverantwortung, 561 f.

²⁵¹⁴ Vorne, bei Fn. 1638 ff.

²⁵¹⁵ Vgl. Votum WIEDERIN, in: VVDStRL 64, Berlin 2005, 103; RIEMER-KAFKA, Eigenverantwortung, 139 ff.; GÄCHTER, Grundstrukturen, 64; zu den ganz unterschiedlichen (rechts-) normativen Gehalten der (Eigen-)Verantwortung vgl. auch vorne, bei Fn. 1638 ff., sowie KOCH, 113 ff. und 134 f.

²⁵¹⁶ KLEMENT, Verantwortung, 26, 29 f., 261 f. und insb. 206 f.; vgl. bereits vorne, bei Fn. 1642; s.a. SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 17 ff.

und insbesondere bezogen auf das Spannungsfeld von staatlicher Fürsorge und Selbstbestimmung – zeigt sich ein ambivalentes Bild:

Zu beachten ist zunächst, dass es keine die Einzelne dahingehend verpflichtende «Eigenverantwortung» gibt, wonach sie – in ihrem *eigenen* Interesse – zu einem schonungsvollen, rücksichtsvollen oder «vernünftigen» Umgang mit sich selbst angehalten wäre.²⁵¹⁷ Im Verhältnis zu sich selbst verfügt die Einzelne vielmehr über die (*grundrechtlich* abgesicherte) Befugnis, so zu handeln (oder nicht zu handeln), wie sie es als richtig und «vernünftig» erachtet – sie darf ihr eigenes Wohl selbstständig definieren;²⁵¹⁸ der Staat hat sich dafür zu rechtfertigen, wenn er in diesen Bereich der Eigenverantwortung eindringt. Eigenverantwortung zeigt sich hier als Synonym zur individuellen Selbstbestimmung.²⁵¹⁹

Ohne «belastenden» Charakter ist die Eigenverantwortung aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive jedoch nicht: Der Einzelne *ist* primär *für sich selbst verantwortlich* und *soll* primär für sich selbst und seine eigene *Daseinssorge* besorgt sein.²⁵²⁰ Dies bringt besonders Art. 6 erster Teilsatz BV zum Ausdruck: «*Jede Person*

²⁵¹⁷ Ähnlich wie hier ZENGER, 207, wonach es in der Verfassung kein Recht auf Gesundheit (und kein Recht auf Leben) gebe, das sich in eine «Pflicht zur Gesundheit» (oder eine «Pflicht zu leben») umdeuten liesse; vgl. auch vorne, bei Fn. 1567 (keine Pflicht zu einem schonenden Umgang mit sich selbst im Interesse der [*Solidar-*]Gemeinschaft).

²⁵¹⁸ Vgl. vorne, Teil 2 III. A und Teil 2 III. E; daran ändern grundrechtliche Schutzpflichten und objektiv-rechtliche Grundrechtsgehalte nichts (siehe hinten, Teil 3 IV. B. 2).

²⁵¹⁹ Wie der Begriff der Selbstbestimmung wird auch der Begriff der Eigenverantwortung dazu verwendet, um einen vor staatlicher Einmischung (grundrechtlich) geschützten Bereich *individueller Freiheit* zu bezeichnen (vgl. z.B. BGE 119 Ia 178, E. 4b; MÜLLER/SCHEFER, 267; ferner RICHLI, Zweck und Aufgaben, 211; PETERMANN, Suizid-Prävention, 1115; s.a. RECK, 57: «Eigenverantwortung als Möglichkeit zur Autonomie»). Im Begriff der Eigenverantwortung klingt der Schutz vor staatlicher, fürsorglicher «Bevormundung» vielleicht gar etwas stärker an als im Begriff der Selbstbestimmung (vgl. HENSCHKE, 97, wonach der Begriff der Eigenverantwortung einen «emanzipatorischen» Gehalt aufweise – im Sinne einer «Abwesenheit von fürsorglicher Bevormundung»; ferner NIDA-RÜMELIN, Eigenverantwortung, 38 f.; KOCH, 115 und 134); vgl. auch vorne, bei Fn. 876; zur Eigenverantwortung als «*Kehrseite*» der Selbstbestimmung vgl. vorne, Fn. 876 und bei Fn. 1703 sowie hinten, bei Fn. 2525 f.

²⁵²⁰ Vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 21; GÄCHTER, Grundstrukturen, 59 und 64 ff., insb. 64 («verfassungsrechtliche Grundannahme», wonach «die Einzelnen für ihr Leben im Allgemeinen und die Existenzsicherung im Besonderen Eigenverantwortung tragen»); s.a. bei Fn. 1583 ff. (Eigenverantwortung als «Obliegenheit»); vgl. ferner BGE 125 I 335, E. 4e, wonach mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten auch «Eigenverantwortung» verbunden sei und zwar im Sinne einer *Erwartung*, dass der Patient «die ärztliche Aufklärung versteht und gestützt darauf selber über einen Eingriff entscheidet» (vgl. auch hinten, Fn. 2533).

nimmt Verantwortung für sich selber wahr».²⁵²¹ Aber auch in Art. 41 Abs. 1 BV wird der Einzelne dazu angehalten, *persönliche Verantwortung* zu übernehmen. Zum Ausdruck kommt hier das Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer grundsätzlichen Nachrangigkeit staatlicher Hilfe und Unterstützung. Das Eingreifen der «übergeordneten» Ebene wird von einer Überforderung der «nachgeordneten» Ebene in der *eigenverantwortlichen* Aufgabenbewältigung und Bedürfnisbefriedigung abhängig gemacht.²⁵²² Zu beachten ist aber (erneut) Folgendes: Das *Subsidiaritätsprinzip* sagt nicht *direkt* etwas darüber aus, welche «Ebene» für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe bzw. das individuelle Wohlergehen primär zuständig ist, sondern nur – aber immerhin –, dass darüber nach Massgabe der *Leistungsfähigkeit* oder der Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Bedürfnisbefriedigung entschieden werden muss.²⁵²³ Der Grundsatz der *Eigenverantwortung* im eben beschriebenen Sinn enthält aber *erstens* eine grundsätzliche «Aufgabenzuweisung» an den Einzelnen (die Verantwortung für das eigene Wohlergehen liegt in erster Linie bei ihm selbst) und – *zweitens* – eine *Aufforderung*, selbständig für das eigene Wohlergehen zu sorgen;²⁵²⁴ ausserdem hat der Einzelne die *Folgen* des individuellen Freiheitsgebrauchs grundsätzlich selbst zu tragen²⁵²⁵ (Eigenverantwortung als «Kehrseite» der Selbstbestimmung²⁵²⁶).²⁵²⁷

Diese «Aufforderung» zur Wahrnehmung persönlicher Verantwortung für das eigene Leben hat aber gleichzeitig (wiederum) *freiheitsschützende Aspekte*: Sie macht deutlich – und das ist für paternalistisches Staatshandeln bedeutsam –, dass die Pflichten des Staates, für das Wohlergehen des Einzelnen zu sorgen, begrenzt sind²⁵²⁸ und sein sollen. Auf eine umfassende durch die Verfassung gebotene *Verantwortung* für das Wohlergehen des Einzelnen kann sich der Staat mithin nicht stützen, wenn er dem Einzelnen einen Schutz aufdrängen will.²⁵²⁹ Darin zeigt sich

²⁵²¹ SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 17 f.

²⁵²² Siehe BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 282; s.a. MÜLLER, Eigenverantwortung, 561; im Einzelnen vorne, bei Fn. 2414 ff. Je strenger das Subsidiaritätsprinzip gehandhabt wird, desto mehr Räume werden der nachgelagerten Ebene für die eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung eingeräumt; und je höher die Eigenverantwortung gewichtet wird, desto mehr ist unter dem Aspekt der Subsidiarität Zurückhaltung mit einer staatlichen Aufgabenerfüllung geboten (vgl. MÜLLER, Eigenverantwortung, 561; s.a. vorne, bei Fn. 2485 f.).

²⁵²³ Vorne, Teil 3 III. A. 1, Ziff. (4.) bei Fn. 2479 ff.

²⁵²⁴ Vorne, Fn. 2520.

²⁵²⁵ SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 17.

²⁵²⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 1702 f.

²⁵²⁷ Ähnlich die Differenzierung zwischen Subsidiarität und Eigenverantwortung bei BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 15 ff.; GÄCHTER, Grundstrukturen, 59 ff.

²⁵²⁸ Vgl. BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 6, Rz. 11.

²⁵²⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 3291.

gleichzeitig die liberale, freiheitsschützende Verwendungsweise des Begriffs der Eigenverantwortung: Eigenverantwortung als Schutz vor staatlicher Bevormundung – eine Bedeutung, die auch in Art. 6 BV zum Ausdruck kommt.²⁵³⁰ Aus der verfassungsrechtlichen Zuweisung von Verantwortung an den Einzelnen folgt zudem, dass der Einzelne eigenverantwortliche Bereiche hat und haben *soll*; das aber setzt voraus, dass dem Einzelnen *Freiräume* zur Wahrnehmung und Entwicklung von Verantwortung tatsächlich geschaffen werden und erhalten bleiben.²⁵³¹

Die Eigenverantwortung spielt sodann eine – wiederum ambivalente – Rolle im Kontext des «*Menschenbildes*», von dem sich die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung leiten lassen.²⁵³² Die Rechtsprechung geht durchaus von einem Menschen aus, der in der Lage ist, nach seinem eigenen Willen zu handeln, seine Bedürfnisse zu erkennen und seine Interessen abzuwägen.²⁵³³ Auch die freiheitliche Verfassung und die grundrechtlichen Freiheiten sind getragen vom – durch die Aufklärung geprägten – Bild des mündigen, «vernunftbegabt» und selbstverant-

²⁵³⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 1517 ff.

²⁵³¹ Vgl. ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 164 und 170: zum Ganzen siehe SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 23 und 38, s.a. Rz. 42.

²⁵³² Zum Begriff des Menschenbildes siehe vorne, bei Fn. 1546 ff.

²⁵³³ Vgl. im Kontext des *Strafrechts* BGE 129 IV 71, E. 1.3, wonach «das Strafrecht [...] auf dem Menschenbild» gründe, «Erwachsene könnten innerhalb der Beschränkungen, die das tägliche Leben mit sich bringen, ihren Willen grundsätzlich frei bilden und umsetzen»; vgl. im Kontext des *Arzt-Patienten-Verhältnisses* und der *ärztlichen Aufklärungspflicht* VGer BE, Urteil vom 6. März 2000, VGE 20559, BVR 2000, 438 ff., E. 7b/aa, 447 ff., wonach der Rechtsprechung zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht die «Annahme zugrunde» liege, «die aufzuklärende Person wäge beim Entscheid über den ärztlichen Eingriff das damit verbundene Schädigungsrisiko gegen den Nutzen ab»; ferner BGE 125 I 335, E. 4e, wonach es «Patienten, die einen nichtmedizinischen Akupunkteur aufsuchen, in aller Regel bewusst und klar sein [dürfte], dass dieser nicht über eine umfassende medizinische Ausbildung verfügt und daher gewisse Krankheitsbilder möglicherweise nicht erkennen kann. Die neuere Rechtsprechung betont mit Recht das Selbstbestimmungsrecht und die damit verbundene Eigenverantwortung des Patienten: Von diesem wird erwartet, dass er die ärztliche Aufklärung versteht und gestützt darauf selber über einen Eingriff entscheidet [...]. Es wäre mit diesem Bild eines mündigen Patienten nicht vereinbar, anzunehmen, der Patient verwechsle einen Akupunkteur mit einem ausgebildeten Arzt.»; vgl. sodann – im Kontext der Meinungs- und Pressefreiheit und der politischen Rechte – BGE 98 Ia 73, E. 3b, wonach die schweizerische Demokratie dem Bürger zutraue, «zwischen den verschiedenen gegensätzlichen Auffassungen zu unterscheiden, unter den Meinungen auszuwählen, Übertreibungen als solche zu erkennen und vernunftgemäss zu entscheiden»; ferner BGE 118 Ia 259, E. 3, wonach «den Stimmbürgern zugetraut werden [darf], zwischen verschiedenen bekundeten Meinungen zu unterscheiden, offensichtliche Übertreibungen als solche zu erkennen und sich aufgrund ihrer eigenen Überzeugung zu entscheiden»; bezogen auf den Passivraucherschutz vgl. aber hinten, Teil 5 II. B. 1. b).

wortlich handelnden Menschen.²⁵³⁴ In der Bezugnahme auf die Eigenverantwortung in der (auch menschenbildbezogenen²⁵³⁵) Bestimmung von Art. 6 BV zeigt sich ebenfalls das Bild eines Menschen, der zur Übernahme von (Eigen-)Verantwortung fähig²⁵³⁶ und dazu in der Lage ist, «vernunftgemäss» zu handeln,²⁵³⁷ Risiken zu erkennen und abzuschätzen,²⁵³⁸ aber auch seine eigenen Bedürfnisse selbständig zu befriedigen; eines Menschen also, der nicht der umfassenden Betreuung und Fürsorge bedarf.²⁵³⁹ Vergleichbares lässt sich m.E. der in Art. 41 Abs. 1 BV genannten «persönlichen Verantwortung» entnehmen. Dass die Bezugnahme auf die Eigenverantwortung in Art. 6 und Art. 41 BV wesentlich darin begründet ist, die Gemeinschaft und den (Sozial-)Staat vor einer (finanziellen) Überforderung zu bewahren,²⁵⁴⁰ ändert daran nichts: Der Verweis auf die individuelle Verantwortung ergibt nur Sinn, wenn der Einzelne auch als dazu *fähig* erachtet wird, Verantwortung für sich selbst zu übernehmen.²⁵⁴¹

Dieses in der Verfassung angesprochene Bild des eigenverantwortlichen und zur Eigenverantwortung fähigen Menschen ist auch für paternalistisches Staatshandeln von Bedeutung.²⁵⁴² Keineswegs darf der Staat eine generelle Unfähigkeit zur selbstbestimmten Lebensgestaltung unterstellen, sich einzig am Bild des «Schwachen» und «Hilfsbedürftigen» ausrichten oder dem «Schwachen» jegliche Leistungsfähig-

²⁵³⁴ Vgl. MÜLLER, Selbstbestimmung, 65 ff.; MÜLLER, Grundrechte der Verfassung, 6 f.; HALDEMANN, 156.

²⁵³⁵ SGK BV (3. Aufl.)-HÄBERLE, Art. 6, Rz. 12 und 15 f.; KOCH, 112 f., 115, 119, 123 f., 127 und 134; SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 7; vorne, bei Fn. 1545.

²⁵³⁶ Vgl. KOCH, 113; SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 23.

²⁵³⁷ ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 164.

²⁵³⁸ Vgl. BGer U 255/03, E. 2.2: In diesem Entscheid nimmt das Bundesgericht im Zusammenhang mit den selbständig zu tätigen Abklärungen bezüglich des Versicherungsschutzes auf die in Art. 6 BV statuierte Eigenverantwortung Bezug: «Von einer mündigen Bürgerin» könne «ohne weiteres verlangt werden, dass sie sich zumindest Gedanken über den Versicherungsschutz macht und in dieser Hinsicht minimalste Abklärungen unternimmt [...]»; ähnlich: BGer C 84/02, E. 2.3; dazu bereits vorne, bei Fn. 1583.

²⁵³⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 1233, 1517 ff. und Fn. 2530 – von einer «verfassungsrechtlichen Grundannahme» der Eigenverantwortung spricht GÄCHTER, Grundstrukturen, 64 ff. (vorne, Fn. 2520).

²⁵⁴⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 1499 ff. und bei 2474.

²⁵⁴¹ Ähnlich GÜNTHER, Zurechnungsverantwortung, 313; vgl. auch LECHLER, 49.

²⁵⁴² WYSS, Öffentliche Interessen, 316, wonach «[d]ie zwar traditionelle, bisweilen aber etwas leichtfertige Berufung darauf, dass es Aufgabe der Rechtsordnung sein müsse, Bürgerinnen und Bürger vor Selbstgefährdungen zu bewahren, [...] durch das Bild des *mündigen, eigenverantwortlichen Bürgers* kontrastiert, ja geradezu in Frage gestellt» werde (Herv. im Original); s.a. BERTSCHI/GÄCHTER, 26; KOCH, 115 und 134; SGK BV-MÜLLER, Rz. 23, 38 und 42.

keit absprechen.²⁵⁴³ Allerdings muss und darf der Staat auch nicht pauschal davon ausgehen, dass der Einzelne Eigenverantwortung und Selbstbestimmung immer wahrnehmen würde oder dazu *stets* in der Lage wäre;²⁵⁴⁴ auch nicht dahingehend, dass er keinerlei Bedürfnis nach staatlicher Hilfe und Unterstützung hätte. Der Staat muss sich – wodurch er namentlich durch die Menschenwürde gehalten ist²⁵⁴⁵ – am Menschen orientieren, wie er *wirklich ist*, und hat ihn in seinen Bedürfnissen nach Schutz und Unterstützung ernst zu nehmen.²⁵⁴⁶ Er darf ihn nicht mit übertriebenen Anforderungen an seine Fähigkeit zur Selbstbestimmung konfrontieren und hat stets zu berücksichtigen, ob und inwiefern die Einzelne *tatsächlich* in der Lage ist, von ihrer Selbstbestimmung nach ihren Bedürfnissen und Wünschen Gebrauch zu machen.²⁵⁴⁷ Dabei von Bedeutung sind auch (neue; wissenschaftliche²⁵⁴⁸) Erkenntnisse darüber, wie (gut) die Menschen entscheiden – etwa solche aus der Verhaltensökonomie.²⁵⁴⁹ Ebenso hat der Staat dem Umstand Rechnung zu tragen, dass unter den Menschen ganz *unterschiedliche* Schutzbedürf-

²⁵⁴³ Vgl. vorne, bei Fn. 1521 f.; GÄCHTER, Selbstverantwortung, 695 f.

²⁵⁴⁴ Vgl. VIERHAUS, 382 f.; SINGER, 1140; GÄCHTER, Selbstverantwortung, 706; s.a. MICHEL, Rechte von Kindern, 13 ff. (bezogen auf medizinische Behandlungsentscheidungen); SGK BV-MÜLLER, Art. 6, Rz. 24; zu Recht kritisch zu einer Überhöhung der menschlichen «Vernünftigkeit», welche die «realen menschlichen Gegebenheiten» ausser Acht lässt: MÜLLER, Perspektiven der schweizerischen Rechtsstaatlichkeit, in: VdS 2020, Bd. II, IV.11, Rz. 20 ff., insb. 24 ff.

²⁵⁴⁵ Vgl. vorne, bei Teil 2 II. C. 4, Ziff. (7.), insb. bei Fn. 1188.

²⁵⁴⁶ Vgl. MÜLLER, Staat, 143.

²⁵⁴⁷ MÜLLER, Selbstbestimmung, 85.

²⁵⁴⁸ Eine Befassung mit dem Menschen, wie er wirklich ist, bedarf einer interdisziplinären Betrachtung, siehe BERGMANN, 15.

²⁵⁴⁹ So dürfen bei der Frage, ob und inwiefern die Einzelne zu einem Handeln im Einklang mit den eigenen Wünschen tatsächlich in der Lage ist, auch Erkenntnisse aus der Verhaltensökonomie berücksichtigt werden, wonach menschliches Verhalten in verschiedenster Hinsicht «Anomalien» unterliegt und wir nur beschränkt rational entscheiden. Dies relativiert die zuweilen vom Recht getroffene Annahme eines vollständig rationalen Menschen bzw. die Annahme des *Homo oeconomicus*, siehe dazu RICHARD H. THALER, From Homo Economicus to Homo Sapiens, Journal of Economic Perspectives 2000, 133 ff.; vgl. im Kontext des Konsumentenschutzes SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 6, wonach der Gesetzgeber berücksichtigen muss, «dass sich die Konsumentin oder der Konsument nur beschränkt rational verhält und entsprechend schutzbedürftig ist»; ferner HAUPT, 784 f.; treffend auch JÖRN LÜDEMANN, Die Grenzen des homo oeconomicus und die Rechtswissenschaft, in: ENGEL, 7 ff., 16, wonach «die Rationalitätsannahme [...] wenig mit dem Menschenbild der Verfassung gemein» habe, «die den Menschen zwar als vernunftbegabtes Wesen, aber nicht als rationalen Herkules vor Augen» habe; im Kontext des Anlegerschutzes ferner BRENNCKE, 1232 ff. und ROLF SETHE, MiFID II – Eine Herausforderung für den Finanzplatz Schweiz, SJZ 2014, 477 ff., 479 f. Davon zu trennen ist jedoch die Frage, inwiefern die

nisse und Fähigkeiten, eigenverantwortlich zu handeln, vorliegen (können).²⁵⁵⁰ Die Schutzbedürfnisse der Schwachen, Unerfahrenen und Hilfsbedürftigen dürfen nicht vernachlässigt werden²⁵⁵¹ – was nicht zuletzt bereits die Präambel zum Ausdruck bringt («*am Wohl der Schwachen*»). Der Staat darf die Eigenverantwortung weder verabsolutieren noch zum Ideal erheben, andernfalls er Gefahr läuft, legitime Schutzbedürfnisse zu ignorieren.

Schliesslich ist der Staat durch die Verfassung – insbesondere durch die sozialstaatliche Zielsetzung des *Ausgleichs von Benachteiligungen und Schwäche*²⁵⁵² sowie das *Bildungs- und Erziehungsziel* von Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV²⁵⁵³ – auch dazu angehalten, dem Einzelnen die notwendigen Kompetenzen für eine *eigenverantwortliche* Lebensführung zu vermitteln.²⁵⁵⁴ Damit ist jedoch noch nicht entschieden, ob und inwiefern der Einzelnen eine Ermöglichung oder Verbesserung der Fähigkeiten zur eigenverantwortlichen Lebensführung auch *aufgedrängt* werden darf.

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass paternalistisches Staatshandeln durchaus in einen Konflikt mit der «Eigenverantwortung» des Einzelnen geraten kann. Die Grenzen paternalistischen Staatshandelns lassen sich allein über den – vielschichtigen und anspruchsvollen – Begriff der Eigenverantwortung jedoch nicht verlässlich bestimmen.

B. Objektivität, Sachlichkeit und Transparenz des staatlichen Handelns/Handeln nach Treu und Glauben

Insbesondere mit Blick auf den Einsatz *nicht imperativer Handlungsformen* wie Warnungen und Empfehlungen ist – auch ausserhalb von Grundrechtseingriffen – Folgendes von Bedeutung: Die staatliche Information muss *zutreffend* und *richtig*²⁵⁵⁵ sowie *sachlich und objektiv* sein²⁵⁵⁶ – der Staat darf also bspw. keine Ängste

Einzelne tatsächlich (gegen ihren Willen) vor solchen *Verhaltensanomalien* geschützt werden soll und darf (hinten, bei Fn. 4114 m.H.).

²⁵⁵⁰ Vgl. im Kontext des Anlegerschutzes BRENNCKE, 1234 f.

²⁵⁵¹ Vgl. HUBER, Menschenbild, 509; BERGMANN, 28; MÜLLER, Grundrechte der Verfassung, 9; VIERHAUS, 383; vgl. auch MÜLLER, Eigenverantwortung, 548 f.

²⁵⁵² Hinten, bei Fn. 3266 ff. und 3274 f.

²⁵⁵³ MÜLLER, Eigenverantwortung, 567; vgl. dazu näher hinten, Teil 3 IV. E. 2. c).

²⁵⁵⁴ Vgl. ARNET, Freiheit und Zwang, Rz. 164 und 170.

²⁵⁵⁵ BGE 118 Ib 473, E. 4b; GRAMM, 2921.

²⁵⁵⁶ Botsch. Präventionsgesetz, 7138 f.; TSCHANNEN, Warnungen, 432 ff.; NÜTZI, 88, 93 und 191; SCHÜPBACH/ZELTNER, EpG, Rz. 112.

schüren oder Gefahren «überdramatisieren»²⁵⁵⁷ und hat sich einer Bewertung der guten und richtigen Lebensführung zu enthalten.²⁵⁵⁸

Ein besonders anschauliches Beispiel für eine diese Grundsätze m.E. überschreitende «Warnung» findet sich in der Alkoholpräventionskampagne 2015–2017 von Bund, Kantonen und Nichtregierungsorganisationen: «Du kannst deinen Bierbauch nicht eine Ehe lang einziehen – *Wie viel ist für meine Ehe zuviel?*» oder: «Haben Sie eine Flasche im Bett? – *Wie viel ist für meine Beziehung zu viel?*».²⁵⁵⁹ Zu erwähnen sind auch Kampagnen, die gezielt versuchen, das gesellschaftliche Meinungsklima (z.B. zum Rauchen) zu verändern.²⁵⁶⁰ Ebenso ist es m.E. mit der staatlich gebotenen Objektivität und Sachlichkeit nur bedingt zu vereinbaren, wenn der Staat aggressive und Angst schürende Hinweise auf Produkten vorschreibt, wie z.B. «Schockbilder» auf Zigarettenpackungen.²⁵⁶¹

Durch die Verpflichtung zu sachlicher und objektiver Information ist der Staat m.E. aber auch daran gehindert, *richtige* Informationen gezielt so aufzubereiten und zu präsentieren, um die Einzelne in eine gewisse Richtung zu lenken bzw. zu «nudgen». Der Ausnutzung von «*Framing-Effekten*» – z.B. in einem Beratungsgespräch – sind insofern enge Grenzen gesetzt.²⁵⁶²

Man kann die vorerwähnten Pflichten schon aus grundsätzlichen rechtsstaatlichen und demokratischen Erwägungen bejahen;²⁵⁶³ sie ergeben sich jedenfalls (auch) aus grundrechtlichen Überlegungen, insbesondere aus der Meinungsbildungsfreiheit.²⁵⁶⁴ *Irreführendes* und *manipulatives* Staatshandeln steht m.E. zudem mit dem Grundsatz von *Treu und Glauben* (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) in einem Konflikt: Dieser fordert ein loyales, redliches, vertrauenswürdiges, vertrauenerweckendes,

²⁵⁵⁷ TSCHANNEN, Warnungen, 435; vgl. auch NÜTZI, 95, wonach sich eine Informationskampagne nicht «einseitig an die emotionale Ebene» wenden dürfe; vgl. bereits vorne, bei Fn. 1903 und bei Fn. 435 f.

²⁵⁵⁸ TSCHANNEN, Warnungen, 436; nicht unzulässig ist es hingegen, wenn der Staat gewisse Tatsachen bewertet (vgl. Botsch. Präventionsgesetz, 7139, und SCHÜPBACH/ZELTNER, EpG, Rz. 112: «wertende Schlussfolgerungen»).

²⁵⁵⁹ Auffindbar etwa noch im 20 Minuten vom 5. September 2016, 11 und vom 22. September 2016, 17.

²⁵⁶⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 1910.

²⁵⁶¹ Vgl. ALEMANN/SPINA, 445 f. und 450 f.; vgl. bereits vorne, bei Fn. 1903.

²⁵⁶² Kritisch auch ALEMANN/SPINA, 450 f.; vgl. zum «*Framing*», der «*Framing-Anomalie*» und den «*Framing-Effekten*» vorne, bei Fn. 38 ff.

²⁵⁶³ Vgl. bezogen auf die Pflicht zur objektiven, nicht irreführenden Information TSCHANNEN, Warnungen, 433; s.a. GRAMM, 2921, wonach sich eine inhaltlich falsche staatliche Information kaum mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbaren liesse.

²⁵⁶⁴ S.a. NÜTZI, 88, 93 und 191, welcher der Meinungsbildungsfreiheit eine Pflicht zu wahrer, objektiver und sachgerechter Information entnimmt; vgl. bereits vorne, Fn. 1899 ff.

rücksichtsvolles²⁵⁶⁵, aber auch vorhersehbares und berechenbares Verhalten²⁵⁶⁶ und kann auch durch (staatliche) Täuschungen verletzt werden.²⁵⁶⁷

Wenn der Einzelne mit *objektiv falschen* Informationen in eine bestimmte Richtung «geschubst» werden soll, liegt darin ein Verstoss gegen die bei der Informationsvermittlung gebotene Sachlichkeit;²⁵⁶⁸ daneben eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben.²⁵⁶⁹

Dies gilt m.E. auch dann, wenn der Betroffene die (subtile) Täuschung *entlarven* kann: Zum Beispiel wenn er durch einen Blick auf den Tachometer erkennt, dass er weniger schnell fährt, als ihm die «täuschenden» Strassenmarkierungen vorspiegeln.²⁵⁷⁰ Es bleibt dabei, dass beim Einzelnen gezielt eine *falsche Vorstellung* geweckt wird, indem er mit einer optischen Illusion konfrontiert wird – das trägt m.E. durchaus manipulative Züge.²⁵⁷¹ Der Einzelne soll – ohne dass dies für ihn direkt ersichtlich ist – über seine wahre Geschwindigkeit irritiert und zu einem bestimmten Verhalten provoziert werden.²⁵⁷²

Staatliches Handeln hat zudem – besondere Umstände vorbehalten – *offen und erkennbar* zu erfolgen. Dies ist von entscheidender Bedeutung, um staatliche Macht kontrollieren, den Einzelnen an der Willensbildung beteiligen und Willkür verhindern zu können. Transparenz in diesem Sinn stellt ein zentrales Element eines demokratischen Rechtsstaats dar.²⁵⁷³ Hat die Einzelne keine Kenntnis vom staatlichen Handeln, wird es ihr zudem verunmöglicht (oder zumindest erschwert), dem Staat auszuweichen und sich zur Wehr zu setzen. Auch unter diesen Gesichtspunkten ist die – teils subtil und intransparent erfolgende – Einflussnahme auf die Entscheidungsarchitektur durch *Nudges* äusserst problematisch: Für den Einzelnen wird (und soll) es häufig nicht ersichtlich sein, dass er vom Staat in eine bestimmte Richtung gestossen wird.²⁵⁷⁴ Als *Grundsatz* ist zu fordern, dass der Einsatz von

²⁵⁶⁵ Vgl. die Hinweise auf die verschiedenen Umschreibungen des Grundsatzes von Treu und Glauben bei GÄCHTER, Rechtsmissbrauch, 134.

²⁵⁶⁶ BGE 142 IV 286, E. 1.6.2.

²⁵⁶⁷ MAHON, Petit. Comm., Art. 5 Cst., Rz. 15 («tromperie»); OFK BV-BIAGGINI, Art. 5, Rz. 23; ROUILLER, Protection contre l'arbitraire et protection de la bonne foi, in: VdS, § 42, Rz. 21; CR Cst.-DUBÉY, Art. 5, Rz. 121; REICH, Nudging, 634, sofern es sich um «manipulatives» Verhalten handle.

²⁵⁶⁸ Vgl. UHLMANN/WILHELM, 70.

²⁵⁶⁹ Siehe REICH, Nudging, 634.

²⁵⁷⁰ Vgl. demgegenüber REICH, Nudging, 634 (kein Verstoss gegen Treu und Glauben); zu den «täuschenden» Strassenmarkierungen vgl. vorne, bei Fn. 402.

²⁵⁷¹ Vgl. YEUNG, 137.

²⁵⁷² HANSEN/JESPERSEN, 17 f., 20 und 25 f.

²⁵⁷³ Vgl. WIEDERKEHR, Transparenz, 542 f.; s.a. SPRECHER, 182 ff. und 235 f., wonach «es sich beim Transparenzprinzip um einen ungeschriebenen rechtsstaatlichen Grundsatz des Verfassungsrechts» (Herv. weggelassen) handle.

²⁵⁷⁴ Vgl. vorne, Teil I II. B. 10, Ziff. (5.) bei Fn. 427 ff.

Nudges *offen und transparent* erfolgt; dass also der Einzelnen bewusst ist, dass sie in eine bestimmte Richtung «geschubst» werden soll.²⁵⁷⁵

C. Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot

Für die Beantwortung der Frage, ob und wie der Staat eine paternalistisch motivierte Fürsorge verwirklichen darf, sollte die Bedeutung des Rechtsgleichheitsgebots und des Diskriminierungsverbots (Art. 8 BV; Art. 14 EMRK) nicht unterschätzt werden.

1. Rechtsgleichheitsgebot

Der Grundsatz der *Rechtsgleichheit* fordert – verkürzt gesagt – dass unsachliche Ungleichbehandlungen unterbleiben bzw. sachlich gebotene Differenzierungen vorgenommen werden.²⁵⁷⁶ Mit Blick auf die Rechtsgleichheit können sich insbesondere dann Fragen ergeben, wenn gewisse Personen oder Personengruppen aus paternalistischen Gründen in ihrer Selbstbestimmung beschränkt werden, andere in vergleichbaren Situationen hingegen nicht.

So ist es unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit durchaus problematisch, wenn Strafgefangene mit Bezug auf die *Freiheit zu sterben* anders behandelt werden als Nichtgefangene. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie in ihrem eigenen *wohlverstandenen* Interesse strengerer Voraussetzungen – insbesondere mit Blick auf die «Freiwilligkeit» des Sterbeentscheids – unterworfen werden als Personen ausserhalb des Strafvollzugs. Allein der Umstand, dass ein Sonderstatusverhältnis vorliegt, stellt für sich genommen noch keinen sachlich gerechtfertigten Grund für eine derartige Ungleichbehandlung dar.²⁵⁷⁷ Differenzierungen können hingegen insofern ge-

²⁵⁷⁵ Vgl. UHLMANN/WILHELM, 71; WEBER/BAISCH, 944, s.a. 933; VAN AAKEN, Nudge, 94 f. und – allerdings im Zusammenhang mit Verhältnismässigkeitsüberlegungen – 96 und 110; s.a. BRUTTEL/STOLLEY, 770 f.; auch nach Ansicht des Bundesrates müssen staatliche «Schubser» bzw. *Nudges* «transparent offengelegt werden» und «sichtbar sein» (Stellungnahme des Bundesrates vom 26. Februar 2020 zum Po. 19.4625 Burgherr Thomas, «Staatliches Schubsen hinterfragen»); vgl. ferner den Bericht der Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit vom 17. August 2018, 176 («Jede Form von «Nudging» – ob mittels digitaler Mittel oder anderweitig – muss demokratisch legitimiert und transparent sein.»; der Bericht ist abrufbar unter: www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2013/20133841/Bericht%20BR%20D.pdf); s.a. hinten, bei Fn. 4190 ff., 4333 f. und 4667 f.

²⁵⁷⁶ Siehe dazu etwa BGE 142 V 577, E. 4.2.

²⁵⁷⁷ Vgl. PAYLLIER, Hungerstreik, 323, wonach «eine rechtliche Ungleichbehandlung eines Gefangenen im Vergleich zu einer in Freiheit lebenden Person nicht per se gerechtfertigt» sei, «einzig weil sich der Gefangene im Hungerstreik in einem Sonderstatusverhältnis gegenüber dem Staat» befinde; s.a. WALDENMEYER, 231.

rechtfertigt sein, als sich die Haftsituation besonders negativ auf die freie Willensbildung auswirken kann.²⁵⁷⁸ Deshalb wird es mit dem Rechtsgleichheitsverbot grundsätzlich vereinbar sein, bei einem Strafgefangenen *vertieft abzuklären*, ob er einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt. Eine unterschiedliche Gewichtung der Sterbewünsche Inhaftierter und derjenigen von Nichtgefangenen kann ferner insofern zulässig sein, als dies mit Blick auf die Sicherstellung des Strafvollzugs und die Glaubwürdigkeit der Justiz geboten ist – ob solche Gründe eine *Zwangsernährung* rechtfertigen, halte ich hingegen für äusserst zweifelhaft.²⁵⁷⁹

In ihrer Funktion als *Differenzierungsgebot* kann sich die Rechtsgleichheit besonders dann als relevant erweisen, wenn der Staat den paternalistischen Schutz nicht hinreichend auf die *individuell unterschiedlichen* Selbstbestimmungsdefizite und Schutzbedürfnisse abstimmt – darauf wird zurückzukommen sein.²⁵⁸⁰

2. Diskriminierungsverbot

Das *Diskriminierungsverbot* aktualisiert sich zunächst dann, wenn ein paternalistischer Schutz an ein «verpöntes» oder «sensibles» Merkmal i.S.v. Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 EMRK anknüpft (*direkte* Diskriminierung²⁵⁸¹) – wie etwa an das Alter, die soziale Stellung oder die Lebensform. Dies ist zwar nicht schlechthin unzulässig, begründet aber zumindest den *Verdacht* einer diskriminierenden (und dementsprechend verbotenen) Ungleichbehandlung und erhöht die Anforderungen an deren Rechtfertigung (Erfordernis *qualifizierter Gründe*)²⁵⁸². Letzteres wirkt sich insbesondere auf das öffentliche Interesse und die Verhältnismässigkeit aus.²⁵⁸³ Nach der Rechtsprechung ist zu prüfen, ob die Massnahme «ein gewichtiges und legitimes öffentliches Interesse verfolgt, als geeignet und erforderlich betrachtet werden kann und sich gesamthaft als verhältnismässig erweist».²⁵⁸⁴ Dabei «ist ent-

²⁵⁷⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 4522 ff.

²⁵⁷⁹ Siehe vorne, bei Fn. 150 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3848 ff.

²⁵⁸⁰ Vgl. dazu hinten, Teil 5 I. B, insb. bei Fn. 4707 ff.

²⁵⁸¹ BGE 139 I 169, E. 7.2.1; BGER 8C_119/2015, E. 4.2; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 62; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 61; erforderlich ist, dass eine Person *wegen* eines verpönten Merkmals anders behandelt wird – es bedarf insofern eines «Kausalzusammenhangs» zwischen der Schlechterstellung und dem «verpönten» Merkmal (SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 61). Eine eigentliche Diskriminierungsabsicht ist hingegen nicht erforderlich (SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 61; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 318; hinten, bei Fn. 2619). Bei Art. 14 EMRK bleibt zu beachten, dass es sich lediglich um ein akzessorisches Diskriminierungsverbot handelt (siehe etwa BGE 136 II 120, E. 3.3.3).

²⁵⁸² BGE 147 I 1, E. 5.2; BGE 138 I 265, E. 4.2.1; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 59; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36, Rz. 26.

²⁵⁸³ BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 87; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36, Rz. 26.

²⁵⁸⁴ BGE 135 I 49, E. 6.1; BGE 139 I 169, E. 7.2.4.

scheidend auf die gesamten massgeblichen Umstände des Einzelfalls und die entsprechenden konkreten Schutzbedürfnisse abzustellen». ²⁵⁸⁵ Im Kontext der Paternalismusproblematik ist von Bedeutung, dass sich ein Schutz vor sich selbst nur in engen Grenzen als verfassungsrechtlich zulässig erweist ²⁵⁸⁶ und auch nur in diesem engen Rahmen überhaupt geeignet sein kann, eine – an ein «verpöntes» Merkmal anknüpfende – Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass blossе Vorurteile und negative Einstellungen eine Diskriminierung nicht zu rechtfertigen vermögen; dies kann sich beispielsweise bei staatlichen Interventionen im Bereich der (angeblich von der «Norm» abweichenden) Sexualität als bedeutsam erweisen. ²⁵⁸⁷

Daneben ist das Diskriminierungsverbot dort relevant, wo sich der staatliche Schutz zumindest dahingehend *auswirkt*, dass Angehörige spezifisch gegen Diskriminierungen geschützter Gruppen in ihrer Wertschätzung besonders getroffen bzw. besonders benachteiligt werden, ohne dass dies sachlich begründet wäre (Problem der *indirekten* Diskriminierung ²⁵⁸⁸).

Beispielhaft ist auf Folgendes hinzuweisen: ²⁵⁸⁹

- Die Frage einer unzulässigen Diskriminierung stellt sich dann, wenn ein paternalistischer Schutz einzig an die **soziale Stellung** anknüpft. Gemeint ist das gesellschaftliche Ansehen und die «soziale Identität», die eine Person etwa aufgrund ihrer Abstammung, ihres Berufs, ihrer Ausbildung, ihrer Zugehörigkeit zu bestimmten staatlichen, gesellschaftlichen oder wirtschaftlichen Institutionen oder ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erlangt hat. ²⁵⁹⁰

²⁵⁸⁵ BGE 139 I 169, E. 7.2.4 (bezogen auf eine Diskriminierung wegen einer geistigen Behinderung anlässlich einer Einbürgerung).

²⁵⁸⁶ Vgl. dazu hinten, Teil 4 II, insb. Teil 4 II. C (Unzulässigkeit eines Schutzes vor sich selbst, der nicht an ein Selbstbestimmungsdefizit anknüpft).

²⁵⁸⁷ Vgl. bezogen auf Art. 14 (i.V.m. Art. 8) EMRK: EGMR, Urteil vom 9. Januar 2003 i.S. *L. und V. gegen Österreich*, Nr. 39392/98 und 39829/98, Rz. 52: «To the extent that Article 209 of the Criminal Code embodied a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority, these negative attitudes cannot of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for the differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour [...]»; s.a. hinten, bei Fn. 3203 ff. und 3231 ff., insb. 3238; vgl. bereits vorne, bei Fn. 2393.

²⁵⁸⁸ Vgl. BGE 141 I 241, E. 4.3.2; BGE 139 I 169, E. 7.2.1; BGE 138 I 305, E. 3.3; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 266 und 344 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 63; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36, Rz. 30 und 43 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 62.

²⁵⁸⁹ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4070 (Gesichtsverhüllung).

²⁵⁹⁰ BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 75; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 108; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36, Rz. 23; vgl. auch hinten, Fn. 2592.

- Diskriminierend wäre es beispielsweise, jemandem nur aufgrund seiner sozialen Stellung eine nicht vorhandene oder eingeschränkte Fähigkeit zur Selbstbestimmung, zu «vernunftgemäßem» Handeln oder zu einem rationalen Abwägen verschiedener Optionen zu unterstellen.²⁵⁹¹
- Die Problematik einer Diskriminierung kann sich ferner dann stellen, wenn der Staat lediglich Personen aus finanziell schwächer gestellten gesellschaftlichen Schichten – z.B. arbeitslosen oder auf Sozialhilfe angewiesenen Menschen (soweit man diese als spezifisch geschützte Gruppen begreifen kann und will²⁵⁹²) – gewisse (risikobehaftete) Handlungen verbieten oder erschweren würde (Glücksspiel, Aufnahme von Krediten usw.). Der Umstand, dass sich Verluste und finanzielle Lasten hier stärker auswirken als bei gut situierten Personen, dürfte kaum einen qualifizierten Grund für eine Ungleichbehandlung darstellen. Unter dem Aspekt des für eine Ungleichbehandlung geforderten «legitimen» öffentlichen Interesses²⁵⁹³ ist zudem Folgendes zu beachten: Dass der (sich selbst verursachte) Schaden gross ist, reicht für die Rechtfertigung eines Schutzes vor sich selbst noch nicht aus.²⁵⁹⁴ Ebenso wenig ist es für sich genommen erheblich, ob der Betroffene «schwach» oder «verletzlich» ist.²⁵⁹⁵ Ein verfassungsrechtlich zulässiges öffentliches Eingriffsinteresse kann – was noch im Einzelnen zu zeigen ist –

²⁵⁹¹ Vgl. – allerdings ohne direkte Bezugnahme auf die Diskriminierungsproblematik und im Zusammenhang mit dem Verkauf von Organen – GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 120; vgl. auch hinten, bei Fn. 4071 f.

²⁵⁹² Was unter dem Aspekt der sozialen Stellung als geschützte Gruppe gilt, ist nicht immer ganz einfach zu beantworten. Zuweilen werden auch «Arbeitslose» oder «*working poor*» darunter gezählt (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 36, Rz. 23); ob der Kreis der Fürsorgeabhängigen eine Gruppe bildet, die von Art. 8 Abs. 2 BV in spezifischer Weise geschützt wird (so etwa CR Cst.-MARTENET, Art. 8, Rz. 85), hat das Bundesgericht in BGE 135 I 49, E. 5 offengelassen; es hat dort aber festgestellt, dass zum Merkmal der sozialen Stellung auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gehöre und «Armut und wirtschaftliche Abhängigkeit insoweit zu Herabminderung und Stigmatisierung führen» können, «als diese oftmals auf stereotyper Auffassung beruhen, die Lage der Betroffenen sei Ausdruck persönlichen Versagens oder gründe auf selbstverschuldetem Scheitern oder gar moralischer Schwäche» (s.a. BGE 136 I 309, E. 4.2); vgl. ferner BGE 141 I 241, E. 4.3.3, wonach es «bereits im Ansatz fraglich» sei, «Menschen ohne hinreichendes Vermögen» als durch Art. 8 Abs. 2 BV geschützte Gruppe (Merkmal der «sozialen Stellung») zu qualifizieren; für die Anerkennung der Sozialhilfeabhängigkeit bzw. Armut als eigenständiges Diskriminierungsmerkmal: SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 111 ff., insb. 114.

²⁵⁹³ Vgl. vorne, bei Fn. 2584.

²⁵⁹⁴ Vgl. insb. hinten, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (8.) bei Fn. 3793 ff.

²⁵⁹⁵ Dazu im Einzelnen hinten, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (3.) bei Fn. 3775 ff. und bei Teil 4 III. B. 10.

- nur vorliegen, wenn der Einzelne bezüglich des Schadens, dessen Höhe oder dessen Auswirkungen einem *Selbstbestimmungsdefizit* unterliegt.²⁵⁹⁶
- Mit Blick auf die zwei vorgenannten Aspekte erachte ich es für *äusserst problematisch*, wenn das Bundesgericht der Entscheidung, sich zu prostituieren, deshalb die Freiwilligkeit abspricht, weil sich die betroffene Person in einer «*Situation der Bedürftigkeit*» befindet bzw. der Entscheid auf schwierige wirtschaftliche und soziale Umstände im Heimatland zurückgeht und finanzielle oder persönliche Abhängigkeiten bestehen.²⁵⁹⁷ Liegt hier nicht gerade eine unter dem Aspekt der sozialen Stellung suspekte²⁵⁹⁸ Herabminderung und Stigmatisierung wegen Armut und wirtschaftlicher Abhängigkeit vor? Jedenfalls lässt sich kaum pauschal behaupten, dass ein unter finanziellem Druck gefasster Entscheid nicht genügend freiwillig sein könnte, erst recht nicht, wenn er gerade darauf abzielt, die ungünstige wirtschaftliche Situation zu beseitigen.²⁵⁹⁹
 - Nach der Rechtsprechung stellen – verglichen mit anderen Gewerben – erhöhte (auch paternalistisch motivierte) Schutz- und Aufsichtsmaßnahmen gegenüber Sexarbeiterinnen und Sexarbeitern keine Diskriminierung wegen der *sozialen Stellung oder der Lebensform*²⁶⁰⁰ dar: Mit der Ausübung der Prostitution seien besondere Gefahren für die Prostituierten, die Kundschaft und die öffentliche Ordnung verbunden und es würden die getroffenen gesetzlichen Massnahmen nicht auf eine Marginalisierung bzw. Ausgrenzung der Prostituierten abzielen.²⁶⁰¹ Je stärker aber die Sexarbeit

²⁵⁹⁶ Vgl. hinten, Teil 4 II, insb. Teil 4 II. C, und Teil 4 III.

²⁵⁹⁷ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 4082 f.

²⁵⁹⁸ Vorne, Fn. 2592.

²⁵⁹⁹ Hinten Teil 4 III. B. 6, insb. bei Fn. 4082 ff.

²⁶⁰⁰ Sexarbeiterinnen und -arbeiter bilden eine durch Art. 8 Abs. 2 BV besonders geschützte Gruppe – sie erfahren Schutz durch das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts, der sozialen Stellung und der Lebensform, siehe BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 85; BGE 137 I 167, E. 8.4.2; vgl. ferner WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 759; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 36, Rz. 27; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 83.

²⁶⁰¹ BGE 137 I 167, E. 8.4.2; vgl. auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 36, Rz. 27; im Übrigen verneint das Bundesgericht auch einen Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot, wenn Prostituierte mit spezifischen Schutz- und Aufsichtsmaßnahmen, namentlich Melde- und Erfassungspflichten belastet werden: Aufgrund der durch die Prostituierten erbrachten sexuellen, das Intimleben betreffenden Tätigkeiten, den mit der Ausübung der Prostitution verbundenen Gefahren für die Gesundheit und die Sicherheit der Prostituierten sowie der Gefahr einer Ausbeutung sei die Prostitution nicht vergleichbar mit anderen Berufen und Gewerben (namentlich mit erotischen Masseuren, Wirten oder Taxichauffeu-

reguliert und kontrolliert wird²⁶⁰² und je mehr dabei vom pauschalen, jedenfalls nicht verallgemeinerungsfähigen Bild der nicht oder nur begrenzt zur freien Selbstbestimmung fähigen Sexarbeitenden ausgegangen wird,²⁶⁰³ desto mehr stellt sich die Frage nach einem ausgrenzenden oder gar herabwürdigenden Charakter entsprechender Vorschriften.²⁶⁰⁴

- Als diskriminierend können sich Ungleichbehandlungen erweisen, die an das **Alter** anknüpfen.²⁶⁰⁵ Hier wird jedoch zu prüfen sein, ob tatsächlich das Alter und nicht vielmehr andere Gründe hinter einer Ungleichbehandlung stehen: z.B. bei (zumindest punktuell paternalistisch motivierten²⁶⁰⁶) verkehrsmedizinischen Kontrolluntersuchungen nach Art. 27 VZV die mit zunehmenden Alter *abnehmende (körperliche und geistige) Fahreignung*.²⁶⁰⁷ Auch wenn es darum geht, altersbedingten *Reifedefiziten* Rechnung zu tragen – beispielsweise im Zusammenhang mit Geschäftsfähigkeitsregeln –, liegt darin grundsätzlich keine unzulässige Diskriminierung. Zudem sind beim Alter gewisse Schematisierungen zulässig.²⁶⁰⁸ Eine Diskriminierungsproblematik kann jedoch dann bestehen, wenn jemandem nur deshalb die Fähigkeit zu einer freiwilligen, selbstbestimmten Entscheidung abgesprochen wird, weil er eine *gewisse Altersgrenze über- oder unterschreitet*.

ren) – ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 BV liege nicht vor (BGE 137 I 167, E. 8.4.1); s.a. vorne, bei Fn. 750 f.

²⁶⁰² Zu dieser Problematik: BRIGITTE HÜRLIMANN, Paragrafen gegen die Prostitution, NZZ vom 5. Dezember 2012, 9; vgl. zu den zahlreichen, die Sexarbeit beschränkenden Regelungen im Raumplanungs-, Bau-, Ausländer- und Gewerbepolizeirecht KOLLER, Sexarbeit, 13 ff. insb. 23 ff. und 28, der von einer «versteckte[n] Repression der Sexarbeit» spricht; vgl. auch den umfangreichen, vom Bundesrat vorgeschlagenen Massnahmenkatalog, mit welchem der Schutz der Prostituierten verbessert und einer Ausbreitung der Prostitution entgegengewirkt werden soll im Ber. BR Prostitution und Menschenhandel, 98 f. und 100 ff.

²⁶⁰³ Vgl. vorne, bei Fn. 501 ff.

²⁶⁰⁴ Kritisch auch SCHULTHEISS, 37 ff.; ebenfalls kritisch zur grundsätzlichen Ungleichbehandlung und «Diskriminierung» der Sexarbeit verglichen mit anderen Gewerben KOLLER, Sexarbeit, 25 f. und 29.

²⁶⁰⁵ Das Kriterium des Alters nimmt insofern eine spezielle Stellung ein, als es sich dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV annähert; bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Differenzierung aufgrund des Alters soll allerdings ein (etwas) strengerer Massstab gelten, um dem durch Art. 8 Abs. 2 BV bezweckten erhöhten Schutz Rechnung zu tragen (so BGE 138 I 265, E. 4.3 m.H. auf die Lehre; BGE 147 I 1, E. 5.2; BGE 147 I 89, E. 2.2 [Pra 111 (2022) Nr. 1]).

²⁶⁰⁶ Vorne, bei Fn. 586.

²⁶⁰⁷ Vgl. BGer 1C_759/2013, E. 2.3; BGer 2A.234/2003, E. 2.2.2; ferner KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 36, Rz. 28; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 734.

²⁶⁰⁸ Vgl. BGer 1C_759/2013, E. 2.3; BGer 2A.234/2003, E. 2.2.2.

- Mit Blick auf eine Diskriminierung wegen der **Lebensform** kann sich die Frage stellen, ob z.B. das Rauchen von Zigaretten eine Lebensform darstellt.²⁶⁰⁹ Das dürfte m.E. jedoch zu verneinen sein.²⁶¹⁰
- Von Bedeutung ist weiter, dass kein Mensch wegen einer **«geistigen oder psychischen Behinderung»** diskriminiert werden darf. Wenn jemandem in seinem «wohlverstandenen» Interesse nur deshalb die Fähigkeit zur Selbstbestimmung abgesprochen wird, weil sie oder er an einer psychischen Krankheit leidet, ohne im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Erkrankung tatsächlich auf die Selbstbestimmungs- und die Urteilsfähigkeit – zwischen psychischer Erkrankung und Urteilsfähigkeit ist zu differenzieren²⁶¹¹ – auswirkt, liegt darin m.E. eine unzulässige Diskriminierung. Konflikte bestünden zudem mit der Behindertenrechtskonvention (BRK), namentlich der Bestimmung von Art. 12 Abs. 2: Danach anerkennen die Vertragsstaaten, «dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit geniessen».

So ist es m.E. richtig, dass in Art. 434 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB für eine medizinische Zwangsmassnahme die *Urteilsunfähigkeit* bezüglich der Behandlungsbedürftigkeit vorausgesetzt wird und nicht – wie in Art. 7 Biomedizinvention – eine (schwere) psychische Störung als ausreichend erachtet wird.²⁶¹²

Sofern eine geistige Behinderung aber dazu führt, dass die Betroffene zu einem «vernunftgemässen» Handeln nicht (mehr) in der Lage ist, stellt es m.E. keine unzulässige Diskriminierung und kein mit Art. 12 Abs. 2 BRK in (einem unüberwindbaren) Konflikt stehendes Handeln dar, ihr durch erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen die Handlungsfähigkeit zu beschränken oder diese gar gänzlich entfallen zu lassen (wie durch eine umfassende Beistandschaft, siehe Art. 17 und Art. 398 Abs. 3 ZGB).²⁶¹³

²⁶⁰⁹ Gemäss WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 636, können «[d]as Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform» auch «*Raucher* (bzw. *Nichtraucher*) anrufen, da das Rauchen (bzw. Nichtrauchen) in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) falle (Herv. im Original); in diese Richtung auch WINZELER, 185.

²⁶¹⁰ Vgl. CR Cst.-MARTENET, Art. 8, Rz. 69. Beim Schutz der Lebensform geht es primär um den «Schutz von Menschen mit persönlichkeitsnahen Verhaltensweisen, welche von jenen der Bevölkerungsmehrheit abweichen» (KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 36, Rz. 24), z.B. um den Schutz von homo- oder bisexuellen Menschen (BGE 145 II 153, E. 4.3.6) und Menschen, die in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben, oder von Fahrenden (BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 77 f.); zu fragen ist auch, ob es sich um grundlegende, nicht oder nur schwer verzichtbare, mit der Identität eng verbundene Eigenschaften handelt (DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 2829). Das Bundesgericht hat das Rauchen zwar auch schon als «*mode de vie*» bezeichnet, allerdings im Zusammenhang mit der persönlichen Freiheit und nicht mit einer Diskriminierung (BGE 133 I 110, E. 5.2.3).

²⁶¹¹ Vgl. hinten, bei Fn. 4230 f.

²⁶¹² Vgl. hinten, Fn. 4519.

²⁶¹³ Vgl. zu diesen Diskussionen mit m.E. zutreffender Kritik an einem zu extensiven Verständnis von Art. 12 Abs. 2 BRK: BK ZGB-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 17, Rz. 10 ff.

- Fragen hinsichtlich einer Diskriminierung können sich dann ergeben, wenn **körperlich beeinträchtigte** Menschen deshalb von Leistungen abgeschnitten werden, um sie in ihrem wohlverstandenen eigenen Interesse vor einer Gefährdung zu schützen.

Das Bundesgericht hatte folgende Frage zu prüfen: Liegt in der Weigerung eines Kinobetreibers, einem Rollstuhlfahrer Zugang zum Kino zu gewähren, ein Verstoss gegen Art. 6 BehiG, wonach «Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, [...] Behinderte nicht auf Grund ihrer Behinderung diskriminieren [dürfen]», und gegen Art. 8 Abs. 2 BV? Da das Kino nicht rollstuhlgängig war (ein Erreichen und Verlassen der Kinosäle war ohne Hilfe Dritter nicht möglich) und der Kinobetreiber den Zutritt aus *Sicherheitsüberlegungen* (Risiken für einen Rollstuhlfahrer bei einer Notevakuatation) und aus *Angst vor Vorwürfen* und Schuldzuweisungen des Opfers und Dritter verweigerte, lag nach Auffassung des Bundesgerichts kein Verstoss gegen Art. 6 BehiG (und Art. 8 Abs. 2 BV) vor: Es stellte – unter Bezugnahme auf die Ausführungen in der Botschaft zum BehiG und die Definition der Diskriminierung in Art. 2 Bst. d BehiV²⁶¹⁴ – im Wesentlichen auf die *Motivation* ab:²⁶¹⁵ Das Verhalten des Kinobetreibers habe sich auf zumindest nachvollziehbare Sicherheitsüberlegungen gestützt und könne nicht als besonders stossend verstanden werden. Es zeige weder einen Mangel an Toleranz noch den Willen, Rollstuhlfahrer ausgrenzen zu wollen.²⁶¹⁶

Allerdings stellt sich die Frage, ob nicht – zumindest *auch* – die (ausgrenzenden) *Auswirkungen* einer Handlung oder Unterlassung zu berücksichtigen sind.²⁶¹⁷ Immerhin konkretisiert der Bundesrat den Begriff der Diskriminierung in Art. 2 Bst. d BehiV auch mit Blick auf die *Folgen bzw. Auswirkungen* der (besonders krass unterschiedlichen und benachteiligenden) Behandlung,²⁶¹⁸ ebenso ist für das Vorliegen einer Diskriminierung nach Art. 8 Abs. 2 BV eine eigentliche Diskriminierungsabsicht nicht vorausgesetzt.²⁶¹⁹ Wenn man richtigerweise die konkreten *Auswirkungen* nicht unberücksichtigt lassen will²⁶²⁰

²⁶¹⁴ Gemäss Art. 2 Bst. d BehiV bedeutet «Diskriminieren» i.S.v. Art. 6 (und 8 Abs. 3) BehiG: «Behinderte besonders krass unterschiedlich und benachteiligend behandeln mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen oder auszugrenzen.»

²⁶¹⁵ Vgl. auch SCHEFER/HESS-KLEIN, Rz. 12 ff.

²⁶¹⁶ BGE 138 I 475, E. 3, insb. 3.3.1.

²⁶¹⁷ Vgl. SCHEFER/HESS-KLEIN, Rz. 12 ff.

²⁶¹⁸ Vorne, Fn. 2614.

²⁶¹⁹ BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 60; CR Cst.-MARTENET, Art. 8, Rz. 64 f.; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 61; vorne, Fn. 2581.

²⁶²⁰ So SCHEFER/HESS-KLEIN, Rz. 12 ff., insb. 22 ff.

und mit Blick darauf eine (i.S.v. Art. 2 Bst. d BehiV) besonders krass unterschiedliche und benachteiligende Behandlung bejaht,²⁶²¹ sind die Legitimität und die Verhältnismässigkeit der (Sicherheits-)Massnahme zu prüfen.²⁶²² Und hier wäre dann wiederum zu bedenken, dass der *Rollstuhlfahrer* auch in seinem *wohlverstandenen eigenen Interesse* vom Besuch des Kinos ausgeschlossen wird (Unmöglichkeit einer Notevakuuation) – er kann den Nutzen aus dem Film also gar nicht höher als das Risiko des Kinobesuchs gewichten und dieser Einschätzung gemäss handeln. Ein Schutz vor sich selbst – soweit er unabhängig vom Vorliegen eines Freiwilligkeitsdefizits greifen soll – steht jedoch (wie noch näher zu zeigen ist) in einem grundlegenden Konflikt mit der Verfassung;²⁶²³ daneben aber auch mit der Zielsetzung des BehiG selbst, das ein selbstbestimmtes Leben bzw. eine «selbstbestimmte Lebensgestaltung»²⁶²⁴ gerade ermöglichen will.²⁶²⁵ Gegen die Zulässigkeit einer paternalistischen «Bevormundung» unabhängig vom Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten sprechen auch verschiedene Bestimmungen der BRK, namentlich Art. 9 («Zugänglichkeit»), Art. 19 («Unabhängige Lebensführung und Einbeziehung in die Gemeinschaft») und Art. 30 («Teilhabe am kulturellen Leben sowie an Erholung, Freizeit und Sport»).

Diskriminierend wäre es selbstverständlich, wenn einem Menschen nur deshalb die Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidungsfindung und eigenverantwortlichen Lebensführung abgesprochen würde, weil er eine körperliche Behinderung aufweist.²⁶²⁶

Abschliessend bleibt auf Folgendes hinzuweisen: Werden gewisse Personen oder Personengruppen mit dem Ziel eines *Schutzes Dritter vor sich selbst* einer (diskriminierenden) Ungleichbehandlung ausgesetzt (indirekter Paternalismus²⁶²⁷), dann ist diese nur insofern einer Rechtfertigung zugänglich, als der Schutz vor sich selbst verfassungsrechtlich zulässig ist.

²⁶²¹ So SCHEFER/HESS-KLEIN, Rz. 15.

²⁶²² Vgl. vorne, bei Fn. 2584.

²⁶²³ Hinten, Teil 4, siehe insb. Teil 4 II. C.

²⁶²⁴ Botsch. vom 11. Dezember 2000 zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen, BBl 2001 1715 ff., 1776.

²⁶²⁵ So auch SCHEFER/HESS-KLEIN, Rz. 23.

²⁶²⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 3779, 4951 und 5007.

²⁶²⁷ Vorne, Teil 1 II. B. 11.

Wird das Kindeswohl angeführt, um – z.B. in Erziehungs- oder Adoptionsfragen – eine Ungleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen²⁶²⁸ und heterosexuellen Partnerschaften zu begründen, ist zu berücksichtigen, dass das Kindeswohl keiner umfassenden paternalistischen Fremdbestimmung zugänglich ist.²⁶²⁹

²⁶²⁸ Gleichgeschlechtliche Partnerschaften sind als Lebensform geschützt, siehe vorne, Fn. 2610.

²⁶²⁹ S.a. BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 77, wonach «[b]losse pauschale Hinweise auf die Tradition, auf den Schutz der Ehe als Institut oder auf ein paternalistisch verstandenes Kindeswohl» nicht ausreichen, um eine Ungleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften qualifiziert zu rechtfertigen; zur Bestimmung des Kindeswohls siehe hinten, Teil 3 IV.E. 2. c), insb. bei Fn. 3364 ff. Zu beachten ist, dass mit dem Inkrafttreten der «Ehe für alle» am 1. Juli 2022 auch gleichgeschlechtliche Paare gemeinsam ein Kind adoptieren können.

IV. Spezifische öffentliche Interessen und verfassungsrechtliche Schutzaufträge

A. Vorbemerkungen

Nachfolgend ist zu untersuchen, ob und inwiefern sich der Verfassung selbst bestimmte öffentliche Interessen und Aufträge entnehmen – oder *nicht* entnehmen – lassen, der Einzelnen Schutz und Fürsorge in ihrem *wohlverstandenen eigenen* Interesse aufzudrängen.

B. «Grundrechtsschutz gegen sich selbst»?

1. Allgemeine Bemerkungen

Zu diskutieren ist zunächst, ob und inwiefern der Staat gestützt auf die Grundrechte des Grundrechtsträgers handeln *darf* und allenfalls *muss*, um das grundrechtliche Schutzgut bzw. die grundrechtlich geschützte Freiheit auch gegen den (zumindest «natürlichen»²⁶³⁰) Willen des Grundrechtsträgers vor Gefährdungen und Verletzungen zu schützen. Das ist besonders relevant für die Frage, ob ein öffentliches Interesse an einem Schutz vor sich selbst besteht,²⁶³¹ wie hoch dieses Interesse allenfalls zu gewichten ist²⁶³² und zudem von Bedeutung für die grundrechtskonforme Ausgestaltung der Rechtsordnung, die Handhabung des Ermessens und die Auslegung des Gesetzesrechts. Man kann diesen Problembereich unter dem Begriff des «Grundrechtsschutzes gegen sich selbst»²⁶³³ oder des «aufgedrängten Grundrechtsschutzes»²⁶³⁴ diskutieren.

²⁶³⁰ Vgl. weiter hinten in diesem Abschnitt, Ziff. (1.) bei Fn. 2645 ff.

²⁶³¹ Zum öffentlichen Interesse am Schutz grundrechtlicher Freiheiten, siehe vorne, bei Fn. 2284; die Verneinung einer grundrechtlichen Schutzpflicht bedeutet allerdings nicht, dass an einem Schutz vor sich selbst kein öffentliches Interesse bestehen könnte, siehe vorne, bei Fn. 2406.

²⁶³² Nach der – m.E. allerdings zu wenig differenzierten – Rechtsprechung besteht auch wegen dem konventionsrechtlich gebotenen Schutz des Lebens (Art. 2 EMRK) ein *gewichtiges* öffentliches Interesse daran, einen Strafgefangenen zwangsernähren zu können (BGE 136 IV 97, E. 6.3.3).

²⁶³³ VON MÜNCH, 114; LITWIN, 1; BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Rz. 149; BLECKMANN, Grundrechtsschutz, 332 ff.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156.

²⁶³⁴ DIETLEIN, 219 ff.

Um eine in sich gefestigte grundrechtsdogmatische oder -theoretische «Kategorie» oder «Figur» handelt es sich beim Grundrechtsschutz gegen (oder «vor») sich selbst nicht.²⁶³⁵ Allgemein gesprochen geht es um die Frage, inwiefern sich der Grundrechtsschutz von den artikulierten Bedürfnissen lösen und der Freiheit der Grundrechtsträgerin selbst *Grenzen* zu setzen vermag²⁶³⁶ bzw. inwiefern die Einzelne auf einen staatlichen Schutz ihrer Grundrechte *verzichten* kann.²⁶³⁷ Dass sich die Einzelne *selbst* «gefährdet» oder «schädigt», relativiert die Problematik nur bedingt: Zwar werden Schutzpflichten regelmässig für mehrpolige Verhältnisse oder Dreiecksverhältnisse (Grundrechtsträger–Störer–Staat) diskutiert²⁶³⁸ (Schutz vor Übergriffen privater Dritter, aber auch Schutz vor fremden Staaten und Naturgefahren²⁶³⁹). Aufgrund der «Schutzgutorientiertheit» der Grundrechte kommt eine Schutzpflicht aber *prinzipiell* auch dann in Frage, wenn die Grundrechtsträgerin selbst die Ursache der Grundrechtsgefährdung oder -schädigung darstellt.²⁶⁴⁰ Massgeblich ist die *Schutzbedürftigkeit* der Grundrechtsträgerin.²⁶⁴¹ Daran ändert

²⁶³⁵ Siehe LINDNER, 370 f.; s.a. DIETLEIN, 220 und VON MÜNCH, 128.

²⁶³⁶ DIETLEIN, 219; vgl. bereits vorne, Fn. 5.

²⁶³⁷ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 23 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 2656.

²⁶³⁸ Vgl. etwa HALDEMANN, 205; BGE 140 II 315, E. 4.8.

²⁶³⁹ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 53; SCHEFER, Schutzpflichten, 1134.

²⁶⁴⁰ DIETLEIN, 220 f.; SANDFUCHS, 126 f.; ferner EGLI, 292 f., s.a. 311 und 338; MÜLLER, Verwirklichung, 69; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 42; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 336 f.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 18 und 42; BELSER/WALDMANN, Grundrechte, I, 132 und 137 ff.; MÖLLER, Paternalismus, 214 f.; bezogen auf Art. 2 EMRK vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 48; ferner die Urteile vom 30. Juni 2020 i.S. *Frick gegen Schweiz*, Nr. 23405/16, Ziff. 73; vom 10. April 2012 i.S. *Ilbeyi Kemalöglu und Meriye Kemalöglu gegen Türkei*, Nr. 19986/06, Ziff. 34; vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 54; vom 7. Juni 2005 i.S. *Kılınç u.a. gegen Türkei*, 40145/98, Ziff. 40; vom 19. Juli 2012 i.S. *Ketreb gegen Frankreich*, Nr. 38447/09, Ziff. 71; vom 3. April 2001 i.S. *Keenan gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 27229/95, Rz. 90 ff.; vom 16. November 2000 i.S. *Tanribilir gegen Türkei*, Nr. 21422/93, Ziff. 70; ferner EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 1. März 2005 i.S. *Joël und Patricia Bone gegen Frankreich*, Nr. 69869/01; aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. etwa BGE 136 IV 97, E. 6.1.1 und 6.3.3; BGE 133 I 58, E. 6.2.1 und 6.3.6; BGE 130 I 16, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 8; vgl. demgegenüber ISENSEE, Abwehrecht, Rz. 193, 218 und 245 f., wonach eine Selbstgefährdung mangels Übergriffs durch einen Dritten gar keinen Anwendungsfall der grundrechtlichen Schutzpflicht darstelle; allerdings schulde der Staat all jenen Personen «Grundrechtsfürsorge», «die aufgrund ihres Alters oder ihres Geisteszustandes nicht fähig sind, ihre Freiheit eigenverantwortlich wahrzunehmen» (ebd., Rz. 246); zurückhaltend auch LINDNER, 370 f.; ferner MATTHES-WEGFRASS, 125 (Schutzpflicht nur im «Dreiecksverhältnis» «Staat–Störer–Opfer»); differenzierend HERMES, 228 ff.

²⁶⁴¹ SANDFUCHS, 126.

nichts, dass Art. 36 Abs. 2 BV nur die Grundrechte *Dritter* nennt (worunter der Grundrechtsträger selbst nicht fällt²⁶⁴²). Dass der Schutz der Grundrechte Dritter spezifisch erwähnt wird, ist dahingehend zu verstehen, dass ihm «besondere Beachtung» zu schenken ist;²⁶⁴³ es dürfte aber kaum der Absicht des Verfassungsgebers entsprechen, damit einen aufgedrängten Grundrechtsschutz grundsätzlich ausschliessen zu wollen.²⁶⁴⁴

Mit Blick auf die nachfolgend zu diskutierenden Fragen sind folgenden Präzisierungen angebracht:

- (1.) Hier sollen auch solche Konstellationen als «Grundrechtsschutz gegen sich selbst» diskutiert werden, in denen die Grundrechte gegenüber einem *nicht oder nur beschränkt «freiwilligen»* (z.B. uninformierten) Handeln des Grundrechtsträgers geschützt werden sollen.²⁶⁴⁵ Dies auch dann, wenn der Einzelne zu einem vernunftgemässen Handeln gar nicht in der Lage ist. Der Grundrechtsschutz wird dann zwar nicht gegen den «freien» Willen aufgezwungen,²⁶⁴⁶ aber er kann auch bei nicht freiverantwortlichem Handeln in *grundrechtsrelevanter* Weise aufgedrängt werden:²⁶⁴⁷ Grundrechtlicher Schutz erfährt auch der natürliche (Handlungs-)Wille; der Urteilsunfähige hat ebenfalls ein (wenn auch nicht absolutes) Recht, seinen eigenen Vorstellungen entsprechend zu leben.²⁶⁴⁸ Abgesehen davon ist es ohnehin nicht einfach zu bestimmen, wann ein «freier» Wille bzw. eine «freiverantwortliche» Grundrechtsbetätigung vorliegt. Der Begriff des «Grundrechtsschutzes gegen sich selbst» sollte auch aus diesem Grund nicht zu eng verstanden werden.
- (2.) Beim Grundrechtsschutz gegen sich selbst im hier verstandenen Sinn kann es *auch* um die Frage gehen, inwiefern der Staat grundrechtlich berechtigt (oder verpflichtet) ist, die Einzelne *ohne oder gegen ihren Willen* zur Ausübung ihrer grundrechtlichen Freiheit zu befähigen, sie darin zu unterstützen oder in ihrer Position gegenüber Dritten zu stärken – also letztlich *Voraussetzungen* für den Grundrechtsgebrauch zu schaffen. Die Einzelne wird insofern vor einem «mangelhaften» Gebrauch ihrer eigenen Freiheiten geschützt. Das wird zwar häufig nicht unter dem Aspekt des «Grundrechtsschutzes vor sich selbst» dis-

²⁶⁴² Vgl. vorne, bei Fn. 2375 und 2403.

²⁶⁴³ SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 51.

²⁶⁴⁴ Vgl. BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 52; vorne, bei Fn. 2404 ff.

²⁶⁴⁵ Vgl. demgegenüber VON MÜNCH, 124 f. und 127, der diesbezüglich von einem «Grundrechtsschutz *für sich*» und nicht von einem «Grundrechtsschutz *gegen sich selbst*» spricht (Herv. im Original).

²⁶⁴⁶ DIETLEIN, 220; VON MÜNCH, 125.

²⁶⁴⁷ Zu pauschal m.E. insofern DIETLEIN, 220 f., und VON MÜNCH, 124 f. und 127.

²⁶⁴⁸ Vgl. vorne, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

kutiert – teilweise auch klar von einer grundrechtlichen Schutzpflicht abgegrenzt²⁶⁴⁹ –, doch geht es um dieselbe Problematik: nämlich ob der Staat in den Grundrechten des Einzelnen Legitimation findet, diese auch ohne oder gar gegen seinen Willen zu schützen und zu verwirklichen.²⁶⁵⁰

- (3.) Von einem Grundrechtsschutz «gegen sich selbst» ist auch dann zu sprechen, wenn die Grundrechtsträgerin um den Schutz ihrer Grundrechte willen daran gehindert (oder es ihr erschwert) wird, Dritte zu «Übergriffen» zu ermächtigen bzw. in eine «Verletzung» eigener Rechtsgüter einzuwilligen. Es wird dann zwar ein Schutz gegen diesen Dritten aufgedrängt, aber darin liegt gleichzeitig ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst im hier verstandenen Sinn: Die grundrechtlichen Schutzgüter des Grundrechtsträgers werden gegen seine *eigene* «Unvernunft» oder gegen defizitäre Entscheidungen im Umgang bzw. im Rechtsverkehr mit einem Dritten geschützt.²⁶⁵¹
- (4.) Fragen nach der Zulässigkeit eines Grundrechtsschutzes vor sich selbst können sich auch dann stellen, wenn die Einzelne auf die Ausübung grundrechtlich verbürgter Freiheiten bzw. Ansprüche gegenüber dem Staat verzichten möchte (Problematik des *Grundrechtsausübungsverzichts*).

Zu denken ist an einen Verzicht auf *soziale Leistungen* (Art. 12 BV) oder spezifische *grundrechtlich verbürgte Ansprüche* gegenüber dem Staat (wie das Recht, im Verfahren angehört zu werden, das Recht auf einen unabhängigen Richter oder auf eine anwaltliche Vertretung) – die Rede ist vom «*Verhaltens- und Leistungsverzicht*»²⁶⁵²; aber auch an den Verzicht auf *Abwehransprüche*²⁶⁵³ – den sog. *Abwehrverzicht*²⁶⁵⁴. Ein (zulässiger) Abwehrverzicht hat zur Folge, dass eine Grundrechtsbeeinträchtigung nicht vorliegen kann und der Staat sein Handeln nicht nach der Massgabe von Art. 36 BV zu rechtfertigen hat.²⁶⁵⁵

²⁶⁴⁹ Teilweise werden die Förderung und die Ermöglichung des Freiheitsgebrauchs ganz von den grundrechtlichen Schutzpflichten ausgeklammert, vgl. etwa die Differenzierungen bei ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 192 ff., insb. Rz. 198 f. und 202 ff., und Votum ISENSEE, in: VVDStRL 64, Berlin 2005, 97: Schutz der Grundrechte vor Übergriffen (Dritter) als Thema der *grundrechtlichen (bzw. rechtsstaatlichen) Schutzpflicht* – Schutz und Förderung der realen Freiheitsvoraussetzungen bzw. der «Grundrechtsvoraussetzungen» als davon abzugrenzende *sozialstaatliche Schutzpflicht*.

²⁶⁵⁰ Dazu näher hinten, Teil 3 IV. B. 2. c) iv.

²⁶⁵¹ Vgl. demgegenüber DIETLEIN, 220; vgl. bereits vorne, Teil 1 II. B. 6; dass es grundrechtlich geschützt ist, in Verletzungshandlungen Dritter einzuwilligen, wurde bereits ausgeführt, siehe vorne, bei Fn. 1412.

²⁶⁵² Siehe MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 38.

²⁶⁵³ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 371.

²⁶⁵⁴ MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 38.

²⁶⁵⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 157; SCHEFER, Kerngehalte, 374; s.a. HILLGRUBER, Schutz, 135.

Hier nicht gemeint sind *Ansprüche auf Schutz* der eigenen Grundrechte durch den Staat und ein diesbezüglicher Leistungsverzicht: Sofern es dem Einzelnen in seinem eigenen, wohlverstandenen Interesse verunmöglicht wird, auf einen staatlichen Schutz seiner Grundrechte zu verzichten, handelt es sich ohnehin um ein Problem des Grundrechtsschutzes gegen sich selbst.²⁶⁵⁶

Inwieweit die Einzelne auf grundrechtlich verbürgte Ansprüche gegenüber dem Staat verzichten kann bzw. wo die Grenzen eines «Grundrechtsverzichts» liegen, ist *nicht abschliessend geklärt*.²⁶⁵⁷ Dessen Zulässigkeit kann etwa daran scheitern, dass mit dem Verzicht auf die Ausübung gewisser Grundrechte gleichzeitig (wichtige) öffentliche Interessen²⁶⁵⁸ oder (grundrechtlich ge-

²⁶⁵⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 2637, und hinten, bei Fn. 2681 ff.

²⁶⁵⁷ Vgl. MÄCHLER, *Verwaltungsvertrag*, 197 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45; vgl. zu den verschiedenen – hier nicht im Einzelnen nachzuzeichnenden – Standpunkten MALACRIDA, 37 ff.; keineswegs lässt sich sagen, dass ein Grundrechtsausübungsverzicht *per se* unzulässig wäre (siehe vorne, bei Fn. 1316, und hinten, bei Fn. 2805 ff.); grundsätzlich bejaht wird die Zulässigkeit, wenn keine schweren Grundrechtseingriffe vorliegen bzw. kein Verzicht auf «grundlegende Grundrechtspositionen» in Frage steht (BGE 138 I 331, E. 6.1; BGE 140 I 30, E. 10.2.2; kritisch SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45). In einem älteren Entscheid konnte das Bundesgericht die Frage offenlassen, ob der Staat einen Angeklagten für eine medizinische Expertise mit dessen Einwilligung betrunken machen darf (BGE 90 I 29, E. 5b). Teilweise ist die «Verzichtbarkeit» schon im Grundrecht selbst angelegt (so umfasst das in Art. 13 Abs. 2 BV garantierte Recht auf informationelle Selbstbestimmung die Bestimmungsbefugnis über die eigenen Daten; wenn der Staat die Daten des Betroffenen mit dessen Einwilligung bearbeitet, ist schon der *Schutzbereich* von Art. 13 Abs. 2 BV nicht betroffen, siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 157 und 270; TSCHENTSCHER, *BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2012/2013*, 793; RAINER J. SCHWEIZER/DAVID RECHSTEINER, *Grund- und menschenrechtlicher Datenschutz*, in: Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür [Hrsg.], *Datenschutzrecht*, Basel 2015, § 2, 41 ff., Rz. 2.41). Die Einwilligung kann dem staatlichen Handeln auch insofern die Grundrechtsrelevanz nehmen, als nicht (*zwangsweise*) *gegen den Willen* des Einzelnen gehandelt wird, sondern eben *mit* seinem Willen – von einem (dem Staat zurechenbaren) Grundrechtseingriff lässt sich hier nicht mehr sprechen (vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 157 und 191; TSCHENTSCHER, *BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2012/2013*, 793; BETGHE, *Grundrechtseingriff*, 44; bezogen auf Art. 10 Abs. 2 BV: SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI Art. 10, Rz. 71; vgl. aber MALACRIDA, 208, wonach «die Verzichtserklärung des Bürgers zu einem Grundrechtseingriff durch die Behörden führt»); vgl. zum Problemkreis des Grundrechtsverzichts bereits vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (9.) bei Fn. 1314 ff.; zu den im Kontext der Paternalismuskonzeption relevanten Grenzen ferner hinten, Teil 3 IV. B. 2. c) vii).

²⁶⁵⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 334 (Abwägung zwischen privaten und öffentlichen Interessen); EGMR, Urteil vom 16. Januar 2007 i.S. *Bell gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 41534/98, Ziff. 45; ZIMMERLIN, Rz. 120, 163, 167, 173 ff., 491, 512 und 517; dies ist besonders dann denkbar, wenn das (nicht ausgeübte) *Grundrecht* gleichzeitig Interessen der Allgemeinheit bzw. Dritter mitschützt (KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5,

schützte) Interessen Dritter²⁶⁵⁹ tangiert werden. Soweit die Nichtverzichtbarkeit mit *Interessen Dritter* begründet wird, hat dies mit einem Grundrechtsschutz vor sich selbst im hier verstandenen Sinn indessen nichts zu tun. *Überschneidungen* zu einem Grundrechtsschutz gegen sich selbst ergeben sich aber dann, wenn dem Verzicht auf die Ausübung von Rechten gegenüber dem Staat – was nicht ausgeschlossen ist – (auch) aus *paternalistischen* Erwägungen Grenzen gezogen werden; bzw. wenn (mehr oder weniger) etablierte Grenzen des Grundrechts(ausübungs)verzichts (unverjähbare und unverzichtbare Grundrechte, grundrechtliche Kerngehalte²⁶⁶⁰) undifferenziert auf paternalistische Fallkonstellationen angewendet werden. Dies ist v.a. bezogen auf dem Staat erteilte *Eingriffsermächtigungen* (Einwilligung in einen Lügendetektortest usw.) und den Verzicht auf *verfahrensrechtliche Ansprüche* (Recht auf Verteidigung usw.) von Bedeutung. Darauf ist hinten näher einzugehen.²⁶⁶¹

Schliesslich bleibt auf Folgendes hinzuweisen: *Zum einen* ist in der Diskussion um einen Grundrechtsschutz gegen sich selbst klar zwischen *Schutzberechtigung* und *Schutzverpflichtung* zu differenzieren. Den Staat kann nur insoweit eine grundrechtliche *Schutzpflicht* treffen, als sich den Grundrechten eine entsprechende *Schutzberechtigung* entnehmen lässt. Die Frage des «Dürfens» ist der Frage des «Müssens» vorgelagert.²⁶⁶² *Zum anderen* dispensiert die Bejahung einer Schutzpflicht nicht von der Einhaltung der übrigen, für Freiheitsbeschränkungen relevanten Verfassungsbestimmungen:²⁶⁶³ Selbst wenn sich eine Schutzpflicht aktualisiert, bedarf staatliches Handeln einer Rechtsgrundlage, bei schweren Grundrechtseingriffen eines Gesetzes im formellen Sinn.²⁶⁶⁴ Das Bestehen einer Schutzpflicht entbindet auch nicht von der Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips – ins-

Rz. 35) – z.B. dienen die Verfahrensgrundrechte auch dem Interesse an einer geordneten, qualitativ hochstehenden und rechtsstaatlichen Grundsätzen entsprechenden Rechtspflege, siehe ZIMMERLIN, Rz. 174 f.; STERNBERG-LIEBEN, 43 f.

²⁶⁵⁹ Wird ein Lügendetektortest auf Antrag des Beschuldigten grundsätzlich zugelassen, kann dies u.U. dazu führen, dass sich (andere) Beschuldigte *gezwungen* sehen, einen solchen zu verlangen bzw. einem solchen zuzustimmen, um sich nicht dem Verdacht auszusetzen, etwas zu verbergen, siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 161; Botsch. StPO, 1182 f.; KassGer ZH, Urteil vom 3. Dezember 2001, ZR 2002, 141 ff., E. 9c, 142 f.; kritisch zu diesem Argument des indirekten Zwangs unter Hinweis auf den *nemo-tenetur*-Grundsatz: CHEN, 110; s.a. hinten, Fn. 4090.

²⁶⁶⁰ SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45.

²⁶⁶¹ Hinten, Teil 3 IV. B. 2. c) vii).

²⁶⁶² Siehe SCHWABE, 70; HILLGRUBER, Schutz, 74, 137 und 147 f.; KNEIHS, 191 f.; MURMANN, 244; IntKommEMKR-LAGODNY, Art. 2, Rz. 19 f. (5. Lfg. Januar 2002).

²⁶⁶³ OFK BV-BIAGGINI, Art. 35, Rz. 7.

²⁶⁶⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 332; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 267; OFK BV-BIAGGINI, Art. 35, Rz. 7.

besondere der Vornahme einer Interessenabwägung.²⁶⁶⁵ Dabei bleibt dem (grundrechtlich seinerseits abgesicherten) Recht auf Selbstbestimmung Rechnung zu tragen;²⁶⁶⁶ auch im Sonderstatusverhältnis.²⁶⁶⁷

Nachfolgend ist zu differenzieren zwischen einem Grundrechtsschutz, der unabhängig davon greifen soll, ob der Einzelne zu einer freien Willensbildung in der Lage ist, und einem Grundrechtsschutz gegen sich selbst, der an das Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten – wie z.B. eine Urteilsunfähigkeit oder «Übereilung» – anknüpft.

2. Grundrechtsschutz und -verwirklichung unabhängig von Defiziten in der Selbstbestimmung?

a) Im Allgemeinen

Die Frage nach einer grundrechtlichen Schutzberechtigung und -verpflichtung bei «freiwilligen» (oder *konsentierten*) «Übergriffen» in die (eigenen) Grundrechte scheint nicht abschliessend geklärt.²⁶⁶⁸ Unsicherheiten bestehen auch dahingehend,

²⁶⁶⁵ Vgl. BGE 147 I 450, E. 3.2.3; BGE 126 II 300, E. 5b; HALDEMANN, 205; KIENER, Grundrechte in der Bundesverfassung, in: VdS 2020, Bd. II, V.2, Rz. 30.

²⁶⁶⁶ BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 54; EGMR, Urteil vom 3. April 2001 i.S. *Keenan* gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 27229/95, Rz. 92; s.a. EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty* gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 2346/02, Ziff. 41.

²⁶⁶⁷ Vgl. bezogen auf Strafgefängene EGMR, Urteil vom 3. April 2001 i.S. *Keenan* gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 27229/95, Rz. 92; siehe im Einzelnen hinten, bei Fn. 2801.

²⁶⁶⁸ *Ablehnend* zu einem gegen den freiverantwortlichen Willen gerichteten Grundrechtsschutz vor sich selbst äussern sich etwa TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156 f., 206, 256 f. und 603; TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 28; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 42; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70; PETERMANN, Suizidprävention, 1127; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 50 und 103; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 117; TSCHANNEN/BUCHLI, 7 ff.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1137 f. (bezogen auf «Peepshows»: kein grundrechtliches Schutzbedürfnis bei freiverantwortlichem Handeln); gemäss EGLI, 311, sind einem Grundrechtsschutz gegen sich selbst durch die «individuelle Verfügbarkeit über die eigenen grundrechtlichen Güter und Freiheiten [...] enge Grenzen gesetzt»; zumindest *zweifelnd* HALDEMANN, 205 («problematisch»); aus der deutschen Lehre vgl. SCHWABE, 69 f.; BETGHE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 149 ff.; FISCHER, 197 ff. 201; STERNBERG-LIEBEN, 33 ff.; MURMANN, 246 ff.; HERMES, 228 ff.; STERNBERG-LIEBEN/REICHMANN, 260; HILLGRUBER, Schutz, 147 f. und 176, s.a. 130 ff.; EPELDT, 199 ff. insb. 204; GRAMM, 2923; SANDFUCHS, 126 f.; HÖFLING, Menschenwürde, 1584 f.; MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 29; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 218 und 244 f. (relativierend aber

ob der Staat in den Grundrechten eine Berechtigung findet, Selbstbestimmung zu fördern und zur Freiheitsausübung zu befähigen, selbst wenn der Betroffene dies ablehnt.

für die «Grundrechtsfürsorge» in Rz. 246); BRUNHÖBER, 164 f.; aus der österreichischen Lehre: KNEIHS, 189 ff. und 204. Die Frage ist jedoch keineswegs unumstritten – es finden sich auch Stimmen, die einen von der Freiwilligkeit des Verhaltens losgelösten Grundrechtsschutz vor sich selbst als *grundsätzlich zulässig* erachten: vgl. VAN SPYK, 56 f. und 90 ff., insb. 92, wonach das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen «zugunsten gegenläufiger Programmgehalte des Integritätsschutzes» begrenzt werden dürfe; aus der deutschen Lehre: BLECKMANN, Grundrechtsschutz, 336; das Bundesgericht begründet eine «minimale» staatliche «Sorgepflicht» gegenüber einem psychisch kranken Menschen mit der persönlichen Freiheit, Art. 12 BV sowie der Menschenwürde (Art. 7 BV) und leitet daraus ein zumindest abstraktes öffentliches Interesse für eine Zwangsbehandlung kranker Menschen ab (siehe BGE 130 I 16, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 8; s.a. vorne, bei Fn. 913, und hinten, bei Fn. 2686 f. und 2908 f.) – hier ist allerdings zu bedenken, dass psychische Beeinträchtigungen die Selbstbestimmungsfähigkeit durchaus zu reduzieren vermögen (aber nicht müssen, vgl. hinten, bei Fn. 4230). Ohne weitere Differenzierungen hinsichtlich der Freiwilligkeit hat das Bundesgericht mit dem Recht auf Leben argumentiert, um – im Grundsatz – ein öffentliches Interesse an der Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen zu bejahen (BGE 136 IV 97, E. 6.1.1 und 6.3.3; dazu auch hinten, bei Fn. 2789 und in Fn. 2875). Nach der EGMR-Rechtsprechung verpflichtet die Bestimmung von Art. 2 EMRK den Staat dazu, (präventive) Massnahmen gegen Selbstgefährdungen zu treffen, allerdings nur «gegebenenfalls» (EGMR, Urteile vom 3. November 2011 i.S. *Dülek* und andere gegen *Türkei*, Nr. 31149/09, Ziff. 42 und vom 17. Juni 2008 i.S. *Abdullah Yılmaz* gegen *Türkei*, Nr. 21899/02, Ziff. 55) bzw. aufgrund gewisser spezieller Umstände (EGMR, Urteile vom 16. November 2000 i.S. *Tanribilir* gegen *Türkei*, Nr. 21422/93, Ziff. 70; vom 16. Oktober 2008 i.S. *Renolde* gegen *Frankreich*, Nr. 5608/05, Ziff. 81; vom 31. Januar 2019 i.S. *Fernandes de Oliveira* gegen *Portugal*, Nr. 78103/14, Ziff. 108; vom 30. Juni 2020 i.S. *Frick* gegen *Schweiz*, Nr. 23405/16, Ziff. 73: «dans certaines circonstances particulières»; «in particular circumstances»). Solche besonderen Umstände liegen nach der Rechtsprechung dann vor, wenn die Person *verletzlich* ist (EGMR, Urteile vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas* gegen *Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 54 und vom 31. Januar 2019 i.S. *Fernandes de Oliveira* gegen *Portugal*, Nr. 78103/14, Ziff. 124) bzw. sich in einer besonderen *Situation der Verletzlichkeit* befindet (EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz* gegen *Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 48 «situation particulière de vulnérabilité»), was namentlich dann bejaht wird, wenn der Betroffene *nicht freiverantwortlich* handelt (vgl. EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas* gegen *Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 54), aber auch dann, wenn sich der Einzelne in *staatlicher Obhut* befindet (Strafgefangene, Militär-angehörige, Schüler usw.; vgl. EGMR, Urteile vom 2. März 2010 i.S. *Lütfi Demirci* und andere gegen *Türkei*, Nr. 28809/05, Ziff. 30; vom 23. Februar 2010 i.S. *Nurten Deniz Bülbül* gegen *Türkei*, Nr. 4649/05, Ziff. 29; vom 22. November 2011 i.S. *Recep Kurt* gegen *Türkei*, Nr. 23164/09, Ziff. 54; Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz* gegen *Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 48; ferner Zulässigkeitsentscheidung vom 13. Oktober 2015 i.S. *TAŞ* gegen *Türkei*, Nr. 25690/08, Ziff. 63; betreffend Schulbehörden vgl. insb. EGMR,

Nach der hier vertretenen Auffassung kann eine Schutzberechtigung – und entsprechend: eine Schutzpflicht²⁶⁶⁹ – *gar nicht entstehen*, wenn die Einzelne *freiverantwortlich* handelt und einen Schutz ihrer Grundrechte nicht will. Nun ist allerdings zu beachten, dass Begriff der «Freiverantwortlichkeit» oder «Freiwilligkeit» nicht klar konturiert ist²⁶⁷⁰ und sich allein aufgrund grundrechtsdogmatischer Überlegungen nicht abschliessend bestimmt lässt, wann das Handeln so «freiwillig» ist, dass ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst unzulässig ist. Insofern steht richtigerweise die Frage im Vordergrund, ob sich eine grundrechtliche Schutzberechtigung *überhaupt ohne Bezugnahme auf Defizite in der freien Willensbildung und/oder -umsetzung begründen* lässt.²⁶⁷¹ Das ist – wie nachstehend zu zeigen ist – zu verneinen.

Zunächst ist zu bemerken, dass eine Berechtigung und Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte an eine *Grundrechtsgefährdung* anknüpft und sich der Schutz gegen den *Grundrechtsstörer* zu richten hat.²⁶⁷² Der Einzelne kann durch «freiverantwortliches» – gemeint ist hier (und im Folgenden): ein *nicht* durch Selbstbestimmungsdefizite verzerrtes²⁶⁷³ – Handeln aber nicht in seine eigenen Grundrechte eingreifen oder diese verletzen: Vielmehr macht er von seiner Freiheit *Gebrauch*. Bei einem «selbstschädigenden» oder «unvernünftigen» Freiheitsgebrauch setzt er sich – wie bereits ausgeführt – auch nicht in einen *Widerspruch* zu seinen Grundrechten (z.B. seiner grundrechtlich geschützten körperlichen Integrität [Art. 10 Abs. 2 BV] durch den Tabakkonsum) und es besteht auch keine irgendwie geartete *Grundrechtskollision* (in ein und derselben Person).²⁶⁷⁴ Daran ändern grundrecht-

Urteil vom 10. April 2012 i.S. *Ilbeyi Kemalöglu und Meriye Kemalöglu gegen Türkei*, Nr. 19986/06, Ziff. 35). Grundsätzlich *gegen eine paternalistische Interpretation* der Schutzpflichten aus Art. 2 EMRK hat sich der EGMR in seinem Urteil vom 26. Februar 2015 i.S. *Prilutskiy gegen Ukraine*, Nr. 40429/08, Ziff. 32, ausgesprochen: «Still in the field of dangerous activities, the positive obligations under Article 2 should not be unduly impaired by paternalistic interpretations, bearing in mind that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the Convention guarantees, primarily those pertinent to private life. The Court has observed that the ability to conduct one's life in a manner of one's own choosing may also include the opportunity to pursue activities perceived to be of a physically or morally harmful or dangerous nature for the individual concerned, and improper State interference with this freedom of personal choice may give rise to an issue under the Convention [...]»); vgl. auch die Hinweise auf die EGMR-Rechtsprechung hinten, in Fn. 2768.

²⁶⁶⁹ Vorne, bei Fn. 2662.

²⁶⁷⁰ Vorne, bei Fn. 2041 ff.

²⁶⁷¹ Vgl. auch hinten, bei Fn. 2740 f. und 2860.

²⁶⁷² Vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 35, Rz. 16.

²⁶⁷³ S.a. vorne, bei Fn. 364.

²⁶⁷⁴ Vorne, bei Fn. 1261 f. und bei Fn. 1304 ff.

liche «Schutzpflichten» nichts. Sie wollen – darauf wird im Zusammenhang mit der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension zurückzukommen sein²⁶⁷⁵ – den grundrechtlichen Schutz erweitern, aber weder den Zweck der Grundrechte verändern noch die Grundrechte mit neuen, unverfügbaren Grundrechtsgehalten «ergänzen».²⁶⁷⁶ Der freiverantwortliche Umgang mit dem grundrechtlich geschützten Gut bleibt zu respektieren.²⁶⁷⁷ Wenn der Einzelne durch einen freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch seine eigenen Grundrechte nicht gefährden oder verletzen kann, dann mangelt es an einer Grundrechtsstörung und eine Schutzberechtigung aktualisiert sich zum Vornherein nicht. Dies gilt erst recht, wenn man die grundrechtlichen Schutzpflichten (auch) in der Menschenwürde verankert sieht,²⁶⁷⁸ da sich diese nach der hier vertretenen Auffassung nicht gegen den (freiverantwortlich handelnden) Würdeträger selbst zu richten vermag.²⁶⁷⁹

Bezogen auf der EMRK entnommene «*positive obligations*» scheint mir auch die Bestimmung von Art. 17 EMRK relevant zu sein. Danach ist die EMRK «nicht so auszulegen, als begründe sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als es in der Konvention vorgesehen ist». Die Bestimmung richtet sich gegen allfällige Bestrebungen, die EMRK und die von ihr verbürgten Freiheiten für totalitäre Zwecke zu instrumentalisieren.²⁶⁸⁰ Meines Erachtens sperrt sich Art. 17 EMRK aber auch gegen ein Verständnis der «*positive obligations*», wonach der Staat den Einzelnen unter Berufung auf seine durch die EMRK garantierten Rechte am freiverantwortlichen Gebrauch eben dieser Rechte hindern könnte. Dass dies im «wohlverstandenen» Interesse des Grundrechtsträgers geschehen soll, vermag daran m.E. nichts zu ändern.

Sodann ist zu bedenken, dass sich eine staatliche Schutzpflicht als Kehrseite und Folge eines subjektiv-rechtlichen Schutzanspruchs begreifen lässt.²⁶⁸¹ Auf die In-

²⁶⁷⁵ Siehe dazu das nachfolgende Kap. b), insb. bei Fn. 2704.

²⁶⁷⁶ Vgl. KNEIHS, 190; HILLGRUBER, Schutz, 147; STERNBERG-LIEBEN, 34 f.

²⁶⁷⁷ Vgl. HAFKE, 778; vgl. allgemein auch SALADIN, Verantwortung, 212, wonach der staatliche Schutz der Grundrechte die Bürger «nicht entmündigen» dürfe – «das wäre das Ende von Verantwortung und Würde».

²⁶⁷⁸ MÜLLER, Verwirklichung, 76.

²⁶⁷⁹ Vorne, Teil 2 II. B.

²⁶⁸⁰ EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 16. November 2004 i.S. *Norwood* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 23131/03: «The general purpose of Article 17 is to prevent individuals or groups with totalitarian aims from exploiting in their own interests the principles enunciated by the Convention.»

²⁶⁸¹ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 20; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 120 (allerdings mit der – zutreffenden – Präzisierung, dass sich eine Schutzpflicht auch dann aktualisieren kann, wenn die Grundrechtsträgerin nicht in der Lage ist, den Schutz einzufordern).

anspruchnahme eines solchen Schutzes kann die Schutzberechtigte jedoch *verzichten*.²⁶⁸² Wenn sie – aus freiem Willen – einen Schutzanspruch nicht geltend macht, aktualisiert sich eine Schutzpflicht nicht.²⁶⁸³

Das gilt natürlich erst recht, wenn es um «originäre Leistungsrechte» bzw. grundrechtlich verbürgte Ansprüche auf staatliche Leistungs- und Förderungsmassnahmen geht.²⁶⁸⁴ Wenn der Einzelne bspw. den Anspruch aus Art. 12 BV aus freiem Willen nicht geltend macht, kann Art. 12 BV nicht herangezogen werden, um ihm Leistungen gegen seinen Willen aufzudrängen und eine Art «Duldungspflicht» zu rechtfertigen.²⁶⁸⁵ Die Argumentation des Bundesgerichts mit Art. 12 BV, um ein öffentliches Interesse am Schutz kranker Menschen bzw. eine «minimale Sorgepflicht» zu begründen,²⁶⁸⁶ vermag deshalb nicht zu überzeugen.²⁶⁸⁷

Ein Verständnis der Grundrechte als Legitimationsgrundlage für einen harten Paternalismus würde darüber hinaus deren freiheitssichernde Idee in ihr Gegenteil verkehren und stünde in einem direkten Widerspruch zur grundrechtlich abgesicherten Selbstbestimmung.²⁶⁸⁸ Es birgt die Gefahr einer Beschränkung grundrechtlicher Freiheiten auf den «richtigen» und «vernünftigen» Freiheitsgebrauch²⁶⁸⁹ und rückte die Grundrechte in die Nähe von (*Grund-*)*Pflichten*²⁶⁹⁰ oder «*Duldungspflichten*». Damit würde gleichzeitig die in den Grundrechten mitenthaltene *negative Freiheit* – vom Grundrecht *keinen Gebrauch zu machen*²⁶⁹¹ –

²⁶⁸² TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156 f. und 191; TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 29; SCHEFER, Kerngehalte, 376; ROBBERS, 221 f.; wohl auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 337.

²⁶⁸³ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156 f.; PETERMANN, Suizidprävention, 1127; ROBBERS, 221 f.

²⁶⁸⁴ Vgl. hinten, bei Fn. 2758.

²⁶⁸⁵ SCHEFER, Kerngehalte, 352; SGK BV-MÜLLER, Art. 12, Rz. 8.

²⁶⁸⁶ BGE 130 I 16, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 8.

²⁶⁸⁷ Kritisch auch PETER UEBERSAX, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Recht auf Hilfe in Notlagen im Überblick, in: TSCHUDI, Grundrecht auf Hilfe in Notlagen, 33 ff., 36; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, Rz. 3451; SCHEFER, Beeinträchtigung, S. 77 mit Fn. 7.

²⁶⁸⁸ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 77; SCHWABE, 69 f.; ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 244; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 2 und 42; TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 28; STERNBERG-LIEBEN, 35 ff.

²⁶⁸⁹ ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 244.

²⁶⁹⁰ Vgl. GRIMM, 216; vgl. im Kontext des Rechts auf Leben auch BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 42.

²⁶⁹¹ Es gibt im freiheitlichen Staat keine Pflicht, von den Grundrechten Gebrauch machen zu müssen, die Einzelne darf frei über deren «Gebrauch oder Nichtgebrauch» entscheiden (MERTEN, Bürgerverantwortung, 21 f.).

(erheblich) relativiert.²⁶⁹² Die Einzelne würde gestützt auf ihre eigenen Grundrechte zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen angehalten. Dazu kommen weitere Bedenken: Aus den Grundrechten (zumindest mittelbar) «Verhaltenspflichten von Privaten» (in ihrem eigenen Interesse) abzuleiten oder zu legitimieren, hätte derart weitreichende Auswirkungen auf den Wert und das Verständnis der Freiheit, dass darüber eine Verständigung im *demokratischen* Prozess zu führen ist²⁶⁹³ – zumal die Verfassung keine oder keine überzeugenden Anhaltspunkte für ein derartiges Grundrechtsverständnis enthält. Das ist bezogen auf die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension nachfolgend näher auszuführen. Dass ein Bedürfnis der Allgemeinheit besteht, Grundrechte gegen den freiverantwortlichen Gebrauch ihrer Trägerinnen und Träger zu schützen, darf jedenfalls keineswegs vorschnell angenommen werden.²⁶⁹⁴

b) Zum Stellenwert der objektiv-rechtlichen Dimension im Besonderen

Zu Fragen Anlass gibt, ob sich die Grundrechte nicht zumindest in ihrer *objektiv-rechtliche Dimension*²⁶⁹⁵ gegen den Einzelnen wenden können. Damit würde man jedoch verkennen, was mit der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension gemeint und bezweckt ist: Diese verlangt eine *Erstreckung* und *Umsetzung* der den Grundrechten innewohnenden «*freiheitlichen-personalen*» Ideen in die Tiefe der Rechtsordnung und in die «*Rechtswirklichkeit*».²⁶⁹⁶ Sie findet ihre Begründung und Begrenzung in der *Verstärkung* des grundrechtlichen Schutzes, steht *immer im Dienste des Grundrechtsträgers*, dessen grundrechtlich geschützten Freiheiten und dessen *tatsächlichen* Schutzinteressen und -bedürfnissen. Die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension lässt sich nicht von dieser Zweckrichtung lösen, gegen den individualrechtlichen, abwehrrechtlichen Freiheitsschutz in Stellung bringen und als Grundlage dafür nehmen, die Grundrechte in eine Art *Duldungspflicht* oder *Grundpflicht* umzudeuten.²⁶⁹⁷ Diese beabsichtigte «*Verstärkung*» der Freiheit wird

²⁶⁹² Vgl. im Kontext der Sterbehilfe: VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 74.

²⁶⁹³ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 269.

²⁶⁹⁴ Vgl. vorne, Teil 3 II. C. 1, insb. bei Fn. 2362 ff.

²⁶⁹⁵ Vorne, Teil 2 V.

²⁶⁹⁶ SALADIN, Grundrechte, 295 f.

²⁶⁹⁷ Vgl. HANGARTNER, Bd. II, 33; MÜLLER, Privateigentum, 40 f. und 43; MÜLLER, Bedeutung, 42; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1137 f.; s.a. VETTERLI, 260 f.; ferner ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 285; DERS., Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 31 sowie Rz. 46 und 159; STERNBERG-LIEBEN, 34 ff.; FISCHER, 179 ff., s.a. 199; SCHMITZ, 156 f.; RIGOPOULOU, 60; HILLGRUBER, Schutz, 130 ff., 147 f. und 175 f.; WOITKEWITSCH, 43 ff.; BETGHE, Grundrechtseingriff, 16; DIETLEIN, 230; MURMANN, 247; JÜRGEN ESCHENBACH/FRANK

zu Recht als zentrales Argument angeführt, weshalb sich der objektiv-rechtliche Gehalt nicht gegen die Einzelne und ihre Freiheiten wenden kann.²⁶⁹⁸

Unerheblich ist, dass die objektiv-rechtliche Dimension und die durch die Grundrechte zum Ausdruck gebrachten (grundlegenden) Werte und «Wertentscheidungen»²⁶⁹⁹ durch den Einzelnen *nicht verfügbar* sind: Die menschliche Freiheit als *zentraler Wert der Grundrechte* büsst auch in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension nichts an ihrer Kraft ein.²⁷⁰⁰ Die durch die Grundrechte statuierten Werte und die ihnen entnommenen Schutzpflichten bleiben zudem der «individualgrundrechtlichen Dimension nachgeordnet».²⁷⁰¹ Auch in der objektiv-rechtlichen Dimension ist die Freiheit – einschliesslich der Freiheit zur «unklugen», «unvernünftigen» Wahl – zu respektieren²⁷⁰² und es bleibt der gebotene Schutz nach Massgabe der tatsächlichen subjektiven *Schutzbedürfnisse* zu bestimmen.²⁷⁰³ Anders gesagt: Die objektiv-rechtliche Funktion fügt den Grundrechten nur eine zusätzliche *Schutzrichtung* – in die Tiefe und Breite der Rechtsordnung – hinzu, aber keine neuen, unverfügbaren materiellen Gehalte.²⁷⁰⁴

Eine über die objektiv-rechtliche Dimension vermittelte Bindung des Grundrechtsträgers an – ohnehin nicht einfach zu bestimmende – «objektive» Werte würde zudem auf eine (nicht überzeugend begründbare²⁷⁰⁵) *Selbstwirkung* der Grundrechte hinauslaufen; sie würde auch mit der (in der Verfassung zum Ausdruck kommenden, für die Grundrechtsinterpretation wichtigen) staatlichen «*Neutralität*» gegenüber dem individuellen Freiheitsgebrauch und den individuellen Wertvorstellungen in einem Konflikt stehen²⁷⁰⁶ und nicht zuletzt mit dem Grundsatz

NIEBAUM, Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung, NVwZ 1994, 1079 ff., 1081; HERMES, 230; BVerfGE 50, 290 (337).

²⁶⁹⁸ DIETLEIN, 230; MURMANN, 247; STERNBERG-LIEBEN/REICHMANN, 260; KIRSTE, Rechtspaternalismus, 810 und 813 f.; KOLBE, 291 ff.; HILLGRUBER, Schutz, 130 ff., 147 f. und 175 f.; STERNBERG-LIEBEN, 34 f.; FISCHER, 179 ff.; LIPP, 126 f.; BRUNHÖBER, 165.

²⁶⁹⁹ BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 9.

²⁷⁰⁰ SCHEFER, Kerngehalte, 42 f.

²⁷⁰¹ BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 111 f.

²⁷⁰² Vgl. MERTEN, Grundrechtsverzicht, in: HGR Bd. III/II, § 73, Rz. 29; SCHMITZ, 156; vorne, bei Fn. 2238 ff.

²⁷⁰³ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1137 f.

²⁷⁰⁴ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 127 f.; WOITKEWITSCH, 43; s.a. vorne, bei Fn. 1051 ff., 1383 f. und 1634 ff.

²⁷⁰⁵ Vgl. vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (5.) und (6.) bei Fn. 1261 ff. bzw. 1267 ff.

²⁷⁰⁶ Ähnlich KÄLIN, 731; STERNBERG-LIEBEN, 37 f.; vgl. vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (3.) bei Fn. 1229 ff.

der *Menschenwürde* in einen Widerspruch geraten.²⁷⁰⁷ Es geht den Grundrechten nicht um «Konformität», sondern um Respekt vor der Individualität,²⁷⁰⁸ sie «verkörpern» – wie zutreffend ausgeführt wird – «keine verbindlichen Lebensentwürfe, sondern lediglich verfassungsrechtlich besonders geschützte Entfaltungsangebote».²⁷⁰⁹ Es gibt deshalb keine «Programmehalte», die sich gegen die Grundrechtsträgerin selbst wenden liessen.²⁷¹⁰

Selbst wenn man eine Verselbständigung der «Werte» oder von einem konkreten Schutzbedürfnis losgelöste «objektive Grundrechtsgehalte» befürworten möchte, so flösse daraus noch nicht die Zulässigkeit eines Grundrechtsschutzes vor sich selbst: Den in den Grundrechten enthaltenen Werten und objektiv-rechtlichen Gehalten wohnt (zumindest) *immer auch* der Gedanke der Freiheit und Selbstbestimmung inne, was einen «selbstschädigenden» Freiheitsgebrauch mit einschliesst.²⁷¹¹ Da sich eine generelle Aussage darüber, welcher Wert im Einzelfall überwiegt (z.B.: Schutz des Bedürfnisses, die Gesundheit für ein bestimmtes Ziel zu riskieren, *oder* Schutz der objektiven, abstrakten Werte «Leben», «Gesundheit» und «körperliche Integrität?»), nicht treffen lässt, wäre eine Interessenabwägung durchzuführen. Der Einzelnen einen fremden, von ihr gerade nicht geteilten Wert in ihrem besten Interesse aufzudrängen, scheidet aber – wie noch zu zeigen ist – am Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Auch bei einem Verständnis der Grundrechte als Werte darf der Staat der Einzelnen nicht unter Berufung auf ihre Grundrechte (und ohne Anrufung von Drittinteressen) einen Schaden oder «Wohlfahrtsverlust» zufügen (wobei nach *subjektiven* Kriterien zu bestimmen ist, ob das eigene Wohl vermindert wird).²⁷¹²

c) Sonderfragen

In gewissen Konstellationen können sich spezifische Fragen stellen, was die Zulässigkeit eines – unabhängig von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängten – Grundrechtsschutzes (gegen sich selbst) angeht. Obwohl deren Beantwortung nichts am eben erwähnten Grundsatz ändert, ist darauf gesondert einzugehen:

i) Keine Schutzberechtigung trotz Involvierung Dritter

Eine grundrechtliche Schutzberechtigung und -verpflichtung lässt sich ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite auch dann nicht begründen, wenn der

²⁷⁰⁷ SCHEFER, Kerngehalte, 42 f.; STERNBERG-LIEBEN, 38; Teil 2 II. C. 4, Ziff. (5.) bei Fn. 1173 ff.

²⁷⁰⁸ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 115.

²⁷⁰⁹ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 281; ferner MÜLLER, Staat, 137, wonach «der Staat [...] nicht Glück, Heil, Sinnstiftung vermitteln [kann und soll], sondern Chancen zu solcher menschlichen Entfaltung möglichst allen gleichmässigen gewährleisten» soll.

²⁷¹⁰ So aber VAN SPYK, S. 90 ff. und Fn. 433.

²⁷¹¹ Vgl. ENDERLEIN, 144 f. und 159 f.; MERTEN, Grundrechtsverzicht, 59.

²⁷¹² Dazu hinten, Teil 4 II. B. und C.

(insofern freiverantwortlich handelnde) Grundrechtsträger private Dritte zu Übergriffen in seine grundrechtlich geschützten Rechtsgüter ermächtigt oder sich zusammen mit Dritten «schädigt».²⁷¹³ Das ist seinerseits grundrechtlich geschütztes Verhalten²⁷¹⁴ und fehlt es an einem Schutzwillen, kann sich eine Schutzberechtigung und -verpflichtung selbst in solchen Fällen nicht aktualisieren.²⁷¹⁵ Dass der Freiheitsverlust irreversibel ist, wie z.B. bei der aktiven Sterbehilfe, ändert daran – worauf noch einzugehen ist – nichts.²⁷¹⁶ Ebenso wenig lässt sich ein Zurechnungszusammenhang zum Staat konstruieren, der allenfalls eine staatliche Mitverantwortung begründen (und eine Schutzpflicht aktualisieren²⁷¹⁷) würde: Der Umstand, dass der Staat ein privates Verhalten zulässt bzw. *nicht verbietet*, bedeutet für sich genommen nicht, dass dieses private Handeln dem Staat als Grundrechtseingriff zugerechnet oder er dafür verantwortlich gemacht werden könnte²⁷¹⁸ – wie der (freiverantwortlich handelnde) Einzelne von seiner Freiheit Gebrauch und welche Ermächtigungen er Dritten erteilt, liegt in seiner Verantwortung. Dem Staat kann ein Verzicht auf eine Schutzgewährung nicht als grundrechtswidriges Unterlassen zugerechnet werden.

ii) Keine Schutzberechtigung bei blosser «Inkaufnahme» einer Schädigung

Ein Grundrechtsschutz vor sich selbst unabhängig vom Vorliegen von Fehlern in der Willensbildung und -umsetzung ist auch dann nicht statthaft, wenn die Einzelne das grundrechtlich geschützte Gut *nicht direkt schädigen* will, aber dieses um die Erreichung eines bestimmten Ziels willen (freiverantwortlich) einem *Risiko* aussetzt. Auch diejenige, die ein Gut zur Erreichung eines bestimmten Zwecks riskiert bzw. dessen Schädigung in Kauf nimmt, übt grundrechtlich geschützte Freiheit aus, die sich nicht gegen die Einzelne selbst wenden lässt.²⁷¹⁹

iii) Irrelevanz der Schwere der Folgen

Unerheblich ist, wie *intensiv und nachteilig* die Gefährdung oder Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Rechtsgüter ist. Dass die Einzelne durch ihre Entscheidungen künftige Wahlmöglichkeiten (stark) verengt oder sich Freiheitsoptionen begibt, verschafft dem Staat keine Legitimation, ihr gestützt auf ihre Grundrechte

²⁷¹³ Vgl. HERMES, 230 f.

²⁷¹⁴ Vgl. vorne, Teil 2 III. C, insb. bei Fn. 1411 f.

²⁷¹⁵ Ähnlich MURMANN, 247; vgl. auch vorne, bei Fn. 2681 ff.

²⁷¹⁶ Vgl. nachfolgend, Kap. iii) bei Fn. 2720 ff.

²⁷¹⁷ SCHEFER, Beeinträchtigung, 38 ff.

²⁷¹⁸ ROTH, Faktische Eingriffe, 342 f. («Abwehrrechtliche Irrelevanz blossen Nichtverbietsens»); ALEXY, Theorie, 415 ff., insb. 417 f.; LINDNER, 357 f. und 501; ENDERLEIN, 164 ff.

²⁷¹⁹ Vgl. MURMANN, 248 f.; s.a. vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (2.) bei Fn. 1331 ff.

und gegen ihren Willen Freiheitsoptionen offen zu halten oder die Freiheit zu maximieren. Selbstbestimmung umfasst auch das Recht, sich künftigen Freiheiten zu entäußern oder künftige Wahlfreiheiten zu verengen.²⁷²⁰ Damit lässt sich namentlich ein «freiheitsmaximierender Schutz» oder ein «freiheitsmaximierender Paternalismus»²⁷²¹ nicht unter Berufung auf eine grundrechtliche Schutzberechtigung begründen.²⁷²² Keine Rolle spielt es, ob die (freiverantwortliche) «Schädigung» *irreversibel* ist.²⁷²³ Zur grundrechtlich geschützten Freiheit zählt es auch, diese Freiheit aufzugeben²⁷²⁴ – eine Schutzberechtigung kann sich selbst in solchen Fällen nicht gegen den freien Willen des Einzelnen einstellen.

Erwägungen der *Würde* oder der grundrechtlichen *Kerngehalte* vermögen daran nichts zu ändern: Dass dem Würdeträger beim freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch seine eigene Würde nicht in seinem eigenen Interesse entgegengehalten werden kann, wurde bereits erläutert.²⁷²⁵ Mit der Würde lässt sich eine Schutzberechtigung oder gar -verpflichtung unabhängig vom Vorliegen von Freiwilligkeitsdefiziten deshalb nicht begründen. Entsprechendes gilt bezogen auf die grundrechtlichen *Kerngehalte*,²⁷²⁶ die – wie bereits ausgeführt²⁷²⁷ – der individuellen Freiheit keine Grenze zu setzen vermögen, und zwar auch nicht derjenigen im Umgang mit Dritten.²⁷²⁸

Auch das *Recht auf Leben* (Art. 2 EMRK; Art. 10 Abs. 1 BV) begründet keine Berechtigung oder gar Pflicht, dieses Leben gegen den «freien», nicht durch Selbst-

²⁷²⁰ Vgl. vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.)(a.) bei Fn. 1336.

²⁷²¹ Vgl. zum Begriff und zur Figur des freiheitsmaximierenden Paternalismus vorne, Fn. 1070 und hinten, bei Fn. 3807 ff.

²⁷²² So aber ENDERLEIN, 149 ff.; wie hier HILLGRUBER, Selbstverantwortung, 178: Kein Schutz der künftigen Freiheiten «vor der – die Freiheitssubstanz aufzehrenden – Selbstbestimmung des Freiheitsberechtigten» unter Berufung auf die aus Art. 2 Abs. 1 GG fließende grundrechtliche Garantie der Vertragsfreiheit.

²⁷²³ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206 (kein «Grundrechtsschutz vor sich selbst» bei freiverantwortlichem Handeln, selbst wenn «besonders hochstehende Schutzgüter wie Leben und körperliche Unversehrtheit» gefährdet oder geschädigt werden).

²⁷²⁴ Vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.)(b.) bei Fn. 1337 ff.

²⁷²⁵ Vorne, Teil 2 II. B, insb. Teil 2 II. B. 2. b).

²⁷²⁶ Teilweise a.A. VAN SPYK, 96 und 100, s.a. 62 und 71 ff. (keine Kerngehaltsverletzung bei Vorliegen einer Einwilligung, es sei denn, «die Übertragung von grundrechtlichen Handlungsbefugnissen auf Dritte» führe «zu einer dauernden Fremdbestimmung»).

²⁷²⁷ Vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 1282 ff.

²⁷²⁸ Vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, 410, wonach «[d]er Kerngehalt der Schutzpflicht des Rechts auf Leben [...] betroffen [ist], wenn der Staat keine gesetzliche Vorkehrungen trifft, um den Einzelnen gegen vorsätzliche Tötung durch einen Dritten *ohne seine Einwilligung* zu schützen» (Herv. d. Verf.); s.a. weiter vorne, Kap. i) bei Fn. 2713 ff.

bestimmungsdefizite verzerrten Willen des Einzelnen zu schützen;²⁷²⁹ es gehört vielmehr zur grundrechtlich geschützten Freiheit, sein Leben zu riskieren oder allenfalls zu beenden,²⁷³⁰ m.E. auch unter Zuhilfenahme privater Dritter.²⁷³¹ Der Staat ist aufgrund des Rechts auf Leben lediglich (aber immerhin) gehalten, die Freiwilligkeit des Sterbeentscheids sicherzustellen.²⁷³² Deshalb lässt sich dem Recht auf Leben keine Berechtigung oder gar Pflicht entnehmen, die Einzelne an einer freiverantwortlichen Selbsttötung zu hindern oder den Suizidversuch unter Strafe zu stellen,²⁷³³ die (freiverantwortliche) passive Sterbehilfe unter Privaten zu verbieten²⁷³⁴ (zumal hier ein Konflikt mit dem Tötungsverbot ohnehin fraglich ist²⁷³⁵)

²⁷²⁹ BGE 133 I 58, E. 6.2.1; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 50; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206 und 256; BELSER/EGLI, 398; SPERLICH, Suizidbeihilfe, Rz. 52 ff. und 84; HANGARTNER, Sterbehilfe, 71 (allerdings mit Differenzierungen, wenn es um eine konsentierete Tötung durch Dritte geht, siehe vorne Fn. 1274); vgl. aber etwa GROSS, 138 f. und 142 f., der dem Recht auf Leben ein objektives Schutzinteresse entnimmt, das einem «entgegenstehenden Willen» des Grundrechtsträgers vorgehe und zur Erhaltung des Lebens auch gegen seinen (freiverantwortlich gebildeten) Willen berechnete und verpflichtete.

²⁷³⁰ Vorne, bei Fn. 829 ff., 1272 ff., 1332, 1338 ff. und 1343 ff.

²⁷³¹ Vorne, bei Fn. 1439 ff.

²⁷³² BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 23; BGE 133 I 58, E. 6.2.1.

²⁷³³ Siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206 und 256; SCHEFER, Kerngehalte, 410 f.; BAUMGARTEN, 93, 117 und 127; BREITENMOSER, 178 und 182 f.; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, 119 und 127; HANGARTNER, Sterbehilfe, 71, 74 und 91; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 67 und 74 f.; BGE 133 I 58 S, E. 6.2.1; BGer 2C_9/2010, E. 2.2.

²⁷³⁴ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 411; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 75; JAAG/RÜSSLI, Sterbehilfe, Fn. 15; grundsätzlich auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1273; ferner EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 10. Februar 1993 i.S. *Widmer gegen Schweiz*, Nr. 2 0527/92 [auch in VPB 57.55], wonach der Staat aufgrund von Art. 2 EMKR nicht gehalten sei, die passive Sterbehilfe zu bestrafen; s.a. EGMR, Urteil vom 25. Juni 2015 i.S. *Lambert gegen Frankreich*, Nr. 46043/14, Rz. 144 ff., insb. 148 (hier sogar bezogen auf den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen gegenüber einem sich in einem chronisch vegetativen Zustand befindenden, nicht zum Ausdruck von Wünschen und Bedürfnissen fähigen Patienten – und unter Hinweis auf den Beurteilungsspielraum der Vertragsstaaten): «Accordingly, the Court considers that in this sphere concerning the end of life, as in that concerning the beginning of life, States must be afforded a margin of appreciation, not just as to whether or not to permit the withdrawal of artificial life-sustaining treatment and the detailed arrangements governing such withdrawal, but also as regards the means of striking a balance between the protection of patients' right to life and the protection of their right to respect for their private life and their personal autonomy [...]. However, this margin of appreciation is not unlimited [...] and the Court reserves the power to review whether or not the State has complied with its obligations under Article 2.»

²⁷³⁵ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 76 und 95, wonach die passive Sterbehilfe «grundrechtlich keine Tötung» sei; siehe aber auch BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 24 (passive Sterbehilfe als Fremdtötung); die vom Willen des Urteilsfähigen getragene passive Sterbe-

oder die freiverantwortlich in Anspruch genommene *Beihilfe* zur Selbsttötung unter Strafe zu stellen.²⁷³⁶ Der Staat ist durch das Recht auf Leben aber auch nicht berechtigt oder verpflichtet, die freiverantwortliche *aktive Sterbehilfe* unter Privaten zu verbieten, bzw. nicht daran gehindert, diese zuzulassen.²⁷³⁷ Die objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension vermag sich selbst in dieser Konstellation nicht gegen den Einzelnen zu richten.²⁷³⁸ Freilich verbinden sich mit der aktiven Sterbehilfe zahlreiche weitere Problemkreise, die über die (wohlverstandenen) Interessen des Einzelnen hinausreichen.²⁷³⁹

Mit dem Gesagten ist die Frage allerdings noch nicht beantwortet, *wann* eine Entscheidung so «freiwillig» ist, dass sich ein Eingreifen zum Schutz vor schweren, irreversiblen Folgen, namentlich des Rechts auf Leben als *unzulässiger* Grund-

hilfe stellt jedenfalls keine strafbare Tötung dar, siehe Ber. Sterbehilfe, 13 f.; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 9 f.; im Einzelnen BSK StGBI-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 48 ff.

²⁷³⁶ Vgl. KIENER, 278 ff. und 287; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 67 (bezogen auf Art. 2 EMRK); HANGARTNER, Sterbehilfe, 74; GRABENWARTER/PABEL, § 20, Rz. 20; a.A. bezogen auf Art. 2 EMRK: PUPPINCK/DE LA HOUGUE, Rz. 2 und 51.

²⁷³⁷ Wie hier SCHEFER, Kerngehalte, 376 und v.a. 411; MÜLLER/SCHEFER, 154 f.; BSK StGBI-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 22; SCHWARZENEGGER, 18; BELSER/EGLI, 411; LÜTHI, Rz. 163; VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, S. 75 mit Fn. 319; s.a. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 24, wonach ein Verbot der Tötung auf Verlangen (Art. 114) nicht «unter allen Umständen verfassungsrechtlich gefordert wäre»; GRABENWARTER/PABEL, § 20, Rz. 20 (bezogen auf Art. 2 EMRK); bezogen auf das deutsche GG: SCHULZE-FIELITZ, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 2 II, Rz. 64 (allerdings beschränkt auf «unheilbar Kranke») und 85; ferner HUFEN, Selbstbestimmung, 101 (z.B. bezogen auf todkranke Menschen); a.A. SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 55 (die aktive Sterbehilfe verletze «klarerweise das Recht auf Leben»); Botsch. VE 96, 146; HANGARTNER, Sterbehilfe, 78 und 90 ff. (allerdings relativierend für den Fall eines Konflikts mit der Menschenwürde des Sterbewilligen; s.a. vorne, Fn. 1274); VAN SPYK, 100; PUPPINCK/DE LA HOUGUE, Rz. 2 und 51 (bezogen auf Art. 2 EMRK); Ber. Sterbehilfe, 39 f.; Voten Furgler (Bundesrat), AB N 1979, 34 ff. und AB S 1979, 280; wohl ebenfalls a.A. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1272; auch der *Europarat* hält die aktive Sterbehilfe mit Blick auf das Recht auf Leben und die Menschenwürde für unzulässig, siehe Rec. 1418 (1999), Ziff. 9.c.; vgl. ferner die Antwort des BR vom 28. Februar 1994 auf die Ip. Eggly Jacques-Simon vom 16. Dezember 1993 (93.3650), «Euthanasie sur demande. Réglementation» (verfassungsrechtliche Unzulässigkeit der aktiven Sterbehilfe, allerdings ohne konkrete Bezugnahme auf das Grundrecht auf Leben); Botsch. Recht auf Leben, 27.

²⁷³⁸ A.A. HANGARTNER, Sterbehilfe, 91; zur Irrelevanz der Inanspruchnahme Dritter vgl. bereits vorne, Teil 3 IV. B. 2. c) i).

²⁷³⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 1449 ff. und hinten, bei Fn. 3210 ff.

rechtsschutz gegen sich selbst qualifiziert.²⁷⁴⁰ Wenn der Staat aber nicht darlegen kann oder will, dass die Einzelne die folgenschwere Entscheidung so eigentlich gar nicht treffen will, weil diese «defizitär» ist bzw. nicht ihren tatsächlichen Absichten und Zielen entspricht, dann findet er in den Grundrechten keine Berechtigung, um der Einzelnen einen Schutz ihrer Grundrechte aufzudrängen.²⁷⁴¹

iv) «Kompetenzfördernder» und «befähigender» Paternalismus

Ein Aufdrängen von Fürsorge gestützt auf Grundrechte des Grundrechtsträgers ohne Bezugnahme auf Freiwilligkeitsdefizite ist auch dann *nicht* statthaft, wenn der Staat *Möglichkeiten zur Freiheitsausübung* schaffen will (etwa durch Erziehung und Bildung oder allgemein einer «Befähigung») oder beabsichtigt, den Einzelnen in seiner *Position gegenüber Dritten* zu stärken.²⁷⁴² Für die Frage einer Schutzberechtigung ist einzig entscheidend, ob der Grundrechtsträger in seiner Selbstbestimmungsfähigkeit so eingeschränkt ist, dass er sich Risiken aussetzt, die er sonst nicht eingehen würde,²⁷⁴³ bzw. – was namentlich für die schulische Bildung relevant ist – nicht (vollständig) in der Lage ist, die Anforderungen des künftigen Lebens einzuschätzen.²⁷⁴⁴ Davon zu trennen ist die Frage, ob der Staat grundrechtlich verpflichtet ist, dem Einzelnen die (rechtlichen) Mittel und Möglichkeiten *anzubieten* bzw. zur Verfügung zu stellen, um seine Selbstbestimmung gegenüber Dritten tatsächlich wahren und ausüben zu können.²⁷⁴⁵

v) Kinder und Jugendliche

Auch bezogen auf Kinder und Jugendliche gilt der Grundsatz, dass die ihnen zustehenden grundrechtlichen Freiheiten *nicht gegen* sie selbst gewendet werden können und dürfen.²⁷⁴⁶ Indessen können alters- und reifebedingte *Selbstbestimmungsdefizite vorliegen*, die eine staatliche Schutzberechtigung und (allenfalls) -pflicht aktua-

²⁷⁴⁰ Grundsätzlich gilt: Je höher der drohende Schaden ist, desto strengere Anforderungen dürfen an die Freiwilligkeit des individuellen Entscheidens und Handelns gestellt werden, siehe hinten, bei Fn. 4373.

²⁷⁴¹ Vgl. auch vorne, bei Fn. 2671, und hinten, bei Fn. 2860.

²⁷⁴² Auch darin liegt eine aufgedrängte, paternalistische Fürsorge im hier verstandenen Sinn siehe Teil 1 II. B. 1 und 9; zum grundrechtlichen Schutz gegen staatliche Interventionen, die das Ziel einer «Befähigung» verfolgen, siehe vorne, Teil 2 III. F. 3. b).

²⁷⁴³ Hinten, Teil 3 IV. B. 3.

²⁷⁴⁴ Vgl. dazu auch hinten, Teil 3 IV. E. 2. c).

²⁷⁴⁵ Vgl. SANDFUCHS, 131 ff. (bezogen auf den Schutz der informationellen Selbstbestimmung); vgl. auch vorne, Teil 1 II. B. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 273 ff.

²⁷⁴⁶ Vgl. STERNBERG-LIEBEN/REICHMANN, 260; HILLGRUBER, Schutz, S. 123 f. und Fn. 72; FISCHER, 272.

lisieren.²⁷⁴⁷ Keineswegs darf die Minderjährigkeit aber generell mit einem Selbstbestimmungsdefizit gleichgesetzt werden.²⁷⁴⁸

Daran ändert die – nicht ganz leicht zu ergründende und umstrittene²⁷⁴⁹ – Bestimmung von Art. 11 Abs. 1 BV nichts, wonach Kinder und Jugendliche²⁷⁵⁰ «Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung» haben. Wenn man im Anspruch auf besonderen *Schutz* der Unversehrtheit ein *eigenständiges Grundrecht* erblicken will,²⁷⁵¹ dann kann sich dieses ohnehin nicht gegen den Einzelnen wenden. Sieht man darin (zumindest) eine Konkretisierung²⁷⁵² oder Verstärkung grundrechtlich abgesicherter, der Persönlichkeit dienender Positionen,²⁷⁵³ gilt nichts anderes: Eine Konkretisierung und Verstärkung be-

²⁷⁴⁷ Vgl. FISCHER, 272.

²⁷⁴⁸ STERNBERG-LIEBEN/REICHMANN, 260; hinten, Teil 4 III.B.10; s.a. hinten, bei Fn. 4237 ff.

²⁷⁴⁹ Vgl. dazu mit zahlreichenden Hinweisen REICH, Schutz, 363 f.

²⁷⁵⁰ Gemeint sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (RYSER BÜSCHI, 72 und 78; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 11, Rz. 5 f.).

²⁷⁵¹ So BGE 144 II 233, E. 8.2.1 und BGE 126 II 377, E. 5d (Schutz der Kinder und Jugendlichen als Grundrecht); TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 258, wonach sich der durch Art. 11 Abs. 1 BV garantierte Schutz der körperlichen und geistigen Unversehrtheit «als Spezialtatbestand zum Integritätsschutz für Erwachsene» darstelle; ferner REICH, Schutz, 380, nach dessen Auffassung «sich der abwehrrechtliche Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV gegenüber Art. 10 BV als *lex specialis*» erweise und «*eigenständige direkt-anpruchsbegründende Rechtspositionen*» vermittele (Herv. im Original); RYSER BÜSCHI, 74 und 78 (Anspruch auf besonderen Schutz als selbständiges Grundrecht; *lex specialis* zu Art. 10 Abs. 2 BV); KAUFMANN, Soziale Grundrechte, in: Staatsrecht, § 41, Rz. 53; ferner HAGENSTEIN, 1300 (eigenständiges Grundrecht); CR Cst.-GAVILLET, Art. 11, Rz. 10 f. und 16 (grundrechtlicher Charakter des Anspruchs auf besonderen Schutz der Unversehrtheit; *lex specialis* zu Art. 10 Abs. 2 BV); a.A. etwa OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 4 (kein eigenständiges Grundrecht).

²⁷⁵² OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 4.

²⁷⁵³ Art. 11 Abs. 1 BV führt nach der hier vertretenen Auffassung *zumindest* zu einer Verstärkung (dazu nachfolgend, Fn. 2754) des durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierten *Rechts auf körperliche und geistige Unversehrtheit* (BGE 126 II 377, E. 5d; BGer 1B_122/2010, E. 3.2.3; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 258; HAGENSTEIN, 1300), bezieht sich aber auch auf *Art. 10 Abs. 1 und 3 BV* (vgl. REICH, Schutz, 380) und insbesondere das durch Art. 10 Abs. 2 BV garantierte *Recht auf individuelle Selbstbestimmung* (so implizit REICH, Schutz, 380; ferner MÜLLER/SCHEFER, 805; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1336 f.). Nach m.E. zustimmungswürdiger Auffassung werden aber auch *andere persönlichkeitsbezogene Grundrechte* oder *persönlichkeitsbezogene Aspekte anderer Grundrechte* durch Art. 11 Abs. 1 BV in ihrem Schutz verstärkt (SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 16; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1336 f.; MÜLLER/SCHEFER, 805 f.); vgl. aber TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 258: Art. 11 Abs. 1 als «Spezialtatbestand» zu Art. 10 Abs. 1 und 2 BV; ebenso REICH, Schutz, 380, wonach sich der abwehrrechtliche

deutet keine Umkehr des Grundrechts in eine Art Duldungspflicht. Die Formulierung «besonderer» Schutz meint zwar einen *erhöhten, eingriffsresistenteren*, gegenüber gegenläufigen Interessen *privilegierten* und der besonderen Situation *spezifisch angepassten* Schutz,²⁷⁵⁴ aber nur dort, wo dieser gewünscht ist (bzw. ein Handeln im wohlverstandenen Interesse aufgrund von Selbstbestimmungsdefiziten des Minderjährigen geboten ist). Auch in ihrer Funktion als Zielbestimmung, Schutzauftrag und programmatische Norm²⁷⁵⁵ verschafft Art. 11 Abs. 1 BV keine Legitimation, Kindern und Jugendlichen *gegen ihren freien Willen* Schutz und Fürsorge aufzudrängen. Die Bestimmung ist als «Anspruch» formuliert, auf dessen Geltendmachung auch verzichtet werden kann. Die von Art. 11 Abs. 1 BV (mit-)beabsichtigte *Intensivierung staatlicher Schutzpflichten*²⁷⁵⁶ bedeutet keine Loslösung von den artikulierten (oder eben nicht artikulierten) Bedürfnissen der Kinder und Jugendlichen, sondern lediglich (aber immerhin), dass der Staat tatsächliche Schutzbedürfnisse nur unter erschwerten Bedingungen zurückweisen kann (aber auch vertieft abzuklären hat). Nicht anders verhält es sich mit dem in Art. 11 Abs. 1 BV garantierten Anspruch auf *Förderung* der Entwicklung.²⁷⁵⁷ Selbst wenn man darin – wohl im Grundsatz zutreffend – keinen selbständigen, justiziablen grundrecht-

Teilgehalt von Art. 11 Abs. 1 BV gegenüber Art. 10 BV als *lex specialis* erweise; ferner BGE 126 II 377, E. 5d und v.a. BGER 1B_122/2010, E. 3.2.3, wonach der Anspruch auf besonderen Schutz nicht über Art. 10 Abs. 2 BV hinausgehe (vgl. aber auch BGE 144 II 233, E. 8, wo lediglich Art. 11 Abs. 1 BV geprüft wurde).

²⁷⁵⁴ Die durch Art. 11 Abs. 1 BV bewirkte «Verstärkung» des Schutzes zeigt sich insbesondere darin, dass die Situation von Kindern und Jugendlichen bei der Beurteilung der Intensität und der Verhältnismässigkeit eines Grundrechtseingriffs besonders zu berücksichtigen ist (OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 4), in einem Anspruch auf erhöhten und einen besonders auf die Bedürfnisse der Kinder und Jugendlichen angepassten Schutz (SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 18), einer vertieften Berücksichtigung der Schutzinteressen von Kindern und Jugendlichen bei der Ermessensausübung (KOLLER/WYSS, 443) und deren grundrechtlich geschützten Interessen bei Grundrechtskollisionen (KOLLER/WYSS, 438 f.; vgl. ferner SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 20); zu den Auswirkungen des besonderen Schutzes in verfahrensrechtlicher Hinsicht vgl. REICH, Schutz, 381 f. und 385 f.; zur Relevanz von Art. 11 Abs. 1 BV im Zusammenhang mit der Rechtsgleichheit vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 259 (bezogen auf die «Förderungspflicht»; Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung zwischen Kinder und Erwachsenen; s.a. hinten, bei Fn. 4780).

²⁷⁵⁵ Vgl. EHRENZELLER, Elternrecht, 210 («programmatisches Optimierungsgebot»); OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 4; SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 17.

²⁷⁵⁶ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 258; RYSER BÜSCHI, 73 f. und 78; SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 20 ff.

²⁷⁵⁷ Dieser Anspruch ist m.E. weit zu verstehen und umfasst u.a. die auf die Entwicklung sowie die Erziehung und Bildung von Kindern und Jugendlichen bezogenen Aspekte von Art. 41 BV (siehe SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 33).

lichen Leistungsanspruch erblicken will (der sich ohnehin nicht gegen den Einzelnen wenden könnte²⁷⁵⁸), sondern primär eine programmatische Bestimmung²⁷⁵⁹, bleibt (auch hier) zu berücksichtigen, dass diese als Anspruch formuliert ist. Nicht gemeint ist, dass sich der «Anspruch auf Förderung» gegen den freiverantwortlichen Willen der Kinder und Jugendlichen durchsetzen könnte.

Ohnehin steht Art. 11 Abs. 1 BV im Dienste des Wohls der Kinder und Jugendlichen.²⁷⁶⁰ Das Kindeswohl lässt sich aber nicht losgelöst von den tatsächlichen Schutzbedürfnissen bestimmen und erfordert auch Räume zur individuellen Entfaltung.²⁷⁶¹ Zudem weist die Bestimmung von Art. 11 Abs. 1 BV enge Verbindungslinien zu Art. 41 Abs. 1 Bst. f und g BV auf.²⁷⁶² Ihr Gehalt ist deshalb auch im Kontext dieser sozialstaatlichen Zielsetzungen zu interpretieren.²⁷⁶³ Dies bedeutet insbesondere, dass der Schutz und die Förderung von Kindern und Jugendlichen deren Entwicklung zu «selbständigen und sozial verantwortlichen Personen» (Bst. g) nicht hemmen oder erschweren darf – mithin der Eigenverantwortung ein selbständiger Stellenwert zukommen muss.²⁷⁶⁴ Im Übrigen dürfen bei der Interpretation von Art. 11 Abs. 1 BV auch andere zentrale sozialstaatliche Grundsätze nicht ausser Acht gelassen werden. Wie noch näher auszuführen ist, stellt das Aufdrängen von Schutz und Fürsorge gegen den freien Willen der Betroffenen (bzw. unabhängig vom Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten) kein legitimes Ziel sozialstaatlichen Handelns dar.²⁷⁶⁵ All diese Gründe sprechen ebenfalls gegen eine hart paternalistische Interpretation von Art. 11 Abs. 1 BV.

²⁷⁵⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 2684 ff.

²⁷⁵⁹ So BGE 126 II 377, E. 5d; ferner TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 259; OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 4; BERLIN, Kinder- und Jugendrechte, 113 f.; KOLLER/WYSS, 440; von einem «sozialen Grundrecht» ist hingegen die Rede in BGE 132 III 359, E. 4.4.2; MÜLLER/SCHEFER, 812 f., wollen dem Förderungsauftrag von Art. 11 BV eine individualrechtliche Geltung nicht von vornherein absprechen; auch nach CR Cst.-GAVILLET, Art. 11, Rz. 23 und SGK BV-WYTTEBACH, Art. 11, Rz. 38 f., ist es nicht prinzipiell ausgeschlossen, dem in Art. 11 Abs. 1 BV verankerten Förderungsanspruch (für gewisse Konstellationen) eine direkt anspruchsbegründete staatliche Verpflichtung zu entnehmen.

²⁷⁶⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 37, Rz. 4.

²⁷⁶¹ Vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 2. c); zur verfassungsrechtlich gebotenen Bestimmung des individuellen Wohls mit Blick auf die subjektiven Wünsche und Vorstellungen des Betroffenen, siehe hinten, Teil 4 II. B. 2.

²⁷⁶² Bezogen auf den Förderungsanspruch: OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 4; SGK BV-WYTTEBACH, Art. 11, Rz. 33; s.a. KOLLER/WYSS, 440.

²⁷⁶³ Vgl. bereits vorne, Fn. 2757.

²⁷⁶⁴ KOLLER/WYSS, 440.

²⁷⁶⁵ Dazu hinten, Teil 3 IV. E. 1.

vi) Besonderes Rechtsverhältnis

Spezifische Fragen hinsichtlich des Bestehens und des Umfangs grundrechtlicher Schutzpflichten ergeben sich, wenn die zu schützende Person in einer besonders engen Rechtsbeziehung zum Staat steht bzw. ein sog. «Sonderstatusverhältnis» oder «besonderes Rechtsverhältnis»²⁷⁶⁶ vorliegt (Studierende, Schüler, Strafgefängene, Angestellte im öffentlichen Dienst, Armeeingehörige, Patienten in einem öffentlichen Spital usw.²⁷⁶⁷).

Im Sonderstatusverhältnis wird im Allgemeinen eine erhöhte Schutz- und Fürsorgepflicht angenommen,²⁷⁶⁸ und insbesondere auch eine verstärkte Pflicht zum Schutz vor selbstschädigenden Handlungen.²⁷⁶⁹ Das bedeutet indessen nicht, dass

²⁷⁶⁶ BGer 2C_132/2014 und 2C_133/2014, E. 5.3.1; BGE 139 I 280, E. 5.3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 450.

²⁷⁶⁷ Siehe etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 451; MÜLLER, Rechtsverhältnis, 1.

²⁷⁶⁸ BESSON, 77 f.; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285; MÜLLER, Selbstbestimmung, 82 f.; KIENER, 280; GRABENWARTER/PABEL, § 20, Rz. 27; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 332, 337 und 362; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 47 und 54; vgl. aus der EGMR-Rechtsprechung bezogen auf *Häftlinge*: EGMR, Urteile vom 16. November 2000 i.S. *Tanribilir gegen Türkei*, Nr. 21422/93, Ziff. 68 ff.; vom 19. Juli 2012 i.S. *Ketreb gegen Frankreich*, Nr. 38447/09, Ziff. 70 ff.; vom 3. April 2001 i.S. *Keenan gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 27229/95, Rz. 89 ff.; Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 47 ff.; bezogen auf *Militärangehörige*: EGMR, Urteile vom 7. Juni 2005 i.S. *Kılıç u.a. gegen Türkei*, Nr. 40145/98, Ziff. 40 ff.; vom 3. November 2011 i.S. *Düle u.a. gegen Türkei*, Nr. 31149/09, Ziff. 42 ff.; vom 2. März 2010 i.S. *Lütfi Demirci u.a. gegen Türkei*, Nr. 28809/05, Ziff. 30 ff.; vom 17. Juni 2008 i.S. *Abdullah Yılmaz gegen Türkei*, Nr. 21899/02, Ziff. 55 ff.; bezogen auf *Schülerinnen und Schüler*: EGMR, Urteil vom 10. April 2012 i.S. *İlbeyi Kemalöglü und Meriye Kemalöglü gegen Türkei*, Nr. 19986/06, Ziff. 32 ff.; bezogen auf *Patientinnen und Patienten in einer psychiatrischen Klinik* (auch wenn die Unterbringung auf freiwilliger Basis erfolgt ist): EGMR, Urteile vom 31. Januar 2019 i.S. *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*, Nr. 78103/14, Ziff. 108 ff., insb. 113 ff. und 124 ff., und vom 2. September 2021 i.S. *Ražnatović*; gegen *Montenegro*, Nr. 14742/18, Ziff. 35 ff.; s.a. die Hinweise vorne, in Fn. 2668.

²⁷⁶⁹ BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 138; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 117; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 54; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 50; MÜLLER, Selbstbestimmung, 82 f.; BGer 1C_306/2015, 2.4 (Gewährleistungspflichten aus Art. 10 BV und Art. 2 und 3 EMRK zum Schutz des Lebens und der Gesundheit im Bereich der Strafverfolgung – unter Einschluss einer geeigneten Suizidprävention); EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 48 (Pflicht zum Schutz von Personen, die sich in einer Situation besonderer Verletzlichkeit befinden – wie z.B. Strafgefängene – vor Handlungen, mit welchen sie ihr eigenes Leben gefährden); weitere Hinweise auf die EGMR-Rechtsprechung finden sich vorne, in Fn. 2668 a.E.

im besonderen Rechtsverhältnis ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst auch dann zulässig wäre, wenn der Grundrechtsträger freiverantwortlich handelt.²⁷⁷⁰

Zunächst ist festzustellen, dass mit dem Eintritt in ein Sonderstatusverhältnis (selbstverständlich) kein Verlust der Grundrechte einhergeht, zumal sich gerade aufgrund der besonderen Nähe zum Staat spezifische und erhöhte Schutzbedürfnisse einstellen können. Der Grundrechtsschutz und die Grundrechtsbindung des Staates bleiben vollumfänglich bestehen²⁷⁷¹ (wenn auch u.U. die Anforderungen an Normstufe und Normdichte für Grundrechtseinschränkungen weniger streng gehandhabt werden können²⁷⁷²). Die Einzelne verfügt gleichermassen wie ausserhalb eines besonderen Rechtsverhältnisses über das Recht, sich unklug, unvernünftig und selbstschädigend zu verhalten.²⁷⁷³ Die besondere Nähe zum Staat führt auch nicht dazu, dass der Schutzzumfang individueller Freiheiten (verstärkt) mit Blick auf Interessen Dritter oder Gemeinwohlinteressen zu bestimmen wäre.

Die Strafgefangene hat genau gleich wie eine nicht inhaftierte Person das Recht, medizinische Hilfe abzulehnen,²⁷⁷⁴ kann denselben Respekt für ihre Patientenverfügung einfordern (diese ist

²⁷⁷⁰ Vgl. bezogen auf Strafgefangene WALDENMEYER, 227; BAUMGARTEN, 125 ff.; für weitergehende, der Selbstbestimmung vorgehende Schutz- und Fürsorgepflichten im Sonderstatusverhältnis: MÜLLER, Selbstbestimmung, 82 f.; DERS., Hungerstreik, 19; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285 und 287; KIENER, 280 f. und 287; wohl auch TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 337 und 362; ferner – für Deutschland – BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 153 (grundrechtliche Verpflichtung zur Zwangsernährung des hungerstreikenden Gefangenen).

²⁷⁷¹ MÜLLER, Rechtsverhältnis, 22, 46 ff., 52, 123, 211, 259 f. und 380; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 169; vgl. bezogen auf den *Strafvollzug* BGE 136 IV 97, E. 6.3; s.a. Art. 74 StGB und BAUMGARTEN, 126; bezogen auf *Kindergartenkinder und Schüler* vgl. BGer 2C_132/2014 und 2C_133/2014, E. 5.3.1; bezogen auf die *Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik oder einem Krankenhaus* siehe BERNHART, Rz. 84. Zu differenzieren ist allerdings hinsichtlich der *Wirtschaftsfreiheit*: Hat das besondere Näheverhältnis zum Staat seinen Ursprung in der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben (dem Privaten übertragene hoheitliche Funktion, öffentlicher Dienst), kann sich der mit diesen Aufgaben Betraute diesbezüglich nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen (siehe dazu BGer 2C_1007/2015, E. 4.1 und 4.4; BGE 140 II 112, E. 3.1.1. und 3.3; BGer 1B_81/2010, E. 3; BGE 133 I 259, E. 2.2 und 44; BGE 128 I 280, E. 3; vgl. dazu auch MÜLLER, Rechtsverhältnis, 50 f., 123, 259 f. [dort kritisch] und 380).

²⁷⁷² Dazu hinten, bei Fn. 4831 ff.

²⁷⁷³ Vgl. bezogen auf die Freiheit zu sterben im Strafvollzug BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19; BAUMGARTEN, 126; s.a. BRÄGGER, Zwangsernährung, Rz. 2; siehe bereits vorne, bei Fn. 1367.

²⁷⁷⁴ Vgl. BRÄGGER, Sterbewillen, 22 f.; DERS., Sterben, 5 ff. insb. 7; siehe aus ethischer Sicht auch HÄRLE, 136 f.

also gleichermaßen zu beachten)²⁷⁷⁵ und verfügt ganz allgemein über die gleiche Freiheit, Risiken für ihre eigene Gesundheit einzugehen und zu sterben.²⁷⁷⁶

Ob und inwiefern der Staat zu einem Grundrechtsschutz gegen sich selbst berechtigt ist, beurteilt sich im Sonderstatusverhältnis nicht nach anderen Kriterien als ausserhalb eines solchen: Die Schutzpflicht ist im besonderen Rechtsverhältnis lediglich, aber immerhin dahingehend erhöht und verstärkt, dass der Staat *tatsächliche Schutzbedürfnisse* nur unter erschwerten Bedingungen²⁷⁷⁷ zurückweisen kann; eine Verweigerung des (gewollten oder mit einem Selbstbestimmungsdefizit begründbaren) Schutzes ist dem Staat eher als grundrechtswidriges Unterlassen zuzurechnen als ausserhalb eines Sonderstatusverhältnisses.²⁷⁷⁸ Angesichts der besonderen Situation des Betroffenen, seiner «Verletzlichkeit», seiner besonderen Nähe zum Staat, den damit einhergehenden Freiheitsbeschränkungen und den nicht selten – z.B. im Strafvollzug – eingeschränkten Möglichkeiten, sich eigenverantwortlich Hilfe zu besorgen oder Gefahren zu vermeiden, trifft den Staat eine besondere, diese Umstände aufwiegende bzw. *kompensierende* Schutz- und Fürsorgepflicht.²⁷⁷⁹ In dieser Kompensation finden die erhöhten Schutzpflichten ihre Rechtfertigung, aber gleichzeitig auch eine wichtige Grenze. Will der Einzelne diese Umstände *nicht kompensiert haben* und kann er freiverantwortlich darüber entscheiden, stellt sich eine Schutzberechtigung nicht ein und damit auch keine Schutzpflicht.²⁷⁸⁰

Der Grundrechtsträgerin gestützt auf ihre eigenen Grundrechte einen Schutz aufzudrängen kann deshalb auch im besonderen Rechtsverhältnis zum Vornherein

²⁷⁷⁵ NOLL, 373; TAG, Hungerstreik, 63 f.; BRÄGGER, Sterben, 5 ff., insb. 7; WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 173 f.; OGer BE, Beschluss vom 6. Februar 2014, SK 2013 95, E. III.5.2.

²⁷⁷⁶ Vgl. BAUMGARTEN, 125 f.; URWYLER/NOLL, Rz. 13; BRÄGGER, Sterben, 5 ff., insb. 7 und 11; TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772; vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 1442 (Inanspruchnahme von Sterbehilfe) und Teil 4 II. A. 2, Ziff. (10.) bei Fn. 3828 ff.

²⁷⁷⁷ Allgemein zu den Voraussetzungen und Grenzen der staatlichen Schutzpflicht, hinten, bei Fn. 2797 ff.

²⁷⁷⁸ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 33.

²⁷⁷⁹ Vgl. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 136, 142 ff. und 151 f., 173 und 241 f.; MARKUS MÜLLER, Legalitätsprinzip – Polizeiliche Generalklausel – Besonderes Rechtsverhältnis, ZBJV 2000, 725 ff., 750 f.; s.a. BESSON, 78; beispielsweise hat der Staat den Strafvollzug so auszugestalten, dass die Strafgefangenen nicht aufgrund der (desolaten) Umstände dazu veranlasst werden, sich das Leben nehmen zu wollen (vgl. URWYLER/NOLL, Rz. 24 – allerdings ohne Bezugnahme auf grundrechtliche Schutzpflichten; s.a. hinten, bei Fn. 2932 und Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (7.) bei Fn. 4187).

²⁷⁸⁰ Vgl. WALDENMEYER, 227; vgl. demgegenüber die in Fn. 2770 genannten gegenteiligen Auffassungen; zum Zusammenhang zwischen Schutzberechtigung und Schutzpflicht siehe vorne, bei Fn. 2662.

nur zulässig sein, wenn sie einem *Selbstbestimmungsdefizit* unterliegt.²⁷⁸¹ Insbesondere rechtfertigt sich ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst nicht allein wegen einer «Schwäche» oder einer «besonderen Verletzlichkeit» der Betroffenen,²⁷⁸² bedeuten diese Umstände doch keineswegs, dass sie zu einem freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch nicht in der Lage wäre.²⁷⁸³ Auch von einer mit dem besonderen Rechtsverhältnis allenfalls verbundenen *belastenden Situation* darf nicht vorschnell auf ein Selbstbestimmungsdefizit geschlossen werden. So lässt sich nicht pauschal sagen, ein Strafgefangener könne einen Sterbeentscheid nicht freiverantwortlich treffen.²⁷⁸⁴ Gleiches gilt für «verletzliche» und pflegebedürftige Personen, die sich in einem Krankenhaus, Pflegeheim, Altersheim oder in einer psychiatrischen Klinik unter «staatlicher Obhut» befinden.²⁷⁸⁵

Bei Personen, die in einer Strafanstalt untergebracht sind oder sich zu Behandlungszwecken in einem Spital befinden, kann den Staat gestützt auf das Recht auf Leben nur dann eine Pflicht zur *Suizidverhinderung* treffen, wenn diese nicht freiverantwortlich handeln.²⁷⁸⁶ Der Staat kann sich auch nicht auf eine Schutzpflicht stützen, um freiverantwortlich in Anspruch genommene *Sterbehilfe* in Spitälern zu verbieten oder den Zugang von Sterbehilfeorganisation zu untersagen.²⁷⁸⁷ Ebenso wenig findet der Staat im Recht auf Leben eine Legitimation, der Strafgefangenen gegen ihren freien Willen *medizinische Hilfe* aufzudrängen, selbst wenn das Unterlassen einer entsprechenden Fürsorge – etwa bei einem Hungerstreik – zum Tod führt.²⁷⁸⁸

Zu pauschal erscheinen mir die Ausführungen in BGE 136 IV 97, E. 6.3.3, wonach Art. 2 EMRK eine Pflicht enthalte, alles – bis hin zur Zwangsernährung – vorzukehren, um eine inhaftierte Person am Suizid zu hindern bzw. eine Lebensgefährdung durch Verweigerung der

²⁷⁸¹ Zu den autonomieorientierten Schutzpflichten näher hinten, Teil 3 IV. B. 3.

²⁷⁸² Vgl. aber z.B. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 48.

²⁷⁸³ Vgl. hinten, Teil 4 III. B. 10; vgl. aber KIENER, 280 f.

²⁷⁸⁴ Davon geht implizit auch BAUMGARTEN, 125 f. aus; ferner BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19.

²⁷⁸⁵ Vgl. aber KIENER, 280 f.

²⁷⁸⁶ VENETZ, Suizidhilfeorganisationen, 66 f.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19 und 43.

²⁷⁸⁷ Vgl. JAAG/RÜSSLI, 124 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 2795 f.

²⁷⁸⁸ Vgl. THOMAS GÄCHTER, in: plädoyer 1/11, 82 («Fehlurteil 2010: Entscheid zur Zwangsernährung»); BAUMGARTEN, 125 f. (allerdings relativierend für den Fall, dass der Staat mit einem Hungerstreik unter Druck gesetzt oder «erpresst» werden soll); ISENSEE, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR Bd. IX, § 191, Rz. 245 (allerdings nur solange der hungerstreikende Gefangene bei Bewusstsein ist); vgl. *demgegenüber* MÜLLER, Hungerstreik, 19, sowie MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285 und 287, die der staatlichen Schutz- und Fürsorgepflicht den Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht des hungerstreikenden Gefangenen einräumen; a.A. auch BETHGE, Grundrechtswahrnehmung, Grundrechtsverzicht, Grundrechtsverwirkung, in: HStR Bd. IX, § 203, Rz. 153 (grundrechtliche Verpflichtung zur Zwangsernährung des hungerstreikenden Gefangenen).

Nahrungsaufnahme zu vermeiden.²⁷⁸⁹ Ebenfalls zu kategorisch erscheint mir die Auffassung des EGMR, wonach die positive Pflicht des Staates, einen Strafgefangenen am Leben zu erhalten (Art. 2 EMRK), unweigerlich in einen Konflikt mit der Respektierung seiner körperlichen Integrität geraten könne²⁷⁹⁰ – und zwar insofern, als eine Schutzpflicht zum Vornherein nur dann bestehen kann, wenn die Grundrechtsträgerin nicht freiverantwortlich handelt.²⁷⁹¹ Immerhin ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR auch Folgendes: Der Staat verletzt seine Schutzpflichten nicht, wenn er einen hungerstreikenden Strafgefangenen *nicht aus der Haft entlässt* und ihn sterben lässt, sofern in der Haft die gleiche medizinische Versorgung wie ausserhalb des Gefängnisses sichergestellt ist – in einem solchen Fall kann der Tod dem Staat nicht als pflichtwidrige Unterlassung zugerechnet werden.²⁷⁹² Wenn der Staat eine Person sterben lässt, liegt darin – selbst nach der EGMR-Rechtsprechung – nicht zwingend ein Verstoss gegen Art. 2 EMRK, weshalb m.E. auch der *Verzicht auf eine Zwangsernährung* nicht zwingend als Verletzung von Art. 2 EMRK bezeichnet werden kann.

Das alles gilt auch dann, wenn man im besonderen Rechtsverhältnis eine staatliche Schutz- oder «Garantenpflicht» zur Verhinderung von Selbstschädigungen *losgelöst* von grundrechtlichen Überlegungen bejaht.²⁷⁹³ Eine solche Garantenpflicht vermag keine Rechtfertigung und keine Eingriffsgrundlage für ein staatliches Handeln zu begründen, wenn nicht gleichzeitig auf Selbstbestimmungsdefizite Bezug genommen wird und werden kann. Sie wird durch die grundrechtlichen Freiheiten, welche die Freiheit zur «unklugen» oder «selbstschädigenden» Wahl miteinschliessen, *begrenzt*.²⁷⁹⁴ Zudem sollte nicht übersehen werden, dass der Staat auch im be-

²⁷⁸⁹ Wie hier: CR Cst.-HERTIG RANDALL/MARQUIS, Art. 10, Rz. 24; vgl. auch hinten, Fn. 2875.

²⁷⁹⁰ EGMR, Urteile vom 19. Juni 2007 i.S. *Ciorap gegen Moldawien*, Nr. 12066/02, Ziff. 76 und vom 5. April 2005 i.S. *Nevmerzhitsky gegen Ukraine*, Nr. 54825/00, Ziff. 93; EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 9. Mai 1984 i.S. *X gegen Deutschland*, Nr. 10565/83, 8.

²⁷⁹¹ Vgl. Teil 3 IV. B. 3.

²⁷⁹² EGMR, Urteil vom 31. März 2009 i.S. *Horoz gegen Türkei*, Nr. 1639/03, Ziff. 24 ff., insb. Ziff. 28 ff.; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. Januar 2010 i.S. *Gürbüz und Çolak gegen Türkei*, Nr. 22614/04; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 50 ff.; vgl. auch GUILLOD/SPRUMONT, Rz. 30; vgl. bezogen auf die Frage, ob der Staat gehalten ist, einen Gefangenen aus der Haft zu entlassen, aber auch die abweichende Meinung der Richter Tulkens und Popovi in EGMR, Urteil vom 31. März 2009 i.S. *Horoz gegen Türkei*, Nr. 1639/03: «Nous pensons qu'il était non seulement «souhaitable», comme le reconnaît la majorité, de libérer le fils de la requérante [...], mais impératif de le faire au regard de l'exigence absolue du droit de protéger la vie garanti par l'article 2 de la Convention.»

²⁷⁹³ Gemäss TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 362, entsteht bei der «Begründung des Sonderstatusverhältnisses» eine «verwaltungsrechtlich fundierte Garantenstellung des Staats für das Wohlergehen der eingegliederten Personen» (s.a. Rz. 332 und 337).

²⁷⁹⁴ Vgl. TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772, wonach es «[w]egen des Paternalismusverbots [...] selbst gegenüber Inhaftierten keine absolute Garantenstellung des Staates geben» könne; s.a. vorne, bei Fn. 2180.

sonderen Rechtsverhältnis gehalten ist, Möglichkeiten zur Ausübung grundrechtlicher Freiheiten zu schaffen und zu erhalten (soweit dies dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses nicht zuwiderläuft).²⁷⁹⁵ Er darf die Einzelne nicht in ihrem eigenen, «wohlverstandenen» Interesse von Mitteln und Wegen abschneiden, sich aus freiem Willen selbst zu schädigen oder allenfalls zu töten. Gerade in einem besonderen Näheverhältnis zum Staat kann sich dabei die Frage stellen, ob der Staat nicht sogar gewisse Leistungen erbringen *muss* – auch mit Blick auf die Ermöglichung des Sterbens.²⁷⁹⁶

Selbst unter der Annahme, dass im Sonderstatusverhältnis eine Schutzberechtigung *losgelöst* von Selbstbestimmungsdefiziten besteht, ist das Entstehen einer Schutzpflicht von besonderen Voraussetzungen abhängig: Sie aktualisiert sich – auch im Sonderstatusverhältnis – grundsätzlich nur bei schweren und unmittelbar drohenden Gefahren (namentlich für das Leben);²⁷⁹⁷ von Bedeutung ist zudem, inwiefern der Staat die Möglichkeit hat, Gefährdungen vorherzusehen und gegen Gefährdungen einzuschreiten,²⁷⁹⁸ und inwiefern den Einzelnen ein Selbstverschulden trifft.²⁷⁹⁹ Und selbst wenn sich eine Schutzpflicht aktualisiert, bleibt eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen:²⁸⁰⁰ In jedem Fall sind die (grundrechtlich abgesicherten) Rechte des Betroffenen – insbesondere das Recht auf Selbstbestimmung – zu berücksichtigen bzw. es ist diejenige Massnahme zu treffen, welche die Autonomie am wenigsten stark beschneidet. Die Selbstbestimmung darf nicht negiert oder vollkommen unterdrückt werden.²⁸⁰¹ Die Massnahmen sind auf das absolute Minimum zu beschränken²⁸⁰² und der Einzelne ist in seinem Wohl tatsächlich zu befördern²⁸⁰³. Zudem ist zu bedenken, dass im besonderen Rechtsverhältnis

²⁷⁹⁵ Allgemein zum Grundrechtsverwirklichungsauftrag von Art. 35 BV vorne, bei Fn. 1370 ff.

²⁷⁹⁶ Siehe vorne, bei Fn. 1403 ff.

²⁷⁹⁷ Hinten, bei Fn. 2915 ff.

²⁷⁹⁸ Hinten, bei Fn. 2921 ff.

²⁷⁹⁹ Hinten, bei Fn. 2926 ff.

²⁸⁰⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 2665 ff.

²⁸⁰¹ EGMR, Urteile vom 3. April 2001 i.S. *Keenan gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 27229/95, Rz. 92; vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 41; vom 16. Oktober 2008 i.S. *Renolde gegen Frankreich*, Nr. 5608/05, Ziff. 83; vom 19. Juli 2012 i.S. *Ketreb gegen Frankreich*, Nr. 38447/09, Ziff. 73; vom 31. Januar 2019 i.S. *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*, Nr. 78103/14, Ziff. 112; vom 30. Juni 2020 i.S. *Frick gegen Schweiz*, Nr. 23405/16, Ziff. 77; ferner EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 50; s.a. vorne, bei Fn. 2667.

²⁸⁰² Vgl. mit Blick auf die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19.

²⁸⁰³ Hinten, Teil 4 II. B – nach der hier vertretenen Auffassung kann der Nachweis einer Steigerung des individuellen Wohls aber nicht gelingen, wenn der Staat nicht gleichzeitig darle-

weitergehende Freiheitsbeschränkungen nur insofern zulässig sind, als es der damit verfolgte Zweck erfordert;²⁸⁰⁴ ein Schutz vor sich selbst ist jedoch – von Ausnahmen wie namentlich der fürsorglichen Unterbringung abgesehen – regelmässig nicht der eigentliche Zweck der Eingliederung in das besondere Rechtsverhältnis.

vii) Grundrechtsschutz gegen sich selbst im direkten Verhältnis zum Staat?

(a) *Im Allgemeinen*

Keine abweichende Beurteilung mit Blick auf die Zulässigkeit eines Grundrechtsschutzes *vor sich selbst* ergibt sich, wenn die Einzelne den Staat zu einem Handeln *ermächtigen* will bzw. um einen «Eingriff» ersucht (z.B. in die körperliche Integrität); oder wenn sie auf bestimmte grundrechtlich garantierte Ansprüche *verzichten* möchte (z.B. darauf, im Verfahren angehört zu werden oder einen Verteidiger beizuziehen):

Ein solcher Verzicht auf die *Ausübung* gewisser Grundrechte gegenüber dem Staat ist (wie erwähnt) keineswegs generell ausgeschlossen.²⁸⁰⁵ Allerdings dürfen mit Blick auf die «Wichtigkeit» der Verzichtserklärung bzw. die tangierten öffentlichen Interessen Mindestanforderungen («*minimum safeguards*») an den Verzicht bzw. die Verzichtserklärung gestellt werden.²⁸⁰⁶ Bei diesen zu schützenden Interessen wird es häufig um Drittminteressen gehen.²⁸⁰⁷ Es kann sich dabei aber auch um die (wohlverstandenen und wichtigen) *Interessen des Betroffenen selbst* handeln.²⁸⁰⁸ Allerdings ist (auch hier) ein *Grundrechtsschutz vor sich selbst* nur insoweit zulässig, als es um die Sicherstellung bzw. den Schutz der *Freiwilligkeit* geht.²⁸⁰⁹ Der Grund-

gen kann, dass die Einzelne bei der Bestimmung ihres eigenen Wohls einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt, siehe hinten, Teil 4 II. B. 3 a.E. und Teil 4 II. C, Ziff. (1.) bei Fn. 3957 f.

²⁸⁰⁴ Hinten, bei Fn. 3832.

²⁸⁰⁵ Siehe vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (9.), insb. bei Fn. 1316, und vorne, Fn. 2657; vgl. bezogen auf die Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK z.B. EGMR, Urteil vom 22. Mai 2012 i.S. *Idalov* gegen *Russland*, Nr. 5826/03, Ziff. 172.

²⁸⁰⁶ EGMR, Urteile vom 16. Januar 2007 i.S. *Bell* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 41534/98, Ziff. 45 und vom 20. Januar 2022 i.S. *Drača* gegen *Kroatien*, Nr. 55724/19, Ziff. 31; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 9. September 2003 i.S. *Jones* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 30900/02; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 5, Rz. 36.

²⁸⁰⁷ Vorne, bei Fn. 2658 f.

²⁸⁰⁸ Vgl. CHEN, 102 f.; ZIMMERLIN, Rz. 188 f.

²⁸⁰⁹ Zu diesen autonomieorientierten Schutzpflichten siehe hinten, Teil 3 IV. B. 3; zur Freiwilligkeit als zulässige Voraussetzung für einen Grundrechtsausübungsverzichts siehe TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 162 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 5, Rz. 36; VETTERLI, 263 f.; s.a. ZIMMERLIN, Rz. 199, 491, 514 und 517; mit Blick auf den Verzicht auf Verfahrensrechte verlangt der EGMR, dass sich der Verzichtende der

rechtsträgerin kann ihr Grundrecht auch deshalb nicht ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite (in ihrem eigenen Interesse) entgegengehalten werden, weil dem staatlichen Handeln bei einer (freiverantwortlichen) Einwilligung die Eingriffsqualität ohnehin regelmässig abgeht (oder die Erteilung einer Ermächtigung gar selbst Ausdruck grundrechtlich geschützter Freiheitsausübung ist).²⁸¹⁰ Diesfalls vermag sich auch keine grundrechtliche Schutzberechtigung oder -pflicht zu aktualisieren.²⁸¹¹

Die Bezeichnung gewisser Grundrechte – u.a. der persönlichen Freiheit²⁸¹² – als *unverjährbar und unverzichtbar*²⁸¹³ trägt im vorliegenden Kontext mehr zu Verwirrung²⁸¹⁴ als zu einer befriedigenden Lösung der Problematik bei: Bedeutet «Unverzichtbarkeit», dass der Einzelne gegenüber dem Staat auf die *Ausübung* eines entsprechend qualifizierten Rechts nicht verzichten darf? Darf er den Staat unter keinen Umständen zu einem «Eingriff» in die persönliche Freiheit ermächtigen? Zu beachten ist, dass die «Unverjährbarkeit» und die «Unverzichtbarkeit» in erster Linie eine *verfahrensrechtliche* Bedeutung haben («verfahrensrechtliche Privilegierung»):²⁸¹⁵ Dies im Sinne einer jederzeit zulässigen Geltendmachung der als unverjährbar und unverzichtbar qualifizierten Grundrechte,²⁸¹⁶ also trotz Ablauf der Beschwerdefrist²⁸¹⁷ und insbesondere auch noch im Vollzugsstadium;²⁸¹⁸ die Einzelne kann auf einen allfälligen Rechtsmittelverzicht wieder zurückkommen bzw. dieser kann ihr nicht entgegengehalten werden.²⁸¹⁹ Darin liegt

Tragweite und der Konsequenzen eines solchen Verzichts bewusst ist bzw. diese vorhersehen kann, siehe EGMR, Urteile vom 25. Februar 1992 i.S. *Pfeifer und Plankl* gegen Österreich, Nr. 10802/84, Ziff. 38; vom 1. März 2006 i.S. *Sejdovic* gegen Italien, Nr. 56581/00, Ziff. 87; vom 22. Mai 2012 i.S. *Idalov* gegen Russland, Nr. 5826/03, Ziff. 173; vom 20. Januar 2022 i.S. *Drača* gegen Kroatien, Nr. 55724/19, Ziff. 31; ferner EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 9. September 2003 i.S. *Jones* gegen Vereinigtes Königreich, Nr. 30900/02.

²⁸¹⁰ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156 f.; vgl. auch die Beispiele vorne, in Fn. 2657.

²⁸¹¹ Vgl. auch vorne, bei Fn. 2672 ff.

²⁸¹² BGE 126 I 26 S. 31, E. 4b/aa; BGE 118 Ia 209, E. 2a und 4.

²⁸¹³ Zu den Voraussetzungen, unter welchen sich eine Grundrechtsgarantie als unverjährbar und unverzichtbar qualifiziert (Betroffenheit fundamentaler Aspekte der Persönlichkeit oder der Menschenwürde) siehe BGer 1P.474/2006, E. 2; ferner BGer 1P.313/2003, E. 4.2 und BGer 2P.132/2005, E. 2.4; grundlegend BGE 118 Ia 209, E. 2c.

²⁸¹⁴ Was mit dem Begriff der Unverzichtbarkeit gemeint ist, ist nicht immer ganz klar, vgl. MÄCHLER, 215 f.; s.a. MALACRIDA, 38 ff.

²⁸¹⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 1945 f.; SCHEFER, Kerngehalte, 367 f.; ZIMMERLIN, Rz. 494; WYSS, Öffentliche Interessen, 213; MARTIN, 248 f.

²⁸¹⁶ BGer 2P.61/2004, E. 3.2.

²⁸¹⁷ BGer 1P.313/2003, E. 4.2; ZIMMERLIN, Rz. 495; SCHEFER, Kerngehalte, 393; SGK BVSCHWEIZER, Einf. zu den Grund- und Menschenrechten, Rz. 39.

²⁸¹⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 1945 f.; MAHON, Droit const. II, Rz. 47; ZIMMERLIN, Rz. 495; SCHEFER, Kerngehalte, 393; BGE 129 I 410, E. 1.1; BGer 1C_107/2014, E. 3.1; BGer 1P.474/2006, E. 2; BGE 118 Ia 209, E. 2b; BGE 104 Ia 172, E. 2b.

²⁸¹⁹ MALACRIDA, 17 und 38; ZIMMERLIN, Rz. 496; SCHEFER, Kerngehalte, 367 f. und 389.

insofern ein gewisser Schutz vor sich selbst, als die Einzelne nicht rechtswirksam darauf verzichten kann, sich zu einem späteren Zeitpunkt auf fundamentale Grundrechte zu berufen.²⁸²⁰ Eine allgemeine Aussage zur Zulässigkeit und zu den Grenzen eines Ausübungsverzichts ist dieser Theorie angesichts ihres eben erwähnten (verfahrensrechtlichen) Kontexts m.E. jedoch nicht zu entnehmen.²⁸²¹ Soweit das Bundesgericht auch ausserhalb der eben erwähnten verfahrensrechtlichen Fragestellungen auf die Theorie der unverzichtbaren und unverjähbaren Rechte Bezug genommen hat, dann – soweit ersichtlich – *nur*, um die Unzulässigkeit eines «*Totalverzichts*» auf die persönliche Freiheit gegenüber dem Staat zu begründen; nicht unzulässig sei es hingegen, gegenüber dem Staat in einem konkreten Fall auf die Ausübung einzelner Ansprüche zu verzichten.²⁸²²

Die Theorie der unverjähbaren und unverzichtbaren Grundrechte lässt sich aber auch aus anderen Gründen nicht unbesehen für die Frage fruchtbar machen, ob der Staat durch Grundrechte, namentlich die persönliche Freiheit, in seinem Handeln zurückgebunden ist, wenn der Grundrechtsträger eine gewisse staatliche Handlung wünscht: Insbesondere lässt sie eine vertiefte Auseinandersetzung mit zentralen Frage vermissen, ob überhaupt ein grundrechtlich relevantes Handeln vorliegt, wenn der Staat mit der Zustimmung des Einzelnen handelt. Zudem werden die unverjähbaren und unverzichtbaren Grundrechte mit Blick auf fundamentale Aspekte der Persönlichkeit und der Menschenwürde bestimmt,²⁸²³ was aber die Frage aufwirft, ob denn nicht gerade der Schutz der Persönlichkeit und der Menschenwürde für eine eher weitgehende Verzichtbarkeit sprechen müssen.²⁸²⁴

(b) Stellenwert der Menschenwürde und der Kerngehalte

Fraglich ist allerdings, ob dem Staat nicht durch die *Menschenwürde* und die *Kerngehalte* Grenzen gezogen sind, vom Grundrechtsträger gewünschte Handlungen

²⁸²⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 640 f.

²⁸²¹ Vgl. auch HANGARTNER, Grundzüge Bd. II, 26, wonach der Kategorisierung gewisser Grundrechte als unverzichtbar und unverjähbar «[e]ine allgemeine Aussage zum Grundrechtsverzicht [...] nicht zugrunde» liege; ferner MARTIN, 249, wonach die verfahrensrechtliche Privilegierung nicht den Schluss zulasse, das betreffende Grundrecht sei «einer Abwägung mit entgegenstehenden Interessen entzogen»; vgl. aber SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45, wonach «eine Einwilligung in eine Beschränkung von unverzichtbaren Grundrechten» unzulässig bzw. «unmöglich» sei.

²⁸²² So ausdrücklich BGE 90 I 29, E. 3c; s.a. BGE 97 I 45, E. 3, wonach auf die persönliche Freiheit als unverzichtbares und unverjähbares Recht gegenüber dem Staat «*nicht zum voraus und endgültig*» verzichtet werden könne (Herv. d. Verf.); im Kontext der Glaubens- und Gewissensfreiheit hat das Bundesgericht zwar auch schon die Auffassung vertreten, dass der Einzelne auf gewisse, aus dieser Freiheit fließende höchstpersönliche Rechte «in keiner Weise verzichten» könne und insofern ein unverjähbares und unverzichtbares Recht vorliege (BGE 93 I 350, E. 1) – was das Bundesgericht mit «in keiner Weise» meint, bleibt jedoch offen; zudem beziehen sich die Ausführungen auf die Frage, ob eine «Veranlagung zur Kirchensteuer» auch noch *nach dem Rechtsöffnungsentscheid* mit (damals) staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden kann, sie stehen also in einem verfahrensrechtlichen Kontext.

²⁸²³ Vorne, Fn. 2813.

²⁸²⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1113.

vorzunehmen. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der Einzelne gegenüber dem Staat nicht nur auf den *Schutz* seiner «Kerngehalte» und seiner «Würde» *im Umgang mit sich selbst und mit Dritten* verzichten²⁸²⁵ – auch ist der Staat durch die Kerngehalte und die Menschenwürde nicht *absolut* daran gehindert, eine vom Betroffenen gewünschte Handlung vorzunehmen.²⁸²⁶ Zwar handelt es sich bei der Menschenwürde und den Kerngehalten um «absolut geschützte Grundrechtsbereiche»²⁸²⁷; und es lassen sich die Kerngehalte als «absolut geltende «negative Kompetenzbestimmungen»» umschreiben.²⁸²⁸ Weder der Kerngehalts- noch der Menschenwürdeschutz aktualisieren sich aber, wenn das staatliche Handeln vom (freien) Willen des Einzelnen getragen ist.²⁸²⁹

- Die *Menschenwürde* ist nach der hier vertretenen Auffassung nicht in dem Sinn unverfügbar, dass der Wille des Einzelnen, was dessen Würde ausmacht, irrelevant wäre. Sieht sich die Einzelne in ihrer Würde nicht verletzt, kann ihr kein Schutz ihrer (eigenen) Würde aufgedrängt werden. Zudem setzt eine Würdeverletzung ein Handeln gegen den freien Willen der Betroffenen voraus.²⁸³⁰
- Auch die *Kerngehalte* können dann nicht als absolute Grenze staatlichen Handelns bezeichnet werden, wenn der (freiverantwortlich handelnde) Einzelne deren Schutz eben gerade nicht will. Wenn der Staat mit Willen des Einzelnen handelt, liegt eine Kerngehaltsverletzung m.a.W. gar nicht vor.²⁸³¹

²⁸²⁵ Vorne, bei Fn. 2725 ff.

²⁸²⁶ A.A. SCHEFER, Kerngehalte, 375 f. und 408 (allerdings mit der Ausnahme einer Kerngehaltskollision); ZIMMERLIN, Rz. 510, 513, 515 und 517; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45; bezogen auf das deutsche Verfassungsrecht: Jarass/Pieroth-JARASS, Komm. zu Art. 1 GG, Rz. 13 (s.a. vorne, Fn. 1094); illustrativ insofern ein Entscheid des deutschen Bundessozialgerichts, wonach eine öffentliche Stelle Arbeitssuchende nicht in die Prostitution vermitteln dürfe, selbst wenn sie dies freiwillig wollen – eine Grundrechtsverzicht auf die Menschenwürde sei «unerheblich» (deutsches Bundessozialgericht, Urteil vom 6. Mai 2009, B 11 AL 11/08 R, NJW 2010, 1627 ff., 1630). Das Bundesgericht hat in BGE 140 I 2, E. 10.2.2, die Auffassung vertreten, privaten Sicherheitsdiensten von Sportveranstaltern könne nicht mittels vertraglicher Einwilligung «das Recht zu schwerwiegenden Grundrechtseinschränkungen (z.B. integrale körperliche Durchsuchung von Besuchern) übertragen» werden.

²⁸²⁷ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 159.

²⁸²⁸ SCHEFER, Kerngehalte, 375.

²⁸²⁹ So auch VETTERLI, 266 ff. und 271 f.

²⁸³⁰ Vgl. vorne, Teil 2 II. B, insb. Teil 2 II. B. 2. b); VETTERLI, 266 ff. und 271 f.

²⁸³¹ So auch TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 159 ff. insb. 161; CHEN, 104 f. und 117 f.; gemäss KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 35 würde es «zu weit gehen, Kerngehaltsgarantien generell als unverzichtbar anzusehen»; einen Verzicht halten sie bei Kerngehalten für unmöglich, «welche die Institutsgarantie betreffen (wie Ehe oder Eigentum), [...] weil nur der Gesetzgeber, nicht aber der Einzelne diese Institute abschaffen könnte.»

- Der Kerngehalt bestimmt sich immer mit Blick auf die *tatsächlichen* Schutzbedürfnisse und Schutzinteressen der Grundrechtsträgerinnen und -träger und nicht aufgrund deren wohlverstandenen, «objektiven» Interessen oder von den individuellen Bedürfnissen losgelösten Allgemeininteressen. Eine absolute Sperrwirkung lässt sich nicht rechtfertigen, wenn einem solch absoluten Schutz Interessen des (geschützten) Grundrechtsträgers selbst entgegenstehen, wenn er gar *kein Bedürfnis* nach Schutz hat.²⁸³²
- Selbst wenn man den Kerngehaltsschutz vom Willen der (zu schützenden) Grundrechtsträgerin lösen möchte, müssen *zumindest* Abwägungen mit gegenläufigen Interessen der Betroffenen (in deren Interesse die Kerngehalte angerufen werden) möglich sein, um die *tatsächliche* Reichweite der Kerngehaltsgarantie im konkreten Fall zu bestimmen. Die Einzelne kann aber gute Gründe haben, einem Eingriff zuzustimmen, die der Staat nicht unbeachtet lassen darf.
- Eine Unverfügbarkeit grundrechtlicher Kerngehalte lässt sich auch nicht überzeugend mit einer analogen Anwendung von Art. 27 ZGB (übermäßige Bindung) begründen.²⁸³³ Ob und inwieweit der Einzelne über sich selbst verfügen kann bzw. eine Bindung als übermäßig eingestuft werden muss, ist eben gerade die Frage. Zudem kann die gesetzliche Bestimmung von Art. 27 ZGB m.E. nicht zur Umschreibung grundrechtlicher Schutzbereiche bzw. zur Beurteilung der Verfügbarkeit grundrechtlicher Ansprüche herbeigezogen werden.²⁸³⁴
- Und selbst wenn man die Kerngehalte zu den unverzichtbaren und unverjähren Grundrechtsgehalten zählen möchte,²⁸³⁵ folgte daraus nicht, dass der Einzelne über «seine» grundrechtlichen Kerngehalte nicht verfügen könnte:²⁸³⁶ Die Frage ist vielmehr, ob der Kerngehalt *überhaupt betroffen ist*, wenn der Einzelne den Staat aus freiem Willen zu einer Handlung ermächtigen will. Das ist nach der hier vertretenen Meinung – wie gerade ausgeführt – zu verneinen. Zudem hat die Rechtsprechung zu den unverjähren und unverzichtbaren Grundrechten in erster Linie eine verfahrensrechtliche Bedeutung, ermöglicht also eine Geltendmachung des Kerngehaltsschutzes auch nach Ablauf der Rechtsmittelfrist und im Voll-

²⁸³² Vgl. vorne, Teil 2 III. A. 2, dort Ziff. (7.) bei Fn. 1282 ff.

²⁸³³ Vgl. aber SCHEFER, Kerngehalte, 375.

²⁸³⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1694 ff.

²⁸³⁵ So SCHEFER, Kerngehalte, 367, 389 und 393; ZIMMERLIN, Rz. 510; differenzierend hingegen: MÄCHLER, 218 f.; WYSS, Öffentliche Interessen, 213.

²⁸³⁶ So aber ZIMMERLIN, Rz. 510; CHEN, 81.

zugsstadium.²⁸³⁷ Mit einem Verzicht auf die Ausübung von Kerngehalten ist auch nicht zwingend ein (unzulässiger) Totalverzicht²⁸³⁸ auf das Grundrecht verbunden.

Es ist dem Staat durch die Menschenwürde und die grundrechtlichen Kerngehalte deshalb nicht absolut verboten, einen *Lügendetektortest* auf Wunsch bzw. mit freiverantwortlicher Einwilligung des Betroffenen durchzuführen.²⁸³⁹ Meines Erachtens ist die Würde des Betroffenen selbst auch nicht der richtige Ansatzpunkt, um einen Asylsuchenden im Asylverfahren von der Möglichkeit abzuschneiden, seine *Homosexualität mittels «Tests» oder Videoaufnahmen* zu belegen, wenn er dies *tatsächlich* freiverantwortlich wünscht²⁸⁴⁰ (was freilich *keineswegs* bedeutet, dass dies unproblematisch wäre und der Staat solche Praktiken zulassen müsste²⁸⁴¹).

(c) *Grenzen aus dem Recht auf Leben?*

Auch das *Grundrecht auf Leben* (Art. 2 EMRK; Art. 10 Abs. 1 BV) entfaltet keine *generelle, absolute* Sperrwirkung gegen eine vom Einzelnen gewünschte Tötung,

²⁸³⁷ Vorne, bei Fn. 2815 ff.

²⁸³⁸ Dazu vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (9.) bei Fn. 1314 ff.

²⁸³⁹ So auch CHEN, 107 ff.; MALACRIDA, 105 und 169 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 161; VAN SPYK, 65 f.; MÜLLER/SCHEFER, 64; VETTERLI, 266 ff. und 271 f.; im Ergebnis auch RIEDO/NIGGLI, Kerngehalt, 766; für Deutschland (bezogen auf die Menschenwürde) vgl. BGHSt 44, 308 (316 f.); DREIER, in: DREIER, GG-Kommentar Bd. I, Art. 1 I, Rz. 140 («die freiwillige Vernehmung unter Anwendung eines Polygraphen» stelle «keinen Verstoß gegen die Menschenwürde dar[...]»); HÖFLING, Menschenwürde, 1583; a.A. SCHEFER, Kerngehalte, 375; KassGer ZH, Urteil vom 3. Dezember 2001, ZR 2002, 141 ff., E. 9c, 141 (bezogen auf den Kerngehalt der persönlichen Freiheit); vgl. auch die Argumentation mit der Menschenwürde in der Botsch. StPO, 1129 und 1182 f.; ferner BGer 6B_708/2009, E. 1.6, BGer 6B_586/2008, E. 2 und BGer 6B_663/2011, E. 1.3, wonach die Verwendung von Lügendetektoren im Strafverfahren auch auf Antrag des Beschuldigten «verfassungsmässig unzulässig» sei; die Eignung eines (freiwilligen) Lügendetektortest (Privatgutachten) als Beweismittel wurde offen gelassen in BGer 1P.437/2004, E. 2.4; s.a. BGer 6P.188/1999, E. 3 (grundsätzliche Zulassung des Ergebnisses eines Lügendetektortest [Parteiutachten] als Beweismittel; strenger KassGer ZH, Urteil vom 3. Dezember 2001, ZR 2002, 141 ff., E. 9c, 142 f.); vgl. ferner BGE 109 Ia 273, E. 7 und BGE 143 I 292, E. 2.4.2 (Einsatz von Lügendetektoren als Eingriff in den Kerngehalt der persönlichen Freiheit, allerdings ohne direkte Bezugnahme auf einen Einsatz *auf Wunsch* des Angeklagten); s.a. vorne, bei Fn. 1129 – selbstverständlich stellt sich immer die Frage, ob der Betroffene tatsächlich *freiwillig* in einen Lügendetektortest einwilligt (MÜLLER/SCHEFER, 64; VETTERLI, 267; hinten, bei Fn. 4090 f.); eine Zulassung von Lügendetektortests kann zudem mit Interessen Dritter in Konflikt geraten, siehe vorne, Fn. 2659.

²⁸⁴⁰ Vgl. demgegenüber EuGH, Urteile vom 2. Dezember 2014, C-148/13 bis C-150/13, Rz. 53 und 65; MÜLLER, Verwirklichung, 40 f.; s.a. vorne, bei Fn. 1130.

²⁸⁴¹ Vgl. hinten, bei Fn. 4092 f.

namentlich im Rahmen einer (direkten) *aktiven Sterbehilfe*;²⁸⁴² dies auch dann nicht, wenn diese Tötung vom Staat selbst (z.B. durch Ärzte in einem öffentlichen Spital) ausgehen soll.²⁸⁴³ Das muss v.a. dann gelten, wenn der Einzelne ansonsten in einem «*unmenschlichen*» Zustand verbleiben müsste (zu denken ist an schweres Leiden eines unheilbar kranken Menschen);²⁸⁴⁴ doch lässt sich auch für andere Konstellationen diskutieren, ob das *Recht* auf Leben tatsächlich der verfassungsrechtlich richtige Ansatzpunkt ist, um einem Wunsch des Einzelnen, mit Hilfe des Staates zu sterben, jegliche Relevanz abzusprechen. Das Recht auf Leben bildet m.E. insoweit eine Schranke für staatliches Handeln, als der Staat *gegen den freien Willen* des Einzelnen handelt.²⁸⁴⁵ Dass Art. 2 EMRK die Einwilligung nicht als zulässigen Grund für eine Tötung nennt, ist m.E. nicht erheblich;²⁸⁴⁶ vielmehr stellt sich die Frage, ob Art. 2 EMRK tatsächlich die Tötung *auf Wunsch* des Betroffenen vor Augen hat, was m.E. sehr zweifelhaft ist.²⁸⁴⁷ Anders gesagt: Ob sich dem *Recht auf Leben* eine absolute Einwilligungsschranke entnehmen lässt, ist dann fraglich, wenn die staatliche Tötungshandlung *mit dem freien Willen* des Betroffenen erfolgt.²⁸⁴⁸

Selbst wenn man den Anwendungsbereich des Rechts auf Leben auch in solchen Fällen als eröffnet erachten will, in denen die Tötung (aus freiem Willen) *gewünscht*

²⁸⁴² So im Kontext der Diskussion um die Zulässigkeit aktiver Sterbehilfe und des Stellenwerts des Lebensschutzes auch BSK StGBI-SCHWARZENEGGER/StÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 16 und 19 ff.

²⁸⁴³ Grundsätzlich a.A.: SCHEFER, Kerngehalte, 91, 375 f. und 408 f. (allerdings relativierend für den Fall eines *Kerngehaltskonflikts*; wenn ansonsten das Leben nicht *in Würde* beendet werden könne bzw. wenn die Tötung die einzig Möglichkeit darstelle, die Würde des Sterbewilligen zu wahren); ähnlich HANGARTNER, Sterbehilfe, 78 und 90 ff. (grundsätzliches Verbot der aktiven Sterbehilfe, welches allerdings eine Grenze am Verbot unmenschlicher Behandlung und der Menschenwürde finden könne); ferner SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 55, wonach die direkte aktive Sterbehilfe das Recht auf Leben verletze; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1272 (aktive Sterbehilfe als Eingriff in den Kerngehalt, welcher auch durch einen Grundrechtsverzicht nicht zulässig werde).

²⁸⁴⁴ Vgl. SCHEFER, Kerngehalte, 91, 375 f. und 408 f.; HANGARTNER, Sterbehilfe, 78 und 90 ff. (vgl. dazu vorne, Fn. 2843).

²⁸⁴⁵ Vorne, bei Fn. 1275; vorbehalten bleiben die Ausnahmen in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 EMRK – in diesen Fällen ist eine Tötung auch gegen den Willen des Betroffenen konventionsrechtlich (grundsätzlich) zulässig (in der Schweiz ist die Todesstrafe allerdings verfassungsrechtlich verboten, siehe Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV).

²⁸⁴⁶ Vgl. aber HANGARTNER, Sterbehilfe, 91; PUPPINCK/DE LA HOUGUE, Rz. 51.

²⁸⁴⁷ Vgl. auch vorne, bei Fn. 1275.

²⁸⁴⁸ Vgl. aber EMRK/GG Konkordanzkommentar-ALLEWELDT, Kap. 10, Rz. 84, wonach «[d]as Verbot der absichtlichen Tötung in Art. 2 Abs. 1 Satz 2 EMRK ein starkes Indiz für die generelle Konventionswidrigkeit staatlich verantworteter Sterbehilfe» sei.

ist, bleibt Folgendes beachten. Der in Art. 10 Abs. 1 BV garantierte Schutz des Lebens ist – mit Ausnahme der Todesstrafe (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV) – durchaus *Relativierungen* zugänglich.²⁸⁴⁹ So ist eine Gewaltanwendung mit dem *Risiko* einer Tötung und allenfalls gar eine *zielgerichtete* Tötung einer Person («finaler Rettungsschuss») unter restriktiven Voraussetzungen in Notwehr(hilfe)konstellationen mit dem Recht auf Leben vereinbar.²⁸⁵⁰ Ein staatlicher Eingriff in das Recht auf Leben kann somit zulässig sein, wenn er zur Wahrung anderer *hochwertiger* Interessen unumgänglich ist; das Recht auf Leben verschliesst sich nicht in absoluter Weise einer *Interessenabwägung*. Ein überwiegendes Interesse an einer Tötung (bzw. der Einwilligungserteilung in eine Tötungshandlung) kann aber auch die *Grundrechtsträgerin selbst* haben, etwa um sich von schwerem, nicht anders abwendbarem Leiden zu befreien, v.a. dann, wenn sie nicht selbst in der Lage ist, die eigentliche Tötungshandlung selbständig auszuführen. Für die Berücksichtigung solcher Interessen muss zumindest Raum bleiben,²⁸⁵¹ jedenfalls wenn ansonsten Konflikte mit anderen zentralen Grundwerten wie dem Schutz der menschlichen Würde entstehen. Eine entsprechende Auslegung ist m.E. auch für Art. 2 EMRK angezeigt: Selbst wenn man diese Bestimmung auch auf Fälle einer freiverantwortlich gewünschten Tötung anwenden will, wird man – zumindest bei einer Berücksichtigung des der EMRK zugrunde liegenden Anliegens, die Selbstbestimmung und die Menschenwürde zu schützen²⁸⁵² – jedenfalls dort eine Ausnahme vom absoluten Lebensschutz in Erwägung ziehen müssen, wo der Einzelne ohne die staatliche Handlung unmenschlichem Leiden ausgesetzt bleibt.²⁸⁵³

²⁸⁴⁹ BGE 136 I 87, E. 4.2; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 14; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 6 ff.; MARTIN, 240 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 11, Rz. 17.

²⁸⁵⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 11, Rz. 17 ff.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 14 f.; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 32; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 7 ff.; gemäss MÜLLER/SCHEFER, 51 f., ist selbst in einer Notwehrkonstellation «[d]ie Anordnung einer zielgerichteten Tötung [...] mit dem Recht auf Leben [...] nicht vereinbar und lässt sich nicht rechtfertigen»; ausnahmsweise zulässig sei aber «der mit hoher Wahrscheinlichkeit todbringende Schuss» bzw. das Eingehen des «Risiko[s] [...] den Betroffenen allenfalls zu töten».

²⁸⁵¹ Vgl. auch die Hinweise vorne, in Fn. 2843; siehe aus ethischer Sicht auch die Differenzierungen bei JEAN CLAUDE WOLF, Der intendierte Tod, in: Adrian Holderegger (Hrsg.), Das medizinisch assistierte Sterben – Zur Sterbehilfe aus medizinischer, ethischer, juristischer und theologischer Sicht, Freiburg 1999, 76 ff., wonach sich ein absolutes Verbot der absichtlichen Tötung rational nicht begründen lasse.

²⁸⁵² Vorne, bei Fn. 880.

²⁸⁵³ Vgl. demgegenüber EMRK/GG Konkordanzkommentar-ALLEWELDT, Kap. 10, Rz. 84 (vorne, Rz. 2848).

(d) *Differenzierungen zur Vermeidung von Missverständnissen*

Um *Missverständnissen* vorzubeugen, sind Präzisierungen angezeigt:

- Dass die grundrechtlichen Kerngehalte, die Menschenwürde und das Recht auf Leben staatlichem Handeln, das auf einen freiverantwortlich gebildeten Willen des Grundrechtsträgers zurückgeht, *keine absolute Grenze* setzen, bedeutet natürlich nicht, dass der Staat zu einem solchen Handeln *verpflichtet* wäre. Insbesondere lässt sich daraus keine staatliche Pflicht zur Leistung von aktiver Sterbehilfe ableiten;²⁸⁵⁴ ebenso wenig die grundrechtliche Pflicht, einen Lügendetektortest oder möglicherweise lebensgefährliche staatliche Forschungsuntersuchungen zuzulassen. Nur sind die Kerngehalte, die Menschenwürde oder das Recht auf Leben m.E. nicht der überzeugende Ansatzpunkt, um dem Wunsch des Betroffenen – in dessen «wohlverstandem Interesse» – pauschal und prinzipiell die Beachtlichkeit abzusprechen.
- Vom Problembereich der absoluten Sperrwirkung der Menschenwürde, der Kerngehalte und des Rechts auf Leben ist die Frage zu unterscheiden, ob der Staat *allein* gestützt auf die *Einwilligung* des Betroffenen handeln darf. Hier ist zu bedenken, dass die – über die Interessen des Einzelnen hinausreichenden – rechtsstaatlichen Grundsätze (Art. 5 BV) durch den Betroffenen ebenso wenig «verfügbar» sind²⁸⁵⁵ wie das Mass an demokratischer Legitimation staatlichen Handelns – die Zustimmung des Einzelnen vermag die demokratische Willensbildung deshalb nicht einfach zu ersetzen.²⁸⁵⁶ Jedenfalls dort, wo es um umstrittene, potentiell weitreichende «Eingriffe» geht, vermag die Einwilligung *allein* das staatliche Handeln nicht zu legitimieren.²⁸⁵⁷ Gerade bei staatlichen Eingriffen in Leib und Leben stellen sich zudem über reine Individualinteressen hinausgehende Fragen.²⁸⁵⁸

Der Staat darf deshalb einen Menschen – z.B. einen Sexualstraftäter –, selbst wenn er es ausdrücklich und freiverantwortlich wünscht, nicht allein gestützt auf diesen Wunsch «kastrieren».²⁸⁵⁹ Ebenso wenig darf der Staat, ohne ausdrücklich gesetzlich dazu ermächtigt zu sein, aktive Sterbehilfe leisten.

²⁸⁵⁴ Vgl. KNEIHS, 260; vorne, bei Fn. 1400; vgl. aber auch bei Fn. 1405.

²⁸⁵⁵ VAN SPYK, 130; BSK BV-EPINEY, Art. 36, Rz. 32.

²⁸⁵⁶ Siehe SCHEFER, Beeinträchtigung, 71 f.; VAN SPYK, 126; vgl. demgegenüber CHEN, 85 ff.; VETTERLI, 261 (allerdings seien «an die Erteilung der Einwilligung hohe Anforderungen zu stellen», damit sie als Surrogat für das Legalitätsprinzip gelten könne).

²⁸⁵⁷ Vgl. bezogen auf schwere Eingriffe in die körperliche Integrität ohne medizinische Indikation DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1307; ferner SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 45.

²⁸⁵⁸ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 161.

²⁸⁵⁹ DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 1304 (allerdings unter Berufung auf die von ihm vertretene Unverfügbarkeit der Würde und der persönlichen Freiheit).

- Schliesslich bleibt (wiederum) auf Folgendes hinzuweisen: Die Frage, wann ein Verhalten so freiwillig ist, dass sich eine paternalistisch motivierte Anrufung der Grundrechte des Betroffenen *verbietet*, lässt sich allein mit grundrechtsdogmatischen Erwägungen nicht zufriedenstellend beantworten. Entscheidend ist aber, dass ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst *losgelöst* von einer Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung und -umsetzung in jedem Fall *unzulässig* ist.²⁸⁶⁰

d) Schlussfolgerungen

Ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst, der nicht an *Defizite in der freien Willensbildung und -umsetzung* anknüpft und anknüpfen kann, ist nicht verfassungskonform (was aber – das sei hier klargestellt – *nicht* bedeutet, dass beim Vorliegen derartiger Defizite ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst *ohne weiteres zulässig* wäre²⁸⁶¹). Das gilt selbst bei schwerwiegenden und irreversiblen Schädigungen, gegenüber Kindern und Jugendlichen, im besonderen Rechtsverhältnis und im direkten Verhältnis zum Staat.

Damit verbinden sich insbesondere folgende Konsequenzen:

- Der Staat darf die Grundrechte des Grundrechtsträgers *nicht als öffentliches Interesse* anführen, um dem Grundrechtsträger einen Schutz vor sich selbst aufzudrängen, ohne dass gleichzeitig dargelegt und begründet wird, dass dieser in seiner Willensbildung und/oder -umsetzung beeinträchtigt ist.²⁸⁶²

Sehr problematisch erscheint mir die bundesgerichtliche Herleitung eines – wenn auch abstrakten – öffentlichen Interesses am Schutz «kranker Personen» (unter anderem²⁸⁶³) aus der persönlichen Freiheit und der Menschenwürde.²⁸⁶⁴ Dies mag insofern nicht grundsätzlich zu beanstanden sein, als die «kranken Personen» gleichzeitig nicht (vollumfänglich) in der Lage sind, selbstbestimmt zu handeln; soweit sie aber zu einem freiverantwortlichen Handeln fähig sind, lässt sich aus den ihnen zustehenden Grundrechten (einschliesslich der Menschenwürde) kein öffentliches Interesse ableiten, diese Grundrechte auch gegen ihren Willen zu schützen.²⁸⁶⁵ Höchst fragwürdig ist die Berufung auf die Art. 2 EMRK entliessende Pflicht zum Schutz des Lebens, um (pauschal) ein öffentliches Interesse an der Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen zu begründen.²⁸⁶⁶

²⁸⁶⁰ Siehe vorne, bei Fn. 2671 und 2740 f.

²⁸⁶¹ Zu den autonomieorientierten Schutzpflichten siehe das nachfolgende Kap. 3.

²⁸⁶² TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206.

²⁸⁶³ Zur problematischen Argumentation mit der Bestimmung von Art. 12 BV vgl. vorne, bei Fn. 2684 ff.

²⁸⁶⁴ BGE 130 I 16, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 8; vgl. auch vorne, bei Fn. 913.

²⁸⁶⁵ Vgl. auch vorne, bei Fn. 2363 ff., insb. 2371 ff.

²⁸⁶⁶ So aber BGE 136 IV 97, E. 6.3.3.

- Bei der **Auslegung und der Anwendung des Gesetzes- oder Verordnungsrechts** lassen sich die Grundrechte nicht zur Begründung eines harten Paternalismus herbeiziehen. Letzteres ist etwa im Zusammenhang mit Sittlichkeitsklauseln von Bedeutung. Ein freiverantwortliches, «selbstschädigendes» Verhalten kann nicht mit der Begründung als sittenwidrig erklärt werden, es stehe in einem Konflikt mit den eigenen Grundrechten bzw. den durch sie zum Ausdruck gebrachten Werten – die Grundrechte garantieren gerade auch die Freiheit zur unklugen, selbstschädigenden Wahl.²⁸⁶⁷ Ebenso wenig kann eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB mit der Begründung bejaht werden, die Einzelne entäussere sich grundrechtlich geschützter Freiheiten, würde sie damit doch letztlich an ihre eigenen Grundrechte gebunden. Wie die Einzelne von ihren Grundrechten Gebrauch macht, ist ihr überantwortet und umfasst den *Verzicht* auf grundrechtlich geschützte Freiheiten.²⁸⁶⁸ Bezogen auf den verfassungsrechtlichen **Regelungsspielraum des Gesetzgebers** ist darauf hinzuweisen, dass dieser aufgrund der objektiv-rechtlichen Dimension des Rechts auf Leben nicht verpflichtet ist, die aktive Sterbehilfe zum Schutz des Sterbewilligen vor sich selbst zu verbieten (wenn der Sterbewunsch frei gebildet worden ist).²⁸⁶⁹
- Geht es um die Rechtfertigung eines Schutzes vor sich selbst – insbesondere bezogen auf die **Zumutbarkeitsprüfung** –, ist schliesslich Folgendes wichtig: Da sich die Grundrechte nicht gegen den freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch wenden können, der Einzelne bei freiwilligem Handeln nicht in einen Konflikt mit seinen eigenen Grundrechten geraten kann und es keine objektiven «Grundrechtswerte» gibt, die dem (freiverantwortlichen) Freiheitsgebrauch des Einzelnen in seinem «besten» Interesse entgegengehalten werden können, besteht (zum Vornherein) kein Raum dafür, *verschiedene* Grundrechte oder (vermeintlich «gegenläufige») grundrechtlich geschützte Rechtsgüter *ein und desselben* Grundrechtsträgers gegeneinander abzuwägen. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit eines Schutzes vor sich selbst muss sich der Einzelne seine eigenen Grundrechte oder Teilgehalte davon nicht entgegenhalten lassen; es findet keine «Aufspaltung» in verfügbare und nicht verfügbare Grundrechte oder grundrechtliche Gehalte statt. Daran ändern «*Schutzpflichten*» nichts: Abgesehen davon, dass eine Schutzpflicht bei einem freiverantwortlichen Grundrechtsgebrauch gar nicht entstehen kann,²⁸⁷⁰ bieten sie keine Legitimation für

²⁸⁶⁷ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 156 f. (bezogen auf eine Schenkung, die unter der Bedingung eines Kirchenaustritts steht); s.a. TAG, Körperverletzungstatbestand, 301 ff.; hinten, bei Fn. 3157 ff.

²⁸⁶⁸ Dazu vorne, bei Fn. 1336 ff.; vgl. ferner hinten. bei Fn. 3157 ff.

²⁸⁶⁹ Vorne, bei Fn. 2737 ff.

²⁸⁷⁰ Vorne, Teil 3 IV. B. 2.

ein paternalistisches Abwägen verschiedener Grundrechte des (in seiner Selbstbestimmung nicht verzerrten) Grundrechtsträgers, steht doch diesem allein die Befugnis zu, über seinen Freiheitsgebrauch zu entscheiden; er darf auch grundrechtlich geschützte Rechtsgüter riskieren oder opfern, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen.^{2871, 2872} Ein im Rahmen der Interessenabwägung zu lösender *Konflikt* zwischen einer staatlichen Schutzpflicht und einer grundrechtlich geschützten Freiheit besteht deshalb *nicht*.²⁸⁷³

Deshalb kann die Durchführung einer lebenserhaltenden medizinischen Zwangsmassnahme zum Vornherein nicht damit begründet werden, die Pflicht zum Schutz des Lebens überwiege das Recht auf Selbstbestimmung und körperliche Integrität, wenn der Betroffene die Massnahme aus freiem Willen ablehnt.

Und keineswegs ist es so, dass sich die Einzelne in ihrem Freiheitsgebrauch gegenüber «programmatischen Gehalten» zu rechtfertigen hätte, damit eine «Schutzpflicht» wegfällt.²⁸⁷⁴

²⁸⁷¹ Vgl. vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (2.) bei Fn. 1331 ff. und Ziff. (3.) bei Fn. 1335 ff.

²⁸⁷² Vgl. dazu auch SANDFUCHS, 127.

²⁸⁷³ Gegen die Zulässigkeit einer Abwägung verschiedener Grundrechte des Grundrechtsträgers auch STERNBERG-LIEBEN, 35 f.; RIGOPOULOU, 61; LIPP, 128; WOITKEWITSCH, 40 ff.; vgl. ferner PAYLLIER, Hungerstreik, S. 323 f. mit Fn. 93 und S. 325; WALDENMEYER, 228 f.; vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 3727 ff.; vgl. *demgegenüber*: KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Rz. 29, 32 und 60, wonach zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Zwangsernährung verschiedene Teilgehalte der persönlichen Freiheit (Schutz des Rechts auf Leben, Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit) gegeneinander abzuwägen seien; ferner BVerwG, Urteil vom 27. April 1989, 3 C 4/86, NJW 1989, 2960 f., 2960, wonach die staatliche Verpflichtung zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit «in einen Gegensatz zum Selbstbestimmungsrecht» trete, «wenn dieses Recht mit dem Risiko der Selbstgefährdung ausgeübt» werde – allerdings *überwiege* die Schutzpflicht nur in Ausnahmefällen (Selbsttötung, Selbstbestimmungsdefizite); grundsätzlich *anders* als hier auch VAN SPYK, 90 ff., insb. 93 ff., wonach «[d]ie Begründung einer staatlichen Beschränkung der persönlichkeitsbezogenen Verfügungsfreiheit zum Schutz der Person vor sich selbst [...] eine Abwägung zwischen den *programmatischen Gehalten* des Selbstbestimmungsrechts einerseits und den Programmgehalten des Integritätsschutzes andererseits» voraussetze (Herv. im Original); a.A. wohl auch BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 54; MOECKLI, Schutz von Person und Persönlichkeit, in: Staatsrecht, § 31, Rz. 28; damit soll nicht gesagt sein, dass bei einem *nicht* freiverantwortlichen Freiheitsgebrauch eine Abwägung verschiedener Grundrechte erfolgen müsste oder dürfte – die Zumutbarkeitsprüfung gestaltet sich hier differenzierter, siehe hinten, Teil 4 III. C.

²⁸⁷⁴ Vgl. aber die Ausführungen von VAN SPYK, Fn. 433, der eine Verletzung der (eigenen) Integrität durch den Grundrechtsträger selbst oder einen ermächtigten Dritten als eine «*Behinderung*» des programmatischen Gehalts des Integritätsschutzes erachtet, die einer Rechtfertigung bedürfe, damit eine *staatliche Schutzpflicht entfalle*.

3. Autonomieorientierte Schutzpflichten

a) Vorbemerkungen

Eine grundrechtliche Schutzberechtigung und allenfalls eine Schutzpflicht können sich hingegen dann – und nur dann²⁸⁷⁵ – aktualisieren, wenn die Einzelne nicht «freiwillig» oder «freiverantwortlich» handelt bzw. wenn sie *Defiziten* in ihrer Selbstbestimmung unterliegt.²⁸⁷⁶ Dabei ist es aber nicht die mangelnde oder eingeschränkte Fähigkeit zur Willensbildung und -umsetzung *an sich*, die eine Schutzberechtigung (allenfalls) zu begründen vermag, sondern das *Verhindern von Folgen*, welche die Betroffene *nicht will*. Das staatliche Handeln hat sich darauf zu richten, bezogen auf eine bestimmte Handlung einen freiverantwortlichen Entscheid zu ermöglichen bzw. einen «unfreiwilligen» Entscheid – mit den entsprechenden, ungewollten Konsequenzen – zu verhindern.²⁸⁷⁷ Deshalb sollte man m.E. auch weniger die Frage in den Vordergrund rücken, ob der Einzelne zu einem *freiverantwortlichen Schutzverzicht* in der Lage ist:²⁸⁷⁸ Er muss nicht in der Lage sein, eine staatliche Schutzpflicht zu «beseitigen»; vielmehr hat sich die Schutzpflicht *gegenüber dem Einzelnen zu legitimieren* – und zwar dadurch, dass sein Wohl geschützt wird bzw. die für ihn nachteiligen Folgen einer nicht oder nur beschränkt freiwilligen Entscheidung verhindert werden. Nur unter dieser Voraussetzung kann eine

²⁸⁷⁵ Vgl. demgegenüber die vorne, in Fn. 2668, zitierten abweichenden Meinungen; zu wenig differenziert m.E. die Ausführungen des Bundesgerichts in BGE 136 IV 97, E. 6.3.3 (umfassende Pflicht zum Schutz des Lebens eines Strafgefangenen; siehe vorne, bei Fn. 2789).

²⁸⁷⁶ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 156, 162 ff., 191, 206, 257 und 603; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 117; VAN SPYK, 56, 90 ff. und 320; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 18 und 42 f.; DIETLEIN, 220; OHLY, 87 f. und 105; ROBBERS, 221 f.; BRUNHÖBER, 166; STERNBERG-LIEBEN/REICHMANN, 260; BVerfGE 128, 282 (304 f.); im Kontext des Rechts auf Lebens und eines Sterbewunschs: EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 54 und 58; BGE 133 I 58, E. 6.2.1; BGer 2C_9/2010, E. 2.2; HANGARTNER, Sterbehilfe, 73 f. und 80; KIENER, 281 und 287; SPERLICH, Recht auf Suizidbeihilfe, Rz. 10; SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 50; ferner BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 66 ff., insb. 79 (bezogen auf ein medizinisches Tätigwerden gegen den natürlichen Willen eines Betreuten).

²⁸⁷⁷ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 23 und 43; BGE 133 I 58, E. 6.2.1 (Sicherstellung, dass der Sterbeentscheid dem freien Willen entspricht); siehe dazu auch hinten, Teil 4 III. B. 1. a) und bei Fn. 4125.

²⁸⁷⁸ Allerdings bestehen durchaus Berührungspunkte zwischen dem Grundrechtsschutz vor sich selbst und der Frage, ob auf grundrechtlich verbürgte Schutzansprüche gegenüber dem Staat verzichtet werden kann, siehe vorne, bei Fn. 2681 ff., s.a. bei Fn. 2656 und 2805 ff.

Pflicht zum (paternalistischen) Schutz der Grundrechte des Grundrechtsträgers überhaupt entstehen.

In Frage kommen verschiedene Massnahmen: Einer Entscheidung kann die rechtliche Wirksamkeit versagt werden,²⁸⁷⁹ es können Einwilligungsvoraussetzungen statuiert²⁸⁸⁰ oder Verfahren vorgeschrieben oder eingerichtet werden, in welchen die Urteilsfähigkeit (und allenfalls weitere «Freiwilligkeitsvoraussetzungen») zu überprüfen sind (z.B. durch ärztliche Rezeptpflichten²⁸⁸¹; Anforderungen an Sterbehilfeorganisationen bezüglich der Abklärung der Freiverantwortlichkeit des Sterbeentscheids²⁸⁸²). Zu denken ist ferner an ein unmittelbares Einschreiten gegen eine (nicht freiverantwortliche) Selbstgefährdung (Suizidverhinderung durch die Polizei; Zwangsernährung eines Strafgefangenen).

b) Die Problematik der «Freiwilligkeit»

Die Frage aber ist, unter welchen *Voraussetzungen* – insbesondere: bei welchen *Freiwilligkeitsdefiziten* – der Staat aus den Grundrechten der Grundrechtsträgerin Legitimation schöpft und durch diese allenfalls verpflichtet wird, gegen eine Selbstgefährdung einzuschreiten. Dieser Problembereich lässt sich nicht ganz einfach bewältigen. Zunächst ist in hohem Mass unbestimmt, welche Erfordernisse an die «Freiwilligkeit» zu stellen sind, damit sich eine staatliche Schutzberechtigung (und allenfalls eine Schutzpflicht) aktualisieren. Der Verweis auf die «Freiwilligkeit» oder eben «Unfreiwilligkeit» des Handelns bleibt für sich genommen ohne grosse Substanz. Tatsächliche und vollkommene Entscheidungsfreiheit stellt sich nur selten ein, sie ist ausserdem von zahlreichen äusseren und inneren Bedingungen abhängig.²⁸⁸³ Zudem sind die «Freiwilligkeit» bzw. die an sie zu stellenden Anforderungen immer im Kontext einer bestimmten Entscheidung, einschliesslich ihrer negativen Auswirkungen, zu beurteilen.²⁸⁸⁴ Ferner ist zu beachten, dass die Einzelne durchaus das Recht hat, «defizitäre» (z.B. uninformierte) Entscheidungen zu treffen und ihre eigenen Fehler zu machen.²⁸⁸⁵ Ebenso ist sie in ihrem «natürlichen Willen» grundrechtlich geschützt – sie ist damit selbst in ihren nicht auf einen reflektierten, «vernunftgemässen» Entscheid zurückgehenden Wünschen und Bedürfnissen (wenn auch nicht absolut) zu respektieren.²⁸⁸⁶ Es lässt sich deshalb nicht

²⁸⁷⁹ MURMANN, 265.

²⁸⁸⁰ OHLY, 87 f. und 105.

²⁸⁸¹ BGE 133 I 58, E. 6.2.1; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 58; HANGARTNER, Bem. zu VGer ZH VB.99.00145, 482.

²⁸⁸² Vgl. VAN SPYK, 67.

²⁸⁸³ Vgl. SINGER, 1140; vorne, bei Fn. 2041 ff.

²⁸⁸⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 2069 und hinten, bei Fn. 4256 f.

²⁸⁸⁵ Dazu vorne, Teil 2 III. F. 3. c) i).

²⁸⁸⁶ Dazu vorne, Teil 2 III. F. 3. c) ii).

generell behaupten, dass es in den Fällen eines nicht «freiverantwortlichen» Grundrechtsgebrauchs an einer «Kollision des staatlichen Schutzhandelns mit Freiheitsrechten des Grundrechtsträgers» mangle²⁸⁸⁷ – eine solche Kollision kann durchaus vorliegen.

In Lehre und Rechtsprechung werden ganz verschiedene Zustände genannt, bei deren Vorliegen der Staat grundrechtlich dazu verpflichtet sein soll, zum Schutz der Freiwilligkeit des individuellen Handelns einzuschreiten.

Eine staatliche Schutzpflicht wird etwa bejaht in Fällen von *Urteilsunfähigkeit*,²⁸⁸⁸ wenn der Grundrechtsträger «unzurechnungsfähig» ist,²⁸⁸⁹ sich «unbewusst» oder «ungewollt» selbstschädigend verhält²⁸⁹⁰ oder wenn ein «*seelischer Ausnahmezustand*» vorliegt.²⁸⁹¹ Eine Schutzpflicht soll sich auch bei «*fehlender, herabgesetzter oder zweifelhafter Einwilligungsfähigkeit*» aktualisieren.²⁸⁹² An anderer Stelle wird ein «*Mindestmass an Informiertheit über die Situation*» verlangt, damit der Einzelne wirksam auf staatlichen Schutz verzichten kann.²⁸⁹³ Ob der Einzelne Kenntnis von Alternativen hat, soll ebenfalls eine Rolle spielen.²⁸⁹⁴ Zudem sollen umso strengere Anforderungen an die Freiverantwortlichkeit gelten, «je gewichtiger das grundrechtliche Gut ist, dessen Schutz auf dem Spiel steht».²⁸⁹⁵ Hohe Anforderungen werden namentlich an Einwilligungen in eine Lebensgefährdung oder in «Tötungshandlungen» gestellt: Erforderlich sei «umfassende Informiertheit, vollständige Freiwilligkeit und unzweideutige Urteilsfähigkeit» sowie eine «angemessene[.] Bedenkzeit» – ein Aufklärungsverzicht soll unzulässig sein.²⁸⁹⁶ Keine Freiverantwortlichkeit liege z.B. bei einer «Sterbeentscheidung» vor, «wenn sie spontan unter starken Schmerzen oder unmittelbar nach dem Erkennen einer schweren Krankheit ge-

²⁸⁸⁷ So aber DIETLEIN, 220 f. bezogen auf «*unbewusst und ungewollt selbstschädigende[s] Verhalten*» (Herv. im Original).

²⁸⁸⁸ HALDEMANN, 205; BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 138; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 7, Rz. 70; s.a. ROBBERS, 221 f.

²⁸⁸⁹ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 42.

²⁸⁹⁰ DIETLEIN, 220; ferner VAN SPYK, 56; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas gegen Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 54 (bezogen auf Art. 2 EMRK).

²⁸⁹¹ SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 50 (bezogen auf die Verhinderung eines Suizids).

²⁸⁹² KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9, Rz. 117 (bezogen auf eine schwere Schädigung an Leib und Leben); ferner BELSER, Beschneidung, 90 f., wonach eine staatliche Schutzpflicht hinsichtlich der Beschneidung Minderjähriger nur bei Vorliegen einer gültigen Einwilligung des Kindes entfalle.

²⁸⁹³ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 163.

²⁸⁹⁴ Vgl. im Kontext der Sterbehilfe BGER 2C_9/2010, E. 2.2, wonach die staatliche Pflicht zum Schutz des Lebens nicht soweit gehe, «dass das urteilsfähige, *hinreichend über Alternativen informierte* Individuum in jedem Fall zwangsweise gegen die Art und Weise geschützt werden müsste, wie es sein Lebensende gestalten will» (Herv. d. Verf.).

²⁸⁹⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 164; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 23.

²⁸⁹⁶ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 23, s.a. 26.

troffen» werde.²⁸⁹⁷ Auch das Bundesgericht verlangt mit der «Wohlerwogenheit» des Sterbewunschs mehr als blossе Urteilsfähigkeit, damit sich im Kontext der Sterbehilfe *keine* Schutzpflicht aktualisiert.²⁸⁹⁸

Die genannten Kriterien (Urteilsfähigkeit, Informiertheit, Kenntnis von Alternativen usw.) vermögen jedoch nur eine *grobe Richtung* vorzugeben.

So dürfte ein staatlicher Schutz bei Urteilsunfähigkeit *grundsätzlich* unbestritten sein, doch ist ein Schutz auch dann geboten, wenn der im Zustand der Urteilsunfähigkeit getroffene Entscheidung nur marginale Auswirkungen auf den Einzelnen hat? Oder überwiegt dann der «natürliche» Wille? Wie verhält es sich mit Selbstbestimmungsdefiziten, die ausserhalb einer eigentlichen Urteilsunfähigkeit liegen? Sind die Wohlerwogenheit eines Entschlusses oder die Gefahr eines übereilten Entscheids nur bei einer Sterbeentscheidung relevant? Oder auch bei anderen (wichtigen) Lebensentscheidungen? Bei welchen? Wie verhält es sich mit anderen die Freiverantwortlichkeit möglicherweise beeinflussenden Umständen wie sozialem oder finanziellem Druck? Ist der Staat grundrechtlich gehalten, Beratungs- und Kontrollverfahren für Sexarbeitende vorzusehen, um sie daran zu hindern, sich aus einer finanziellen Notlage heraus zu prostituieren? Ist eine finanzielle Notlage überhaupt ein Umstand, der sich (hinreichend) negativ auf die «Freiwilligkeit» einer Entscheidung auswirkt?²⁸⁹⁹ Nach welchen Kriterien ist zu bestimmen, wann ein «Mindestmass» an Informiertheit vorliegt? Wie mangelhaft müssen die Kenntnisse über Alternativen sein, damit sich eine Schutzpflicht aktualisiert? Ist es richtig, Rationalitätsdefizite und Verhaltensanomalien als Gründe *auszuklammern*, die eine staatliche Schutzberechtigung und -pflicht rechtfertigen können?²⁹⁰⁰ Gilt das beispielsweise auch für eine systematische Unterschätzung von Risiken (z.B. in einen tödlichen Verkehrsunfall verwickelt zu werden) bzw. einen «Überoptimismus»?²⁹⁰¹ Verunmöglicht eine «Verzweigung» des Strafgefangenen über die fortdauernde Inhaftierung tatsächlich einen «autonomen», freiverantwortlichen Sterbeentscheid? Ist in solchen Fällen eine Zwangsernährung zum Schutz des Lebens tatsächlich grundrechtlich geboten?²⁹⁰² Zum Beispiel auch dann, wenn die Verzweigung

²⁸⁹⁷ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 162; ferner BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 23 («im traumatischen Moment der Krankheitsdiagnose»); TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 30.

²⁸⁹⁸ BGE 133 I 58, E. 6.3.6, wonach der «Schutz des Lebens [...] (zumindest)» gebiete, «dass im Einzelfall geprüft» werde, «ob der Entscheid, dem Leben ein Ende zu setzen, tatsächlich dem freien *und wohlerwogenen* Willen des Betroffenen» entspreche (Herv. d. Verf.); s.a. BGE 136 II 415, E. 2.3.4, wonach angesichts der zahlreichen Umstände, die einen Sterbewunsch beeinflussen können (Qualität der Pflege, Schuldgefühle gegenüber Dritten, Sorgen bezüglich der anfallenden Pflegekosten) «fraglich» sei, «ob die Urteilsfähigkeit bezüglich des Sterben-Wollens das ausschlaggebende Kriterium für die Bejahung eines autonomen Sterbewunsches sein» könne; s.a. vorne, Fn. 2894 (Kenntnis von Alternativen).

²⁸⁹⁹ Die Frage, ob Drucksituationen tatsächlich als Freiwilligkeitsdefizit begriffen werden können, ist differenziert zu beantworten, siehe dazu hinten, Teil 4 III. B. 6.

²⁹⁰⁰ So BRUNHÖBER, 166 («keine staatliche Pflicht zum Schutz vor Rationalitätsdefiziten, sondern allein vor Defiziten in der Selbstbestimmungsfähigkeit»).

²⁹⁰¹ Zu dieser «Verhaltensanomalie» vorne, bei Fn. 26 ff.

²⁹⁰² So BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19.

die Folge eines lang andauernden und für den Einzelnen schlicht unerträglichen, aber unausweichlichen Freiheitsverlusts ist?

Angesichts dieser Schwierigkeiten und Fragen sollte man zurückhaltend mit allgemeinen Aussagen sein, wonach sich bei einem «unfreiwilligen» Entscheid eine Schutzpflicht aktualisiere. Insbesondere lässt sich keinesfalls generell und pauschal behaupten, dass ein weicher Paternalismus durch die Grundrechte geboten sei bzw. mit staatlichen Schutzpflichten begründet werden könne.²⁹⁰³

c) Abhängigkeit der Schutzberechtigung von den Umständen des Einzelfalls

Nach der hier vertretenen Auffassung folgt aus dem in Art. 35 BV statuierten Grundrechtsverwirklichungsauftrag zunächst nur – aber immerhin –, dass es dem Staat nicht gleichgültig sein *muss* und auch nicht sein *darf* , wenn der Einzelne seine grundrechtlich geschützten Rechtsgüter verletzt oder sich grundrechtlich geschützter Freiheiten beraubt, *ohne dies wirklich zu wollen* . Allerdings fließt aus den Grundrechten selbst bei Mängeln in der freien Willensbildung und -umsetzung noch keine unmittelbare Legitimation, dem Einzelnen eine paternalistische Massnahme aufzudrängen: Ein weicher Paternalismus findet in den Grundrechten des Einzelnen nur insofern eine (für das Entstehen einer grundrechtlichen Schutzpflicht erforderliche) *Berechtigung* , als damit das *Wohl* des Betroffenen *tatsächlich geschützt und gefördert* wird. Das aber lässt sich nicht abstrakt bestimmen²⁹⁰⁴ – namentlich nicht durch einen Aus- bzw. Einschluss gewisser Defizite –, sondern bedarf letztlich einer Befassung mit den konkret vorhandenen Schutzbedürfnissen.

So ist der nicht vernunftgemässe Entscheid des Urteilsunfähigen nicht in jedem Fall korrekturbedürftig: Möglicherweise wirkt er sich nur geringfügig aus; oder die staatliche Massnahme geht mit derart erheblichen Freiheitsverlusten oder schweren Eingriffen in den Körper einher – zu denken ist an eine medizinische Zwangsbehandlung –,²⁹⁰⁵ dass der Betroffene in seinem Wohl nicht befördert würde. Umgekehrt lässt sich auch nicht sagen, dass dem Staat nur in Fällen von Urteilsunfähigkeit eine Schutzberechtigung zukommen würde. Auch der *Urteilsfähige* kann (schweren) Verzerrungen in seiner Entscheidungsfindung unterliegen, die sich aufgrund der konkreten Umstände erheblich nachteilig auswirken können (zu denken ist an Unwissenheit, Irrtümer oder einen Überoptimismus im Strassenverkehr).²⁹⁰⁶

²⁹⁰³ Zu pauschal m.E. OSWALD, 98.

²⁹⁰⁴ Vgl. – bezogen auf die Wirksamkeit einer Einwilligung – auch OHLY, 87 ff., insb. 89, wonach sich den Grundrechten lediglich entnehmen lasse, dass der Staat eine Einwilligung an gewisse Mindestvoraussetzungen zu knüpfen habe und die Selbstbestimmung dabei nicht unverhältnismässig einschränken dürfe – wie die Einwilligungsvoraussetzungen im Einzelnen auszugestalten sind, ergebe sich aus den Grundrechten hingegen nicht.

²⁹⁰⁵ Vgl. HALDEMANN, 205.

²⁹⁰⁶ Vgl. hinten, Teil 4 III. C. 2. b).

Zu berücksichtigen sind insbesondere das Ausmass des Selbstbestimmungsdefizits, die Schwere der drohenden Schäden, sowie die mit der staatlichen Intervention verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtsverluste (wobei hier eine subjektive Perspektive einzunehmen ist).²⁹⁰⁷ Dies bringt m.E. auch das Bundesgericht zum Ausdruck, wenn es unter Berufung auf die persönliche Freiheit, die Menschenwürde und – unglücklicherweise²⁹⁰⁸ – Art. 12 BV ein «abstraktes» öffentliches Interesse am Schutz (i.c. psychisch) kranker Menschen bejaht, aber gleichzeitig ausführt, dass sich die *konkrete* Reichweite der staatlichen Fürsorgeverantwortung erst aufgrund einer «umfassenden Interessenabwägung» bestimme.²⁹⁰⁹ Im Vordergrund steht also die Frage, ob es die (grundrechtlich geschützten) Interessen des (nicht oder nur eingeschränkt freiwillig handelnden) Einzelnen bei einer Gesamtbetrachtung rechtfertigen, ihm einen Schutz aufzudrängen. Es geht damit nicht um die Frage, ob einer (abstrakten) Schutzpflicht der *Vorrang* vor individuellen Freiheitsinteressen einzuräumen ist: Nur wenn tatsächliche Schutzbedürfnisse vorliegen, kann eine grundrechtliche Schutzberechtigung (und damit eine Schutzpflicht) überhaupt entstehen.²⁹¹⁰

Diese Prüfung und Interessenabwägung ist aber – was noch zu zeigen sein wird – komplex, so dass sich generelle Aussagen über das Entstehen einer grundrechtlichen Schutzberechtigung kaum treffen lassen. Immerhin: Geht es um schwere Selbstverletzungen oder eine Selbsttötung, bezüglich derer es dem Betroffenen an der Fähigkeit zur vernunftgemässen, freien Willensbildung oder -umsetzung fehlt, dürfte eine grundrechtliche Schutzberechtigung *grundsätzlich* vorliegen und zwar auch mit Blick auf den Einsatz von Zwangsmitteln, wenn deren negativen Folgen

²⁹⁰⁷ Dazu hinten, Teil 4 II. B. 2, Teil 4 III. C und insb. Teil 4 III. C. 2. c).

²⁹⁰⁸ Vorne, bei Fn. 2686 f.

²⁹⁰⁹ BGE 127 I 6, E. 8; BGE 130 I 16, E. 5.2; vgl. auch BGE 126 II 300, E. 5b: «Auch bei Annahme einer grundrechtlichen Schutzpflicht ist deshalb eine Abwägung zwischen den beteiligten Interessen erforderlich [...]»

²⁹¹⁰ Man sollte es deshalb vermeiden, von einem «Übergewicht» der staatlichen Schutzpflicht gegenüber der (nicht oder nicht ausreichend vorhandenen) Selbstbestimmung, einem «Vorgehen» der Schutzpflicht oder einem «Überwinden» der entgegenstehenden Freiheitsrechte durch eine Schutzpflicht zu sprechen; vgl. demgegenüber – bezogen auf das Akteneinsichtsbegehren eines ehemals in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten – BVerwG, Urteil vom 27. April 1989, 3 C 4/86, NJW 1989, 2960 f. und bezogen auf eine Zwangsbehandlung: BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 72, 78 und 80; s.a. BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 914, Rz. 275, wonach «[d]ie staatliche Schutzpflicht zugunsten der Selbstbestimmung und des Lebens [...] folgerichtig erst dort gegenüber dem Freiheitsrecht des Einzelnen den *Vorrang* erhalten» könne, «wo dieser Einflüssen ausgeliefert» sei, «die die Selbstbestimmung über das eigene Leben gefährden» (Herv. d. Verf.).

im *konkreten Einzelfall* nicht übermässig ins Gewicht fallen bzw. dem Einzelnen im Ergebnis nicht mehr geschadet als genutzt wird.²⁹¹¹ Es ist aber – wie noch zu zeigen ist – nicht ausgeschlossen, einen Schutz vor sich selbst auch bei weniger weit gehenden Schäden für grundrechtlich geschützte Rechtsgüter und/oder bei weniger stark ausgeprägten Selbstbestimmungsdefiziten zu rechtfertigen.²⁹¹²

d) Schutzberechtigung bedeutet nicht automatisch Schutzpflicht

Davon zu trennen ist die Frage einer eigentlichen *Schutzpflicht*, also die Frage, ob der Staat grundrechtlich *verpflichtet* ist, dem Grundrechtsträger die autonomiesichernde oder -schützende Massnahme aufzudrängen. Der Umstand, dass der Staat über eine Schutzberechtigung verfügt, bedeutet bloss, aber immerhin, dass der Staat in den Grundrechten des Betroffenen Rückhalt findet, um eine (weich) paternalistische Schutzmassnahme zu begründen. Es bedeutet aber noch nicht, dass der Staat tatsächlich zum Schutz *verpflichtet* ist (mithin die Schutzunterlassung einer Grundrechtsverletzung gleichzusetzen wäre²⁹¹³):²⁹¹⁴

Eine Schutzpflicht aktualisiert sich im Allgemeinen nicht schon bei jeder noch so geringfügigen und bloss möglichen Gefährdung,²⁹¹⁵ sondern grundsätzlich erst bei *ernsthaft drohenden* Schäden von einer *gewissen Schwere*²⁹¹⁶ (dies gilt auch im besonderen Rechtsverhältnis²⁹¹⁷). Gleichzeitig ist aber immer auch zu berücksichti-

²⁹¹¹ Hinten, Teil 4 III. C. 2. d), insb. bei Fn. 4379.

²⁹¹² Zu Ganzen hinten, Teil 4 III. C; vgl. auch die Beispiele hinten, in Teil 4 III. C. 4.

²⁹¹³ BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 42; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 331; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 4, Rz. 36.

²⁹¹⁴ Vgl. MURMANN, 244.

²⁹¹⁵ Vgl. BGE 126 II 300, E. 5b; BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 43;

²⁹¹⁶ Vgl. BESSON, 76 f.; SCHEFER, Beeinträchtigung, 40, wonach grundrechtliche Schutzpflichten auf «abstrakter Ebene» dann bestehen, «wenn zentrale Gehalte der Grundrechte intensiv beeinträchtigt werden»; ferner – bezogen auf Art. 2 EMRK – EGMR, Urteile vom 22. November 2016 i.S. *Hiller gegen Österreich*, Nr. 1967/14, Ziff. 49 und vom 2. Juni 2020 i.S. *A und B gegen Rumänien*, Nr. 48442/16 und 48831/16, Ziff. 117 («[...] not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising»); je grösser das Schadenspotential ist, desto geringere Anforderungen sind allerdings an die Wahrscheinlichkeit des Schadeneintritts zu stellen, siehe BGE 140 II 315, E. 4.8.

²⁹¹⁷ Siehe bezogen auf den Schulbehörden obliegende Schutzpflichten gegenüber Schülerinnen und Schülern: EGMR, Urteil vom 10. April 2012 i.S. *Ilbeyi Kemaloglu und Meriye Kemaloglu gegen Türkei*, Nr. 19986/06, Ziff. 36 und 41; bezogen auf hilfsbedürftige, zur «Gesundheitsvorsorge» unter Betreuung stehende Personen vgl. BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 67, 72 und 78 ff.; bezogen auf inhaftierte Personen siehe EGMR, Urteil vom 30. Juni 2020 i.S. *Frick gegen Schweiz*, Nr. 23405/16, Ziff. 74 und 81; vgl. ferner EGMR, Urteil vom 31. Januar 2019 i.S. *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*,

gen, ob der Schutzverzicht dem Einzelnen *zumutbar* ist.²⁹¹⁸ Eine eigentliche grundrechtliche *Schutzpflicht* vermag sich m.E. dann zu aktualisieren, wenn der Betroffene *erheblichen Selbstbestimmungsdefiziten* unterliegt – zu denken ist insbesondere an eine eigentliche Urteilsunfähigkeit (Art. 16 ZGB) – und *schwere* Schäden *ernsthaft* drohen.²⁹¹⁹ Wenn der Staat in solchen Fällen untätig bleibt, handelt er grundrechtswidrig. Bei *irreversiblen* Schäden (Selbsttötung) wird man die Anforderungen an die Schwere des Selbstbestimmungsdefizits aber absenken müssen: Auch der leichtfertig oder übereilt getroffene Entscheid aktualisiert hier m.E. eine Schutzpflicht (und damit nicht nur eine eigentliche Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB).²⁹²⁰ Von Bedeutung ist aber immer auch, ob die Behörden wussten oder hätten wissen können, dass eine (Selbst-)Gefährdung unmittelbar *bevorsteht*, und – nicht zuletzt mit Blick auf die verfügbaren *Mittel und Ressourcen* – alles ihnen zumutbare unternommen haben, um eine Gefährdung zu verhindern oder eine Störung zu beseitigen.²⁹²¹

Nr. 78103/14, Ziff. 109 f., 111, 115 und 124 ff.; EGMR, Urteil vom 16. Oktober 2008 i.S. *Renolde gegen Frankreich*, Nr. 5608/05, Ziff. 82 und 85 ff.

²⁹¹⁸ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 233; TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 36 und 49.

²⁹¹⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 4468.

²⁹²⁰ So auch SGK BV-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10, Rz. 50; ferner hinten, bei Fn. 4483 und bei Fn. 4468 ff.

²⁹²¹ Vgl. dazu aus der zu Art. 2 EMRK ergangenen Rechtsprechung des EGMR das Urteil vom 22. November 2016 i.S. *Hiller gegen Österreich*, Nr. 1967/14, Ziff. 49: «However, in the particular circumstances of the danger of self-harm, the Court has held that for a positive obligation to arise, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the relevant time that the person concerned was under a real and immediate risk to his life and that they had not taken measures which could reasonably have been expected of them [...]»; vgl. ferner die Urteile vom 31. Januar 2019 i.S. *Fernandes de Oliveira gegen Portugal*, Nr. 78103/14, Ziff. 109 f. und 125; vom 30. Juni 2020 i.S. *Frick gegen Schweiz*, Nr. 23405/16, Ziff. 73 ff. und 95; vom 16. November 2000 i.S. *Tanribilir gegen Türkei*, Nr. 21422/93, Ziff. 71 f.; vom 16. Oktober 2008 i.S. *Renolde gegen Frankreich*, Nr. 5608/05, Ziff. 81 f.; vom 19 Juli 2012 i.S. *Ketreb gegen Frankreich*, Nr. 38447/09, Ziff. 72; s.a. die Zulässigkeitsentscheidung vom 26. März 2013 i.S. *Rappaz gegen Schweiz*, Nr. 73175/10, Ziff. 49 und die Urteile vom 3. April 2001 i.S. *Keenan gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 27229/95, Ziff. 90 ff.; vom 7. Juni 2005 i.S. *Kılınç u.a. gegen Türkei*, Nr. 40145/98, Ziff. 43 und vom 3. November 2011 i.S. *Dülek u.a. gegen Türkei*, Nr. 31149/09, Ziff. 47; allgemein zur Begrenzung staatlicher Schutzpflichten durch die «faktischen Möglichkeiten des Staates zur Einwirkung auf die Gefahrenquelle oder zur Beseitigung der Grundrechtsbeeinträchtigung» (Herv. weggelassen): BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 55; s.a. Botsch. vom 19. Dezember 2012 zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BBl 2013 661, 675; s.a. vorne, bei Fn. 2798.

Zur Verhinderung nicht freiverantwortlicher Selbsttötungen im Strafvollzug kommen z.B. in Frage: Eine regelmässige ärztliche Abklärung, um das Suizidrisiko einzuschätzen,²⁹²² eine regelmässige Durchsuchung der Zellen nach gefährlichen Objekten (spitze Gegenstände, Gürtel, Schnürsenkel usw.) und deren Entfernung, eine konstante Überwachung des sich in einer Krise befindenden Gefangenen²⁹²³ oder eine Kontrolle, ob die verschriebenen Medikamente tatsächlich eingenommen werden und nicht – für den Zweck einer Selbsttötung – «gehörtet» werden.²⁹²⁴

Eine Rolle spielt auch, inwiefern der Staat für die nicht oder nur bedingt freiverantwortliche Entscheidung *mitverantwortlich* ist, z.B. aufgrund einer Inhaftierung.²⁹²⁵ Eine Verletzung staatlicher Schutzpflichten liegt dann nicht vor, wenn der Tod auf ein erheblich unvorsichtiges Verhalten seitens des Verstorbenen zurückzuführen ist.²⁹²⁶ Auch die Unvorsichtigkeit der Grundrechtsträger entbindet den Staat jedoch nicht davon, minimale Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.²⁹²⁷ Schliesslich ist von Bedeutung, ob und inwiefern die Grundrechtsträgerin selbst in der Lage ist bzw. war, die Gefahr – eigenverantwortlich – abzuwehren bzw. zu verhindern.²⁹²⁸

e) Umfang der Schutzpflicht

Zu welcher Massnahme der Staat grundrechtlich verpflichtet ist, wird durch die Grundrechte selbst indessen nur sehr beschränkt determiniert. Mit der Bejahung einer Schutzpflicht ist m.a.W. noch nicht entschieden, welche Interventionen zulässig und geboten sind: Schutzpflichten beziehen sich mehr auf die Frage, «*ob*» der Staat zu einem Grundrechtsschutz verpflichtet ist, als auf die Frage, «*wie*» dieser Schutz zu verwirklichen und sicherzustellen ist.²⁹²⁹ Die grundrechtliche Schutz-

²⁹²² Vgl. Recommendation No. R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison, adopted by the Committee of Ministers on 8 April 1998 at the 627th meeting of the Ministers' Deputies, Ziff. 58.

²⁹²³ EGMR, Urteile vom 16. November 2000 i.S. *Tanribilir* gegen *Türkei*, Nr. 21422/93, Rz. 68 ff. und vom 30. Juni 2020 i.S. *Frick* gegen *Schweiz*, Nr. 23405/16, Ziff. 88 und 90 ff., insb. 98.

²⁹²⁴ EGMR, Urteil vom 1 Juni 2010 i.S. *Jasińska* gegen *Polen*, Nr. 28326/05, Ziff. 72 ff.

²⁹²⁵ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19.

²⁹²⁶ Vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 1. März 2005 i.S. *Joël und Patricia Bone* gegen *Frankreich*, Nr. 69869/01 (i.c. betreffend einen 14-jährigen Zugpassagier, der nach der Einfahrt des Zuges im Bahnhof bewusst und trotz Warnungen eines Kameraden und Warningschildern an der Türe auf der den Gleisen und nicht dem Perron zugewandten Seite ausgestiegen ist und dabei von einem vorbeifahrenden Zug erfasst und tödlich verletzt wurde); s.a. EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2009 i.S. *Kalender* gegen *Türkei*, Nr. 4314/02, Ziff. 49.

²⁹²⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Dezember 2009 i.S. *Kalender* gegen *Türkei*, Nr. 4314/02, Ziff. 49 (wiederum im Kontext des Verlassens eines Zuges auf der falschen Seite).

²⁹²⁸ Vgl. SANDFUCHS, 127.

²⁹²⁹ Vgl. etwa DREIER, Grundrechtsgehalte, 512 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 121 und 230; siehe – bezogen auf Schutz vor den Gefahren der Kernenergie – auch

pfligt kann jedenfalls *nicht weiter gehen als die Schutzberechtigung* (und auch keine darüber hinausgehenden Massnahmen legitimieren). Ohnehin ist die auf eine Schutzpflicht gestützte Massnahme nach den Massstäben von Art. 36 BV zu rechtfertigen.²⁹³⁰ Insbesondere hat der Staat das mildeste Mittel zu wählen, das Selbstbestimmungsrecht zu beachten, die Massnahme auf das zur Zweckerreichung gebotene Minimum zu beschränken und den Einzelnen in seinem Wohl tatsächlich zu befördern.²⁹³¹ Das bedeutet auch, dass sich die Schutzpflicht primär auf die *Beseitigung der Gefährdung* bzw. der Gefahrenquelle richten muss, bevor der Einzelne selbst mit (Duldungs-)Pflichten belastet oder ihm das gefährliche Verhalten (strafrechtlich) verboten wird.²⁹³²

Hinzuweisen bleibt auf Folgendes:

- Häufig wird nicht feststehen, ob der Einzelne zu einem freiverantwortlichen Handeln tatsächlich in der Lage ist. Ein Selbstbestimmungsdefizit muss aber nicht in jedem Fall erstellt sein, damit sich eine grundrechtliche Schutzpflicht zur Verhinderung einer «ungewollten» Selbstschädigung aktualisiert. Bei erheblichen Risiken für die Gesundheit und das Leben und begründeten Zweifeln an der Freiverantwortlichkeit ist es dem Betroffenen – dem Grundsatz nach – zuzumutbar, dass das Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits *abgeklärt wird*,²⁹³³ und dazu ist der Staat grundrechtlich auch gehalten. Bezogen auf hochwertige Rechtsgüter, wie das Recht auf Leben, ist der Staat durch Art. 2 EMRK verpflichtet, *Verfahren* vorzusehen, in denen die Freiwilligkeit des Sterbewunschs oder eines Behandlungsverzichts mit schweren, potentiell tödlichen Folgen überprüft werden kann, und sicherzustellen, dass die Entscheidung auch tatsächlich überprüft wird.²⁹³⁴ Der Staat – insbesondere die Polizei – ist aber auch verpflichtet,

BGE 140 II 315, E. 4.8, wonach «aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte ein Auftrag des Staates zu einer auf Grundrechtsgefährdungen bezogenen Risikovorsorge» folge, es «[i]m Rahmen der Verfassungsordnung» aber «in erster Linie Sache der einschlägigen Gesetzgebung» sei, «die Grenze zwischen einer unerlaubten Gefährdung und einem hinzunehmenden Restrisiko zu definieren [...]».

²⁹³⁰ Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 35, Rz. 54.

²⁹³¹ Vgl. bereits vorne, bei Fn. 2800 ff. mit weiteren Verweisen.

²⁹³² Vgl. ROBBERS, 222.

²⁹³³ Hinten, Teil 4 III. C. 3, insb. Teil 4 III. C. 3. c) i), Ziff. (2.) bei Fn. 4423 ff. und Ziff. (3.) bei Fn. 4427 ff.

²⁹³⁴ EGMR, Urteil vom 5. Dezember 2013 i.S. *Arskaya* gegen *Ukraine*, Nr. 45076/05, Ziff. 69 f. und 87 f.; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 8. Juni 2021 i.S. *Semenova und Ibatova* gegen *Russland*, Nr. 48053/15 und 37395/16, Ziff. 45; BGE 133 I 58, E. 6.3.6, wonach der «Schutz des Lebens [...] (zumindest)» gebiete, «dass im Einzelfall geprüft» werde, «ob der Entscheid, dem Leben ein Ende zu setzen, tatsächlich dem freien und wohlherwogenen Willen des Betroffenen» entspreche (Herv. d. Verf.).

gegen einen *unmittelbar* bevorstehenden Suizid *einzuschreiten*, wenn begründete Zweifel an der Freiverantwortlichkeit bestehen,²⁹³⁵ was wohl meistens – wenn auch nicht gerade immer²⁹³⁶ – der Fall sein dürfte.²⁹³⁷ Dabei hat sich die Intervention grundsätzlich auf die Feststellung der Freiwilligkeit zu beschränken, wobei diese Abklärung bei einem drohenden Suizid durch die Beamten vor Ort aus fachlichen und zeitlichen Gründen regelmässig nicht ohne weiteres möglich sein wird;²⁹³⁸ unter diesen Umständen ist es geboten, die Person direkt von der selbstschädigenden Handlung abzuhalten,²⁹³⁹ allerdings nur solange bis die Freiverantwortlichkeit des Handelns durch die kompetente Stelle geklärt ist.²⁹⁴⁰ Dabei darf grundsätzlich auch Zwang eingesetzt werden, wie z.B. eine Fesselung oder ein kurzfristiger polizeilicher Gewahrsam.²⁹⁴¹ Selbstverständlich sind solche Zwangsmassnahmen möglichst schonend durchzuführen; insbesondere ist zu berücksichtigen, dass Selbstgefährdungen (grundsätzlich) nicht rechtswidrig sind und sie nicht zwingend zu einer Mitgefährdung Dritter führen müssen.²⁹⁴²

Führt eine wissentliche und willentliche Einnahme einer tödlichen Substanz im Rahmen der organisierten Sterbehilfe nicht zum Tod, sondern – angesichts der nicht ausreichend getrunkenen Menge – zu Bewusstlosigkeit und Schnappatmung und lässt sich ein strafbares Verhalten nicht ausschliessen (Zurverfügungstellen eines Mittels zur oralen Einnahme trotz bekannter Schluckbeschwerden), sind (zufällig vor Ort anwesende) Polizei- und Strafverfolgungs-behörden befugt und gehalten, die Person zwecks medizinischer Behandlung in ein Spital überführen zu lassen (das medizinische Personal ist dabei über die Patientenverfügung zu informieren, damit sichergestellt ist, dass die Person nicht gegen ihren Willen am Leben erhalten wird).²⁹⁴³ Es bestehen erhebliche Zweifel, ob ein derartiger Verlauf des Suizids von der sterbewilligen Person vorhergesehen und in Kauf genommen wurde.

²⁹³⁵ Vgl. HÜRLIMANN, 200 und 215 f.; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 26; TSCHENTSCHER, Schutzpflichten, in: VdS 2020, Bd. II, V.7, Rz. 31; BELSER/EGLI, 400 f.; MOHLER, Rz. 312; HILLGRUBER, Schutz, 88 ff., insb. 90; s.a. hinten, bei Fn. 4492.

²⁹³⁶ KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 28 a.E.

²⁹³⁷ VAN SPYK, 67, s.a. 97; TSCHANNEN/BUCHLI, 8 f.; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 164 und 257; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; HÜRLIMANN, 200 ff., insb. 202; DENNINGER, Rz. 32; BAUMGARTEN, 124 und 128 f.; SINGER, Schutz des Menschen, 1141; zu den Ergebnissen aus der Suizidforschung siehe hinten, bei Fn. 4430.

²⁹³⁸ Siehe ZUPPINGER, 49; SCHWABE, 70; HILLGRUBER, Schutz, 88; KGer SG, Urteil vom 16. Dezember 1987, SJZ 1990, 49 f., 50.

²⁹³⁹ SCHWABE, 70; vgl. ferner BÄCKER, Rz. 60.

²⁹⁴⁰ KGer SG, Urteil vom 16. Dezember 1987, SJZ 1990, 49 f., 50; vgl. auch hinten, bei Fn. 4467.

²⁹⁴¹ Vgl. § 16 Bst. c und § 25 Bst. a PolG-ZH.

²⁹⁴² Vgl. KGer SG, Urteil vom 16. Dezember 1987, ZK 16.12.1987, SJZ 1990, 50; OGer Zürich, Urteil vom 22. August 2016, SB150231, E. C.3.2.

²⁹⁴³ BGer 1C_188/2014, E. 3.1.2 f.; dazu auch AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2014 und 2015, Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2015, 731 ff., 733 f.

- Grundrechtlich ist der Staat zumindest dazu verpflichtet, generell-abstrakt die *Möglichkeit* vorzusehen bzw. einen gesetzlichen Rahmen dafür zu schaffen, um urteilsunfähigen Personen jedenfalls bei der Gefahr schwerer Schädigungen den nötigen Schutz gewähren zu können – unter Einschluss von Zwangsmassnahmen. Ein Staat, der über kein entsprechendes Instrumentarium verfügt, genügt seinen Schutzpflichten nicht.²⁹⁴⁴

f) Ergebnis

Der Staat findet in den Grundrechten einer Person (nur) dann eine *Berechtigung* für einen (Grundrechts-)Schutz gegen sich selbst, wenn sie Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt, die sich für sie *tatsächlich nachteilig auswirken*. Und nur wenn eine Schutzberechtigung vorliegt, kann sich *überhaupt* die Frage nach einer eigentlichen Schutz*p*flicht stellen. Wann und unter welchen Voraussetzungen der Staat in den Grundrechten Legitimation findet, gegen «unfreiwillig» selbstschädigendes Verhalten zu intervenieren, lässt sich jedoch nicht abstrakt bestimmen. Der Staat findet in den Grundrechten nur insofern eine Berechtigung für weich paternalistische Massnahmen, als die Einzelnen in ihrem Wohl tatsächlich geschützt und befördert werden, was eine umfassende *Interessenabwägung* voraussetzt. Besteht eine Schutzberechtigung, ist damit die Frage aber noch nicht beantwortet, ob ein staatlicher *Verzicht* auf Schutz ein *p*flichtwidriges und grundrechtswidriges Unterlassen darstellt. Nach der hier vertretenen Auffassung aktualisiert sich eine Schutz*p*flicht dann, wenn erhebliche Risiken für Leib und Leben bestehen und der Einzelne schweren Defiziten unterliegt, wie insbesondere einer eigentlichen Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB. Bei irreversiblen Schäden vermögen allerdings bereits geringfügigere Defizite (wie z.B. ein übereilter Entscheid) eine Schutz*p*flicht auszulösen. Zu fragen ist aber etwa auch, ob der Staat die Gefährdung vorhersehen konnte. Die Schutz*p*flicht kann dabei immer nur solche Massnahmen umfassen, welche die Grundrechtsträgerin tatsächlich in ihrem Wohl befördern (sonst man-

²⁹⁴⁴ Illustrativ das Urteil des BVerfG vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 66 ff., insb. Rz. 66 f.: «Es verstösst gegen die staatliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, dass für Betreute, die keinen freien Willen bilden können, eine medizinisch notwendige Behandlung – ungeachtet des Ausmasses ihrer Gefährdung an Leib oder Leben einerseits und der Behandlungsrisiken andererseits – vollständig ausgeschlossen ist, wenn sie ihrem natürlichen Willen widerspricht, sie aber nicht freiheitsentziehend untergebracht werden können, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen [...] Es verstösst gegen die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, dass hilfsbedürftige Menschen, die stationär in einer nicht geschlossenen Einrichtung behandelt werden, sich aber nicht mehr aus eigener Kraft fortbewegen können, nach geltender Rechtslage nicht notfalls auch gegen ihren natürlichen Willen behandelt werden dürfen [...]»

gelt es ohnehin schon an der Schutzberechtigung). Grundrechtlich ist der Staat allerdings zur Schaffung eines gesetzlichen Handlungsinstrumentariums verpflichtet, das es ihm zumindest in Fällen einer eigentlichen Urteilsunfähigkeit und jedenfalls bei drohenden schweren Schäden erlaubt, dem Betroffenen den gebotenen (verhältnismässigen) Schutz zu gewähren.

C. Öffentliche Sicherheit (und Ordnung)

1. Vorbemerkungen

Ein zentrale, ja notwendige Aufgabe des Staates ist der *Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* bzw. der *Schutz der Polizeigüter*²⁹⁴⁵ (darunter fallen: die öffentliche Gesundheit – oder «Volksgesundheit»²⁹⁴⁶ –, die öffentliche Ruhe, die öffentliche Sittlichkeit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr²⁹⁴⁷ sowie Leib, Leben, Freiheit und Eigentum²⁹⁴⁸).²⁹⁴⁹ Die Bundesverfassung selbst erklärt die Wahrung der «*Sicherheit des Landes*» in Art. 2 Abs. 1 BV zum *Staatsziel* und enthält in Art. 57 BV einen entsprechenden, Bund und Kantone verpflichtenden *Auftrag*.²⁹⁵⁰ Erfasst

²⁹⁴⁵ Die öffentliche Sicherheit und Ordnung wird heute überwiegend als *Oberbegriff* für die verschiedenen polizeilichen Schutzgüter verstanden, siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2549; TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 2 PolG-SH, Rz. 3 und zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 6; DERS., Polizeirecht, § 4, Rz. 20; BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 34 (siehe aber Rz. 37: anzustrebende Lage, vgl. am Ende dieser Fussnote); REINHARD, 60 («Oberbegriff»); SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 12; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1483; LIENHARD/HÄSLER, Rz. 60; JOST, 25; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 270; BGer 1C_247/2008, E. 3.4; BVGer C-6858/2015, E. 3; BVGer F-1091/2015, E. 3.3 (vgl. aber auch BVGer D-4200/2012, E. 4.2.2: Als Oberbegriff für die polizeilichen Schutzgüter wird hier lediglich die «öffentliche Ordnung» genannt); vgl. aber auch TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 595 f., KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 109 und TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 22 (siehe aber auch 24 f.), welche die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sicherheit als eigenständige polizeiliche Schutzgüter nennen; s.a. Art. 1 Abs. 3 Bst. a LPolGE («assurer l'ordre, la sécurité et la tranquillité publics»).

²⁹⁴⁶ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1492; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 597; TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 1; zwischen den Begriffen «öffentliche Gesundheit» und «Volksgesundheit» besteht kein inhaltlicher Unterschied (so auch SANDER, 32; ferner TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 4, Rz. 24).

²⁹⁴⁷ LIENHARD/HÄSLER, Rz. 60; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2549 ff.

²⁹⁴⁸ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1491.

²⁹⁴⁹ BSK BV-DIGGELMANN/ALTWICKER, Art. 57, Rz. 23 (Sicherheitsgewährleistung als originäre, der Bundesverfassung vorgelagerte Staatsaufgabe); BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 58 («prioritäre Staatsaufgabe»); DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 1 f.

²⁹⁵⁰ OFK BV-BIAGGINI, Art. 57, Rz. 2 f.; SGK BV-MÜLLER/MOHLER, Art. 57, Rz. 11; MOHLER, Rz. 67.

ist davon auch die *öffentliche Sicherheit und Ordnung*.²⁹⁵¹ Eine staatliche Verpflichtung zum Schutz individueller Rechtsgüter ergibt sich zudem aus den grundrechtlichen Schutzpflichten (Art. 35 BV).²⁹⁵² Zweifellos liegt die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im *öffentlichen Interesse*.²⁹⁵³

Inwiefern tangieren aber *reine Selbstgefährdungen* die öffentliche Sicherheit und Ordnung? Inwiefern darf (oder muss) die Einzelne in ihrem *wohlverstandenen, eigenen* Interesse an einer Selbstschädigung unter Berufung auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung abgehalten werden? Diese Fragen sind in verschiedener Hinsicht von Bedeutung:

- Zahlreiche Normen ermächtigen oder verpflichten den Staat zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.²⁹⁵⁴ Sind die rechtsanwendenden Behörden bei ihrer Tätigkeit zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch befugt oder gar verpflichtet, den Einzelnen vor sich selbst zu schützen?

Das Polizeigesetz des Kantons Basel-Landschaft sieht in § 27 den polizeilichen Gewahrsam nicht ausdrücklich vor für Fälle der Selbstgefährdung, erlaubt aber in Abs. 1 Bst. a die Ingewahrsamnahme von Personen, die «wegen ihres Zustandes oder Verhaltens öffentliches Ärgernis erregen oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden» – dies wirft die Frage auf, ob eine Selbstgefährdung allenfalls als Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verstanden werden (und unter diesem Gesichtspunkt eine Ingewahrsamnahme rechtfertigen) kann.

Die Frage verliert dann an Bedeutung, wenn der Gesetzgeber selbst die Polizeikorps oder andere mit besonderen Gefahrenabwehraufträgen betraute Verwaltungseinheiten (sog. *Spezialpolizeibehörden*²⁹⁵⁵) zu einem Schutz vor sich selbst ermächtigt.²⁹⁵⁶ Es bleibt dann aber die Problematik, wie die entsprechenden Normen auszulegen und zu handhaben sind.²⁹⁵⁷

²⁹⁵¹ Bezogen auf Art. 2 Abs. 1 BV vgl. Botsch. VE 96, 127; SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 18 («Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern»); bezogen auf Art. 57 Abs. 1 BV vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 57, Rz. 4; SGK BV-MÜLLER/MOHLER, Art. 57, Rz. 10.

²⁹⁵² Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 14; s.a. hinten, Fn. 2961.

²⁹⁵³ BGE 136 I 87, E. 8.3; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1218; SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 47; LIENHARD/HÄSLER, Rz. 60.

²⁹⁵⁴ Vgl. etwa Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a PolG-BE; Art. 1 Abs. 3 Bst. a LPol-GE; § 3 Abs. 1 PolG-ZH; § 2 Abs. 1 PolG-AG; Art. 67 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20) betreffend Einreiseverbote.

²⁹⁵⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1462 und 1468; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 265.

²⁹⁵⁶ Vgl. TSCHANNEN, Warnungen, 430; für ein Beispiel aus der kantonalen Polizeigesetzgebung vgl. Art. 40 Abs. 1 PolG-SG: «Die Polizei kann eine Person vorübergehend in Gewahrsam nehmen, wenn diese sich oder andere ernsthaft und unmittelbar gefährdet und die Gefährdung nicht auf andere Weise abgewendet werden kann.»

²⁹⁵⁷ Vgl. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) v).

- Das Verhältnis zwischen Polizeigüterschutz und einem Schutz vor sich selbst ist auch im Rahmen der *Verhältnismässigkeitsprüfung* von einer gewissen Relevanz. Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Prüfung eines überwiegenden öffentlichen Interesses an einer polizeilich motivierten Ausreisebeschränkung nach Art. 24c BWIS (Verhinderung von Gewalt an Sportveranstaltungen) (auch) angeführt, dass mit der Ausreisebeschränkung nicht zuletzt der Betroffene selbst davor geschützt werde, für im Ausland begangene Straftaten strafrechtlich sanktioniert zu werden.²⁹⁵⁸ Damit fliessen letztlich paternalistische Argumente in die Begründung einer polizeilichen Massnahme ein.
- Zu berücksichtigen ist ferner, dass Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit (u.a.) dann als *grundsatzkonform* gelten, wenn sie zum Schutz der Polizeigüter erfolgen.²⁹⁵⁹ Eine solche Grundsatzkonformität kann im vorliegenden Zusammenhang aber nur insoweit vorliegen, als der beabsichtigte Schutz (z.B. der Konsumentinnen und Konsumenten) *vor sich selbst* überhaupt mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung begründet werden kann.²⁹⁶⁰

Die Frage, ob *reine Selbstgefährdungen* – seien es nun solche bestimmter Einzelner oder unbestimmt vieler²⁹⁶¹ – als Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezeichnet werden können, lässt sich nicht ohne weiteres beantworten.²⁹⁶² Dies hängt damit zusammen, dass der Begriff der *öffentlichen Sicherheit und Ordnung* selbst unscharf ist;²⁹⁶³ auch ist nicht abschliessend bestimmt, welche Rechtsgüter als *Polizeigüter* in Frage kommen²⁹⁶⁴ und v.a. vor welchen (*neuartigen*)

²⁹⁵⁸ BVGE 2013/33, E. 7.2.2; dazu auch vorne, bei Fn. 2348, und hinten, Teil 5 III, Ziff. (5.)(a.) bei Fn. 5076 ff.

²⁹⁵⁹ SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 58.

²⁹⁶⁰ Zur vergleichbaren Problematik mit Blick auf sozialpolitisch motivierte Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit siehe hinten, bei Fn. 3261.

²⁹⁶¹ Damit eine Gefährdung polizeilich bzw. unter dem Aspekt der *öffentlichen Sicherheit und Ordnung* relevant wird, ist nicht primär ausschlaggebend, ob eine unbestimmte Vielzahl von Personen – mithin die «Öffentlichkeit» – geschützt wird oder nur bestimmte Einzelne; entscheidend ist vielmehr, ob ein allgemeines Interesse am Schutz auch *gewisser Einzelner* besteht und begründet werden kann (vgl. DENNINGER, Rz. 30; RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 2 und 4). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Schutz der Grundrechte des Individuums ebenfalls ein Aspekt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist (vgl. zu diesem Aspekt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung etwa REINHARD, 53 und 75 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 2952).

²⁹⁶² Vgl. RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Fn. 4; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 24; JOST, 51; PFANDER, 94.

²⁹⁶³ Vgl. etwa MOHLER, Rz. 88 ff.; GYGI, 235 ff.; TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 2 PolG-SH, Rz. 3 und Komm. zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 6; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 13; REINHARD, 75; MAGNIN, 46.

²⁹⁶⁴ Vgl. dazu JOST, 25 und 49; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1478 und 1495 f.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 22 f. und 30 f.; für einen geschlossenen Kreis polizeilicher Schutzgüter hingegen MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 13; REINHARD, 73 ff.; die Botsch.

Gefahren die (bestehenden) Polizeigüter geschützt werden sollen.²⁹⁶⁵ Geradezu konturlos sind die Begriffe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung – jedenfalls bezogen auf die hier interessierende Fragestellung – jedoch nicht:²⁹⁶⁶

- (1.) Die *öffentliche Sicherheit* zielt auf den Schutz der *objektiven Rechtsordnung* und von *individuellen Rechtsgütern*²⁹⁶⁷ sowie der (im vorliegenden Zusammenhang nicht relevanten) *Einrichtungen des Staates*.²⁹⁶⁸ Ob man tatsächlich den Schutz der gesamten, objektiven Rechtsordnung als polizeiliche Aufgabe begreifen will, lässt sich mit guten Gründen kritisieren.²⁹⁶⁹ Im vorliegenden Zusammenhang ist jedenfalls festzuhalten, dass sich zwischen dem Schutz der objektiven Rechtsordnung und der individuellen Rechtsgüter nicht scharf trennen lässt, da ein Übergriff auf Individualrechtsgüter in den meisten Fällen auch eine Verletzung der Rechtsordnung darstellt.²⁹⁷⁰ So gesehen erfüllt der Schutz der Individualrechtsgüter eine *«Reservfunktion»*: Sie gelangt dann zur Anwendung, wenn ein individuelle Rechtsgüter gefährdendes Handeln nicht bereits

FIDLEG und FINIG, 9091 nennt auch den «Kundenschutz» als Polizeigut; die ökonomische Stabilität und der «Schutz des Finanzmarktes» wurden ebenfalls bereits als polizeiliche Schutzgüter bezeichnet, da diese zumindest mittelbar mit klassischen Polizeigütern wie Eigentum und Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zusammenhängen (BGE 137 II 431, E. 4.1); kritisch zum materiellen Polizeibegriff in Anbetracht seiner Unschärfe SCHINDLER, Polizeibegriff(e), 65 ff., der dafür plädiert, sich von einem materiellen oder funktionalen Begriff prinzipiell zu «verabschieden».

²⁹⁶⁵ MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 13; REINHARD, 73 f.

²⁹⁶⁶ Vgl. BGE 132 I 49, E. 6.3.

²⁹⁶⁷ BVGer F-1091/2015, E. 3.3; BVGer D-4200/2012, E. 4.2.2; MAGNIN, 49 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 13; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2549; SGK BV-MÜLLER/MÖHLER, Art. 57, Rz. 10; TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 2 PolG-SH, Rz. 4 und Komm. zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 8; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 110.

²⁹⁶⁸ Vgl. etwa BVGer D-4200/2012, E. 4.2.2; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 13; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2549 ff.; RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 5.

²⁹⁶⁹ Wenn man Begriff der öffentlichen Sicherheit (undifferenziert) auf den Schutz der objektiven Rechtsordnung als solche beziehen will, würde der Schutz des gesamten Rechts einschliesslich zivilrechtlicher Normen zur polizeilichen Aufgabe erklärt (dazu TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1486; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 270; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, Fn. 148; SCHÄRMELI, 50; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 81; REINHARD, 79 f.) – in erster Linie dürfte es um den Schutz öffentlich-rechtlicher Normen, namentlich der durch das *Strafrecht* geschützten Rechtsgüter gehen (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1487; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 81; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 270).

²⁹⁷⁰ Auch Angriffe auf die Einrichtungen und die Funktionsfähigkeit des Staates dürften als Staatsschutzdelikte häufig ohnehin (strafbare) Verstösse gegen die Rechtsordnung darstellen (SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 16).

als (drohende) *Verletzung der Rechtsordnung* abgewehrt werden kann bzw. muss (zu denken ist an Naturereignisse, aber auch an die Problematik der – grundsätzlich nicht strafbaren und erlaubten – Selbstgefährdung). Die (objektive) Rechtsordnung bzw. deren Gefährdung bleibt aber der primäre Anknüpfungspunkt für die Frage, ob die öffentliche Sicherheit verletzt ist.²⁹⁷¹

- (2.) Der Schutz der *öffentlichen Ordnung* ist nach der hier vertretenen Auffassung eng verbunden mit demjenigen der *öffentlichen Sittlichkeit*²⁹⁷² und zielt – als allerdings keiner gefestigten Meinung entspricht²⁹⁷³ – auf den Schutz ausserrechtlicher, moralischer Normen, von Wertvorstellungen und «Sozialnormen», die *nicht* Bestandteil des geschriebenen (oder ungeschriebenen²⁹⁷⁴) *Rechts* sind (und dementsprechend bereits durch die öffentliche Sicherheit geschützt sind)²⁹⁷⁵ – allerdings nur insofern, als diese Regeln allgemeine An-

²⁹⁷¹ KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 5 f. und 20; vgl. auch DENNINGER, Rz. 17 und 29 ff.; SGK BV-MÜLLER/MOHLER, Art. 57, Rz. 10 («Gewährleistung der Rechtsordnung»); s.a. hinten, bei Fn. 3009 ff.

²⁹⁷² Vgl. auch TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 560 f.; gemäss BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 35 ist die öffentliche Sittlichkeit – neben der öffentlichen Ruhe und der Totenruhe/Friedhofsruhe – Teil der öffentlichen Ordnung (vgl. dann aber Rz. 36, wo er den Schutz der Sittlichkeit als durch die öffentliche Sicherheit umfasst sieht); ferner VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 983 (weitgehende Deckungsgleichheit zwischen den «guten Sitten» und der «öffentlichen Ordnung» im Polizeirecht); zuweilen wird bei der öffentlichen Sittlichkeit der Schutz des *sittlichen Empfindens* in den Vordergrund gerückt (TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 13; DERS., Polizeirecht, § 4, Rz. 26KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9, Rz. 110; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 599; HÄFELIN//MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2553) – in der Gesetzgebung wird der Begriff der öffentlichen Ordnung teilweise *neben* demjenigen der «guten Sitten» verwendet (vgl. Art. 19 Abs. 2 OR oder Art. 2 Bst. d MSchG). Zwischen dem Schutz der öffentlichen Ordnung und dem Schutz der Moral wird an verschiedenen Stellen auch in der EMRK unterschieden (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 1 Satz 2 und Art. 9 Abs. 2 EMRK).

²⁹⁷³ Ob und wie die öffentliche Sicherheit von der öffentlichen Ordnung abgrenzt werden soll, wird alles andere als einheitlich beantwortet, vgl. dazu etwa REINHARD, 60 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Fn. 50 a.E.; MAGNIN, 46 ff. und 54 ff.; JOST, 63; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 26; RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 3; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 13; BGer 1C_247/2008, E. 3.4.

²⁹⁷⁴ Zu denken ist hier insbesondere an Gewohnheits- und Richterrecht – dieses ist vom Begriff der öffentlichen *Sicherheit* erfasst, vgl. SCHENKE, Rz. 61; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 18; DENNINGER, Rz. 35; die öffentliche Ordnung sollte nicht mit der Gesamtheit der *ungeschriebenen* Verhaltensregeln gleichgesetzt werden, vgl. GÖTZ/GEIS, § 11, Rz. 3; vgl. dazu auch MOHLER, Rz. 95 ff.

²⁹⁷⁵ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 18; MAGNIN, 55; REINHARD, 56 f. und 83 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1488; TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 2 PolG-SH, Rz. 4 und Komm. zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 9; SCHENKE, Rz. 68; GUSY, Polizei- und Ordnungs-

erkennung geniessen²⁹⁷⁶ und für die Gemeinschaft wesentlich sind²⁹⁷⁷, d.h., sich nach der herrschenden (ethischen und sozialen) Auffassung (in einer pluralistischen Gesellschaft²⁹⁷⁸) für ein geordnetes, gedeihliches und friedliches menschliches Zusammenleben als unerlässlich erweisen^{2979, 2980}

Nicht gemeint sind individuelle, partikuläre Sittlichkeitsvorstellungen von Einzelpersonen oder gewissen Gruppen,²⁹⁸¹ die Empfindungen besonders sensibler (oder besonders unsensibler²⁹⁸²) Personen oder Gruppen²⁹⁸³ oder das subjektive Empfinden des Rechtsanwenders²⁹⁸⁴. Vielmehr geht es um die objektiv²⁹⁸⁵ und mit Blick auf die «normale», «durchschnittliche» Empfindsamkeit zu ermittelnden²⁹⁸⁶ sittlichen Werte. Ob ein polizeilicher Schutz von moralischen Normen angesichts ihrer Unbestimmtheit, schwierigen Ermittlung und mangelnden demokratischen Legitimation sachgerecht ist, wird zuweilen in Frage gestellt.²⁹⁸⁷

recht, Rz. 96 ff., insb. 98; die öffentliche Ordnung und die öffentliche Sittlichkeit sind zur öffentlichen Sicherheit bzw. zu den durch das Recht geschützten Normen *subsidiär* und nehmen insofern eine *Reservfunktion* ein (vgl. SCHENKE, Rz. 68; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 98; GÖTZ/GEIS, § 11, Rz. 5 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3226).

²⁹⁷⁶ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 18; BGE 133 II 136, E. 5.3.1; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 562; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 28; bezogen auf den Begriff der guten Sitten: GEIGER, 192; BSK ORI-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rz. 34; werden gewisse Sozialnormen durch eine «beachtliche Minderheit» abgelehnt, lässt sich kaum sagen, diese würden allgemeine Anerkennung geniessen (TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 562; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 28; s.a. hinten, bei Fn. 3224).

²⁹⁷⁷ Vgl. BGE 114 IV 116, E. 4b/aa («die für eine Gemeinschaft wesentlichen sittlichen Werte»); s.a. ROX, 291, wonach der Schutz der Moral «im Dienste der Allgemeinheit» stehen müsse.

²⁹⁷⁸ BGE 133 II 136, E. 5.3.1.

²⁹⁷⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2549; BAYERDÖRFER, 669; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1488; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 18; REINHARD, 56, 83 f. und 97; JOST, 63; TIEFENTHAL, Komm. zu Art. 2 PolG-SH, Rz. 4 und Komm. zu Art. 5 PolG-SH, Rz. 9; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9, Rz. 110; SCHENKE, Rz. 68; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 96 f.; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 245; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 28; BGE 133 II 136, E. 5.3.1; BVGer D-4200/2012, E. 4.2.2; Entscheid des Departements des Innern des Kantons Aargau vom 8. April 2003, AGVE 2003, 451 ff., E. 7a, 460.

²⁹⁸⁰ Dazu näher hinten, bei Fn. 3109 ff., 3172 und 3186 f. und bei Fn. 3201 ff.

²⁹⁸¹ Vgl. BGE 133 II 136, E. 5.3.1; allgemein: GEIGER, 192.

²⁹⁸² BGE 138 IV 13, E. 5.3; BGE 117 IV 276, E. 3a; BGE 117 IV 457, E. 2a.

²⁹⁸³ BGE 138 IV 13, E. 5.3; BGE 117 IV 276, E. 3a; BGE 117 IV 457, E. 2a; Entscheid des Departements des Innern des Kantons Aargau vom 8. April 2003, AGVE 2003, 451 ff., E. 7a, 460; vgl. bezogen auf Art. 2 Bst. d MSchG auch BVGer B 2419/2008, E. 3.3.

²⁹⁸⁴ Vgl. bereits GEIGER, 192.

²⁹⁸⁵ TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 28; BGE 136 III 401, E. 5.4.

²⁹⁸⁶ BGE 138 IV 13, E. 5.3; BGE 117 IV 276, E. 3a; BGE 117 IV 457, E. 2a.

²⁹⁸⁷ MAGNIN, 56; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 564 ff.; dazu auch hinten, Fn. 3118.

Mit einem Verständnis des (materiellen) Polizeibegriffs als Tätigkeit zur Abwehr von Gefahren für die *öffentliche Sicherheit und Ordnung*²⁹⁸⁸ sollen ausserdem *wohlfahrtsstaatliche und sozialgestaltende* Tätigkeiten ausgeklammert werden.²⁹⁸⁹ Die staatlich vermittelte «Erziehung» (erst recht diejenige in moralischer Hinsicht²⁹⁹⁰) und die Stärkung in Kompetenzen (wie z.B. der Gesundheitskompetenzen) liegen deshalb m.E. nicht im Zielbereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Allerdings lassen sich polizeiliche Gefahrenabwehr einerseits und die «Sozialgestaltung», Beförderung der «Wohlfahrt» bzw. «sozialpolitische» Zielsetzungen andererseits nicht (immer) einfach auseinanderhalten, da auch mit den Mitteln der Sozial- und Gesundheitspolitik Gefahren für den Einzelnen (z.B. die individuelle Gesundheit) verhindert werden (sollen).²⁹⁹¹

Eine Regelung, wonach alkoholführende Betriebe zwecks Bekämpfung des *Alkoholismus* eine Auswahl alkoholfreier Getränke nicht teurer anzubieten haben als das billigste alkoholhaltige Getränk in der gleichen Menge, hat nach Auffassung des Bundesgerichts sowohl einen gesundheitspolizeilichen als auch einen sozialpolitischen Zweck.²⁹⁹² Den Einzelnen vor den Gefahren übermässigen Spielens bewahren und der *Spielsucht* bzw. übermässigen Geldverlusten entgegenwirken zu wollen, stellt nach der Rechtsprechung hingegen kein «polizeiliches» Interesse an der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dar; vielmehr handle es sich um eine *sozialpolitische* Zielsetzung.²⁹⁹³ Entsprechendes gilt für Regelungen im Kreditwesen (z.B. die

²⁹⁸⁸ Vgl. SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 37.

²⁹⁸⁹ SCHÄRMELI, 46 f. und 55; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 6 f.; REINHARD, 3 f., 7 ff. und 113 ff.; grundlegend: BGE 97 I 499, E. 4b f.; das heisst nicht, dass die *Polizeibehörden* nicht auch mit wohlfahrtsstaatlich motivierten Aufgaben betraut werden könnten, doch ist dies spezialgesetzlich vorzusehen und wird nicht vom Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung umfasst, vgl. REINHARD, 4; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 7.

²⁹⁹⁰ Nichts mit der öffentlichen Sicherheit hat es zu tun, wenn der Staat die Bevölkerung mittels Filmzensur davor bewahren will, mit einem «verführerische[n] Bild vom verantwortungsfreien, bequemen und luxuriösen Leben der Akt-Modellmädchen» konfrontiert zu werden, siehe Urteil VGer ZH vom 15. Dezember 1967, RB 1967 Nr. 50, 66 f. Allerdings können sich hier gewisse *Abgrenzungsfragen* zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit und Moral ergeben (dazu hinten, bei Fn. 3134 ff. und insb. bei Fn. 3169 ff.).

²⁹⁹¹ JOST, 107 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2548; GYGI, 242; REINHARD, 7, 11 f. und 113 f.; RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 8; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 265; BGE 96 I 350, E. 4 und BGE 96 I 123, 128, wonach «zwischen Polizei und Wohlfahrt keine scharfe Grenze» bestehe; vgl. dazu auch WYSS, Öffentliche Interessen, 282 f. und 300.

²⁹⁹² BGE 109 Ia 33, E. 3c; vgl. auch BGer 2C_940/2010, E. 4.4 – m.E. berührt der damit auch beabsichtigte Schutz vor sich selbst die öffentliche Sicherheit jedoch nicht, siehe hinten, bei Fn. 3092.

²⁹⁹³ BGer 1A.183/1998 und 1P.488/1998, ZBl 2000 215 ff., E. 2b, 217; BGE 120 Ia 126, E. 4e/bb und cc; BGE 106 Ia 191, E. 6a. Die ältere Rechtsprechung sah Massnahmen zum Schutz vor *wirtschaftlichem und moralischem* Schaden durch übermässiges Glücksspiel jedoch aus polizeilichen Gründen als gerechtfertigt an (BGE 80 I 350, E. 2c; BGE 90 I 321, E. 2) – dies

Statuierung von Höchstzinssätzen), um einer *Überschuldung* der Bevölkerung entgegenzuwirken.²⁹⁹⁴ Auch Vorschriften zum Schutz vor «unnützem» Geldausgeben bzw. Regelungen, mit welchen die durch einen Gewerbebezweig «geförderte Gelegenheit zum Luxus und zu Vergnügungen» eingedämmt werden sollen, hat das Bundesgericht vom Zielbereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgeklammert.²⁹⁹⁵ Gemäss einem älteren kantonalen Entscheid stellt der Schutz des Obdachlosen vor lebensgefährlichem Verhalten (Erfrieren im Winter; leichtfertig riskierte schwere Erkrankung aufgrund «falsch verstandenen Askese») eher ein fürsorgliches als ein «polizeiliches Interesse» dar.²⁹⁹⁶

Letztlich bleiben die Grenzen schwierig zu bestimmen. Im vorliegenden Zusammenhang ist wesentlich, dass sich der Schutz vor sich selbst trotz seiner *fürsorglichen* Aspekte nicht generell der Sozialpolitik zuschlagen und pauschal vom Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausklammern lässt. Bei einem (auch) gegen freiverantwortliches Handeln gerichteten bzw. losgelöst von Freiwilligkeitsdefiziten aufgedrängten («harten») *Paternalismus* ist die Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und «Wohlfahrtspflege» allerdings kaum relevant, da dieser – wie zu zeigen sein wird – ohnehin nicht im Zielbereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung liegt.²⁹⁹⁷ Einzig bei nicht (oder nur bedingt) freiverantwortlichen Selbstgefährdungen kann sich die Frage stellen, inwiefern gewisse, auf den Ausgleich von *Schwäche* und *Freiwilligkeitsdefiziten* abzielende Massnahmen allenfalls eher sozialpolitisch motiviert und aus diesem Grund von der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzugrenzen sind. Darauf wird zurückzukommen sein.²⁹⁹⁸

Nachfolgend soll die Problematik der Selbstschädigung primär im Kontext der *öffentlichen Sicherheit* diskutiert werden. Die Relevanz von moralischen Normen und (ausserrechtlichen) Wertvorstellungen sowie des sittlichen Empfindens ist angesichts der damit verbundenen spezifischen Fragestellungen gesondert zu behandeln.²⁹⁹⁹ Zu unterscheiden ist zwischen einer «freiverantwortlichen» Selbstgefährdung oder -schädigung und einem für den Einzelnen nachteiligen Handeln, das er so «eigentlich» nicht will.

dürfte jedoch auch mit einem damals weiter als heute verstandenen Polizeibegriff zu erklären sein.

²⁹⁹⁴ BGE 120 Ia 286, E. 3b (Schutz vor Überschuldung als sozialpolitisches öffentliches Interesse); BGE 119 Ia 59, E. 6a und b; BGE 120 Ia 299, E. 3b.

²⁹⁹⁵ BGE 80 I 139, E. 2; BGE 49 I 87, E. 1.

²⁹⁹⁶ VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff., 144 f.

²⁹⁹⁷ Hinten, Teil 3 IV. C. 2; dass polizeiliches Handeln nicht der Beförderung der privaten «Glückseligkeit» dienen soll, ist aber immerhin mit ein Grund, einen harten Paternalismus aus dem Zielbereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auszuschliessen, siehe hinten, bei Fn. 3021 und insb. bei Fn. 3042.

²⁹⁹⁸ Dazu hinten, bei Fn. 3081 ff.

²⁹⁹⁹ Hinten, Teil 3 IV. D.

2. Die «freiwillige» Selbstgefährdung

a) Vorbemerkungen

Ist die öffentliche Sicherheit auch dann tangiert, wenn sich der Einzelne aus freien Stücken einer Gefahr für seine Rechtsgüter aussetzen *will*? Ein dem Einzelnen unabhängig von Defiziten in der Willensbildung und -umsetzung aufgedrängter Schutz von Individualrechtsgütern wird teilweise mit der Begründung aus der öffentlichen Sicherheit (und Ordnung) ausgeklammert, dass daran kein *öffentliches Interesse* bestehe, ein öffentliches Interesse aber vorausgesetzt sei für polizeiliches Handeln.³⁰⁰⁰ Richtig ist, dass polizeiliches Handeln (immer) im öffentlichen Interesse liegen *muss*.³⁰⁰¹ Nun lässt sich daraus aber nicht ohne weiteres der Schluss ziehen, der Schutz vor sich selbst könne grundsätzlich keine polizeiliche Aufgabe sein; ein öffentliches (wenn auch nicht zwingend verfassungskonformes) Interesse kann sich auch auf einen Schutz gewisser Personen oder Personengruppen vor sich selbst richten,³⁰⁰² und zwar grundsätzlich auch dann, wenn der Einzelne *freiverantwortlich* handelt.³⁰⁰³ Entscheidend ist hier vielmehr, was *genau* das hinter dem Schutz der *öffentlichen Sicherheit und Ordnung* (zweifellos) stehende öffentliche Interesse meint und wie weit es reicht – ob es also auch ein Allgemeininteresse an einem solchen Schutz vor sich selbst zum Ausdruck bringt, der *unabhängig* von Freiwilligkeitsdefiziten greifen soll.

Für die Frage, ob eine freiwillige Selbstgefährdung oder -schädigung als Verletzung der öffentlichen Sicherheit zu betrachten ist, muss zwischen den verschiedenen, durch die öffentliche Sicherheit verfolgten Schutzrichtungen unterschieden werden: Einerseits dem Schutz der *objektiven Rechtsordnung*, andererseits dem Schutz von *Individualrechtsgütern*.³⁰⁰⁴

b) Bedingte Relevanz unter dem Aspekt des Schutzes der objektiven Rechtsordnung

Unter dem Aspekt des *Schutzes der objektiven Rechtsordnung* lässt sich die Einzelne nur dann wegen einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit gegen sich selbst schützen, wenn die Selbstgefährdung durch eine Rechtsnorm, insbesondere des

³⁰⁰⁰ REINHARD, 57 f. und 97 ff.; SCHENKE, Rz. 59 f.; s.a. BAYERDÖRFER, 672.

³⁰⁰¹ REINHARD, 57; JOST, 60.

³⁰⁰² Vgl. DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 231.

³⁰⁰³ Vgl. dazu auch vorne, Teil 3 II. B.

³⁰⁰⁴ Im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant ist der Schutz der Einrichtungen des Staates; siehe vorne, bei Fn. 2967 ff.

Strafrechts,³⁰⁰⁵ verboten ist; dies ist eher selten der Fall,³⁰⁰⁶ will das Strafrecht Eigenschädigungen und Selbstgefährdungen doch grundsätzlich straffrei lassen.³⁰⁰⁷ Dennoch finden sich in der Rechtsordnung paternalistisch (mit-)motivierte Strafbestimmungen.³⁰⁰⁸

c) Irrelevanz unter dem Aspekt des Individualgüterschutzes

Eine *freiverantwortliche* Selbstgefährdung oder -schädigung steht aber jedenfalls *ausserhalb* des von der öffentlichen Sicherheit anvisierten *Individualrechtsgüterschutzes* und zwar aus mehreren Gründen:

i) Nicht tangierte Reservefunktion des Individualgüterschutzes

Zwar kann der Schutz von Individualrechtsgütern grundsätzlich auch dann unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit relevant werden, wenn eine Gefährdung oder Störung nicht gleichzeitig gegen eine Rechtsnorm verstösst – darin liegt die vorne erwähnte *Reservefunktion*.³⁰⁰⁹ Diese Reservefunktion zielt jedoch primär auf Konstellationen, in denen ein menschliches, durch die Rechtsordnung regulierbares Verhalten gar nicht vorliegt, aber trotzdem *Interessen gefährdet* sind (z.B. durch Naturgefahren);³⁰¹⁰ sie ist ferner dann gerechtfertigt, wenn der Einzelne mit seinem Handeln nicht gegen die Rechtsordnung verstösst – dieses «erlaubt» ist –, aber daraus Konsequenzen folgen, die er so *gar nicht will*.³⁰¹¹ Ausserhalb dieser Reservefunktion liegt indessen *erlaubtes* Verhalten, mit dem die Einzelne aus *freiem Willen* und im Bewusstsein der Folgen ihre eigenen (grundrechtlich geschützten) Interessen verfolgt, auch wenn sie sich damit – von aussen gesehen – einen Nachteil zufügt.³⁰¹²

³⁰⁰⁵ Vgl. vorne, Fn. 2969.

³⁰⁰⁶ Vgl. GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 85; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 23.

³⁰⁰⁷ Zur «normativen Wertentscheidung» der Strafflosigkeit der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und (grundsätzlich) der Mitwirkung an einer fremden Selbstgefährdung im schweizerischen Strafrecht siehe vorne, bei Fn. 329 ff.; ferner EICKER, 151 und VON HIRSCH, 240 ff., insb. 244, wonach es (grundsätzlich) nicht die Aufgabe des Strafrechts sei, den Einzelnen vor sich selbst zu schützen; s.a. GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 111.

³⁰⁰⁸ Vorne, Teil 1 II. D, Ziff. (13.) bei Fn. 593 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3033.

³⁰⁰⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 2970 f.; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 5 f. und 20.

³⁰¹⁰ KINGREEN/POSCHER, § 8, Rz. 6 und 21.

³⁰¹¹ KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25 ff. (allerdings mit der [m.E. nicht überzeugenden] Begründung, bei unfreiwilligem Verhalten liege gar keine grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung vor; siehe hinten, Fn. 3079); s.a. DENNINGER, Rz. 32; GÖTZ/GEIS, § 10, Rz. 31; s.a. hinten, bei Fn. 3078 ff.

³⁰¹² Vgl. KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 23 f.; SCHENKE, Rz. 59 f.; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 87 f.; DENNINGER, Rz. 32; GÖTZ/GEIS, § 10, Rz. 28.

ii) Zielt das Allgemeininteresse am Schutz der öffentlichen Sicherheit auf einen Schutz vor «freiwilligen» Selbstgefährdungen?

Ferner ist zu bedenken, dass sich das hinter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit (und Ordnung) stehende öffentliche Interesse aus verschiedenen, den Menschen als gemeinsam unterstellten eigenen Interessen und Bedürfnissen zusammensetzt,³⁰¹³ und zwar dahingehend, dass sie im Interesse ihrer Selbstbestimmung und Integrität vor Verletzungen ihrer Rechtsgüter geschützt werden wollen.³⁰¹⁴ Nun wird man den Einzelnen jedenfalls keineswegs ein Interesse unterstellen können, dass sie gegen ihren Willen vor einer freiverantwortlichen «Verletzung» ihrer eigenen Rechtsgüter geschützt werden wollen, dass sie also wünschten, von einer beabsichtigten oder in Kauf genommenen «Selbstschädigung» durch den Staat abgehalten zu werden.³⁰¹⁵

Der Schutz der öffentlichen Sicherheit lässt sich aber auch *nicht als Interesse der Allgemeinheit* verstehen, gewisse Einzelne oder Gruppen gegen ihren Willen vor sich selbst zu schützen: Der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung steht im Dienste eines *friedlichen, gedeihlichen und geordneten Zusammenlebens* und der Wahrung und Durchsetzung von Sicherheitsanliegen, die von «allgemeiner Natur» sind.³⁰¹⁶ Die öffentliche Sicherheit und Ordnung ist nur insofern tangiert, als das gefährdete Rechtsgut in einem «sozialen Bezug» steht.³⁰¹⁷ Der polizeiliche Schutz zielt grundsätzlich nicht auf Verhaltensweisen, die sich im rein *privaten Umfeld bzw. der (räumlichen) Privatsphäre abspielen*.³⁰¹⁸ Ebenso wenig umfasst er den Schutz von Anliegen, die ausschliesslich von «*privater Bedeutung*» sind.³⁰¹⁹ In dieser Abgrenzung zum «*Privaten*» ist der Begriff der «*öffentlichen*» Sicherheit und Ordnung zu verstehen. Polizeiliches Handeln wird im Interesse der individuellen Freiheit und der Privatsphäre der Menschen beschränkt,³⁰²⁰ die Polizei soll keine wohl-

³⁰¹³ Siehe WYSS, Öffentliche Interessen, 279: Polizeigüter als «abstrakt aggregierte bzw. kollektivierte Privatinteressen, also Interessen, die allen Rechtsunterworfenen als gemeinsam-eigene unterstellt werden dürfen».

³⁰¹⁴ WYSS, Öffentliche Interessen, 279 f.

³⁰¹⁵ Vgl. ZUPPINGER, 46 ff.

³⁰¹⁶ REINHARD, 97; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 12 f.; WYSS, Öffentliche Interessen, 279; RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 2 f.

³⁰¹⁷ DENNINGER, Rz. 30 und 34.

³⁰¹⁸ REINHARD, 95; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 23 f.; JOST, 49 f., 58 f. und 65; BGE 87 I 275. E. 3a; KARL EBNÖTHER, Der Heimatschutz als polizeirechtliches Problem, Diss., Zürich 1956, 57 f.

³⁰¹⁹ RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 2; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 13.

³⁰²⁰ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 12; REINHARD, 95 und 98; JOST, 50, 58 und 65.

fahrtsstaatliche «Bevormundung» anstreben, nicht die private Glückseligkeit befördern.³⁰²¹

Freilich bleibt die Abgrenzung zwischen der Privatsphäre und der öffentlichen Sphäre, zwischen dem Schutz von privaten Interessen und solcher allgemeiner Natur schwierig, kann ja auch am Schutz privater Belange einschliesslich dem Schutz vor Selbstschädigungen durchaus ein Allgemeininteresse geltend gemacht und insofern ein «sozialer Bezug» begründet werden.³⁰²² So wird darauf hingewiesen, dass der *Einzelne immer Teil der Gemeinschaft bzw. des Publikums bilde*, sich nicht «isoliert» denken lasse, die Grenzen zwischen dem Schutz des Einzelnen (vor sich selbst) und dem Schutz des Publikums fließend seien und der Einzelne immer in einem sozialen Bezug stehe.³⁰²³ Deshalb wird – insbesondere auch mit Blick auf den polizeilichen Schutz vor sich selbst – häufig in den Vordergrund gerückt, was die Art und Natur der Gefahr ist,³⁰²⁴ welches Rechtsgut betroffen ist,³⁰²⁵ ob der Einzelne der Hilfe bedarf,³⁰²⁶ ob sich der Staat «vernünftigerweise» mit einer Gefahr zu befassen hat³⁰²⁷ oder ob deren Verhinderung «wegen ihrer allgemeinen Bedeutung» «Aufgabe des Staates» sein soll.³⁰²⁸

³⁰²¹ Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1481 f.; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 269; ob und wie stark die persönliche Lebensgestaltung, Glückseligkeit und Wohlfahrt Gegenstand polizeilichen Handelns sein soll, wurde im Laufe der Geschichte indessen durchaus unterschiedlich beantwortet, vgl. zur hier nicht zu vertiefenden Entwicklung des Polizeibegriffs TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1479 ff.; SCHINDLER, Polizeibegriff(e), 64 f.; REINHARD, 2 ff.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 7 f.; MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 5 f.; SCHÄRMELI, 39 ff., insb. 43, 46 f. und 55; ZUPPINGER, 14 ff. und 28 ff.; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel I, 268 f.

³⁰²² Vgl. zur Schwierigkeit, die öffentliche Sphäre von der Privatsphäre abzugrenzen, auch REINHARD, 95 f., und JOST, 51 f. und 58 ff.; ferner RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 2 mit Fn. 4; dass am Schutz vor *Selbstschädigungen* ein (wenn auch nicht zwingend verfassungskonformes) öffentliches Interesse bestehen kann, wurde bereits dargestellt, vgl. Teil 3 II. B und bei Fn. 3002 f.

³⁰²³ Vgl. JOST, 51, 59 und 65; ferner HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2561; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 602; BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 41; s.a. BRANDENBERG, 160.

³⁰²⁴ JOST, 51, 60 und 65; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 602 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz. 2561; BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 41.

³⁰²⁵ TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 24; JOST, 59, 60 und 65; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 602 f.; BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 41.

³⁰²⁶ TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 24.

³⁰²⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN Rz. 2561; JOST, 59 und 65; BAUMANN, Komm. zu § 2 PolG-AG, Rz. 41.

³⁰²⁸ RUCH, Äussere und innere Sicherheit, in: VdS, § 56, Rz. 2 mit Fn. 4.

Zwar ist die Feststellung durchaus richtig, dass zwischen dem «Privaten» und dem «Öffentlichen» nicht immer unterschieden werden kann. Ebenso trifft es zu, dass häufig insofern ein sozialer Bezug besteht, als sich «selbstschädigendes» Verhalten durchaus auf Dritte auswirken kann und der Einzelne bei der Vornahme gefährlicher Aktivitäten häufig mit Dritten zusammen handelt.³⁰²⁹ Das aber bedeutet nicht, dass zwischen einem Schutz vor sich selbst und einem Schutz der öffentlichen Sicherheit nicht unterschieden werden könnte oder nicht unterschieden werden müsste:

- (1.) Die Einbettung des Einzelnen in die Gesellschaft ändert nichts daran, dass bei einem Schutz vor sich selbst gewisse Verhaltensweisen *im (wohlverstandenen) Interesse des Betroffenen selbst* unterbunden werden sollen und *nicht* unter Berufung auf die störenden Aussenwirkungen oder schädlichen Folgen des individuellen Verhaltens für Dritte;³⁰³⁰ angerufen wird dann eben gerade *nicht* das hinter der öffentlichen Sicherheit (und Ordnung) stehende Interesse am Schutz des gemeinsamen, friedlichen Zusammenlebens und der eigenen Rechtsgüter vor Übergriffen Dritter.

Deshalb lässt sich auch nicht sagen, dass die *Involvierung eines Dritten* in eine selbstschädigende Handlung (z.B. durch Einwilligung in eine «Verletzung») bereits den Schutz der öffentlichen Sicherheit aktualisiere:³⁰³¹ Soll es der Einzelnen *in ihrem eigenen Interesse* erschwert oder verunmöglicht werden, in Handlungen Dritter einzuwilligen, von diesen («gesundheitsschädigende») Produkte zu erwerben oder diese sonst wie in die eigenen Handlungen zu involvieren,³⁰³² zielt die Massnahme eben auf *private, individuelle (wohlverstandene) Interessen* und nicht auf den Schutz des gemeinsamen Zusammenlebens oder eigener Interessen der Menschen an der Integrität ihrer Rechtsgüter.

Die öffentliche Sicherheit ist aber dann tangiert, wenn die Rechtsordnung ausnahmsweise eine vom Grundsatz *volenti non fit iniuria* abweichende Regelung trifft³⁰³³ (wie beim Verbot der aktiven Sterbehilfe, das allerdings auch Allgemeininteressen dient).

Unerheblich ist auch, dass eine *unbestimmte Anzahl* von Personen oder das «Publikum» vor einer Selbstgefährdung geschützt bzw. nicht näher bestimmt wird oder bestimmt werden kann, wer vor sich selbst geschützt werden soll.³⁰³⁴

³⁰²⁹ Darauf verweist insbesondere JOST, 51.

³⁰³⁰ Vgl. bereits vorne, Fn. 62.

³⁰³¹ Wie hier REINHARD, 98.

³⁰³² Es handelt sich hierbei immer noch um einen Schutz vor sich selbst, siehe vorne, Teil 1 II. B. 6.

³⁰³³ Vgl. vorne, bei Fn. 3005 ff.

³⁰³⁴ Vgl. demgegenüber ZUPPINGER, 63 f., 66 f. und 69 f.; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 1276; häufig findet sich die Auffassung, dass immer dann, «wenn eine bestimmte Situation nach der all-

In solchen Fällen liegt ebenfalls eine *paternalistische* Motivation vor, wenn auch gegenüber *unbestimmt* vielen Personen; nur weil eine Vielzahl von Eigenschädigungen zu befürchten ist, liegt auch noch keine – unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit relevante – Fremdschädigung vor.³⁰³⁵

Ebenso wenig ist es für sich genommen von Bedeutung, ob eine Selbstgefährdung *mit wahrscheinlicher Todesfolge* oder eine *schwere, irreversible Schädigung* (Suizidversuch, schwere Selbstverstümmelung) droht: Geht es darum, derartige Gefährdungen/Schädigungen *im Interesse des (freiverantwortlich handelnden) Einzelnen* zu verhindern und nicht (auch) im Interesse Dritter, findet dies m.E. schon aus diesem Grund keinen Rückhalt in der öffentlichen Sicherheit.³⁰³⁶ Da sich Grundrechte nicht gegen den freiverantwortlich handelnden

gemeinen Lebenserfahrung eine *unbestimmte Anzahl von Personen* zu lebensgefährlichen Eigengefährdungen verleiten kann» ein polizeilicher Schutz vor sich selbst zulässig sei (z.B. durch Sperrung eines zugefrorenen Sees bis die Eisfläche beim Betreten nicht mehr einzubrechen droht), siehe TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506; ferner TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 603; REINHARD, 100 – in der Bezugnahme auf das «verleitet» werden klingt allerdings eine gewisse *weich* paternalistische Motivation an.

³⁰³⁵ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 163; LISKEN, 3054 f.; s.a. FISCHER, 171. Zu bedenken ist freilich, dass ein selbstschädigendes Verhalten gerade aufgrund seines *massenweisen* Auftretens zu einer polizeilich relevanten *Drittgefährdung* führen kann – zu denken ist an starken öffentlichen Alkoholkonsum in grossen Gruppen mit seinen möglichen negativen Begleiterscheinungen (Lärm, Gewalt, starke Verschmutzung im öffentlichen Raum) oder den individuellen Verzicht auf einen Gesundheitsschutz, welcher Dritte gefährdet (Verbreitung übertragbarer Krankheiten; BGE 118 Ia 427, E. 6b). Zudem kann häufiges selbstschädigendes Verhalten zu (möglicherweise erheblichen) sozialen Folgekosten (Gesundheitskosten, Kosten aufgrund von Arbeitsausfällen usw.) führen, wobei deren Verhinderung keine polizeiliche Aufgabe, sondern allenfalls ein sozialpolitisches Eingriffsmotiv darstellt (VAN SPYK, 85 f.; vgl. demgegenüber BGE 118 Ia 427, E. 6b; zu Recht kritisch WYSS, Öffentliche Interessen, 292 f., wonach mit der Berufung auf die steigenden Gesundheitskosten «die klassische Sicht der Gesundheitspolizei verlassen» werde: «In Gestalt des Polizeigüterschutzes tauchen vielmehr fiskalische Motive auf.»).

³⁰³⁶ Vgl. *demgegenüber* REINHARD, 58 und 99 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506; DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 1282; MAGNIN, 60; ZÜND/ERRASS, Polizeiliche Generalklausel II, 9; ferner (bezogen auf den «Selbstmord» oder ein «selbstmörderisches Verhalten» bzw. die «unmittelbare Todesgefahr») ZUPPINGER, 60 f., 64 und 70 (allerdings unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung); *wie hier* – bezogen auf den Suizid – SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; DENNINGER, Rz. 32; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 27 f. (polizeiliches Schutzhandeln sei nur insofern gerechtfertigt, als unsicher sei, ob die Selbsttötung auf freiem Willensentschluss beruhe); ebenso KGer SG, Urteil vom 16. Dezember 1987, SJZ 1990, 49 f. (polizeiliches Einschreiten sei bei Suizidgefahr nur insofern zulässig und geboten, als nicht feststehe bzw. festzustellen sei, ob die Suizidabsicht auf dem «freiwilligen Entschluss eines Urteilsfähigen» beruhe); vgl. ferner PFANDER, 94 (Verhinderung einer Selbsttötung, Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen, Fest-

Grundrechtsträger selbst wenden können,³⁰³⁷ lässt sich ein anderes Ergebnis auch nicht über grundrechtliche Schutzpflichten herleiten.³⁰³⁸ Irrelevant ist deshalb für sich genommen auch, dass das «Leben als höchstes Rechtsgut» geschützt werden soll.³⁰³⁹

- (2.) Weiter ist zu bedenken, dass der Umgang mit sich selbst und die Definition des eigenen Wohls unstreitig *zentrale*, grundrechtlich abgesicherte Aspekte des Privatlebens und der individuellen Lebensführung darstellen.³⁰⁴⁰ Eine Einmischung in derart private Angelegenheiten zum Schutz des Betroffenen vor sich selbst steht typischerweise ausserhalb des Zielbereichs der öffentlichen Sicherheit.³⁰⁴¹ Richtet sich der Staat gegen freiwilliges Verhalten bzw. spielt es für ihn keine Rolle, ob der Einzelne Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt oder nicht, nimmt er zudem nicht die Schutzinteressen zum Ansatzpunkt, die der Einzelne tatsächlich hat, sondern die er «vernünftigerweise» haben *sollte*. Ein solches Hinterfragen individueller Ziele auf ihre Vernünftigkeit und Sinnhaftigkeit ist eine «gut gemeinte» Beförderung privater «Glückseligkeit», zu der die Polizei gestützt auf die Aufgabenzuweisung der öffentlichen Sicherheit gerade nicht befugt ist und sein soll.³⁰⁴²
- (3.) Die öffentliche Sicherheit ist auch nicht allein deswegen tangiert, weil eine Selbstgefährdung oder -schädigung *für Dritte sichtbar* oder *im öffentlichen*

nahme eines Alkoholisierten und Unterbringung eines Obdachlosen nur wenn ein die «freie Willensbildung ausschliessende[r] Zustand» vorliege); GIANFRANCO ALBERTINI/BEAT SPÖRRI/THOMAS ARMBRUSTER, Militärisches Einsatzrecht – Ein Handbuch zum Recht der Schweizer Armee in Unterstützungseinsätzen, insbesondere zu den militärischen Polizeibefugnissen, Zürich 2016, 124 f.; vgl. ferner GÖTZ/GEIS, § 10, Rz. 32, welche das zulässige polizeiliche Eingreifen bei einem Suizidversuch mit der sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung der Freiverantwortlichkeit begründen.

³⁰³⁷ Vorne, Teil 3 IV. B. 2.

³⁰³⁸ Vgl. aber TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506 («staatliche Fürsorge- und Schutzpflichten»).

³⁰³⁹ Vgl. demgegenüber REINHARD, 99; ferner BAUMANN, Komm. § 2 PolG-AG, Rz. 41 («Schutz des Lebens»).

³⁰⁴⁰ Vgl. vorne, Teil 2 III. A und Teil 2 III. E; dies auch dann, wenn es um schwere oder irreversible Selbstschädigungen geht (vgl. vorne, bei Fn. 1336 ff.) oder Dritte in die selbstschädigende Handlung involviert werden (vorne, Teil 2 III. C).

³⁰⁴¹ Siehe BGer, Urteil vom 17. Februar 1971, E. 6, ZBl 1971, 473 ff., 478; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; ZUPPINGER, 46 ff. und 147; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 23 ff.; JOST, 50 f. und 65; DENNINGER, Rz. 30 ff.; SCHENKE, Rz. 59 f.; TSCHANNEN, Warnungen, 430, wonach dem «allgemeine[n] Polizeirecht [...] Selbstgefährdungen [...] als Privatsache gelten»; ferner TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1505 f. und REINHARD, 57 f. und 98 (beide jedoch differenzierend für lebensgefährdende Handlungen; s.a. vorne, Fn. 3036).

³⁰⁴² Vgl. ZUPPINGER, 47; vorne, bei Fn. 3021.

Raum stattfindet bzw. in den öffentlichen Raum *ausstrahlt*.³⁰⁴³ Zwar ist Verhalten, das in die Öffentlichkeit wirkt, unter dem Aspekt der «*öffentlichen*» Sicherheit und Ordnung durchaus von Bedeutung. Allerdings aktualisiert nicht alles «Gefährliche», das öffentlich wahrnehmbar ist und in die Öffentlichkeit ausstrahlt, *automatisch* ein Interesse an einem polizeilichen Eingreifen. Auch in der Öffentlichkeit kann es unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit (und Ordnung) irrelevantes *privates* Verhalten geben.³⁰⁴⁴ Nur weil ein (selbstschädigendes) Verhalten für Dritte wahrnehmbar ist, wird man jedenfalls nicht pauschal unterstellen können, die Allgemeinheit habe ein Interesse daran, dieses Verhalten *im Interesse des Betroffenen selbst* zu unterbinden.³⁰⁴⁵

- (4.) Hinzuweisen bleibt auf Folgendes: Im Kontext der «Schutz vor sich selbst»-Problematik birgt ein Abstellen auf die Art der Gefahr, das bedrohte Rechtsgut oder die Frage, ob sich der Staat «vernünftigerweise» mit einer Gefahr befassen soll,³⁰⁴⁶ das Risiko *zahlreicher und weitgehender paternalistischer Interventionen* gestützt auf die polizeiliche Aufgabenzuweisung. Polizeigüter müssen aber so *eng* definiert werden, dass Missbräuche ausgeschlossen bleiben;³⁰⁴⁷ dabei sind gerade Interventionen, die nicht an das Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits anknüpfen, besonders missbrauchsanfällig und können dazu führen, dass die Einzelne – unter Berufung auf ihre «wohlverstandenen Interessen» – letztlich schlechter gestellt und ihr geschadet wird.³⁰⁴⁸ Auch aus diesem Grund sollte man reine (freiverantwortliche) Selbstgefährdungen bzw. den freiverantwortlichen Umgang mit sich selbst vom Polizeigüterschutz ausklammern.

Selbst wenn man die einzelnen polizeilichen Schutzgüter in den Blick nimmt, ergibt sich keine abweichende Beurteilung. Dies gilt ganz besonders für das – doch

³⁰⁴³ Zu eng m.E. ZUPPINGER, 44, wonach die Polizei «volle Macht» über alles habe, «was ausserhalb des Hauses oder des befriedeten Privatgrundstücks (in der Öffentlichkeit)» geschehe.

³⁰⁴⁴ Siehe HILLGRUBER, Schutz, 98 f., wonach «[e]ine selbstgefährdende Betätigung [...] nicht schon deshalb die öffentliche Sicherheit» beeinträchtigt, «weil sie, allgemein sichtbar, gewissermassen vor den Augen der Öffentlichkeit» erfolge.

³⁰⁴⁵ Zu denken ist an das (selbstschädigende) Rauchen in der Öffentlichkeit; allerdings: Je stärker Dritte mit einem erheblich selbstschädigenden Verhalten konfrontiert werden, desto grösser ist die Gefahr, dass *deren Interessen* verletzt werden (z.B. bei einer Selbstverbrennung auf einem öffentlichem Platz, die zu einer Verstörung der Passanten führt).

³⁰⁴⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 3024 ff.

³⁰⁴⁷ Vgl. TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 23.

³⁰⁴⁸ Vgl. hinten, Teil 4 II. B. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3901 ff. und Teil 4 II. B. 3.

recht diffuse, missbrauchs- und ideologiefällige³⁰⁴⁹ und nicht zuletzt für paternalistische Zwecke instrumentalisierbare³⁰⁵⁰ – Polizeigut der *öffentlichen Gesundheit* (auch «Volksgesundheit»³⁰⁵¹ oder «Gesundheit der Allgemeinheit»³⁰⁵²);³⁰⁵³ Zwar mag die öffentliche Gesundheit «nicht die individuelle Gesundheit einzelner Menschen, sondern die Gesundheit der Bevölkerung als Kollektiv»³⁰⁵⁴ im Blick haben und der «Verbesserung der Durchschnittsgesundheit der Bevölkerung» dienen³⁰⁵⁵. Sie ist aber – wie die öffentliche Sicherheit (und Ordnung) im Allgemeinen³⁰⁵⁶ – nicht als ein von den konkreten Schutzinteressen und -bedürfnissen der Einzelnen losgelöstes, «verselbständigt» Interesse zu verstehen (worauf auch die zuweilen anzutreffende Bezeichnung der öffentlichen Gesundheit als «*Kollektivrechtsgut*» nichts ändert³⁰⁵⁷). Die öffentliche Gesundheit ist eine Zusammenfassung von *Einzelinteressen* und hat sich darauf zurückführen zu lassen; sie kann nur insofern angerufen werden, als ein *Bedürfnis* der Einzelnen am Schutz ihrer Gesundheit tatsächlich besteht.³⁰⁵⁸ Das Polizeigut der öffentlichen Gesundheit ist deshalb etwas *anderes* als die bloße Summe der individuellen Gesundheit,³⁰⁵⁹ weshalb ein Schutz oder eine Verbesserung des Gesundheitszustands der Bevölkerung bzw. der sie konstituierenden Einzelpersonen für sich genommen keine Legitimation im Schutz der öffentlichen Gesundheit findet, wenn dieser Schutz bzw. diese Verbes-

³⁰⁴⁹ SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 59 f. und 64 f.; s.a. hinten, bei Fn. 3433 ff.

³⁰⁵⁰ Kritisch auch PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, § 8, Rz. 9; vgl. bereits vorne, bei Fn. 122.

³⁰⁵¹ Vgl. vorne, bei Fn. 2946.

³⁰⁵² BGE 118 Ia 427, E. 6b.

³⁰⁵³ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 163; PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, § 8, Rz. 9; im Kontext von medizinischen Zwangsbehandlungen vgl. ferner: GEISER, Freiheitsentziehung, 309; JOSET, Zwangsmedikation, 1432; DERS., Bem. zu BGE 127 I 6, 1219 f.

³⁰⁵⁴ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1492; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 597; ferner TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 27.

³⁰⁵⁵ BGE 118 Ia 427, E. 6b; WYSS, Öffentliche Interessen, 292; MÜLLER, Zwangsmassnahmen, 169.

³⁰⁵⁶ Vorne, bei Fn. 3013 ff.

³⁰⁵⁷ Vgl. PIEROTH/SCHLINK/KNIESEL, § 8, Rz. 8 f.; s.a. SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 54; ferner REINHARD, 92 f.

³⁰⁵⁸ Vgl. auch SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 54; HILLGRUBER, Schutz, 163; HUSTER, Erziehungsambitionen, 222, der zudem richtigerweise darauf hinweist, dass «[d]er Einzelne [...] nicht Bestandteil eines ›Volkskörpers‹ [ist], für dessen Gesundheitszustand er verantwortlich wäre» (s.a. DERS., Selbstbestimmung, 21); ferner KOLBE, 364 ff., wonach ein Verständnis der Volksgesundheit als «Kollektivgut» nicht bedeute, dass dem Einzelnen die Verfügbarkeit über seine individuelle Gesundheit entzogen wäre.

³⁰⁵⁹ M.E. zu pauschal SANDER, 32 («Volksgesundheit [...] als Summe der Individualgesundheit»); s.a. MÜLLER, Zwangsmassnahmen, 167 (Bestimmung der «öffentlichen Gesundheit» mit Blick auf «den Gesundheitsstatus einer Vielzahl von Einzelpersonen»).

serung von den Betroffenen nicht gewollt ist. Auch lässt sich aus dem Polizeigut der öffentlichen Gesundheit – aus den vorne diskutierten Gründen – kein Interesse der Allgemeinheit ableiten, gewissen Personen oder Gruppen gegen deren Willen in ihrem «besseren», wohlverstandenen Interesse einen Schutz ihrer Gesundheit aufzudrängen.³⁰⁶⁰

So erscheint es mir nicht unproblematisch, den *Suizid und den Suizidversuch* – der durchaus auf einem freien Willen gründen kann – pauschal als «Thema der öffentlichen Gesundheit und deren Prävention» zu bezeichnen.³⁰⁶¹ Zu undifferenziert erfolgt m.E. die Berufung auf den Schutz der Volksgesundheit, um ein öffentliches Interesse an der *Trinkwasserfluoridierung* zwecks Verhinderung von Zahnkaries zu begründen³⁰⁶² – jedenfalls soweit damit auch ein *paternalistisch* motiviertes Eingreifen begründet werden soll.³⁰⁶³ Ebenfalls zu pauschal erscheint mir die Anrufung des «Schutzes der Gesundheit» durch den EGMR bzw. die EKMR, um die Bestrafung konsentierter Selbstschädigungen im Rahmen sadomasochistischer Praktiken³⁰⁶⁴ oder eine Helmtraggpflicht für Motorradfahrer³⁰⁶⁵ zu rechtfertigen – zu differenzieren wäre vielmehr danach, ob die Betroffenen zu einem freiverantwortlichen Handeln in der Lage sind oder eben nicht. An Werbebeschränkungen für Alkohol und Tabak sollte nicht bereits deshalb ein hinreichendes, Freiheitsbeschränkungen rechtfertigendes öffentliches Interesse angenommen werden, weil diese der Gesundheit der Bevölkerung dienen.³⁰⁶⁶ In einem Entscheid betreffend eine obligatorische zahnmedizinische Behandlung hat das Bundesgericht mit einer gewissen Zurückhaltung immerhin ausgeführt, dass das Interesse am Schutz der Volksgesundheit «*unter Umständen*» darauf abziele, die Gesundheit «vor Selbstschädigung zu bewahren» und ein «Interesse an öffentlicher Gesundheitspflege [...] *insbesondere* dort» (Herv. d. Verf.) bestehe, «wo der Kranke von seinen Fähigkeiten und Möglichkeiten her limitiert» sei, «seine eigenen Interessen als wohlinformierter Patient selbst wahrzunehmen».³⁰⁶⁷ Damit wird in erster Linie ein *weich* paternalistischer Schutz als von der öffentlichen Gesundheit umfasst erachtet.

Zu bedenken bleibt aber, dass der Schutz der öffentlichen Gesundheit nicht nur unter polizeilichen Aspekten von Bedeutung ist,³⁰⁶⁸ sondern auch ein sozial- namentlich gesundheitspoliti-

³⁰⁶⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 3016 ff.

³⁰⁶¹ Vgl. aber Ber. Suizid und Suizidprävention, 5; das gilt m.E. selbst dann, wenn man die öffentliche Gesundheit hier primär in ihren sozialpolitischen Bezügen als angesprochen erachtet, vgl. hinten, bei Fn. 3070 und Teil 3 IV. E. 2. d).

³⁰⁶² Siehe BGer, Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 3c, 30.

³⁰⁶³ Vgl. vorne, bei Fn. 706 ff. – das gilt auch dann, wenn man die öffentliche Gesundheit hier mehr in einem sozial- und gesundheitspolitischen als in einem polizeilichen Sinn versteht; vgl. hinten, bei Fn. 3070.

³⁰⁶⁴ Siehe EGMR, Urteil vom 19. Februar 1997 i.S. *Laskey u.a.* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 21627/93, 21628/93 und 21974/93, Ziff. 43 ff. insb. 50.

³⁰⁶⁵ EKMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 12. Juli 1978 i.S. *X* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7992/77, DR 14, 234 ff., 235.

³⁰⁶⁶ M.E. insofern zu pauschal BGE 128 I 295, E. 5b/bb.

³⁰⁶⁷ BGE 118 Ia 427, E. 6b und 6c, s.a. E. 7c.

³⁰⁶⁸ MÜLLER, Zwangsmassnahmen, 16; SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 54 f. und 64.

sches Ziel darstellt.³⁰⁶⁹ Auch dann lässt er sich aber nicht als öffentliches Interesse an einem von der Freiwilligkeit losgelösten Schutz vor sich selbst verstehen.³⁰⁷⁰

Selbst wenn man der vorgenannten Begründung, weshalb ein losgelöst von Freiwilligkeitsdefiziten aufgedrängter Schutz vor sich selbst kein Thema der öffentlichen Sicherheit sein kann, nicht folgen will, bleibt Folgendes zu beachten:

- Es ist *zumindest* mit *erheblichen Unsicherheiten* verbunden, ob die Allgemeinheit tatsächlich ein Interesse hat, die Einzelne (polizeilich) gegen den eigenen *freiverantwortlichen* Entscheid zu schützen, zumal reine Selbstschädigungen im schweizerischen Rechtsverständnis grundsätzlich nicht verboten sind.³⁰⁷¹ Derart kontroverse Massnahmen müssen sich – wie bereits ausgeführt – auf ein *klar nachweisbares* öffentliches Interesse stützen können.³⁰⁷² Die «öffentliche Sicherheit» ist ohne nähere Konkretisierung durch den Gesetzgeber aber m.E. zu offen, um ihr ein öffentliches Interesse an einem Schutz zu entnehmen, welcher der Einzelnen unabhängig von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängt werden kann.
- Auch wenn man freiverantwortliche Selbstgefährdungen und -schädigungen als (mögliche) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit betrachten will, bleibt in jedem Einzelfall anhand einer Interessenabwägung zu bestimmen, ob sich ein Schutz vor sich selbst tatsächlich rechtfertigt bzw. ob er – wenn man dieses Kriterium anwenden will – «vernünftigerweise» angezeigt ist^{3073,3074} Dabei kann nun nicht einfach von der Frage abstrahiert werden, ob und inwiefern die Be-

³⁰⁶⁹ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 282 f.; s.a. TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 27 und MAGNIN, 58 (Schutz der öffentlichen Gesundheit nicht allein eine polizeiliche Aufgabe): gemäss BGer 2A.660/2004, E. 3.4 bezweckt die «Verringerung des Alkoholkonsum» den «Schutz der öffentlichen Gesundheit» – hier dürfte primär eine sozialpolitische Zielsetzung angesprochen sein; gleich verhält es sich m.E. im Entscheid der Eidg. Alkoholrekurskommission vom 8. Juni 2000, VPB 64.115, E. 7b, wonach die Bekämpfung der aus dem «übermässigen Verbrauch von Branntwein resultierenden sozialen Folgen» im Dienste des Schutzes der «öffentlichen Gesundheit» stehe; vgl. ferner BGer, Urteil vom 29. Juni 1990, ZBl 1991, 25 ff., E. 3c, 30, wonach «Zahnkaries ein beträchtliches volkshygienisches und volkswirtschaftliches Problem» darstelle und deren Bekämpfung «dem Schutz der Volksgesundheit» diene – hier wird der Begriff der öffentlichen Gesundheit ebenfalls nicht auf polizeiliche Zwecke beschränkt, sondern umfasst auch weitere Aspekte, wie namentlich die volkswirtschaftlichen Auswirkungen; s.a. vorne, bei Fn. 2992 und in Fn. 3061 und 3063 sowie hinten, bei Fn. 3278.

³⁰⁷⁰ Dazu näher hinten, Teil 3 IV. E. 2. d).

³⁰⁷¹ Vgl. vorne, Fn. 3007.

³⁰⁷² Vgl. vorne, Teil 3 II. C. 1; vgl. bezogen auf den (polizeilichen) Schutz vor sich selbst auch DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 231; s.a. ZUPPINGER, 50.

³⁰⁷³ Vorne, bei Fn. 3027.

³⁰⁷⁴ JOST, 60 und 65 f.

troffene zu einem *freiverantwortlichen* Handeln in der Lage ist. Eine Fremdbestimmung des individuellen Wohls ist der Einzelnen nach der hier vertretenen Auffassung aber *nicht zumutbar*, wenn sie in ihrem Handeln keinen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt.³⁰⁷⁵ Das gilt auch dann, wenn die polizeilichen Massnahmen bei den Betroffenen (von aussen gesehen) nicht zu besonders hohen Freiheitsverlusten führen.³⁰⁷⁶

- Die öffentliche Sicherheit rechtfertigt jedenfalls kein (paternalistisch motiviertes) Einschreiten gegen bloss «riskante» Tätigkeiten wie übermässiges Rauchen oder Trinken oder die Ausübung gefährlicher Sportarten und Beschäftigungen (Bergsteigen, Autorennen). Die Schädigung ist hier regelmässig nicht genügend unmittelbar und nah, um den Einzelnen polizeilich vor sich selbst zu schützen.³⁰⁷⁷ Zudem geht es hier um Bereiche (Gestaltung der Freizeit, Ernährung, Genuss usw.), die so stark mit der Individualität und dem Privatleben verknüpft sind, dass sie dem polizeilichen Zugriff grundsätzlich zu entziehen sind.

3. Das Problem der «unfreiwilligen» Selbstgefährdung

Wie aber verhält es sich, wenn der Einzelne «gegen seinen Willen» *durch sich selbst* gefährdet wird, wenn er «unfreiwillig» zu seinem *eigenen* Gefährder oder Störer wird?

Dass es sich um eine reine (und grundsätzlich nicht verbotene) *Selbstgefährdung* handelt, heisst *nicht prinzipiell*, dass ein autonomieorientierter Schutz ausserhalb des Zielbereichs der öffentlichen Sicherheit liegen würde oder sollte.³⁰⁷⁸ Vielmehr

³⁰⁷⁵ Vgl. hinten, Teil 4, insb. Teil 4 II. C; spezifisch mit Bezug auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung: KIRSTE, Rechtspaternalismus, 809.

³⁰⁷⁶ Vgl. demgegenüber TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506, wonach ein polizeiliches Tätigwerden zum Schutz vor Eigengefährdungen dann zulässig sei, «wenn *niederschwellige Massnahmen* in Frage stehen, welche die Wahrscheinlichkeit selbstgefährdenden Verhaltens reduzieren» (Herv. im Original) – dies sei bspw. bei Gurtentragungspflichten oder Warnhinweisen auf Alkohol- und Tabakprodukten der Fall; vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 3781 ff.

³⁰⁷⁷ REINHARD, S. 58 mit Fn. 29 und S. 100; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1505 f.; TSCHANNEN, Warnungen, 430; ferner NÜTZI, 176 f.

³⁰⁷⁸ KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25 ff.; GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 86; REINHARD, 58 und 98 ff.; PFANDER, 94 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1505 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2561; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 603; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; DENNINGER, Rz. 32; GÖTZ/GEIS, § 10, Rz. 31; BGE 118 Ia 427, E. 6c (gesundheitspolizeilich motivierter zahnmedizinischer Eingriff in Fällen «mangelnder oder reduzierter Urteils- und Handlungsfähigkeit»); im Kontext der Suizidhilfe vgl. BGE 133 I 58, E. 6.3.2 und insb. 6.3.6, wonach «[d]as Erfordernis der ärzt-

aktualisiert sich in solchen Fällen der von der öffentlichen Sicherheit (auch) umfassende *Individualrechtsgüterschutz*.³⁰⁷⁹ Auf das (ohnehin problematische) Schutzgut der öffentlichen Sittlichkeit braucht man nicht auszuweichen.³⁰⁸⁰

Fraglich ist allerdings, ob und inwiefern bei einem autonomieorientierten Schutz vor sich selbst nicht besser von einem *sozialpolitischen Interesse* gesprochen werden sollte;³⁰⁸¹ letztlich geht es doch um den Ausgleich einer «Schwäche», in einer konkreten Situation diejenige Entscheidung zu treffen, die dem eigenen Wohl auch tatsächlich dient bzw. ihm nicht zuwiderläuft.³⁰⁸² Meines Erachtens wäre es jedoch nicht sachgerecht, einen weichen Paternalismus mit einer solchen Begründung gänzlich aus dem Zielbereich der *öffentlichen Sicherheit* auszuklammern. Eine Eigenschädigung kann der Einzelnen genau gleich wie eine *Schädigung durch einen Dritten* «fremd» und «ungewollt» sein.³⁰⁸³ Allerdings kann die öffentliche Sicher-

lichen Verschreibung von Natrium-Pentobarbital», welches u.a. einem übereilten Entscheid (im Interesse des Sterbewilligen) entgegenwirken wolle, «zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit bzw. zur Aufrechterhaltung der Ordnung im öffentlichen Interesse erforderlich» sei; vgl. auch die Bezugnahme auf die *polizeiliche Generalklausel* im Zusammenhang mit einer medizinischen Zwangsbehandlung psychisch kranker Menschen in BGE 126 I 112, E. 4, und BGE 127 I 6, E. 9a (wobei zu präzisieren ist, dass eine psychische Erkrankung keineswegs die Urteilsfähigkeit beschlagen muss, siehe hinten, bei Fn. 4230 f.; zum Stellenwert der polizeilichen Generalklausel s.a. hinten, Teil 5 I. D. 1); kritisch bezogen auf ein polizeiliches Interesse am Schutz vor Selbsttötungen in psychischen Ausnahmesituationen Wyss, *Öffentliche Interessen*, 300 (siehe hinten, Fn. 3081).

³⁰⁷⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 2971 und 3009 ff.; BÄCKER, Rz. 60; KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25 ff. – problematisch sind m.E. aber deren Ausführungen in Rz. 25: Hier scheinen sie ein polizeiliches Eingriffsinteresse (auch) damit zu begründen, dass eine staatliche Intervention in Fällen nicht oder nur beschränkt vorhandener Freiwilligkeit in keinen Konflikt mit *grundrechtlich* geschützter Freiheit gerate. Aus dem Umstand, dass ein Verhalten grundrechtlich nicht geschützt ist, kann nicht einfach gefolgert werden, es bestünde ein – unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit relevantes – Allgemeininteresse daran, gegen dieses Verhalten zu intervenieren. Ohnehin gilt: Grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung oder zumindest «Selbstorientierung» liegt nach der hier vertretenen Auffassung auch bei «defizitären» Entscheidungen vor, siehe vorne, Teil 2 III. F. 3. c).

³⁰⁸⁰ Vgl. bezogen auf das Einschreiten bei einer Suizidgefahr demgegenüber KGer SG, Urteil vom 16. Dezember 1987, SJZ 1990, 49 f.; zur Problematik, einen Schutz vor sich selbst mit der öffentlichen Moral zu rechtfertigen, siehe hinten, Teil 3 IV. D.

³⁰⁸¹ Vgl. WYSS, *Öffentliche Interessen*, 300, wonach der Schutz vor einer Selbsttötung in psychischen Ausnahmesituationen weniger auf polizeiliche als auf sozialpolitische Gründe gestützt werden sollte; zur schwierigen Abgrenzung zwischen polizeilicher Gefahrenabwehr und fürsorglichem Staatshandeln vgl. bereits vorne, bei Fn. 2991 ff.

³⁰⁸² Zum Ausgleich von Schwäche als sozialpolitisches Ziel vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 1.

³⁰⁸³ Vgl. aus philosophischer Sicht FEINBERG, *Legal Paternalism*, 4, 8 und 17; GLOD, *Paternalism*, 8; s.a. hinten, bei Fn. 3975, und vorne, bei Fn. 2189.

heit m.E. nur Fälle erfassen, in denen *erhebliche Selbstbestimmungsdefizite* vorliegen und *schwere Schäden ernsthaft drohen* (unmittelbar bevorstehende schwere Körperverletzung³⁰⁸⁴; unmittelbare Lebensgefahr³⁰⁸⁵):³⁰⁸⁶ Je geringfügiger das durch einen weichen Paternalismus korrigierte Freiwilligkeitsdefizit ist und je geringfügiger und mittelbarer die möglichen Schäden sind, desto grösser ist die potentielle Einmischung in die *individuelle Lebensgestaltung* und desto eher liegt eine unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit nicht mehr vertretbare Einmischung in das *Privatleben* vor. Umso schwieriger wird es auch, ein Bedürfnis des Einzelnen wie auch der Allgemeinheit an einem derartigen Schutz vor sich selbst zu bejahen. Und: Je stärker man sich von der Korrektur schwerer, aussergewöhnlicher Defizite entfernt und auch allgemeine menschliche Entscheidungsfehler unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit als relevant erachtet, desto mehr verschwimmt die Grenze zu sozialpolitischen Zielsetzungen. Die öffentliche Sicherheit ist – immer unter der Voraussetzung schwerer, ernsthaft drohender Schäden – deshalb grundsätzlich nur als tangiert zu erachten, wenn die Betroffene *urteilsunfähig* i.S.v. Art. 16 ZGB ist;³⁰⁸⁷ in Frage kommt aber auch eine eigentliche *Unkenntnis und Unwissenheit* bezüglich der mit einer Tätigkeit (oder Unterlassung) verbundenen Risiken.³⁰⁸⁸

Grenzfälle sind solche, in welchen der Einzelne *übereilt* und *leichtfertig* handelt. Meines Erachtens kann sich auch in solchen Fällen der von der öffentlichen Sicherheit mitumfasste Individualrechtsgüterschutz aktualisieren, sofern es sich um eine schwere, irreversible Selbstgefährdung bzw. -schädigung handelt³⁰⁸⁹ – von Bedeutung ist dies etwa beim überstürzten Entschluss, sich das Leben zu nehmen (der zudem eine staatliche Schutzpflicht aktualisiert³⁰⁹⁰). Kein unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit relevantes Selbstbestimmungsdefizit liegt m.E. aber bei einer

³⁰⁸⁴ Vgl. REINHARD, 99; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506.

³⁰⁸⁵ Vgl. DENNINGER, Rz. 32 f.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506; REINHARD, 99 f.; SCHENKE, Rz. 60.

³⁰⁸⁶ Vgl. SCHENKE, Rz. 60; REINHARD, 98 ff.; DENNINGER, Rz. 32 f.

³⁰⁸⁷ SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; REINHARD, 98 f.

³⁰⁸⁸ KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 25 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1505 («ahnungslose Badende»).

³⁰⁸⁹ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 603 (Schutz des Lebens «vor übereiltem Handeln»); wohl auch BGE 133 I 58, E. 6.3.2 und 6.3.6, wonach die zum Schutz von Straftaten aber auch einem übereilten Entscheid statuierte Rezeptpflicht für die Abgabe von Natrium-Pentobarbital dem «Schutz der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit» bzw. der «Aufrechterhaltung der Ordnung» diene; s.a. BGer 2C_9/2010, E. 2.2 betreffend die Abgabe von Natrium-Pentobarbital zum Zweck des Suizids: «Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Bevölkerung bzw. der Begründet- und Wohlerwogenheit des Entschlusses des Suizidwilligen» (Herv. d. Verf.).

³⁰⁹⁰ Vorne, bei Fn. 2920.

blossen «*Willensschwäche*» mit nicht unmittelbar drohenden schweren Konsequenzen vor; zu denken ist etwa an den Konsum fettiger Speisen trotz einer Langzeitpräferenz für ein gesundes Leben.³⁰⁹¹

Meines Erachtens liegt eine Regelung über die Preisparität von alkoholischen und nichtalkoholischen Getränken, um es Betroffenen zu erleichtern, nicht zu Alkoholikern zu werden, ausserhalb des Schutzes der öffentlichen Sicherheit bzw. einer gesundheitspolizeilichen Zwecksetzung und ist allein sozialpolitisch motiviert – jedenfalls soweit es um eine *rein paternalistische* Fürsorge geht.³⁰⁹² Auch die Bekämpfung der Spielsucht und der Verschuldung wird richtigerweise den sozialpolitischen Interessen zugeschlagen.³⁰⁹³

Zu beachten bleibt Folgendes: Auch wenn die Verhinderung von «unfreiwilligen» Selbstschädigungen im Zielbereich der öffentlichen Sicherheit liegen kann, bedeutet das nicht, dass sie ohne weiteres gerechtfertigt wäre. In jedem Einzelfall bleibt eine *Verhältnismässigkeitsprüfung* vorzunehmen,³⁰⁹⁴ insbesondere unter Berücksichtigung von Art und Ausmass des Selbstbestimmungsdefizits, der Art und Schwere der drohenden Schäden und der mit der Intervention verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtsverluste.³⁰⁹⁵ Nicht erforderlich ist indessen, dass über das Vorliegen eines Freiwilligkeitsdefizits im vorgenannten Sinn immer *absolute Gewissheit* bestehen müsste, was besonders in Fällen zeitlicher Dringlichkeit relevant ist; es bedarf aber zumindest ernsthafter und dringender Anhaltspunkte, dass ein derartiges Defizit vorliegt.³⁰⁹⁶ Zudem versteht sich von selbst, dass die konkrete Umsetzung der polizeilichen Massnahme möglichst schonend zu erfolgen hat.³⁰⁹⁷

4. Zusammenfassende Bemerkungen und Abgrenzungen

Damit lässt sich festhalten, dass ein Schutz vor sich selbst *nicht* im Zielbereich der öffentlichen Sicherheit liegt, wenn die Einzelne *freiwillig* handelt, oder besser – da der Begriff der Freiwilligkeit nur bedingt aussagekräftig ist –, dass ein (paternalisti-

³⁰⁹¹ Zur Problematik der Willensschwäche als Anknüpfungspunkt für paternalistische Interventionen, s.a. hinten, Teil 4 III. B. 8.

³⁰⁹² Gemäss BGE 109 Ia 33, E. 3c, hat eine solche zur Bekämpfung des Alkoholismus erlassene Bestimmung einen gesundheitspolizeilichen Charakter, weise aber auch einen «sozialpolitischen Einschlag» auf; deshalb sei es angezeigt, von einem «sozialmedizinischen Zweck» zu sprechen; siehe bereits vorne, bei Fn. 2992.

³⁰⁹³ Vgl. vorne, bei Fn. 2993 f.

³⁰⁹⁴ Vgl. bezogen auf einen gesundheitspolizeilich motivierten Eingriff BGE 118 Ia 427, E. 6 und 7.

³⁰⁹⁵ Dazu hinten, Teil 4 III. C, siehe insb. Teil 4 III. C. 2. c).

³⁰⁹⁶ Bezogen auf den Suizid vgl. vorne, bei Fn. 2935 ff.; im Allgemeinen zu dieser Problematik siehe hinten, Teil 4 III. C. 3. c) ii.

³⁰⁹⁷ Bezogen auf eine polizeiliche Suizidverhinderung siehe vorne, bei Fn. 2942.

scher) Schutz jedenfalls dann keinen Rückhalt im Schutz der öffentlichen Sicherheit finden kann, wenn er der Einzelnen *ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite* aufgedrängt werden soll. Dies gilt unabhängig davon, ob Dritte in das selbstschädigende Handeln involviert sind, wie viele Personen sich selbst gefährden/schädigen wollen, ob diese bestimmbar sind und wie hoch das Ausmass des drohenden Schadens ist.

Relevant ist dies z.B. für («freiverantwortliche») Selbstgefährdungen oder Selbstschädigungen durch die Ausübung risikoreicher Sportarten, Freizeitbeschäftigungen oder Berufe (Autorenrennen, Basejumping, Zirkusartistik usw.), den Konsum gesundheitsschädigender Substanzen,³⁰⁹⁸ einen «verschwenderischen» Umgang mit den eigenen finanziellen Mitteln,³⁰⁹⁹ den Abbruch einer lebensrettenden Behandlung,³¹⁰⁰ einen medizinischen Selbstversuch,³¹⁰¹ oder den «Entscheid» für die «Obdachlosigkeit»³¹⁰². Zur Problematik polizeilicher, entschädigungslos hinzunehmender Eigentumsbeschränkung (auch) im Fall einer *Selbstgefährdung* des Grundeigentümers, siehe hinten, Teil 5 III, Ziff. (1.).

Die öffentliche Sicherheit kann hingegen dann relevant werden, wenn der Einzelne *Selbstbestimmungsdefiziten* unterliegt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die öffentliche Sicherheit aber grundsätzlich nur dann tangiert, wenn es sich um erhebliche Defizite (Urteilsunfähigkeit, aber auch eine eigentliche Unwissenheit oder Irrtümer) und schwere, unmittelbar drohende Schäden handelt. Bei irreversiblen Schädigungen können allerdings auch weniger schwerwiegende Defizite, wie z.B. eine Übereilung, ausreichen. Zudem ist in jedem Fall anhand einer Interessenabwägung zu bestimmen, ob sich ein Schutz vor sich selbst tatsächlich rechtfertigt.

Um Missverständnissen vorzubeugen, sind gewisse Präzisierungen angezeigt:

- Der Schutz der öffentlichen Sicherheit aktualisiert sich dann, wenn selbstgefährdende Aktivitäten (auch freiverantwortlicher Natur) *gleichzeitig* Polizeigüter Dritter tangieren.³¹⁰³
- Zudem ist zu bedenken, dass zwischen verschiedenen Personen ganz unterschiedliche Absichten, Schutzbedürfnisse und Fähigkeiten, Gefahren einzuschätzen, bestehen können: So mögen einige Menschen die Risiken des

³⁰⁹⁸ Vgl. KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 24; REINHARD, S. 58 mit Fn. 29; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1505.

³⁰⁹⁹ SCHENKE, Rz. 59.

³¹⁰⁰ KINGREEN/POSCHER, § 7, Rz. 24.

³¹⁰¹ DENNINGER, Rz. 31.

³¹⁰² SCHENKE, Rz. 59; VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff., 144 f.

³¹⁰³ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 603; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 15; vgl. dazu die Beispiele vorne, bei Fn. 66 ff.

Schwimmens in einem gefährlichen Fluss bewusst auf sich nehmen, andere (z.B. Kinder) können die Gefahren gar nicht richtig erkennen oder einschätzen. Gegenüber Letzteren lässt sich ein paternalistisches Eingreifen unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit (grundsätzlich) rechtfertigen, nicht aber gegenüber denjenigen, welche die Risiken kennen und in Kauf nehmen wollen.³¹⁰⁴ Ob und inwiefern es sich als zulässig erweist, auch die insofern *freiverantwortlich* handelnden Personen mit dem Schutz *mitzubelasten* (z.B. durch ein allgemeines Badeverbot), ist eine Frage der Verhältnismässigkeit und insbesondere mit Blick darauf zu prüfen, ob der Schutz hinreichend nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen abgestimmt werden kann (was auch Aspekte der Rechtsgleichheit bzw. des Differenzierungsgebots betrifft). Soweit die «freiverantwortlich» Handelnden nur deshalb in ihrer Freiheit beschränkt werden (müssen), um den Schutz derjenigen sicherzustellen, die sich der Gefahr *nicht freiverantwortlich* aussetzen, handelt es sich gegenüber den Ersteren nicht um einen (unter dem Aspekt der öffentlichen Sicherheit unzulässigen) «Schutz vor sich selbst».³¹⁰⁵

D. Paternalismus und der Schutz der «Moral» (öffentliche Sittlichkeit, gute Sitten)

1. Grundsätzliche Bemerkungen

Eine nicht ganz einfach zu beantwortende Frage ist diejenige nach dem Verhältnis zwischen einem paternalistisch motivierten Schutz und dem Schutz der öffentlichen Moral. Die Klärung dieser Bezüge ist deshalb wichtig, da der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit ein legitimes (polizeiliches) Interesse zur Beschränkung individueller Freiheiten darstellen kann,³¹⁰⁶ aber auch, weil verschiedenste Bestimmungen im öffentlichen Recht und im Zivilrecht auf die «guten Sitten» oder die Sittlichkeit verweisen (insbesondere Art. 27 Abs. 2 ZGB sowie Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR).

³¹⁰⁴ Auch derjenige, der eine Schädigung «bloss» in Kauf nimmt, kann «freiwillig» handeln, siehe hinten, Teil 4 III. B. 2.

³¹⁰⁵ Vgl. zu diesem Problemkreis näher hinten, Teil 5 I. B, insb. bei Fn. 4766 ff.

³¹⁰⁶ Vgl. bereits vorne, bei Fn. 2945 ff., insb. 2972 ff.; ausdrücklich auch etwa: Art. 8 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 EMRK; Art. 12 Abs. 3, Art. 18 Abs. 3, Art. 19 Abs. 3 Bst. b, Art. 21 und Art. 22 Abs. 2 UNO-Pakt II; Art. 13 Abs. 2 Bst. b, Art. 14 Abs. 3, Art. 15 Abs. 2 KRK.

Im Fokus der öffentlichen Sittlichkeit und der «guten Sitten» stehen *moralische*³¹⁰⁷ Regeln. Es geht dabei – vereinfacht gesagt – um Auffassungen und Überzeugungen «über gutes und schlechtes Verhalten»³¹⁰⁸. Moralische Regeln sind von der Gesellschaft als wichtig und allgemeinverbindlich angesehene «Normen und Wertvorstellungen»³¹⁰⁹ bzw. «Grundsätze des sozialen Zusammenlebens»³¹¹⁰. Über den Begriff der guten Sitten oder der öffentlichen Sittlichkeit werden «sozialethische Wertungen» geschützt³¹¹¹ und – da sich eine Verletzung sittlicher Regeln häufig durch Gefühle wie «Empörung, Groll, Schuldempfindung und Scham»³¹¹² äussert – letztlich auch das «Sitten- und Schamgefühl breiter Bevölkerungskreise»³¹¹³, das «sittliche Empfinden der Bevölkerung»³¹¹⁴, das «allgemeine Anstandsgefühl»³¹¹⁵ oder das «sozialethische, moralische, religiöse oder kulturelle Empfinden breiter Bevölkerungskreise»³¹¹⁶ (wobei aber zu beachten bleibt, dass dieser Schutz im sittlichen Empfinden «nicht um seiner selbst willen» erfolgt³¹¹⁷).

Was unter der öffentlichen Sittlichkeit oder den guten Sitten zu schützen ist bzw. geschützt werden *darf* und inwiefern der Schutz von moralischen Normen die Beschränkung individueller Freiheiten rechtfertigt, ist freilich mit Unsicherheiten verbunden. Dies betrifft besonders die Anwendung von *Generalklauseln*, die auf die

³¹⁰⁷ Die *Moral* lässt sich beschreiben als «die tatsächliche, das heisst in Raum und Zeit und damit in einer konkret realisierten Gesellschaft bestehende Gesamtheit von sozialen Normen und Regeln einschliesslich ihrer inneren Anerkennung» (VON DER PFORDTEN, Differenzierung, 38). Die *Ethik* ist – obwohl in der «Alltagssprache» oft gleichbedeutend mit Moral verwendet (vgl. PIEPER, 23) – genau genommen die (philosophische) Wissenschaft, welche sich mit der Moral bzw. dem «moralischen Handeln» befasst (PIEPER, 15 und 23 f.; ferner etwa URBAN, 3 f.; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 99; ERRASS, 316; SCHINDLER, Ethikförderung, 62).

³¹⁰⁸ ELLScheid, 203 (bezogen auf das Verständnis der Moral als «gesellschaftliches Phänomen»); vgl. ferner SCHLUEP, Rz. 73; MAHLMANN, Rechtsphilosophie, § 28, Rz. 28 («am Guten und an Gerechtigkeit orientiert»).

³¹⁰⁹ PIEPER, 36.

³¹¹⁰ RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 99.

³¹¹¹ BGE 132 III 455, E. 4.1 (bezogen auf die Sittenwidrigkeit von Verträgen); vgl. zur öffentlichen Ordnung bzw. dem Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit vorne, bei Fn. 2972 ff.

³¹¹² ELLScheid, 203.

³¹¹³ BGE 100 Ib 383, E. 6b.

³¹¹⁴ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1494; vgl. bezogen auf die Exkrementenpornographie BGE 128 IV 201, E. 1.4.5 und 2.

³¹¹⁵ Siehe – im Zusammenhang mit der Sittenwidrigkeit von Verträgen – BGE 132 III 455, E. 4.1; BGE 136 III 474, E. 3.

³¹¹⁶ Vgl. bezogen auf die Schutzverweigerung gegenüber einer Marke wegen Sittenwidrigkeit nach Art. 2 Bst. d MSchG: BGE 136 III 474, E. 3.

³¹¹⁷ Hinten, bei Fn. 3202.

guten Sitten, die öffentliche Ordnung oder die Moral verweisen: Freiheiten allein gestützt auf wertungsbedürftige, oft subjektiv geprägte, häufig schwer zu ermittelnde, divergierende und unbestimmte moralische oder sozialetische Vorstellungen und Überzeugungen zu beschränken, begegnet demokratischen und rechtsstaatlichen Bedenken (demokratische Legitimation, Normbestimmtheit, Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung).³¹¹⁸ Diese Problematik relativiert sich, wenn der *Gesetzgeber* selbst moralische Wertvorstellungen verrechtlicht bzw. moralische Normen mit rechtlicher Verbindlichkeit ausstattet.³¹¹⁹ Freilich bleibt die Frage, wie gross der dem Gesetzgeber hierfür zustehende Regelungsspielraum ist.³¹²⁰ Der in der EMRK

³¹¹⁸ Vgl. bezogen auf den Schutz von Sozialnormen im Rahmen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung: REINHARD, 56 f. und 83 ff.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 27 f.; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 564 ff.; SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Grundbegriffe, Rz. 18; MAGNIN, 55 f.; BAYERDÖRFER, 661; s.a. BGE 138 IV 13, E. 3.4.2; im Kontext des Zivilrechts (Kriterium der Sittenwidrigkeit in Art. 19 Abs. 2 OR) vgl. OFK OR-DASSER, Art. 19, Rz. 5, wonach «die konkrete Umsetzung dieser Generalklausel im Einzelfall [...] heikel» sei; zu den Schwierigkeiten, die guten Sitten «als Massstab für die rechtliche Beurteilung» zu ermitteln, s.a. GEIGER, 192 ff. Ob man den Schutz von Sozialnormen und allgemeinen Wertvorstellungen nicht besser vom *polizeilichen* Aufgabenbereich ausklammern müsste (so SCHWEIZER/SUTTER/WIDMER, Rz. 18; MAGNIN, 56; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 567 f.; PFANDER, 92 f.), soll hier nicht vertieft diskutiert werden (am Schutz der öffentlichen Sittlichkeit als Polizeizug festhalten wollen etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1494; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 28; TIEFENTHAL, Polizeirecht, § 4, Rz. 26; s.a. HILL, Abschied, 93 und 96; vgl. auch vorne, bei Fn. 2987).

³¹¹⁹ Rechtliche Regelungen gehen häufig auf «moralische Überzeugungen» zurück bzw. sind dadurch beeinflusst, vgl. ERIC HILGENDORF, Recht und Moral, Aufklärung und Kritik 2001, 72 ff., 75 und 89 (Recht als «*geronnene Moral*»); MARIETTA AUER, Normativer Positivismus – Positivistisches Naturrecht. Zur Bedeutung von Rechtspositivismus und Naturrecht jenseits von Rechtsbegriff und Rechtsethik, in: Andreas Heldrich/Jürgen Prölss/Ingo Koller (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. II, München 2007, 931 ff., 953 (Recht als «*positivierte Moral*»); ferner VON DER PFORDTEN, Differenzierung, 46; SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 11; im Zusammenhang mit dem Schutz und der Durchsetzung *gesellschaftlicher Moralvorstellungen* mit den Mitteln des Rechts ist auch vom «*Rechtsmoralismus*» oder «*legal moralism*» die Rede, siehe DWORKIN, Moral Paternalism, 305; WOLF, Paternalismuskritik, 66; SCHMOLKE, 13; KIENZERLE, 42 f.; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 25; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 385; KLIMPEL, 25 («rechtliche Verbindlichkeit moralischer Normen»); allerdings wird der Begriff des Rechtsmoralismus auch in anderen – hier nicht zu vertiefenden – Zusammenhängen verwendet (dazu ULFRID NEUMANN, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel, in: Cornelius Prittwitz et al. [Hrsg.], Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, 109 ff., 112 ff.; HÖFFE, Politische Gerechtigkeit, 122 ff.).

³¹²⁰ Vgl. BGE 128 IV 201, E. 1.4.3: Zurückhaltung des Bundesgerichts «bei der Beurteilung moralischer Vorstellungen im Bereich der Pornographie» angesichts des Ermessensspielraums des Gesetzgebers.

verschiedentlich als legitimes Eingriffsziel genannte Schutz der «*morals*» ist jedenfalls ohne genaue Konturen geblieben und wird in der EGMR-Rechtsprechung nicht näher definiert;³¹²¹ er dürfte im Wesentlichen einen «Verweis auf nationale Wertvorstellungen» darstellen.³¹²² Mangels eines genauen Konzepts der «Moral»

³¹²¹ Vgl. NOWLIN, 264 f. und 278 f.; PERRONE, 363 ff.; EMRK/GG Konkordanzkommentar-GROTE/WENZEL, Kap. 18, Rz. 89; PREPELUH, 794; URBAN, 195; KOERING-JOULIN, 83 ff.; s.a. EMRK/GG Konkordanzkommentar-BÖHRINGER/THORN, Kap. 16, Rz. 94; häufig werfen *sexuelle Verhaltensweisen* Fragen mit Blick auf ihre Vereinbarkeit mit der «Moral» auf (vgl. bezogen auf inzestuöse sexuelle Beziehungen EGMR, Urteil vom 12. April 2012 i.S. *Stübing gegen Deutschland*, Nr. 43547/08, Ziff. 61); die «Moral» spielt ferner eine Rolle, wenn *zentrale Fragen betreffend das (ungeborenen) Leben und das Sterben* betroffen sind (vgl. im Zusammenhang mit dem Schwangerschaftsabbruch: EGMR, Urteile vom 16. Dezember 2010 i.S. *A, B. und C gegen Irland*, Nr. 25579/05, Rz. 222 ff. und vom 29. Oktober 1992 i.S. *Open Door and Dublin Well Woman gegen Irland*, Nr. 14234/88 und 14235/88, Ziff. 63; bezogen auf die Fortpflanzungsmedizin: EGMR, Urteil vom 3. November 2011 i.S. *S.H. und andere gegen Österreich*, Nr. 57813/00, Ziff. 90, s.a. 104 a.E.; bezogen auf die Sterbehilfe: EGMR, Urteil vom 12. April 2022 i.S. *Lings gegen Dänemark*, Nr. 15136/20, Ziff. 41 und 60), aber auch etwa bezüglich der *Fuchsjagd mit Hunden* (vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 24. November 2009 i.S. *Brian Leonard Friend gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 16072/06 und *Countryside Alliance u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 27809/08, Ziff. 50).

³¹²² URBAN, 195. Mit Blick auf die zeitlich und örtlich wandelbaren und divergierenden Moralvorstellungen verfügen die Mitgliedstaaten über einen *weiten Spielraum* was die Erfordernisse und Anforderungen der öffentlichen Moral und der zu ihrem Schutz gebotenen und notwendigen Massnahmen anbelangt: vgl. EGMR, Urteile vom 12. April 2022 i.S. *Lings gegen Dänemark*, Nr. 15136/20, Ziff. 41; vom 28. Oktober 2014 i.S. *Gough gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 49327/11, Ziff. 166; vom 12. April 2012 i.S. *Stübing gegen Deutschland*, Nr. 43547/08, Ziff. 60 f.; vom 16. Februar 2010 i.S. *Akdaş gegen Türkei*, Nr. 41056/04, Ziff. 27 und 29; vom 29. Oktober 1992 i.S. *Open Door and Dublin Well Woman gegen Irland*, Nr. 14234/88 und 14235/88, Ziff. 68; vom 24. Mai 1988 i.S. *Müller u.a. gegen Schweiz*, Nr. 10737/84, Ziff. 35; vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 52 und 54; vom 26. April 1979 i.S. *Sunday Times gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 6538/74, Ziff. 59; vom 7. Dezember 1976 i.S. *Handyside gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 5493/72, Ziff. 48; BGE 128 IV 201, E. 1.4.3; vgl. ferner URBAN, 195 f., 408 und 417; PREPELUH, 778, 786, 794, 810 und 826; kritisch zu diesem weiten Spielraum etwa KOERING-JOULIN, 97. Allerdings ist dieser Ermessenspielraum *nicht unbegrenzt* (vgl. EGMR, Urteile vom 7. Dezember 1976 i.S. *Handyside gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 5493/72, Ziff. 49; vom 26. Oktober 1988 i.S. *Norris gegen Irland*, Nr. 10581/83, Ziff. 43–45; vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 52 f. und 59); abhängig ist dieser Spielraum u.a. von der Bedeutung des Verhaltens für den Einzelnen (vgl. bezogen auf die sexuelle Orientierung als besonders intimer Aspekt des Privatlebens: EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 52; vgl. aber auch etwa EGMR, Urteil vom 12. April 2012 i.S. *Stübing gegen Deutschland*, Nr. 43547/08, Ziff. 61: weiter Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Strafbarkeit von einvernehmlichen inzestuösen Beziehungen

als Eingriffsziel gerät die Frage in den Vordergrund, ob die getroffenen Massnahmen in einer demokratischen Gesellschaft *notwendig*, mithin durch ein «*pressing social need*» gerechtfertigt und verhältnismässig sind.³¹²³ Dabei bleibt die Bestimmung des Verhältnisses zwischen individueller Freiheit und gesamtgesellschaftlichen Moralvorstellungen angesichts verschiedener, teils gegenläufiger³¹²⁴, örtlich und zeitlich wandelbarer³¹²⁵ sittlicher Überzeugungen offensichtlich konfliktträchtig. Dieser Konflikt ist bereits in der EMRK und der BV selbst angelegt, die sich zu einer pluralistischen, offenen Gesellschaft bekennen.³¹²⁶

2. Komplexe Verbindungslinien zwischen dem Schutz der Moral und dem Schutz vor sich selbst

Besondere Schwierigkeiten macht die Einordnung der Selbstschädigung bzw. des *Schutzes vor sich selbst* unter die öffentliche Sittlichkeit oder die guten Sitten. Festzuhalten ist zunächst, dass der Schutz moralischer Normen keineswegs mit einer paternalistischen Absicht verbunden sein muss.³¹²⁷

Dies ist besonders dann offensichtlich, wenn die Beschränkung individueller Freiheiten damit begründet wird, gewisse Verhaltensweisen würden für das *friedliche, gemeinsame Leben* zentrale Grundwerte in Gefahr bringen bzw. auf Werte zurückwirken, die dafür als unerlässlich erachtet werden (und es sich dabei nicht nur um eine «vorgeschobene» Recht-

zwischen Erwachsenen, obwohl diese Entscheidung einen intimen Aspekt des Privatlebens der betroffenen Personen betrifft); vgl. zum – tendenziell engen – Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten im Bereich homosexueller Handlungen WIEMANN, 204 ff. Für die Bestimmung des Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten spielt es auch eine Rolle, ob deren Regelungen Gemeinsamkeiten aufweisen oder eben nicht (EGMR, Urteil vom 12. April 2022 i.S. *Lings* gegen *Dänemark*, Nr. 15136/20, Ziff. 43).

³¹²³ Vgl. PERRONE, 365; URBAN, 195 f. und 408.

³¹²⁴ Vgl. HANS JÖRG SANDKÜHLER, *Moral und Recht? Recht oder Moral? Zur Einführung*, in: Hans Jörg Sandkühler (Hrsg.), *Recht und Moral*, Hamburg 2010, 9 ff., 13 ff.; die Rede ist bei GEIGER, 67 von der «Moralverwirrung» – der «Diskrepanz zwischen den individuellen Moralauffassungen».

³¹²⁵ EGMR, Urteil vom 7. Dezember 1976 i.S. *Handyside* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 5493/72, Ziff. 48; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2553; ein Film, der die *freie Liebe* propagiert, würde von einem Gericht heute nicht mehr als unsittlich bezeichnet werden (vgl. demgegenüber noch VGer ZH Urteil vom 15. Dezember 1967, RB 1967 Nr. 50, 66).

³¹²⁶ Vgl. bezogen auf die EMRK NOWLIN, 265.

³¹²⁷ Vgl. FATEH-MOGHADAM, *Grenzen*, 25; ENDERLEIN, 265 und 269 f.; HETTICH, Fn. 277; SCHMOLKE, 13; differenzierend auch HART, 30 ff.

fertigung handelt³¹²⁸).³¹²⁹ Ebenso wenig handelt es sich um staatlichen Paternalismus, wenn der Einzelne deshalb vor einer Schädigung seiner «moralischen Integrität» bewahrt werden soll, weil er die gesellschaftliche (für das gemeinsame Zusammenleben als wichtig erachtete) Gesamtmoral mitkonstituiert und diese aufrechterhalten bzw. vor «negativer» Veränderung bewahrt werden soll.³¹³⁰ Ferner ist an Verhaltensweisen zu denken, die zu Verstörung, Schock oder Schuldgefühlen bei denjenigen Personen führen, die eine Eigenschädigung mitansehen oder deren Folgen (z.B. als Angehörige) erdulden müssen. Man kann hier auch von *psychisch-moralischen Kosten sprechen*.³¹³¹ Allerdings ist dies m.E. nur insofern ein Problem der öffentlichen Sittlichkeit oder der guten Sitten, als diese Gefühle ihren Ursprung in der Verletzung einer sittlich-moralischen Regel bzw. Überzeugung haben. Geht es um die Vermeidung negativer Einflüsse auf das Empfinden und die seelische Entwicklung ist die Grenze zwischen dem Schutz der *Moral* und dem Schutz von *Freiheiten und Rechten* Dritter ohnehin nicht einfach zu ziehen.³¹³²

Allerdings vermischen sich paternalistische Zielsetzungen häufig mit solchen zum Schutz bestimmter Sittlichkeitsvorstellungen; oder es finden paternalistische Überlegungen – zumindest hintergründig – Eingang in die Beurteilung, was den guten Sitten oder der öffentlichen Sittlichkeit entspricht. Insofern werden die öffentliche Sittlichkeit und die guten Sitten in einem gewissen Mass zu einem «Einfallstor» für eine aufgedrängte, paternalistisch motivierte Fürsorge:³¹³³

- (1.) Zuweilen wird auf die *öffentliche Moral* rekurriert, um den Einzelnen vor einer Schädigung in seinen «moralischen» Interessen zu bewahren.

³¹²⁸ Siehe zu diesem Problemkreis vorne, Teil I B. 2, dort Ziff. (5.)(a.), insb. bei Fn. 136.

³¹²⁹ Beispielsweise stellt sich die Frage, inwiefern sich der Konsum gewalttätiger Pornographie negativ auf die Einstellungen zu sexueller Gewalt und die Gleichbehandlung der Geschlechter auswirkt, vgl. CAPPUCCIO, 12 ff.

³¹³⁰ In diese Richtung geht m.E. die Argumentation des Bundesgerichts in BGE 114 IV 116, E. 4 b/aa im Kontext der Bestrafung «unzüchtiger Veröffentlichungen»: «Der Europäische Gerichtshof hat festgestellt, dass es einen nach Art. 10 Ziff. 2 EMRK berechtigten Zweck darstelle, die Moral der Jugend zu schützen (Fall Handyside, EuGRZ 1977 S. 45). Es ist nicht einzusehen, wieso nicht auch die Moral erwachsener Personen (unter denen sich ebenfalls labile und leicht beeinflussbare Menschen befinden) und damit die gesamtgesellschaftliche Moral schützenswert sein sollten.»; eine solche Argumentation ist allerdings *äusserst problematisch* und birgt die Gefahr, paternalistische Motive zu verschleiern (siehe dazu auch hinten, bei Fn. 3230).

³¹³¹ Vgl. zu solchen negativen Effekten auf das Gefühlsleben: RIGOPOULOU, 86 und 95; CALABRESI/MELAMED, 1111 f.; EIDENMÜLLER, Effizienz, 368 f.; KLEINIG, 92 f.; DWORKIN, Second Thoughts, 109 f.; FEINBERG, Harm to Self, 139 ff., insb. 140 f.

³¹³² Die Rechtsprechung weist verschiedentlich auf die enge Verbindung zwischen dem Schutz der Moral und dem Schutz von Rechten Dritter hin, vgl. EGMR, Urteile vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 47 und vom 24. Mai 1988 i.S. *Müller u.a.* gegen *Schweiz*, Nr. 10737/84, Ziff. 30; BGE 128 IV 201, E. 1.4.2; ferner EKMR, Bericht vom 8. Oktober 1986 i.S. *Müller* gegen *Schweiz*, Nr. 10737/84, Ziff. 74.

³¹³³ Vgl. KLIMPEL, 14; MALACRIDA, 155.

Der EGMR hat Massnahmen zum Schutz «moralischer Interessen» und des «moralischen Wohlbefindens» («*moral interests and welfare*») von Personen, die z.B. aufgrund mangelnder Reife, geistiger Behinderung oder eines Abhängigkeitsverhältnisses besonders schutzbedürftig erscheinen, (auch) unter dem Aspekt der «*Moral*» i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK beurteilt.³¹³⁴ Das Bundesgericht sah den durch die (mittlerweile aufgehobene) Strafbarkeit der Exkrementenpornographie beabsichtigten Schutz des *Betrachters* vor einer «korrumperierenden Wirkung» und einer Nachahmung des Geschehens sowie der *Darstellerinnen und Darsteller* «vor erniedrigender und menschenunwürdiger Behandlung» zum Schutz der *öffentlichen Moral* als gerechtfertigt an.³¹³⁵

- (2.) Problematisch sind diejenigen Fälle, in denen es um eher *diffuse sittliche Vorstellungen* über das gute und richtige Leben geht. Namentlich dann, wenn individuelles («eigenschädigendes») Verhalten deshalb als «sittenwidrig» beurteilt wird, weil es als *bizar*r und *unverständlich* erscheint bzw. weil es (angeblich) *ohne «vernünftigen» Grund* erfolgt. Es geht dann nur bedingt um den Schutz von moralischen Regeln im Interesse des gemeinschaftlichen Zusammenlebens; die Vorstellungen über den richtigen und vernünftigen Umgang mit sich selbst sind primär der *Antrieb*, die Präferenzen und Interessen des Einzelnen zu hinterfragen und ihm zu einem «besseren» Leben verhelfen zu wollen. So gesehen bestehen starke Berührungspunkte zu einem paternalistischen Handeln.³¹³⁶

Die Problematik zeigt sich bei der Frage, ob und inwiefern in schwere Körperverletzungen eingewilligt werden kann. Hier wird zuweilen die Auffassung vertreten, dass Massnahmen, die keinem *vernünftigen oder therapeutischen Zweck* dienen, als Verstoss gegen die *guten Sitten* zu behandeln sind;³¹³⁷ oder es wird – im strafrechtlichen Kontext – vorgebracht, die Einwilligung müsse einem «sittlichen Wert» dienen, was «im Medizinalbereich in der Regel eine medizinische Indikation» voraussetze.³¹³⁸

³¹³⁴ Siehe EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 47 (im Kontext der Strafbarkeit homosexueller Handlungen); der EGMR weist jedoch auf die Überschneidungen zum Eingriffsziel der «Rechte und Freiheiten anderer» hin und nimmt deshalb eine Prüfung auch unter diesem Gesichtspunkt vor (vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 3132).

³¹³⁵ BGE 128 IV 201, E. 1.4.2 und 1.4.5.

³¹³⁶ Vgl. EIDENMÜLLER, Effizienz, 368 f.; WOLF, Paternalismuskritik, 62 f.

³¹³⁷ FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 372 ZGB, Rz. 14.

³¹³⁸ Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/GETH, Art. 14, Rz. 11; s.a. DUPUIS et al., PC CP, Rem. pré. aux art. 122 à 126, Rz. 10 («éthiquement louable»); gemäss BSK StGBI-ROTH/BERKEMEIER, Vor Art. 122, Rz. 21 ist bei schweren Körperverletzungen «eine Einwilligung jedenfalls dann möglich und beachtlich, wenn die Hinnahme der Verletzung einem sittlichen, ethisch anerkannten Zweck [...] dient» – «[d]iese sittliche, moralische Rechtfertigung» müsse «indessen nicht unbedingt vorliegen»; vgl. dazu auch hinten, bei Fn. 3759 ff.; bezogen auf das Strafrecht kritisch zur Durchsetzung «wohlverstandener» und «vernünftiger» Interessen über das Kriterium der guten Sitten: WEISSENBERGER, Einwilligung, 51 f. und 139 ff.; vgl. auch hinten, bei Fn. 3185.

- (3.) Die Verbindungslinien zwischen den guten Sitten und staatlichem Paternalismus sind jedenfalls dann besonders eng, wenn über die guten Sitten dem Schutz der *Persönlichkeit* und der *Selbstbestimmung* dienende Verfügungs- und Einwilligungsschranken statuiert werden.³¹³⁹

Dies zeigt sich insbesondere beim Schutz vor übermässiger Bindung in Art. 27 Abs. 2 ZGB, («persönlichkeitswidrige Verträge»³¹⁴⁰). Diese Bestimmung steht – wenn auch nicht ausschliesslich, so doch wesentlich – im Interesse *des Einzelnen*, dient dem Schutz seiner Freiheit, seiner Person und Persönlichkeit und ist damit zumindest *auch* paternalistisch motiviert.³¹⁴¹ Die Persönlichkeitswidrigkeit ist – so der Wortlaut der Bestimmung – mit Blick auf das Recht und die *guten Sitten* zu bestimmen.³¹⁴² Ob diese Persönlichkeitswidrigkeit als Unterfall der Sittenwidrigkeit behandelt werden muss oder als eigenständiges «Kontrollkriterium» zu gelten hat, muss hier nicht vertieft werden,³¹⁴³ nach der Rechtsprechung sollen jedenfalls Bindungen im *höchstpersönlichen Kernbereich* wegen eines Verstosses gegen die *guten Sitten* unzulässig und nichtig sein (während eine ansonsten zulässige, aber übermässige Bindung «nur» gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst und entsprechende Verträge grundsätzlich erfüllt werden können).³¹⁴⁴ Wenn aber die Bestimmung von Art. 27 Abs. 2 ZGB wesentlich im Dienste des Einzelnen steht, wird letztlich ein *Schutz vor sich selbst* (im höchstpersönlichen Kernbereich) mit dem Schutz der guten Sitten begründet und gerechtfertigt, zumal gemäss der vom Bundesgericht referenzierten Differenzierung von BUCHER bei den guten Sitten i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB «nicht *objektive* Gesichtspunkte der Moral und guten Sitten» wie bei Art. 20 OR massgeblich sein sollen, sondern «*subjektive* Elemente in der Person des zu Schützenden»; es gehe nicht um die «Verwirklichung von *Allgemeininteressen*», sondern es seien «*allein die höchstpersönlichen Interessen des Betroffenen entscheidend*» (Herv. im Original).³¹⁴⁵ So gesehen wird

³¹³⁹ Vgl. zu diesen Verbindungslinien zwischen Paternalismus und guten Sitten auch SEELMANN, Paternalismus und Solidarität, 109; SZERLETICS, 40; s.a. HETTICH, Fn. 277.

³¹⁴⁰ BK OR-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 186; BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rz. 31 und 43.

³¹⁴¹ Siehe vorne, bei Fn. 564 ff.; der in Art. 27 Abs. 2 ZGB «niedergelegte Rechtsgrundsatz» gehört – so das Bundesgericht – «zur wesentlichen, weitgehend anerkannten Wertordnung, die nach in der Schweiz herrschender Auffassung Grundlage jeder Rechtsordnung bilden sollte» (BGE 138 III 322, E. 4.3.1).

³¹⁴² BK OR-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 186; BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rz. 31.

³¹⁴³ BSK ZGB I-REITZE, Art. 27, Rz. 8 geht davon aus, «dass der Verstoß gegen das Recht der Persönlichkeit gem. Art. 27 Abs. 2 ein *eigenständiges Kontrollkriterium* bildet, welches der Sittenwidrigkeit – sowie den anderen in Art. 19/20 OR genannten Schranken – nicht unter-, sondern gleichgeordnet ist» (Herv. im Original); für eine eigenständiges Kontrollkriterium auch BK-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 208; gemäss BGE 129 III 209, E. 2.2 ist bei Art. 27 Abs. 2 ZGB zwischen einem Verstoß gegen die Persönlichkeit und einem Verstoß gegen die guten Sitten zu unterscheiden.

³¹⁴⁴ BGE 129 III 209, E. 2.2; BGER 5C.72/2004, E. 4.2.1; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 528 ff.; vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 565 ff.

³¹⁴⁵ BK ZGB-BUCHER, Art. 27 ZGB, Rz. 162 f.; unter Bezugnahme u.a. auf BUCHER differenziert das Bundesgericht in BGE 136 III 401, E. 5.4 wie folgt: Im durch Art. 27 Abs. 2 ZGB

dem Einzelnen über den Begriff der guten Sitten in seinem eigenen Interesse eine (rechtswirksame) Bindung im höchstpersönlichen Kernbereich verunmöglicht.³¹⁴⁶

Diese Anrufung der guten Sitten, der öffentlichen Sittlichkeit oder der «Moral» für die Durchsetzung von paternalistisch motivierten Absichten ist alles andere als unproblematisch. Nachfolgend ist zu zeigen, dass ein Schutz vor sich selbst keinen Rückhalt im Schutz der guten Sitten und der öffentlichen Sittlichkeit findet, und – was v.a. für die diffusen Grenzbereiche zwischen dem Schutz der Moral und dem Schutz vor sich selbst von Bedeutung ist – die öffentliche Sittlichkeit ohnehin nur sehr beschränkt in der Lage ist, Freiheitsbeschränkungen zu rechtfertigen.

3. Trennung zwischen Paternalismus und dem Schutz der Moral

a) Zunächst: Interpretation der «Sittlichkeit» unter Berücksichtigung der (verfassungs-)rechtlichen Werte

Was die guten Sitten und die öffentliche Sittlichkeit ausmacht, kann nicht ohne Bezugnahme auf die Rechtsordnung einschliesslich der Verfassung beantwortet werden. Zwar sind – trotz aller Unbestimmtheit des Sittlichkeitsbegriffs und der demokratischen Defizite bei der Anwendung von Sittlichkeitsklauseln³¹⁴⁷ – nicht nur solche Werte unter dem Aspekt der öffentlichen Sittlichkeit oder der guten Sitten schützenswert, die sich aus der Rechtsordnung insbesondere der Verfassung selbst ergeben bzw. darin zum Ausdruck kommen (sog. «*rechtsimmanenter Ansatz*»³¹⁴⁸).³¹⁴⁹ Doch ist das, was zur öffentlichen Sittlichkeit gehört, zumindest *auch*

erfassten «höchstpersönlichen Kernbereich der Persönlichkeit», sei «die vertragliche Bindung als solche abzulehnen, weil die Vertragsparteien bzw. eine von ihnen *aufgrund subjektiver Elemente* in dem infrage stehenden Bereich keiner vertraglichen Bindung unterworfen sein sollen» (Herv. d. Verf.); davon zu unterscheiden seien Verträge, «bei welchen die Verwerflichkeit (Sittenwidrigkeit) in deren Inhalt» liege und deren «rechtlichen Verbindlichkeit [...] *objektive Gesichtspunkte* der Moral und der guten Sitten» entgegenstünden (Herv. d. Verf.).

³¹⁴⁶ Dazu näher hinten, Teil 3 IV. D. 3. b) ii.

³¹⁴⁷ Vgl. auch vorne, bei Fn. 3118.

³¹⁴⁸ KAHL, Sittlichkeitsklauseln, 456 f.

³¹⁴⁹ Vgl. KAHL, Sittlichkeitsklauseln, 456 ff.; ferner BGE 133 II 136, E. 5.3.1, wonach der Sittlichkeitsbegriff «auch *ausserrechtliche* Normen aufgrund sozioethischer Vorstellungen» umfasse und «in starkem Mass von den herrschenden sozialen *und* den wesentlichen, verfassungsimmanenten gesellschaftlichen Werten» abhänge (Herv. d. Verf.); im Kontext des Zivilrechts vgl. BGE 132 III 455, E. 4.1; ferner BGer 4A_3/2014, E. 3.1; BGE 129 III 604, E. 5.3). Mit der öffentlichen Sittlichkeit soll eben gerade auf *ausserrechtliche* Werte verwiesen werden, weshalb sie einen eigenständigen Gehalt neben dem Schutz der Rechtsord-

mit Blick auf die der Rechtsordnung und insbesondere *der Verfassung* innewohnenden Werte zu bestimmen.³¹⁵⁰ Der Begriff ist *verfassungs- und grundrechtskonform* zu interpretieren³¹⁵¹ – nicht zuletzt mit Blick auf die *Menschenwürde*³¹⁵². Unter dem Aspekt der Sittlichkeit kann nur geschützt werden, was mit den *grundsätzlichen Wertungen und Grundentscheidungen* der Verfassung *übereinstimmt*.³¹⁵³ Je weniger eine Sozialnorm oder ein «Wert» in der Rechtsordnung Rückhalt findet, umso fraglicher ist es zudem, ob ihr bzw. ihm tatsächlich eine allgemeine Überzeugung zugrunde liegt.³¹⁵⁴ Das alles gilt auch bezogen auf Sittlichkeitsklauseln im Zivilrecht,³¹⁵⁵ nicht zuletzt aufgrund der durch Art. 35 BV gebotenen grundrechtskonformen Handhabung und Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.³¹⁵⁶

Freilich ergeben sich auch bei einer verfassungskonformen Handhabung der «Sittlichkeit» Schwierigkeiten, was angesichts der Offenheit und Interpretationsbedürftigkeit der in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Werte nicht zu erstaunen vermag.³¹⁵⁷ Gerade den Grundrechten und v.a. der Menschenwürde werden zuweilen «objektive» und unverfügbare Werte entnommen, die auch selbstschädigendem oder «selbstentwürdigendem» Verhalten eine Grenze ziehen sollen.³¹⁵⁸ Besonders eng ist die Verbindung zwischen einem Grundrechtsschutz vor sich selbst und einem Schutz der guten Sitten dann, wenn die nach Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässige

nung hat (vgl. KAHL, Sittlichkeitsklauseln, 460). Für eine (stärkere) Rückbindung des Sittlichkeitsbegriff an die (Verfassungs-)Rechtsordnung hingegen VAN SPYK, 87 f.; MALACRIDA, 155.

³¹⁵⁰ Vgl. BGE 133 II 136, E. 5.3.1; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 563; KGer SG, Entscheidung vom 9. Januar 2020, ST.2019.22-SK3, SJZ 2022, 881 ff., E. III. 2.c/aa, 883.

³¹⁵¹ Vgl. BVerfG B 2419/2008, E. 2.4 und 3.3 (grundrechts- und verfassungskonforme Auslegung des Begriffs der «guten Sitten» in Art. 2 Bst. d MSchG); JOST, 24 f. (bezogen auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung); BVerwG, 6 C 16/02, NVwZ 2003, 603 ff., 604 (Gaststätten-erlaubnis für einen Swingerclub), wonach die Auslegung des (gewerberechtlichen) Begriffs der «Unsittlichkeit» «dem Recht des Einzelnen auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit gem. Art. 2 I GG gerecht werden» müsse, «das auch das Recht auf Freiheit in der Gestaltung der Intimsphäre» einschliesse; s.a. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1169 f.

³¹⁵² MALACRIDA, 155; für eine Auslegung der «*public morals clause*» der EMRK mit Blick auf die *Menschenwürde*: PERRONE, 370 ff., insb. 373.

³¹⁵³ KAHL, Sittlichkeitsklauseln, 459 und 461; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 563; BVerfG B-2419/2008, E. 2.4.

³¹⁵⁴ Vgl. REICHLÉ/SCHISTER, 21.

³¹⁵⁵ REICHLÉ/SCHISTER, 21.

³¹⁵⁶ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 2235 f.

³¹⁵⁷ Vgl. KAHL, Sittlichkeitsklauseln, 461 f.; KLIMPEL, 14 f.; ZUFFEREY-WERRO, Rz. 937 f.; s.a. PERRONE, 373.

³¹⁵⁸ Siehe vorne, Teil 2 II. B. 1. a) (Menschenwürde) und Teil 3 IV. B., insb. Teil 3 IV. B. 2 (Grundrechte).

Bindung im höchstpersönlichen (Kern-)Bereich auch mit Blick darauf bestimmt wird, ob die Bindung verfassungs- und grundrechtlich geschützte Freiräume der Persönlichkeit berührt.³¹⁵⁹ Bei einer verfassungskonformen Handhabung von Sittlichkeitsklauseln bleibt aber zu beachten, dass sich weder die Würde noch die (übrigen) Grundrechte gegen (freiverantwortliches) Handeln richten lassen – und zwar auch nicht über die guten Sitten oder die öffentliche Sittlichkeit.³¹⁶⁰ Eine Konkretisierung der guten Sitten über die Menschenwürde darf auch nicht dazu führen, dass die von der Würde geforderte *Offenheit* gegenüber abweichenden Lebensvorstellungen unterlaufen wird. Die Gefahr, dass bestimmte Wert- und Sittlichkeitsüberzeugungen über die Würde gegenüber abweichenden Vorstellungen «immunisiert» werden, sollte aber nicht unterschätzt werden.³¹⁶¹ Wenn das, was den guten Sitten entspricht oder ihnen widerspricht, aus der – *unbedingt zu achtenden* – Würde hergeleitet wird, besteht zudem die Problematik, dass Abwägungen mit der individuellen Freiheit unterleiben (müssen).³¹⁶² Mit der vorschnellen Annahme eines Verstosses gegen die guten Sitten über eine angebliche Würdeverletzung gerät auch die Beurteilung in den Hintergrund, ob das fragliche Verhalten *tatsächlich* (noch) einer herrschenden Wertvorstellung widerspricht und für das gemeinsame Zusammenleben (erheblich) störend ist.³¹⁶³

Bei der gebotenen Interpretation der Sittlichkeit mit Blick auf die Verfassung ist ganz allgemein zu berücksichtigen, dass der freiheitliche Staat nicht als moralisch-sittliche «Erziehungsanstalt» auftreten soll und will³¹⁶⁴ und es der Einzelnen er-

³¹⁵⁹ Für die Bestimmung einer übermässigen Bindung (im höchstpersönlichen Bereich) soll es auch eine Rolle spielen, ob der Vertrag, «gesellschaftliche – zumeist auch verfassungsrechtlich geschützte – Freiräume der Persönlichkeit» berührt, siehe BSK ORI-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rz. 44; BSK ZGBI-REITZE, Art. 27, Rz. 13; vgl. ferner BELSER, Vertragsrecht, 434.

³¹⁶⁰ Bezogen auf die Grundrechte im Allgemeinen vorne, bei Fn. 2867 f.; bezogen auf die Würde im Besonderen siehe vorne, bei Fn. 1108 ff.

³¹⁶¹ Vorne, bei Fn. 1038; s.a. vorne, bei Fn. 974.

³¹⁶² Illustrativ zu dieser Problematik BVerwGE 115, 189, NVwZ 2002, 598 ff., 603 («spielerisches Töten» in einem Laserdrome als Verstoss gegen die Menschenwürde, was i.c. ein zwingendes Verbot zum Schutz der öffentlichen Ordnung erforderlich mache – kein Raum für eine «Ermessensbestätigung» unter dem Aspekt der Berufsfreiheit, der Eigentumsgarantie oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes); s.a. – allerdings ohne Bezugnahme auf die guten Sitten – MÜLLER, Der politische Mensch, 14.

³¹⁶³ Vgl. SUCHOMEL, 224 ff. und 233 ff.; Bayer. VGH, Urteil vom 27. Nov. 2012, ZfBR 2013, 271 ff., 273; kritisch zur Vermischung der Würde mit den guten Sitten auch GEDDERT-STEINACHER, 89 und 92 f.

³¹⁶⁴ Vgl. PETERMANN, Entwurf, 1128.

laubt, nach ihrer eigenen Vorstellung glücklich zu werden.³¹⁶⁵ Jedenfalls ein «harter» Paternalismus gerät in verschiedener Hinsicht in einen – noch näher zu spezifizierenden – *Konflikt* mit der Verfassung und den in ihr zum Ausdruck kommenden Werten (Würde des Einzelnen, Eigenverantwortung und Definitionsmacht über das eigene Wohl, individuelle Selbstbestimmung).³¹⁶⁶ Dieser Konflikt besteht selbst dann, wenn die Einzelne irreversible Handlungen tätigt oder umfangreiche Bindungen eingeht (was ebenfalls Ausdruck grundrechtlich geschützter Freiheitsausübung ist³¹⁶⁷). Der (umfassende) Freiheitsverzicht darf deshalb nicht vorschnell als Verstoss gegen verfassungsrechtliche Wertungen und – gestützt darauf – als Verstoss gegen die guten Sitten bezeichnet werden. Dies gilt auch bezogen auf die aktive Sterbehilfe: Die Notwendigkeit eines Verbots lässt sich nicht einfach mit einem Hinweis auf einen (angeblichen) Verstoss gegen in der Verfassung verankerte Werte begründen.³¹⁶⁸

Ein Schutz vor sich selbst im Sinne eines *harten* Paternalismus darf – bei einer an der Verfassung (mit-)orientierten Bestimmung der guten Sitten bzw. der öffentlichen Sittlichkeit – deshalb m.E. nicht als Ausdruck einer allgemein geteilten Wertüberzeugung und «Moral» betrachtet werden. Kein grundsätzlicher Konflikt besteht hingegen bei einem *weichen* Paternalismus, zumal es einer allgemein geteilten Wertüberzeugung entsprechen dürfte, die Menschen nicht ihrem – unfreiwillig gewählten – Schicksal zu überlassen.

³¹⁶⁵ Dazu auch vorne, bei Fn. 1796 ff.; allgemein zur – wenn auch nicht umfassenden – «Neutralität» des Staates in ethisch-moralischen Belangen vorne, bei Fn. 1229 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 1928 ff. und hinten, bei Fn. 3171.

³¹⁶⁶ Vgl. vorne, Teil 2 II. C, insb. Teil 2 II. C. 2 (Würde), Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (1.) bei Fn. 1793 ff. (Bestimmungsmacht über das eigene Wohl; Grundsatz, dass die [freiverantwortlich ausgeübte] Freiheit [nur] an der Freiheit der anderen eine Grenze findet); vgl. zum Ganzen insb. auch hinten, Teil 4, insb. Teil 4 II. C.

³¹⁶⁷ Vgl. vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.) bei Fn. 1335 ff.

³¹⁶⁸ Zu undifferenziert m.E. die – allerdings schon ältere – Antwort des Bundesrates vom 28. Februar 1994 auf die Ip. Eggly Jacques-Simon vom 16. Dezember 1993 «Euthanasie sur demande. Réglementation» (93.3650): «A plusieurs reprises, le Conseil fédéral a émis l'avis que toute forme d'euthanasie active était incompatible avec les valeurs sur lesquelles est fondée notre constitution.»; zum Problemkreis der aktiven Sterbehilfe aus grundrechtlicher Sicht vgl. bereits vorne, bei Fn. 1444 ff.

b) Trennung zwischen dem Schutz der Moral
und dem (paternalistischen) Schutz vor Selbstgefährdungen

i) Gefährdung in der individuellen «Moral»

Um nichts anderes als um Paternalismus handelt es sich, wenn der Einzelne unter Anrufung der guten Sitten oder der öffentlichen Sittlichkeit vor einer *moralischen Selbstgefährdung* geschützt bzw. – in seinem *wohlverstandenen eigenen Interesse* – verhindert werden soll, dass er in seinem moralischen Wohlbefinden verletzt, moralisch korrumpiert oder in seiner «Würde» gefährdet wird.³¹⁶⁹ Für das gemeinsame Zusammenleben relevante Sozialnormen werden dann gerade nicht angerufen, sondern Interessen des Betroffenen selbst.³¹⁷⁰

Im Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit findet eine solche aufgedrängte Fürsorge für sich genommen keine Legitimation und keinen Rückhalt. Wie die Einzelne mit sich selbst umgeht, welchen «moralischen» Gefährdungen sie sich aussetzt, ist ihre *Privatsache*. Die öffentliche Sittlichkeit steht auch nicht im Dienste eines Schutzes individueller (wohlverstandener) Moralvorstellungen oder gar einer (verfassungsrechtlich ohnehin höchst problematischen³¹⁷¹) moralischen Besserung der Einzelnen in ihrem eigenen, «besten» Interesse: Gemeint ist der Schutz der für das *gemeinsame Zusammenleben wesentlichen Sozialnormen*.³¹⁷² Ein paternalistisch motivierter Schutz in «moralischen» Interessen *ohne Anrufung von Drittinteressen* steht richtigerweise ausserhalb des Schutzes der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, soweit die Einzelne keinen Defiziten in der Willensbildung und -umsetzung unterliegt.³¹⁷³ Aber selbst *unfreiwillige* Handlungen, die (voraussichtlich) zu einer cha-

³¹⁶⁹ Siehe ENDERLEIN, 266; SZERLETICS, 40; dazu auch vorne, Teil 3 IV. D. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3134 ff. Ein Paternalismus zum Schutz vor einer «moralischen» Schädigung (z.B. einer «Korruption des Charakters», siehe KIENZERLE, 44) wird auch bezeichnet als «*moralistic legal paternalism*» (DWORKIN, *Moral Paternalism*, 305), «*moralistic paternalism*» (FEINBERG, *Harm to Others*, 12 f.) bzw. «*moralischer Paternalismus*» (ENDERLEIN, 15, LENZ, 200 [«moralischer Rechtspaternalismus»]; ferner KIENZERLE, 44; RIGOPOULOU, 25 f. und – teilweise differenzierend – MÖLLER, *Paternalismus*, 189).

³¹⁷⁰ Vgl. auch vorne, bei Fn. 3030. Davon zu trennen ist eine Begründung, wonach sich eine moralische Selbstgefährdung negativ auf die gesellschaftliche Gesamtmoral auswirke (vgl. vorne, bei Fn. 3130, und hinten, bei Fn. 3230).

³¹⁷¹ BVerfGE 22, 180 (219), JZ 1967, 568 f., wonach der Staat nicht die Aufgabe habe, seine Bürger zu «bessern»; ferner ISENSEE, *Würde des Menschen*, in: HGR Bd. IV/I, § 87, Rz. 224: Weil der Staat nicht die Aufgabe habe, seine Bürger zu bessern, sei eine staatliche «Bevormundung» durch «Vorsorge gegen moralische Selbstgefährdung» nicht statthaft; s.a. vorne, bei Fn. 3164 f. m.H.

³¹⁷² VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 983 f.; vorne, bei Fn. 3016 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3203.

³¹⁷³ Vgl. vorne, Teil 3 IV. C. 2, insb. Teil 3 IV. C. 2. c), und Teil 3 IV. C. 3.

rakterlichen «Verrohung», schwer nachvollziehbaren individuellen Überzeugungen und Werthaltungen oder Beeinträchtigungen im moralischen Wohlbefinden führen, können – im Interesse des *Gefährdeten selbst* – nicht unter Berufung auf die *öffentliche Moral* unterbunden werden – hier sind primär *sozialpolitische Interessen* einschlägig oder allenfalls (in engen Grenzen) der von der *öffentlichen Sicherheit* umfasste Individualgüterschutz.³¹⁷⁴ Entsprechendes muss m.E. für den Begriff der guten Sitten im *Zivilrecht* gelten – auch dieser lässt sich nicht fruchtbar machen, um dem Einzelnen einen Schutz vor «moralischen» Selbstgefährdungen aufzudrängen. Zwischen der öffentlichen Moral und der individuellen Moral ist insofern klar zu unterscheiden.³¹⁷⁵ Das gilt auch dann, wenn *zahlreiche* oder *unbestimmt viele* Personen in ihren wohlverstandenen, eigenen Interessen (und gegen ihren Willen) in ihrer «Moral» geschützt werden sollen – auch hier aktualisiert sich der Schutz der *öffentlichen Moral* für sich genommen nicht.³¹⁷⁶

ii) Bemerkungen zur zivilrechtlichen Sittenwidrigkeit der übermässigen Bindung

Schwierigkeiten bereitet die Einordnung und die Handhabung der Bestimmung von Art. 27 Abs. 2 ZGB, insbesondere mit Blick auf die als sittenwidrig (und nichtig) eingestuften *Bindungen im höchstpersönlichen Kernbereich*.³¹⁷⁷ Die guten Sitten werden hier auch für einen *Schutz vor sich selbst* fruchtbar gemacht.³¹⁷⁸

Dies ist schon deshalb problematisch, da – wie gerade ausgeführt – zwischen der Absicht, für das gemeinsame Zusammenleben zentrale Normen schützen zu wollen, und dem Zweck, den Einzelnen vor einer Verletzung wohlverstandener eigener Interessen zu bewahren, zu unterscheiden ist. Jedenfalls reicht allein der Umstand, dass eine Bindung im höchstpersönlichen Kernbereich vorliegt, bei einer grund- und verfassungsrechtskonformen Handhabung des Sittlichkeitskriteriums nicht aus, um einen Schutz vor sich selbst zu rechtfertigen. Die Einzelne ist in ihrem freiverantwortlichen Handeln umfassend grundrechtlich geschützt und hat auch das

³¹⁷⁴ Dazu vorne, Teil 3 IV. C. 3.

³¹⁷⁵ Vgl. im Kontext von Art. 10 EMRK CAPPUCCIO, 6 ff.; vgl. auch ENDERS, Sozialstaatlichkeit, Fn. 151, wonach bei der «allgemeine[n] Freiheitsschranke der «guten Sitten» oder der «öffentlichen Ordnung» [...] legitime und bewährte Verhaltensregeln mit Rücksicht auf ein erträgliches Zusammenleben sanktioniert, nicht aber schlechthin Heilsmassstäbe oktroyiert werden».

³¹⁷⁶ Dazu vorne, bei Fn. 3034 f.; zu undifferenziert m.E. BGE 114 IV 116, E. 4 b/aa (Schutz der Moral labiler, leicht beeinflussbarer Erwachsener vor unzüchtigen Veröffentlichungen als Schutz der «gesamtgesellschaftlichen Moral» bzw. der «öffentlichen Sittlichkeit»).

³¹⁷⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 564 ff. und 3144.

³¹⁷⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 3140 ff., insb. 3145 f.

Recht, *weitgehende Bindungen (gegenüber Dritten)* in mit der Persönlichkeit (sehr) eng verwobenen Bereichen einzugehen;³¹⁷⁹ zudem steht eine paternalistische Intervention nur insofern im Einklang mit den grundsätzlichen Wertungen der Verfassung, als sie die Einzelne *besserstellt*, wobei darüber nicht nach einem objektiven Vernunftmassstab sondern nach den subjektiven Interessen und Wertungen der Betroffenen zu urteilen ist (das wird noch im Einzelnen darzulegen sein³¹⁸⁰). Sofern die Einzelne in ihrem Handeln aber keinen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt (z.B. einer Urteilsunfähigkeit oder einen Irrtum), besteht aus verfassungsrechtlicher Sicht – was noch im Einzelnen zu erörtern sein wird – kein Raum für ein staatliches Einschreiten.³¹⁸¹ Eine *Nichtigkeitsfolge* zum Schutz der Einzelnen *vor sich selbst* kann sich so gesehen nur dann rechtfertigen, wenn die übermässige Bindung in einem höchstpersönlichen Bereich *nicht freiverantwortlich* eingegangen wird.

Aus einer grund- und verfassungsrechtlichen Sicht scheint mir die in der zivilrechtlichen Lehre geäusserte Auffassung begrüssenswert, wonach selbst eine rechtsgeschäftliche Bindung im Kernbereich der Persönlichkeit *nicht zwingend* die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach sich ziehen muss; möglicherweise könne – zur Verwirklichung des von Art. 27 ZGB angestrebten Schutzes – auch «ein unverzichtbares *Recht auf Widerruf* durch die belastete Partei» ausreichen (Herv. im Original). Welche Rechtsfolge angemessen sei, müsse «von Fall zu Fall» beantwortet werden.³¹⁸² Zumindest aber scheint es angezeigt, die Nichtigkeitsfolgen flexibel zu handhaben.³¹⁸³ Dabei sind die Rechts- oder Nichtigkeitsfolgen m.E. *auch* mit Blick darauf zu beurteilen, dass dem vor sich selbst geschützten Einzelnen im Ergebnis nicht geschadet werden darf und er möglichst weitgehend in seiner Selbstbestimmung zu respektieren ist.³¹⁸⁴ Dieser Respekt vor der Selbstbestimmung bedeutet einerseits, dass die Einzelne in ihren freiverantwortlich getroffenen Entscheidungen ernst zu nehmen ist; andererseits verlangt der Schutz der Selbstbestimmung aber auch, dass sich die Betroffene von Bindungen im Kernbereich der Persönlichkeit

³¹⁷⁹ Vgl. vorne, Teil 2 III. A, Teil 2 III. C und Teil 2 III. E

³¹⁸⁰ Dazu im Einzelnen hinten, Teil 4 II. B.

³¹⁸¹ Vgl. hinten, Teil 4, insb. Teil 4 II. B. 3 und Teil 4 II. C.

³¹⁸² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, Rz. 531; eingehend zur Problematik: OLIVER D. WILLIAM, Die Rechtsfolgenfrage von Art. 27 Abs. 2 ZGB, recht 2021, 74 ff.

³¹⁸³ So JÖRG SCHMID/CÉLINE BAUMANN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts, Obligationenrecht, ZBJV 2018, 740 ff., 752, welche sich für eine *flexible Handhabung der Nichtigkeit* aussprechen: «Festlegung der konkreten Nichtigkeitsfolgen unter Berücksichtigung des von Art. 27 Abs. 2 ZGB verfolgten Zwecks [...] für alle Verträge [...], deren Inhalt gegen das Recht der Persönlichkeit verstösst.»

³¹⁸⁴ Vorne, bei Fn. 3180.

lösen können muss, wenn sich diese – im Nachhinein betrachtet, aufgrund besserer Einsicht – als übermässig nachteilig und belastend erweisen.

c) **Problematik der Grenzbereiche zwischen dem Schutz der Moral und dem Schutz vor sich selbst**

Nicht einfach zu bewältigen sind die diffusen *Grenzbereiche*, in welchen sich der Schutz sittlich-moralischer Überzeugungen der Allgemeinheit und paternalistische Absichten nicht klar trennen lassen; etwa wenn (schwere) Selbstschädigungen deshalb als Verstoss gegen die guten Sitten erachtet werden, weil sie ohne «vernünftigen» Grund erfolgen³¹⁸⁵ oder weil sie (von Dritten) als «selbstentwürdigend» empfunden werden. Dabei ist zu beachten, dass nicht jedes irgendwie geartete «bizarre» oder «unvernünftige» Verhalten als Verstoss gegen die guten Sitten und die öffentliche Sittlichkeit bezeichnet werden kann (nachfolgend Abschnitt i. Zudem bleibt eine Interessenabwägung vorzunehmen (hinten, Abschnitt ii: Je diffuser das Interesse am Schutz der «öffentlichen Moral» ist, desto *schwieriger* fällt die Begründung von Freiheitsbeschränkungen zum Schutz eben dieser (angeblichen) Moral.

i) **Liegt überhaupt ein Konflikt mit der öffentlichen Moral vor?**

Zunächst ist häufig schon äusserst fraglich, ob als unklug, unvernünftig oder bizarr erachtetes (selbstschädigendes) Verhalten *überhaupt* in einen Konflikt mit einer *mehrheitlich anerkannten* moralischen Norm gerät. Das aber ist Voraussetzung, um überhaupt einen (rechtlich relevanten) Verstoss gegen die *öffentliche Sittlichkeit*³¹⁸⁶ bzw. die «guten Sitten»³¹⁸⁷ anzunehmen. Die Frage, wo die Grenzen der Selbstbestimmung im Umgang mit sich selbst liegen (sollen), wird ganz unterschiedlich beantwortet. Von einer klar konturierten Moralvorstellung dürfte sich kaum sprechen lassen, erst recht nicht in einer *pluralistischen Gesellschaft*. Unsicherheiten bestehen auch bei *weitgehenden* Entäusserungen und Beschränkungen individueller Freiheiten, jedenfalls wenn man die herrschenden Moralvorstellungen

³¹⁸⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 3137 f.

³¹⁸⁶ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 250; vorne, bei Fn. 2972 ff., 3109 ff. und 3172.

³¹⁸⁷ BUCHER, OR AT, 255; darauf bezugnehmend das Bundesgericht in BGER 6B_188/2011, E. 2.3, wonach der Vorbehalt der «guten Sitten» in Art. 20 Abs. 1 OR «nur als Notventil verstanden werden» dürfe, «um Abmachungen mit eindeutig schwerwiegenden Verstössen gegen anerkannte Moralvorstellungen die Durchsetzbarkeit zu versagen [...]»; so jetzt auch BGE 147 IV 73, E. 7.1; vgl. ferner BGE 132 III 455, E. 4.1: «Sittenwidrig sind Verträge, die gegen die *herrschende Moral*, d.h. gegen das *allgemeine* Anstandsgefühl oder die der *Gesamtrechtsordnung immanenten* ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe *verstossen*» (Herv. d. Verf.); vgl. ferner KGer SG, Entscheid vom 9. Januar 2020, ST.2019.22-SK3, SJZ 2022, 881 ff., E. III. 2.c/aa, 883.

gen (auch) mit Blick auf die Verfassung ermittelt, die dem Einzelnen weitgehende Verfügungsbefugnisse garantiert.³¹⁸⁸ Die Regelung von Art. 27 Abs. 2 ZGB, wonach sich «niemand [...] seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden Grade beschränken [kann]», darf jedenfalls nicht in dem Sinn verallgemeinert werden, dass weitgehende Beschränkungen der Freiheit *an sich* gegen die guten Sitten verstossen würden: Zum einen ist die Bestimmung verfassungskonform zu interpretieren,³¹⁸⁹ zum anderen verweist sie selbst wiederum auf die guten Sitten – setzt also eine weitgehende Freiheitsbeschränkung nicht mit einem Sittenverstoss gleich.

Zahlreiche Verhaltensweisen, die für paternalistische Interventionen besonders «anfällig» sind, dürften heute ohnehin nicht (mehr) als unsittlich gelten: So verstösst ein *Paintball-Spiel* nach m.E. zutreffender Auffassung nicht gegen die öffentliche Sittlichkeit,³¹⁹⁰ ebenso wenig der «Rausch» bzw. der *Konsum von Drogen*³¹⁹¹ (was aber nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass die Drogenpolitik zu einem nicht unwesentlichen Teil durch Anschauungen über das gute und richtige, d.h. «drogenfreie» Leben, geprägt sein dürfte³¹⁹²). Homosexualität bzw. *homosexuelle Handlungen* können ebenfalls nicht als «sittenwidrig» bezeichnet werden.³¹⁹³ Entsprechendes gilt für einen Vertrag betreffend die Veröffentlichung eigener *Bilder erotischen Inhalts* im Internet³¹⁹⁴ oder das Anbieten von *erotischen oder pornographischen Leistungen* über das Telefon³¹⁹⁵. Auch die *Sexarbeit* kann angesichts der gewandelten Moralvorstellungen nicht mehr als sittenwidrig eingestuft werden,³¹⁹⁶ ebenso wenig – die Selbstbestimmung der Sexarbeitenden respek-

³¹⁸⁸ Vorne, bei Fn. 3150 ff.

³¹⁸⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 1697.

³¹⁹⁰ Entscheid des Departements des Innern des Kantons Aargau vom 8. April 2003, AGVE 2003, 451 ff., E. 7a, 460 f.; VGer Dresden, Beschluss vom 28. Januar 2003, 14 K 2777/02, NVwZ-RR 2003, 848 ff., E. 1a/bb und cc, 851 ff.

³¹⁹¹ So etwa BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003, 3 StR 120/03, NJW 2004, 1054 ff., 1056.

³¹⁹² Vgl. SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 72.

³¹⁹³ BGer 6B_983/2010, E. 4.4.3; vgl. demgegenüber noch BGE 85 II 457, E. 3b («Der unzüchtige Verkehr zwischen Personen gleichen Geschlechts ist auf alle Fälle ein Laster, auch wo er nicht strafrechtlich verfolgt wird»); eine Kriminalisierung einverständlicher homosexueller Handlungen unter Erwachsenen ist nach der Rechtsprechung des EGMR nicht durch ein «*pressing social need*» gerechtfertigt und damit unverhältnismässig (siehe EGMR, Urteile vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 45 ff.; vom 26. Oktober 1988 i.S. *Norris* gegen *Irland*, Nr. 10581/83, Ziff. 39 ff., insb. Ziff. 46 f.; vom 22. April 1993 i.S. *Modinos* gegen *Zypern*, Nr. 15070/89, Ziff. 17 ff. und vom 31. Juli 2000 i.S. *A.D.T.* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 35765/97, Ziff. 27 ff.).

³¹⁹⁴ BGE 136 III 401, E. 5.4.2.

³¹⁹⁵ BGE 129 III 604, E. 5.3; BGer 6B_188/2011, E. 2.3.

³¹⁹⁶ Vgl. BRIGITTE HÜRLIMANN, Bezirksgericht: Prostitution ist nicht sittenwidrig – Die gesellschaftliche Einstellung zum Sexgewerbe hat sich deutlich geändert, NZZ vom 4. Dezember 2013, 15; BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR, Rz. 38; REICHEL/SCHISTER, 22 ff., insb. 29; Antwort des Bundesrates vom 16. Mai 2012 auf die Ip. Caroni

tierende – *Bordellverträge*³¹⁹⁷ oder das Vermieten von Räumen an Sexarbeitende³¹⁹⁸. Gleich verhält es sich mit der *Selbsttötung* bzw. *Suizidversuchen*: Solche lassen sich nicht als Verstoss gegen die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sittlichkeit oder die guten Sitten bezeichnen.³¹⁹⁹ Nichts anderes gilt für die *Sterilisation*, die nicht mehr als (sittenwidriger) Verstoss gegen den Kernbereich der Persönlichkeit verstanden werden kann.³²⁰⁰

Unter dem Aspekt von Sittlichkeit und Moral können jedenfalls nur solche (ausserrechtlichen) Normen Schutz erfahren, die für ein *gemeinsames, friedliches und «erträgliches» Zusammenleben* relevant sind, deren Verletzung sich mithin (negativ) auf das Zusammenleben in der Gemeinschaft *auswirkt*.³²⁰¹ Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass das «sittliche Empfinden der Bevölkerung» [...] nicht um seiner selbst willen, sondern nur zum Zwecke des verträglichen Zusammenlebens in einer Gesellschaft «rechtlichen Schutz» verdiene.³²⁰² Auch geht es der öffentlichen Sittlichkeit und dem Schutz der öffentlichen Moral nicht um die Durchsetzung einer bestimmten, «idealisierten» Vorstellung darüber, was als sittlich oder eben unsittlich zu gelten hat.³²⁰³ Dass gewisse Einzelne durch bestimmte Verhaltensweisen in ihrem *sittlichen Empfinden verletzt* werden oder sie gewisse Verhaltensweisen als unvernünftig, bizarr, pervers oder nicht nachvollziehbar *empfinden*, ist für sich genommen noch nicht ausreichend, um einen sich negativ auf das gemeinsame

12.3187 «Privatrechtliche Anerkennung des Prostituiertenlohns» vom 15. März 2012; Bezirksgericht Horgen, Urteil vom 9. Juli 2013, ZR 2013, 296 ff., E. 2 («zumindest für den Grosse Raum Zürich»); KGer SG, Entscheid vom 9. Januar 2020, ST.2019.22-SK3, SJZ 2022, 881 ff., E. III. 2.c/aa, 883 ff.; auch nach der jüngsten Rechtsprechung des *Bundesgerichts* können Prostitutions- oder Sexarbeitsverträge nicht mehr als grundsätzlich sittenwidrig eingestuft werden (BGE 147 IV 73, E. 7.1 und 7.2, wonach sich «die Würdigung des Vertrages zwischen der sich prostituierenden Person und ihrem Kunden als sittenwidrig nicht mehr uneingeschränkt aufrechterhalten» lässt): vgl. *demgegenüber* noch BGER 6B_188/2011, E. 2.3 («Unsittlichkeit des auf entgeltlichen Geschlechtsverkehr gerichteten Prostituiertenvertrags»); ferner BGE 129 III 604, E. 5.3, BGE 111 II 295, E. 2d und e und BGE 91 IV 69– zu Recht kritisch zu dieser (älteren) Rechtsprechung etwa REICHLER/SCHISTER, 22 ff. und 29 m.w.H.; siehe aber auch BGER 9C_347/2013, E. 5.3 (Zulässigkeit von Bordellverträgen; nachfolgend, Fn. 3197).

³¹⁹⁷ BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rz. 38; s.a. BGER 9C_347/2013, E. 5.3.

³¹⁹⁸ Vgl. BSK OR-I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR, Rz. 38.

³¹⁹⁹ Bezogen auf den Polizeigüterschutz: REINHARD, 99; dies war nicht immer so, siehe ZUPPINGER, 60 f.

³²⁰⁰ BSK ORI-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20 OR, Rz. 44.

³²⁰¹ Vgl. TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 563; ENDERS, Sozialstaatlichkeit, Fn. 151; vgl. bereits vorne, bei Fn. 2972 ff. und 3109 ff.

³²⁰² TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 563; ferner VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 984.

³²⁰³ VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 984; vorne, bei Fn. 3172.

Zusammenleben auswirkenden Verstoss gegen eine mehrheitlich anerkannte Norm anzunehmen.³²⁰⁴ Ebenso wenig ist es für sich genommen von Bedeutung, ob ein gewisser Schutz vor sich selbst als «richtig» und «angebracht» erachtet wird. Die öffentliche Sitte ist auch kein Gefäss, um ablehnende Haltungen gegenüber anderen Lebensvorstellungen (rechtlich) durchzusetzen.

Die früher strafbare Exkrementenpornographie dürfte von vielen Menschen als ekelhaft und bizarr empfunden werden. Wer dagegen unter Berufung auf die öffentliche Sittlichkeit oder die guten Sitten einschreiten will, hat jedoch darzulegen, dass der Konsum solcher Darstellungen oder das Mitwirken darin in einem Konflikt zu einer für das gemeinschaftliche Zusammenleben *tatsächlich relevanten* Norm steht. Mit dem Hinweis auf die «Bizarrheit» eines solchen Verhaltens ist ein entsprechender Nachweis jedenfalls nicht erbracht.³²⁰⁵

Ein weiterer umstrittener Bereich ist der *Geschwisterinze*st. Der EGMR hat eine Bestrafung des Inzests zweier Geschwister (auch) zum *Schutz der Moral* als zulässig erachtet.³²⁰⁶ Die Frage aber bleibt, ob ein derartiger Inzest tatsächlich für das gemeinschaftliche Zusammenleben relevante Werte in Gefahr bringt.³²⁰⁷

Jedenfalls ist nicht ersichtlich, dass ein Verhalten allein deshalb, weil es «irrational» oder «unvernünftig» erscheint, gegen eine für das gemeinsame Zusammenleben relevante Sozialnorm verstossen könnte.³²⁰⁸ Auch kann ein Handeln nicht schon deswegen als sittenwidrig bezeichnet werden, weil es übereilt oder leichtfertig erfolgt.³²⁰⁹

Je umfassender der Einzelne auf individuelle Freiheiten verzichtet oder sich (schweren) Schädigungen aussetzt – vor allem, wenn in diese Schädigungshandlungen Dritte involviert werden –, desto grösser sind aber die potentiellen Auswirkungen des individuellen Verhaltens *auf die Gesellschaft*.

³²⁰⁴ Vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 2981 ff.

³²⁰⁵ M.E. zu pauschal das Bundesgericht in BGE 128 IV 201, E. 1.4.5: «Der Gesetzgeber überschreitet das ihm in diesem Bereich zustehende Ermessen nicht, wenn er davon ausgeht, dass nach der vorherrschenden Moral sexuelle Handlungen mit Urin und Kot von weiten Teilen der Bevölkerung als bizarr und pervers empfunden werden.»; s.a. hinten, bei Fn. 3233.

³²⁰⁶ EGMR, Urteil vom 12 April 2012 i.S. *Stübing gegen Deutschland*, Nr. 43547/08, Ziff. 50 und 57 ff., insb. 63 ff.

³²⁰⁷ Ablehnend zu einer Aufhebung des Inzestverbots HEINZPETER ZNOJ, Inzestverbot beibehalten, NZZ vom 18. Juni 2015, 20 – dieses erfülle nach wie vor eine wichtige gesellschaftliche Funktion; zu den Gründen des Geschwisterinzestverbots und der besonderen Problematik des Inzestverbots bei getrennt aufgewachsene Geschwistern siehe MARTIN SCHUBARTH, *Strafloser Geschwisterinze*st?, ZStrR 2015, 34 ff.

³²⁰⁸ Vgl. OSWALD, 114 f.

³²⁰⁹ Für einen Konflikt zwischen einem übereilten Entscheid und den guten Sitten hingegen CHRISTENSEN, Rz. 34 (dort bezogen auf den Schutz der Eltern «vor übereilter Freigabe [ihrer Kinder, d. Verf.] zur Adoption»).

Ethisch-moralische Fragen werfen insbesondere der Umgang mit dem Tod und namentlich die *Sterbehilfe* auf, ganz besonders die direkte aktive Sterbehilfe.³²¹⁰ Es lässt sich jedenfalls nicht sagen, dass eine Zulassung der direkten aktiven Sterbehilfe ohne Auswirkungen auf das gemeinschaftliche Zusammenleben bliebe. Ob die direkte aktive Sterbehilfe heute tatsächlich *in jedem Fall* in einem grundsätzlichen Konflikt mit herrschenden moralischen Anschauungen steht, ist jedoch fraglich.³²¹¹ Umstritten ist die Sittenwidrigkeit von *Leihmutterverträgen* (die allerdings ohnehin widerrechtlich sind³²¹²).³²¹³ Unter anderem mit den guten Sitten wird auch das Verbot, für eine *Organspende* ein *Entgelt* entgegenzunehmen, begründet;³²¹⁴ für ein Kommerzialisierungsverbot mögen durchaus *nicht sittlich motivierte* Allgemeininteressen sprechen³²¹⁵ – ob das Einfordern eines (gewissen) Entgelts für eine Organspende indessen tatsächlich und in jedem Fall für das gemeinsame Zusammenleben relevante *Grundwerte und Normen* in Gefahr bringt (oder zumindest so stark, dass die individuelle Selbstbestimmung in jedem Fall zurückzutreten hat³²¹⁶), scheint mir nicht ganz eindeutig. Nicht ohne Auswirkungen auf das gemeinschaftliche Zusammenleben dürfte es bleiben, wenn die *Selbstversklavung* als zulässig erachtet würde.³²¹⁷

ii) Erfordernis einer Interessenabwägung

Zu berücksichtigen bleibt in jedem Fall, dass staatliche Beschränkungen individueller Freiheiten unter Berufung auf die öffentliche Moral verhältnismässig sein – und namentlich einer Interessenabwägung standhalten – müssen.

Auf *Seiten des von der Freiheitsbeschränkung Betroffenen* ist insbesondere zu fragen, wie *schwer* der Eingriff wiegt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, welche Möglichkeiten ihm verbleiben, dem «unsittlichen» Verhalten zumindest ausserhalb der Öffentlichkeit nachzugehen,³²¹⁸ und wie persönlichkeitsnah das unter dem Aspekt der guten Sitten beschränkte Verhalten ist.³²¹⁹

³²¹⁰ Dazu vorne, bei Fn. 1449 ff.

³²¹¹ Siehe vorne, bei Fn. 1461.

³²¹² Vgl. Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV sowie Art. 4 und 31 FMedG; BERTSCHI, 29.

³²¹³ Vgl. BSK OR I-HUGUENIN/MEISE, Art. 19/20, Rz. 44, wonach «vertragliche Verpflichtungen, sich als Leihmutter zur Verfügung zu stellen» aufgrund von Art. 27 Abs. 2 ZGB unzulässig seien; so auch CHRISTENSEN, Rz. 35; m.E. zu Recht differenzierend BERTSCHI, 30 ff.; zu beachten ist, dass der Leihmutterchaft keineswegs immer finanzielle Interesse zugrundeliegen müssen; sie kann durchaus auch von altruistischen Motiven geleitet sein (vgl. dazu BERTSCHI, 138 ff. und 192 ff.).

³²¹⁴ Vorne, bei Fn. 646.

³²¹⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 647 f.

³²¹⁶ Vgl. gerade nachfolgend, Teil 3 IV. D. 3. c) ii.

³²¹⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 1077 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 3774.

³²¹⁸ Vgl. im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines Nacktwanderverbots BGE 138 IV 13, E. 7.2, wonach «für sportliche Betätigungen in nacktem Zustand beispielsweise in Anlagen für Freikörperkultur Möglichkeiten bestehen» würden.

³²¹⁹ Siehe EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 52; aus philosophischer Sicht etwa FEINBERG, 26, 35 ff., insb. 37 ff.

So macht es einen Unterschied, ob der Einzelne zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit nicht mehr nackt in der Öffentlichkeit wandern darf³²²⁰ oder ob er daran gehindert wird, seinen sexuellen Präferenzen (in den eigenen vier Wänden) nachzugehen.³²²¹ Nicht ersichtlich ist es, wie eine (erheblich eingriff-intensive) Zwangsbehandlung psychisch kranker Menschen mit einem Verweis auf die öffentliche Sittlichkeit legitimiert werden könnte.³²²² Keinesfalls zumutbar wäre eine zwangsweise Internierung wegen eines «liederlichen» Lebenswandels oder der Ausübung der Prostitution aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit und Ordnung (wie dies teilweise bis in die frühen 1980er Jahre noch zulässig war³²²³).

Auf Seiten des *öffentlichen Interesses* ist insbesondere zu berücksichtigen, wie umfassend die mehrheitlich geteilte Moralvorstellung in der Bevölkerung Rückhalt findet: Je grösser die Minderheit ist, die sie ablehnt, desto weniger Gewicht kommt dem öffentlichen Interesse am Schutz dieser Moralvorstellung zu.³²²⁴ Von Bedeutung ist dies in erster Linie bei der Anwendung von Generalklauseln.³²²⁵ Weiter ist zu bedenken, dass die guten Sitten und die öffentliche Sittlichkeit eine «Reservefunktion» erfüllen: Dort, wo der Gesetzgeber bezogen auf eine bestimmte Fragestellung bereits Wertungen getroffen und die Grenzen des zulässigen Verhaltens abgesteckt hat, lässt es sich nicht rechtfertigen, den Einzelnen über die guten Sitten, die öffentliche Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung mit *darüber hinausgehenden* bzw. den (wertenden) gesetzgeberischen Entscheid *unterlaufenden* Freiheitsbeeinträchtigungen zu belasten.³²²⁶ Zudem sollte das eingeschränkte individuelle Verhalten den anerkannten Moralvorstellungen *schwer* und *eindeutig* widersprechen.³²²⁷

³²²⁰ Vgl. BGE 138 IV 13, E. 7.2.

³²²¹ EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 52, s.a. Ziff. 60 f.; EGMR, Urteil vom 26. Oktober 1988 i.S. *Norris* gegen *Irland*, Nr. 10581/83, Ziff. 46.

³²²² Vgl. HALDEMANN, 202.

³²²³ Vgl. hierzu BOSSART, 63 ff.; zur «administrativen Versorgung» vgl. bereits vorne, bei Fn. 520 ff.

³²²⁴ Wird die Sozialnorm durch eine «beachtliche» Minderheit abgelehnt, dürfte sie allerdings schon gar keine «allgemeine Anerkennung» geniessen, siehe vorne, Fn. 2976.

³²²⁵ Werden «moralische» Normen im demokratischen Prozess in hinreichend bestimmten Normen verrechtlicht, lässt sich nur schwer behaupten, sie würden keine allgemeine Anerkennung geniessen; vgl. auch vorne, bei Fn. 3118 f.

³²²⁶ Vgl. SCHENKE, Rz. 68; ferner GUSY, Polizei- und Ordnungsrecht, Rz. 98; REINHARD, 90; GÖTZ/GEIS, § 11, Rz. 6 ff.; s.a. vorne, Fn. 2975.

³²²⁷ Vgl. BGE 133 II 136, E. 5.3.1, wonach das *Polizeigut der öffentlichen Sittlichkeit* nur durch ein Verhalten verletzt werden kann, welches «den üblichen Massstäben zulässigen Verhaltens in eindeutiger Weise widerspricht»; ferner BGER 6B_95/2008, E. 3.7; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 564; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2553; vgl. bereits BGE 67 I 74, 76; im Zusammenhang mit den in Art. 20 Abs. 1 OR genannten «guten Sitten» siehe BUCHER, OR AT, 255; BGE 147 IV 73, E. 7.1; BGER 6B_188/2011, E. 2.3 («Notventil»;

In jedem Fall – insbesondere auch bei der «*Verrechtlichung*» von *Moralvorstellungen* – ist Folgendes zu beachten: Je schwieriger es fällt, konkret fassbare, tatsächliche (negative) *Auswirkungen* auf das gegenwärtige und künftige Zusammenleben in der Gesellschaft zu formulieren, desto problematischer ist es, freiheitsbeschränkende Regeln und Massnahmen mit einem Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Sittlichkeit zu rechtfertigen. Damit ist auch von Bedeutung wie *wahrscheinlich* es ist, dass das gemeinsame und friedliche Zusammenleben tangiert wird, und wie *stark* die zu erwartenden, negativen Auswirkungen sind. Grundsätzlich gilt, dass das gemeinsame Zusammenleben tatsächlich und m.E. ernsthaft bedroht sein muss, jedenfalls wenn schwere Freiheitsbeschränkungen in Frage stehen.³²²⁸ Der Erhalt des *moralischen Status quo* dürfte für eine Freiheitsbeschränkung allein kaum ausreichen.³²²⁹ Für besonders problematisch halte ich auch Freiheitsbeschränkungen mit der Begründung, eine moralische «Korruption» des – einen Teil der Gesellschaft bildenden – *Einzelnen* würde sich derart negativ auf die *gesamtgemeinschaftliche* Moral auswirken, dass das friedliche Zusammenleben gefährdet werde.³²³⁰ Zudem gilt: Je mehr blosses *Unverständnis* über die Lebensweise anderer Menschen hinter der Anrufung der «guten Sitten» steht und die negativen Auswirkungen primär das eigene Empfinden über «gutes und richtiges» Verhalten betreffen, desto weniger wird die Rechtfertigung einer Freiheitsbeschränkung gelingen. Dies ist von besonderer Bedeutung für den teilweise diffusen Grenzbereich zwischen Paternalismus und dem Schutz von für das gemeinsame Zusammenleben relevanten Sozialnormen. Reine Vorurteile und Abneigungen gegen bestimmte Verhaltensweisen reichen – selbst wenn man sie (fälschlicherweise) unter den «guten Sitten» diskutieren will – ebenso wenig für Freiheitsbeschränkungen aus³²³¹ wie diffuse Ängste³²³², Fragen

«Abmachungen mit eindeutig schwerwiegenden Verstößen gegen anerkannte Moralvorstellungen»); ebenso REICHLÉ/SCHISTER, 21.

³²²⁸ Ähnlich ROX, 291.

³²²⁹ Vgl. dazu DWORKIN, Rights, 292 ff.; ferner EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 61, wonach die Befürchtung, eine Entkriminalisierung homosexueller Handlungen könne zu einer Erosion der geltenden moralischen Standards führen, für sich genommen nicht ausreiche, die Kriminalisierung solcher Handlungen weiterhin aufrechtzuerhalten.

³²³⁰ Weitergehend offenbar BGE 114 IV 116, E. 4b/aa; vgl. vorne, bei Fn. 3130.

³²³¹ Vgl. DWORKIN, Rights, 295 ff. insb. 299 ff. und 304 f.; FISCHER, 241 f. und 282; bezogen auf die EMRK: WIEMANN, 210 ff.

³²³² Vgl. (französischer) Conseil d'État, Verfügung vom 26. August 2016, Nr. 402742 und 402777, Ziff. 6 – danach würden die mit terroristischen Anschlägen verbundenen Emotionen und die daraus resultierende Beunruhigung in der Bevölkerung nicht ausreichen, um zum Schutz der öffentlichen Ordnung und der Wahrung des Anstands ein Badeverbot gegenüber Personen auszusprechen, welche – so die angefochtene Regelung – keine über die

des «guten» Geschmacks³²³³, und grundsätzlich – zumindest bei schweren Freiheitsbeeinträchtigungen – Gefühle von Abscheu³²³⁴, Schock oder Verstörung^{3235, 3236} Wie allgemein gilt auch hier, dass jedenfalls «blosse Unannehmlichkeiten für Drittpersonen» Grundrechtseingriffe nicht zu rechtfertigen vermögen.³²³⁷ Weiter ist zu beachten, dass eine Verletzung im sittlich-moralischen Empfinden keinen besonders qualifizierten Grund darstellt, um eine Diskriminierung zu rechtfertigen.³²³⁸

Ferner ist zu berücksichtigen, inwiefern die Allgemeinheit mit einer als unsittlich empfundenen Verhaltensweise *tatsächlich konfrontiert* wird: Was sich im *privaten* Rahmen (z.B. im Rahmen einer geschlossenen Veranstaltung oder in den eigenen vier Wänden) abspielt, nicht nach aussen dringt und Unbeteiligten nicht aufgedrängt wird, kann unter dem Aspekt der *öffentlichen* Sittlichkeit grundsätzlich *nicht relevant* sein.³²³⁹ Erst recht gilt dies für persönliche Überzeugungen und An-

«guten Sitten» und den Grundsatz der Trennung von Kirche und Staat respektierende Kleidung («*tenue correcte, respectueuse des bonnes mœurs et du principe de laïcité*») tragen.

³²³³ Vgl. DWORKIN, Rights, 307 f. (bezüglich der Pornographie); vgl. – bezogen auf die als «bizarrr» und «pervers» empfundene Exkrementenpornographie – aber BGE 128 IV 201, E. 1.4.5 (vgl. auch vorne, bei Fn. 3205; s.a. vorne, bei Fn. 3135).

³²³⁴ Vgl. – bezogen auf die freiwillige Selbstversklavung – BUYX, 275 f.

³²³⁵ Vgl. bezogen auf die Kriminalisierung homosexueller Handlungen EGMR, Urteil vom 22. Oktober 1981 i.S. *Dudgeon* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 7525/76, Ziff. 60: «Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved.»

³²³⁶ Mit Blick auf die Problematik von Grundrechtskollisionen bleibt zudem zu beachten, dass es *kein grundrechtlich* geschütztes Recht darauf gibt, vor einer Konfrontation mit Verhaltensweisen, welche Gefühle wie Empörung, Scham, Ekel oder Abscheu auslösen, verschont zu bleiben, siehe TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 563; MOECKLI, Bettelverbote, 572 f.; ferner WALDMANN, Immissionen, 157; s.a. SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 22; SEELMANN, Würde der Gattung, 215; HILLGRUBER, Schutz, 171 f.; ferner BGE 125 I 369, E. 7 b/dd (kein Schutz «vor der Konfrontation mit religiösen Überzeugungen anderer»); einen weitergehenden, wenn auch nicht absolut geltenden grundrechtlichen Anspruch, nicht im sittlich-moralischen Empfinden gestört zu werden, bejaht für das deutsche Recht FISCHER, 231, 250 f. und 281 f.

³²³⁷ BGE 130 I 16, E. 5.2.

³²³⁸ Vgl. WALDMANN, Immissionen, 157 («psychisches Unbehagen»); s.a. vorne, bei Fn. 2587.

³²³⁹ Bezogen auf die öffentliche Sittlichkeit als *Polizeigut* (nur Schutz vor «öffentlichen Widerhandlungen» gegen Sozialnormen bzw. vor öffentlich wahrnehmbarem Verhalten): BGE 133 II 136, E. 5.3.1; TSCHANNEN, Öffentliche Sittlichkeit, 560 und 563 f.; TÖNDURY/ABO YOUSSEF, 28; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 248; REINHARD, 56 f., 87 und 95; VGer Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2000, 35 A 570/99, NJW 2001, 983 ff., 984 f.; ferner

schauungen, die im inneren Bereich des Denkens und Fühlens verbleiben und nicht nach aussen hin manifestiert werden.³²⁴⁰ Das *bloße Wissen darum*, dass «unsittliches» Verhalten stattfindet, dürfte für sich genommen nicht ausreichen, um einen Eingriff zu rechtfertigen.³²⁴¹ Unabhängig davon ist es dem Publikum in einem gewissen Mass zuzumuten, mit Verhaltensweisen konfrontiert zu werden, die bei ihm Anstoss erregen oder es in seinem sittlich-moralischen Empfinden verletzen.³²⁴² Zudem bleibt immer zu berücksichtigen, wie wahrscheinlich es für Dritte ist, mit der als unsittlich empfundenen Verhaltensweise tatsächlich konfrontiert zu werden,³²⁴³ und inwiefern sich der Dritte eigenverantwortlich der Konfrontation entziehen kann.^{3244, 3245}

BGE 87 I 275, E. 3a (Vorführung eines Films im streng privaten Rahmen); HILLGRUBER, Schutz, 171 f.; vgl. bereits vorne, bei Fn. 3017 ff. Bezogen auf den Schutz der *Moral* nach Art. 10 Abs. 2 bzw. Art. 8 Abs. 2 EMRK: EKMR, Bericht vom 14. Januar 1993 i.S. *Scherer gegen Schweiz*, Nr. 17116/90, Ziff. 57 ff., insb. Ziff. 61 ff. (Filmvorführung); EGMR, Urteil vom 31. Juli 2000 i.S. *A.D.T. gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 35765/97, Ziff. 37 (homosexuelle Handlungen im privaten Rahmen keine Frage der *Moral*); s.a. PERRONE, 375 f. und 378 (der in solchen Fällen überhaupt ein «*legitimate aim*» verneint). Im Kontext der Strafbarkeit «unzüchtiger» Veröffentlichungen: BGE 117 IV 276, E. 4b (Kinovorführung) *e contrario*; vgl. aus der älteren Rechtsprechung aber z.B. BGE 114 IV 116: Zulässigkeit der Bestrafung wegen der Vorführung eines Films mit homosexuellen Handlungen, obwohl die Vorführung im geschlossenen Kreis stattgefunden hat und niemand gegen seinen Willen mit dem Film konfrontiert wurde – zur (problematischen) Argumentation mit der «gesamtgeseftschafliche[n] *Moral*», vgl. vorne, in Fn. 3130 und bei Fn. 3230.

³²⁴⁰ DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, 248; REINHARD, 87.

³²⁴¹ FISCHER, 250 f. und 253 f.; vgl. aber z.B. BGE 117 IV 276, E. 4b: Hier wurde bezogen auf die Vorführung eines pornographischen Films in einem geschlossenen Besucherkreis auch geprüft, ob der «Durchschnittsbürger» Anstoss daran nimmt, dass solche Filmvorführungen besucht werden *können* (was i.c. verneint wurde).

³²⁴² Vgl. MOECKLI, Bettelverbote, 572 f.

³²⁴³ Vgl. AXEL TSCHENTSCHER, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2011 und 2012 – Grundrechte des Persönlichkeitsschutzes, ZBJV 2012, 693 betreffend die aus seiner Sicht zweifelhafte Verhältnismässigkeit eines Nacktwanderverbots auch für entlegene Wanderwege.

³²⁴⁴ Vgl. FEINBERG, *Offense to Others*, 26 und 32 ff.; vgl. betreffend pornographische Filme BGE 117 IV 276, E. 3 und 4b; EKMR, Bericht vom 14. Januar 1993 i.S. *Scherer gegen Schweiz*, Nr. 17116/90, Ziff. 65; vgl. auch EGMR, Urteil vom 24. Mai 1988 i.S. *Müller u.a. gegen Schweiz*, Nr. 10737/84, Ziff. 36 betreffend sodomistische Praktiken darstellende Kunst; TSCHANNEN, *Öffentliche Sittlichkeit*, 564.

³²⁴⁵ Vgl. dazu bereits VON HUMBOLDT, 108: «Wer Dinge äussert, oder Handlungen vornimmt, welche das Gewissen und die Sittlichkeit des andern beleidigen, mag allerdings unmoralisch handeln, allein, so fern er sich keine Zudringlichkeit zu Schulden kommen lässt, kränkt er kein Recht. Es bleibt dem andern unbenommen, sich von ihm zu entfernen, oder macht die Lage dies unmöglich, so trägt er die unvermeidliche Unbequemlichkeit

4. Ergebnis

Die öffentliche Sittlichkeit oder die guten Sitten lassen sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht anrufen, um einen Schutz vor sich selbst zu rechtfertigen: Schon auf einer grundsätzlichen Ebene ist äusserst zweifelhaft, ob (selbst erheblich) selbstschädigendes Verhalten tatsächlich gegen *allgemein geteilte und anerkannte* moralische Überzeugungen verstösst. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man die für das Zusammenleben zentralen moralischen Normen unter Berücksichtigung der *verfassungsrechtlichen Werte* bestimmt und es um einen «harten» *Paternalismus* geht. Da es beim Schutz der öffentlichen Moral um den Schutz von *für das gemeinsame Zusammenleben* relevanten Werte geht, lässt sich darin jedenfalls kein Interesse an der Verhinderung «moralischer» Selbstgefährdungen oder der Durchführung erzieherischer Massnahmen *einzig im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen selbst* erblicken. Freilich sind die Grenzen zwischen einem Schutz von allgemein geteilten Wertvorstellungen und einer paternalistisch motivierten Intervention häufig fließend: Hier bleibt zu berücksichtigen, dass auch selbstschädigendes, unkluges, unvernünftiges oder «bizarres» Verhalten nicht einfach als Verstoss gegen die öffentliche Moral erachtet werden darf und *in jedem Fall* eine sorgfältige Interessenabwägung stattfinden muss. Blosses Unverständnis gegenüber gewissen Verhaltensweisen vermag eine Freiheitsbeschränkung unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sittlichkeit nicht zu rechtfertigen.

E. Fürsorge und Eigenverantwortung im Sozialstaat

1. Sozialstaatsgedanke und Paternalismus im Allgemeinen

a) Grundsätzliche Bemerkungen

Die Schweiz versteht sich als *sozialer* Bundesstaat oder als *Sozialstaat*, was zwar im Verfassungstext nicht explizit erklärt, aber doch durch verschiedenste Bestimmungen zum Ausdruck gebracht wird.³²⁴⁶

der Verbindung mit ungleichen Charakteren, und darf nicht vergessen, dass vielleicht auch jener durch den Anblick von Seiten gestört wird, die ihm eigenthümlich sind, da, auf wessen Seite sich das Recht befinde? immer nur da wichtig ist, wo es nicht an einem Rechte zu entscheiden fehlt.»; vgl. auch vorne, bei Fn. 1656.

³²⁴⁶ Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, 210 ff. und 3376; zu den der «Sozialverfassung» zugehörigen Bestimmungen vgl. auch SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3 f. TSCHUDI, Gemeinsame Wohlfahrt, 115 ff.; ferner MADER, 699 ff.; MÜLLER, Selbstbestimmung, 74 f.

Ganz allgemein zeigt sich die Sozialstaatlichkeit schon in der *Präambel* («gegenseitige Rücksichtnahme»; «dass die Stärke des Volkes sich misst am Wohl der Schwachen»),³²⁴⁷ sodann im *Zweckartikel* (Art. 2 BV, insb. Förderung der «gemeinsamen Wohlfahrt»³²⁴⁸, Betonung der *Chancengleichheit*³²⁴⁹), in den *sozialen Grundrechten* (z.B. Art. 12, Art. 19, Art. 29 Abs. 3 BV³²⁵⁰), in Art. 94 Abs. 2 BV (Beitrag zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung),³²⁵¹ im *Grundrechtsverwirklichungsauftrag* (Art. 35 BV)³²⁵² und natürlich in den *Sozialzielen* (Art. 41 BV)³²⁵³. Auch in Art. 6 BV und besonders im dort zum Ausdruck kommenden Solidaritätsgedanken klingt das Verständnis der Schweiz als Sozialstaat an.³²⁵⁴ Spezifische sozialstaatliche Aufträge finden sich v.a. in den Bereichen Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit.³²⁵⁵

Die «Sozialstaatlichkeit» lässt sich als eigentliches Wesensmerkmal der Schweiz und als *Strukturprinzip* begreifen.³²⁵⁶ Der Schweizer Staat trägt damit unzweifelhaft eine *soziale oder sozialpolitische Verantwortung*.³²⁵⁷ Wie weit die sozialstaatliche «Fürsorgeverantwortung» reicht, ist jedoch nicht immer leicht zu bestimmen,³²⁵⁸ insbesondere auch was einen Schutz vor sich selbst anbelangt.³²⁵⁹ Ein Bezug zum so-

³²⁴⁷ MÜLLER, Selbstbestimmung, 74; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 211.

³²⁴⁸ SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 19; OFK BV-BIAGGINI, Art. 2, Rz. 9; Botsch. VE 96, 127; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 211.

³²⁴⁹ MÜLLER, Selbstbestimmung, 74; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 211; s.a. hinten, bei Fn. 3538 ff.

³²⁵⁰ Zu weiteren sozialen Grundrechten in der BV siehe SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 47 ff.

³²⁵¹ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 214; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3; Botsch. VE 96, 296.

³²⁵² MÜLLER, Selbstbestimmung, 75; MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 14.

³²⁵³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 186; EPINEY/WALDMANN, Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen, in: HGR Bd. VII/2, § 224, Rz. 51 ff., insb. 51 und 61; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3 f.

³²⁵⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1504 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3 und 20; zur «Solidarität» als zentrales Element des Sozialstaates vgl. BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 65 ff.

³²⁵⁵ MADER, 701; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 215; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 4.

³²⁵⁶ Vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, 168 und 185 f.; BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 9; TSCHUDI, Sozialverfassung, 1 («Strukturelement»); RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 189, 210 und 3376 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 5 und 11; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 203; SIKI, 57; Botsch. VE 96, 16; zu den Strukturprinzipien vgl. bereits vorne, bei Fn. 2441 ff.

³²⁵⁷ Botsch. VE 96, 16 und 201; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 18 und 40.

³²⁵⁸ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 42 f. und 3379.

³²⁵⁹ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 299.

zialstaatlichen Handeln lässt sich jedenfalls *nicht allein* mit der Begründung herstellen, ein staatlicher Paternalismus stelle ein gut gemeintes, fürsorgliches, «verantwortungsvolles» Handeln der Gemeinschaft gegenüber dem Einzelnen dar.³²⁶⁰ Im Raum steht vielmehr die Frage, inwiefern die Verwirklichung des Sozialstaatsgedankens *überhaupt* – und wenn ja: *inwiefern* – zu einem *paternalistischen* Staatshandeln berechtigt oder dieses allenfalls gar verlangt. Das ist auch für die Freiheiten Dritter relevant, etwa im Zusammenhang mit Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, um Konsumentinnen und Konsumenten vor sich selbst zu schützen: Nur wenn (und insoweit) ein Schutz vor sich selbst ein verfassungsrechtlich zulässiges sozialpolitisches Ziel ist, lässt sich die *Grundsatzkonformität* einer Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit *tatsächlich* mit sozialpolitischen Zielsetzungen begründen.³²⁶¹

Abzugrenzen ist dieser Problemkreis von der Frage, ob und wie weit der Staat von den Bürgerinnen und Bürgern ermächtigt (worden) ist, ihnen in ihrem *eigenen Interesse* Schutz und Fürsorge zuteilwerden zu lassen. In dem Umfang, in dem sich das staatliche Handeln auf einen Willen der Geschützten zurückführen lässt, handelt er nicht paternalistisch: Vielmehr geht es um eine gewollte Positionsverbesserung oder möglicherweise gar um eine «Selbstbindung», die nicht dem spezifischen Legitimationsproblem des Paternalismus unterliegt.³²⁶² Allerdings bleibt häufig unklar, wie weit und umfassend der Schutz tatsächlich gewollt ist: Ist der Konsumentenschutzauftrag (Art. 97 BV) so zu verstehen, dass die Konsumentinnen und Konsumenten auch vor ihren «Rationalitätsdefiziten» geschützt werden wollen? Wollen die Menschen ihre Gesundheit (vgl. u.a. Art. 118 BV) möglichst umfassend geschützt haben und über alle möglichen Gesundheitsrisiken informiert werden? Hier besteht durchaus die Gefahr, verfassungsrechtliche Fürsorgeaufträge *zu weit* zu interpretieren und Schutzbedürfnisse und -interessen zu unterstellen, die so gar nicht vorhanden sind. Darauf ist bei der Diskussion einzelner sozialstaatlicher Schutz- und Fürsorgeaufträge zurückzukommen.³²⁶³

Sozialstaatliches Handeln soll einen Beitrag an die *gesamtgesellschaftliche* Wohlfahrt leisten.³²⁶⁴ Es zielt aber auch auf das – davon nicht streng abtrennbare – *individuelle*

³²⁶⁰ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 132; offener: VOLKMANN, Bürger, 21, welcher eine Rückbindung paternalistischen Staatshandelns an das «Sozialstaats- und das Solidaritätsprinzip» deshalb nicht ausschliessen will, da diese Prinzipien «auch dem Gedanken einer wechselseitigen Verantwortung füreinander verhaftet sind».

³²⁶¹ Vgl. zu den grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit BSK BV-UHLMANN, Art. 27, Rz. 45; zur vergleichbaren Problematik im Kontext des Polizeigüterschutzes vgl. vorne, bei Fn. 2960; s.a. hinten, bei Fn. 4818 f.

³²⁶² Vgl. vorne, Teil 1 II. B. 4, Ziff. (2.)(a.) bei Fn. 288 ff. und Teil 3 II. A., insb. bei Fn. 2266 ff.

³²⁶³ Siehe hinten Teil 3 IV. E. 2; bezogen auf Massnahmen zur Bekämpfung von Covid-19 s.a. vorne, bei Fn. 300 ff.

³²⁶⁴ Verstärkte und ausgeglichene Konsumnachfrage, Erhaltung der Arbeitskraft (MÖCKLI, Sozialstaat, 79 f.), Verhinderung von Konflikten innerhalb der Gesellschaft und Sicherung des sozialen Friedens (TSCHUDI, Sozialverfassung, 1; MÖCKLI, Sozialstaat, 32 ff. und 80),

Wohlergehen und die *individuelle Wohlfahrt*³²⁶⁵ –, was gerade im vorliegenden Kontext von Bedeutung ist (Beförderung und Schutz privater Interessen). Der Sozialstaat will zum Schutz und zur Verwirklichung der Würde der Einzelnen beitragen, individuelle Entfaltungschancen sichern und fördern, die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ermöglichen, auf günstige Rahmenbedingungen für eine selbstbestimmte, eigenverantwortliche Lebensführung und Daseinsgestaltung hinwirken und – allgemein gesagt – die Voraussetzungen für die Ausübung von Freiheiten und die Wahrnehmung der Grundrechte schaffen.³²⁶⁶ Die *rechtsstaatlich* motivierte Gewährleistung und Absicherung von Freiheiten und die *sozialstaatliche* Ermöglichung individueller Freiheiten stehen dabei in einem *komplementären* Verhältnis.³²⁶⁷ Der Sozialstaat versucht, seine Ziele insbesondere durch Schutz, Unterstützung und Förderung zugunsten der «Schwachen» und *sozial benachteiligten Menschen*³²⁶⁸ sowie die Gewährung von *sozialer Sicherheit*³²⁶⁹ (im Sinne einer Ab-

Erreichen von ökonomischem und gesellschaftlichem Fortschritt (Botsch. VE 96, 127; SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 19) usw.

³²⁶⁵ Vgl. MÖCKLI, Sozialstaat, 79; PETER UEBERSAX, Stand und Entwicklung der Sozialverfassung der Schweiz, AJP 1998, 3 ff., 4 f.; WYSS, Öffentliche Interessen, 297 ff.; RHINOW, Komm. zu Art. 31bis BV, Rz. 11 ff.; so zielt die in Art. 2 Abs. 2 BV genannte *gemeinsame Wohlfahrt* auch auf die Förderung der *individuelle Wohlfahrt aller* ab, vgl. bezogen auf die in Art. 31bis Abs. 1 aBV genannte Formulierung der «Mehrung der Wohlfahrt des Volkes» und der «wirtschaftlichen Sicherung der Bürger» RHINOW, Komm. zu Art. 31bis aBV, Rz. 11 und 13; vgl. ferner BGE 118 Ia 427, E. 6, wonach auch der «Individualschutz» im Zielbereich der (öffentlichen) Gesundheitspflege liegt, jedenfalls wenn der Einzelne zur Wahrung seiner Interessen nicht oder nur beschränkt in der Lage ist.

³²⁶⁶ Siehe SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 11, 15, 17 und 28 ff.; MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 3 und 7; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 185; SIKI, 56, 64 und 68 f.; TSCHUDI, Sozialverfassung, 3, 6 und 76 ff.; MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 19; WYSS, Öffentliche Interessen, 294.

³²⁶⁷ TSCHUDI, Sozialverfassung, 76 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 11; allerdings kann die solidarische Unterstützung von Personen und der Schutz der «Schwachen» auch Beschränkungen der Freiheiten Dritter notwendig machen (vgl. SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 12; vgl. dazu auch hinten, Teil 5 I. B und Teil 5 I. C); zudem findet sozialstaatliches Handeln eine *Grenze* an grundrechtlich geschützten Freiheiten (vgl. TSCHUDI, Gemeinsame Wohlfahrt, 131; dazu hinten, bei Fn. 3284 ff.).

³²⁶⁸ Vgl. etwa SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 15; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 185; WALDMANN, Eigenverantwortung, 345; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 234 und 238; Botsch. VE 96, 16; s.a. BGE 130 I 16, E. 5.2 und BGE 127 I 6, E. 8.

³²⁶⁹ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 7; MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 19; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 15 und 28 ff.

sicherung gegen die Risiken und Wechselfälle des Lebens³²⁷⁰) zu erreichen. Ferner zielt er auf die Schaffung «sozialer Gerechtigkeit», was insbesondere eines *sozialen Ausgleichs* bedarf (Umverteilung von Gütern, Ausgleich von Machtungleichgewichten und strukturellen Ungleichgewichtslagen), sowie auf die Herstellung von *Chancengleichheit*.³²⁷¹

Um Missverständnissen vorzubeugen, ist auf Folgendes hinzuweisen: Individuelles Verhalten muss keinen «sozialen» Bezug aufweisen oder sich negativ auf das gesellschaftliche Zusammenleben auswirken, damit es im Ziel- und Aufgabenbereich sozialstaatlichen Handelns liegt. Im Kontext der Sozialverfassung ist der Begriff «sozial» nicht auf «gesellschaftlich» zu reduzieren, sondern meint auch die Gewährung von Hilfe und Unterstützung an «Schwächere». ³²⁷² Deshalb lässt sich auch nicht sagen, die paternalistisch motivierte Verhinderung einer Selbstschädigung stehe – da nicht der Schutz des «sozialen Zusammenlebens» zum Anlass für eine Intervention genommen werde – grundsätzlich ausserhalb einer sozialstaatlichen Zielsetzung.³²⁷³

Im Kontext der «Schutz vor sich selbst»-Problematik ist ferner von Bedeutung, dass der Sozialstaat keineswegs nur auf den Ausgleich *wirtschaftlicher* Ungleichheiten abzielt. Es geht ihm auch um die Beseitigung und den Ausgleich von nicht primär durch ökonomische Gründe bedingte Schwächen und Nachteile³²⁷⁴ – etwa durch Bildung, Erziehung oder die Vermittlung von Kompetenzen zur Lebensführung und zur eigenverantwortlichen Daseinsgestaltung.³²⁷⁵ In seinem Zielbereich liegt auch die allgemeine (und individuelle³²⁷⁶) *Gesundheit*³²⁷⁷ – die insofern nicht

³²⁷⁰ Zum Begriff der *sozialen Sicherheit* im Einzelnen und m.w.H. BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 72 ff.

³²⁷¹ Vgl. etwa SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 15, 28 und 31 ff.; MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 3 und 7; MÖCKLI, Sozialstaat, 33 und 35 ff.; BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 69 und 71 f.; WALDMANN, Eigenverantwortung, 345; SIKI, 56 und 64; ferner RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3376, 3379 und 3387 ff.; TSCHUDI, Sozialverfassung, 1 ff. (soziale Gerechtigkeit und soziale Sicherheit); TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 234 und 238; siehe im Einzelnen zum (nicht einfachen) Begriff der sozialen Gerechtigkeit BAUMANN, Solidaritätsprinzip, 79 ff.

³²⁷² Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3385 ff.; s.a. SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 8.

³²⁷³ Vgl. aber FISCHER, 258; HILLGRUBER, Schutz, 72.

³²⁷⁴ SIKI, 61 ff.; TSCHUDI, Gemeinsame Wohlfahrt, 118 und RHINOW, Komm. zu Art. 31bis aBV, Rz. 13 («ideelle Seiten», «immaterielle Komponenten»; «Lebensqualität»).

³²⁷⁵ SIKI, 63, 68 und 74; ferner HANS F. ZACHER, Der soziale Bundesstaat, in: Hans Detlef Horn et al. (Hrsg.), Recht im Pluralismus – Festschrift für Walter Schmitt Glaeser zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, 199 ff., 221 und 227 f. («pädagogische Intervention»; «kompetenzvermittelnde Intervention»); SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 9, wonach die Bildungsverfassung verschiedene sozialstaatliche Anliegen aufgreife; vgl. bezogen auf Kinder und Jugendliche Art. 41 Abs. 1 Bst. f und g BV.

³²⁷⁶ Vgl. BGE 118 Ia 427, E. 6.

³²⁷⁷ Vgl. z.B. SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3 f. und 10.

nur als Polizeizug zu verstehen ist³²⁷⁸ – sowie der Schutz und die Förderung von *Kindern und Jugendlichen*^{3279, 3280}. Dabei kann es dem Sozialstaat durchaus um die Abwehr von Gefahren gehen – von Gefahren, die ihren Ursprung in der eigenen «Schwäche» haben oder die zu einer Schwäche oder einer Verminderung des eigenen Wohls führen können. Eine rein polizeiliche Aufgabe ist die «Gefahrenabwehr» deshalb nicht.³²⁸¹ Hinzuweisen bleibt auf Folgendes: Auch wenn der Sozialstaat seine Aufgaben häufig durch das Gewähren von Leistungen erfüllen wird, ist er nicht darauf beschränkt. Er kann auch versuchen, seine Ziele mit Verboten und Geboten zu erreichen.³²⁸²

Da sozialstaatliches Handeln von seiner *Funktion* und *Zielrichtung* her aber immer ein der (individuellen und kollektiven³²⁸³) *Freiheit* und ein der *Menschenwürde* verpflichtetes Handeln ist,³²⁸⁴ muss es die selbstgewählten Ziele respektieren. Der Sozialstaat will – wie ausgeführt – Voraussetzungen für die Freiheitsausübung schaffen, nicht aber individuelle Entfaltungsmöglichkeiten vermindern oder die Einzelne um ihrer selbst willen bevormunden;³²⁸⁵ er respektiert die *Individualität* der Menschen auch dort, wo er ausgleichend und korrigierend tätig wird.³²⁸⁶ Ausserdem handelt er nur insofern in Übereinstimmung mit dem in Art. 2 Abs. 2 BV genannten Staatsziel der Beförderung der «gemeinsamen Wohlfahrt», wenn er Wohlfahrtsgewinne schafft, nicht aber, wenn er die Wohlfahrt vermindert (ohne dass diese Verluste durch Wohlfahrtsgewinne anderer kompensiert oder diese sonst wie «entschädigt» werden):³²⁸⁷ Diese Gefahr von Wohlfahrtsverlusten oder einer Schlechterstellung besteht aber ganz besonders dann, wenn dem Einzelnen in seinem «wohlverstandenen» Interesse, aber unabhängig von subjektiven Bedürfnissen

³²⁷⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 3068 f.

³²⁷⁹ Art. 41 Abs. 1 Bst. f und g BV; SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 79 ff. und 87 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3 und 48.

³²⁸⁰ Auf Abgrenzungsversuche zwischen Sozial-, Bildungs- und Gesundheitsverfassung ist hier zu verzichten, zumal vielfältige Überschneidungen bestehen und die Bildungs- und die Gesundheitspolitik zumindest *auch* ein Mittel zur Verwirklichung sozialstaatlicher Anliegen darstellen (siehe SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 9 f.; Art. 41 Abs. 1 Bst. b, f und g).

³²⁸¹ Vgl. vorne, bei Fn. 2991 ff.; s.a. bei Fn. 3081 ff.

³²⁸² Vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 59, die z.B. Arbeitszeitbeschränkungen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nennen.

³²⁸³ BSK BV-BELSER, Art. 2, Rz. 10; vorne, bei Fn. 3264; s.a. hinten, bei Fn. 3287.

³²⁸⁴ Vorne, bei Fn. 3266.

³²⁸⁵ Siehe TSCHUDI, Sozialverfassung, 78 f. und 87; DERS., Gemeinsame Wohlfahrt, 131; VAN SPYK, 89.

³²⁸⁶ SIKI, 66; TSCHUDI, Sozialverfassung, 78 f. und 87.

³²⁸⁷ Vgl. BSK BV-BELSER, Art. 2, Rz. 13.

und unabhängig davon, ob er seine Präferenzen frei zu bilden und zu verfolgen in der Lage ist, Schutz und Fürsorge auferdrängt werden.³²⁸⁸ Weiter wirken auch die sozialstaatliches Handeln – neben der Solidarität³²⁸⁹ – tragenden und charakterisierenden Grundsätze der *Subsidiarität* und v.a. der *Eigenverantwortung* (Art. 6 und Art. 41 Abs. 1 BV)³²⁹⁰ *begrenzend* auf fürsorgliches Handeln: Der Staat darf nicht pauschal Schwäche und Hilfsbedürftigkeit unterstellen, er muss Freiräume zur Wahrnehmung von Eigenverantwortung erhalten und es kommt ihm keine umfassende und erst recht keine ausschliessliche Verantwortung für das individuelle Wohl zu.³²⁹¹ Zudem bleibt immer zu prüfen, ob es tatsächlich einer *staatlichen* Intervention bedarf, um den als geboten erachteten Schutz zu verwirklichen, oder ob – in Verwirklichung des Subsidiaritätsprinzips – nicht den Privaten der Vorrang zu überlassen ist.³²⁹² Schliesslich bleibt zu bedenken, dass einem überfürsorglichen und «bevormundenden» sozialstaatlichen Handeln durch die *rechtsstaatlichen* Prinzipien und die im *Rechtsstaat* garantierte Freiheit Grenzen gezogen werden.³²⁹³ Der Sozialstaat hat das (eng mit der Würde verknüpfte³²⁹⁴) Recht, das eigene Wohl zu definieren (selbst wenn die Freiheitsausübung unvernünftig und banal erscheinen mag),³²⁹⁵ zu respektieren. Er hat sich an den tatsächlichen Schutz- und Fürsorgebedürfnissen zu orientieren und nicht an «vernünftigen», «objektivierten» Interessen.³²⁹⁶

Daraus ergibt sich, dass es der Sozialstaat von seiner *grundsätzlichen* Zielrichtung her der Einzelnen überlässt und überlassen muss, ihr individuelles Glück zu finden,³²⁹⁷ und er sie dabei lediglich unterstützen will und darf;³²⁹⁸ er gerät auch nicht in einen direkten Widerspruch zu sich selbst, wenn er die Hilfe bloss *an-*

³²⁸⁸ Dazu auch hinten, Teil 4 II. B und insb. Teil 4 II. B. 3.

³²⁸⁹ SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 20 und 22 f.; vorne, Fn. 3254.

³²⁹⁰ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 12; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 20 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 1499 ff., 2429 und 2474 f.

³²⁹¹ Vorne, bei Fn. 2528 ff.

³²⁹² Vgl. vorne, bei Fn. 2488 ff.

³²⁹³ Vgl. TSCHUDI, Sozialverfassung, 78 und 87; DERS., Gemeinsame Wohlfahrt, 131; vgl. auch LINK, 39 f. und 54, wonach ein Sozialstaatsverständnis im Sinne eines «obrigkeitlich-bürokratischen Beglückungsoptimismus» mit einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht kompatibel sei.

³²⁹⁴ Vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (5.) bei Fn. 1173 ff. und Ziff. (6.) bei Fn. 1180 ff.

³²⁹⁵ Vorne, Teil 2 III. A und Teil 2 III. E.

³²⁹⁶ Vgl. VAN SPYK, 89.

³²⁹⁷ RHINOW, Komm. zu Art. 31bis aBV, Rz. 13; TSCHUDI, Gemeinsame Wohlfahrt, 131; HANGARTNER, Grundzüge Bd. I, 161.

³²⁹⁸ Vgl. MASTRONARDI, Strukturprinzipien, 61; TSCHUDI, Gemeinsame Wohlfahrt, 131.

bietet.³²⁹⁹ Allerdings bleibt immer zu fragen, ob und inwiefern die Einzelne *überhaupt* in der Lage ist, ihr eigenes Wohl (freiverantwortlich) zu definieren – darauf ist nachstehend einzugehen. Der Selbstbestimmung des «eigenen» Wohls soll im Sozialstaat ausserdem dann eine *Grenze* gezogen werden, wenn sie zu einer Benachteiligung und Schwächung *Dritter* führt und zum Schutz dieser *Dritter* interveniert werden muss.

b) Differenzierungen nach Erscheinungsarten paternalistischen Staatshandelns

Aufgrund des Gesagten liegt es *ausserhalb* der Zielsetzungen des Sozialstaats, wenn es der Einzelnen in ihrem *wohlverstandenen eigenen* Interesse und ohne Bezugnahme auf bei ihr vorhandene Selbstbestimmungsdefizite verunmöglicht oder erschwert wird, ihre eigenen *Präferenzen frei zu bilden* und ihr Leben nach ihren *eigenen* Vorstellungen zu gestalten und zu leben. Dies stünde nicht im Einklang mit dem im Sozialstaat gebotenen Respekt vor der selbständigen Definition des eigenen Wohls und Glücks.

Klarzustellen bleibt: Der Sozialstaat ist zur Erreichung seiner Ziele auf Beiträge des Einzelnen angewiesen und kann ihn dafür auch in die Pflicht nehmen (Steuern, Sozialversicherungspflichten, sonstige Beschränkungen individueller Freiheiten). Die Einzelne kann sich dem nicht einfach mit der Begründung entziehen, sie *selbst* sei es, die ihr eigenes Wohl definiere – die Beschränkung ihrer Freiheiten erfolgt hier im Interesse der (*Solidar-*)*Gemeinschaft*.³³⁰⁰

Damit steht insbesondere ein sog. *harter Paternalismus*, der dem Menschen unabhängig von allfälligen Freiwilligkeitsdefiziten Schutz und Fürsorge aufdrängt,³³⁰¹ nicht im Einklang mit sozialstaatlichen Zielsetzungen.³³⁰² Entsprechendes gilt für einen «*freiheitsmaximierenden Paternalismus*», der aktuelle Freiheiten mit der Begründung beschränken will, dem Einzelnen zukünftige Freiheiten und Freiheitsoptionen zu erhalten,³³⁰³ sowie für Ansätze, die ein gegen die kurzfristigen Präferenzen gerichtetes Handeln mit dem Schutz der *langfristigen Präferenzen* rechtfertigen wollen (anzutreffen auch etwa im Kontext des *libertären Paternalis-*

³²⁹⁹ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 132; RIGOPOULOU, 67; s.a. FISCHER, 258.

³³⁰⁰ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4552.

³³⁰¹ Vgl. vorne, Teil 1 II. B. 7.

³³⁰² Vgl. für das deutsche Verfassungsrecht etwa: RIGOPOULOU, 66 f. und 97 f.; im Ergebnis auch KOLBE, 295 f.; RINKE, 13; s.a. HANGARTNER, Grundzüge Bd. I, 161, wonach «[d]ie fördernden Massnahmen des Staates [...] *nicht* zum Zwang zu individueller Wohlfahrt führen [dürfen]» (allerdings ist Zwang nicht mit einem harten Paternalismus gleichzusetzen, vgl. vorne, bei Fn. 361 f.).

³³⁰³ Kritisch auch HEINIG, Sozialstaat, 266: zum «freiheitsmaximierenden Paternalismus» siehe vorne, Fn. 1070, und hinten, bei Fn. 3807 ff.

*mus*³³⁰⁴): Die gegenwärtig (freiverantwortlich) ausgeübte Freiheit und der Entscheidung, den kurzfristigen Präferenzen zu folgen – beides Ausdruck grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung³³⁰⁵ –, können (und dürfen) dem Sozialstaat nicht weniger schützenswert sein, als die künftige Freiheit oder die langfristigen Präferenzen. Wenn der Sozialstaat künftigen Freiheiten mehr Gewicht einräumt als der aktuellen Wahl oder wenn er Fürsorge ungeachtet der kurzfristigen Präferenzen zum Schutz der (vermeintlich) langfristigen Präferenzen aufdrängt, nimmt er zudem eine Bewertung und Gewichtung der Freiheit vor. Dazu aber ist – auch im Sozialstaat – der Einzelne selbst berufen.³³⁰⁶ Nicht mit sozialstaatlichen Grundsätzen vereinbar ist schliesslich eine – ohnehin höchst problematische³³⁰⁷ – *Formung*, «*Besserung*» und *Erziehung* des Einzelnen in seinem wohlverstandenen Interesse selbst, wenn dieser in der Lage ist, seine Präferenzen frei zu bilden und freiverantwortlich über den Nutzen derartiger Interventionen entscheiden zu können.³³⁰⁸ Eine gewisse «erzieherische» Einflussnahme auf Werthaltungen und Überzeugungen kann allerdings insofern zulässig sein, als damit Interessen Dritter geschützt bzw. für ein gemeinsames, friedliches Zusammenleben unerlässliche Werte vermittelt werden sollen.³³⁰⁹

Beispiele für eine (zulässige) «Erziehung» von erwachsenen, mündigen Menschen finden sich im Bereich der Gefahrenprävention: So dient der *Strafvollzug* der Resozialisierung und damit in einem gewissen Mass der Erziehung.³³¹⁰ Zu denken ist sodann an den «erzieherischen»³³¹¹ (oder «bessernden»³³¹²) Charakter des sog. «Warnungsentzugs»³³¹³ (gestützt auf Art. 16a ff. SVG) im Interesse der *Verkehrssicherheit*.

Differenzierter zu betrachten ist der *an der Selbstbestimmung orientierte Paternalismus*. Ein Paternalismus, der darauf abzielt, die Freiwilligkeit abzusichern oder freiwilliges Handeln (erst) zu ermöglichen, scheint sich grundsätzlich in die Zielset-

³³⁰⁴ Vgl. zu diesem Begründungsansatz vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (4.) bei Fn. 1353 ff., und hinten, bei Fn. 3855 ff.; bezogen auf den libertären Paternalismus vgl. Teil 1 II. B. 10, Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff.

³³⁰⁵ Vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.)(a.) und (4.) bei Fn. 1336 bzw. 1353 ff.

³³⁰⁶ Vorne, bei Fn. 3297.

³³⁰⁷ Vorne, bei Fn. 1796 ff., 3164 und 3171.

³³⁰⁸ Vgl. im Zusammenhang mit der (schulischen) Bildung und Erziehung von Kindern und Jugendlichen hinten, Teil 3 IV. E. 2. c), insb. bei Fn. 3403 ff.

³³⁰⁹ Vgl. MASTRONARDI, Verfassungslehre, Rz. 932 ff.

³³¹⁰ NIGGLI/MAEDER, 445.

³³¹¹ BGE 141 II 220, E. 3.1.2; BGE 133 II 33, E. 4.2 und 5.2; ferner BGE 131 II 248, E. 4 und 4.2; BGer 1C_282/2011, E. 2.4; BGer 1C_224/2010, E. 4.2; BVerfG A-3290/2013, E. 6.4; BGE 128 II 173, E. 3b.

³³¹² KGer BL, Entscheid vom 17. April 2013, Nr. 810 12 254, E. 4.1.

³³¹³ BGer 1C_331/2014, E. 4.1.

zungen des Sozialstaats einzufügen.³³¹⁴ Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, einen autonomieorientierten Paternalismus ohne weiteres mit den sozialstaatlichen Zielsetzungen als vereinbar oder gar als dadurch geboten zu erklären:

- (1.) Die bloße Absicht, die Selbstbestimmung zu erhöhen und Freiheitsvoraussetzungen zu schaffen, verschafft dem Staat jedenfalls noch keine Legitimation, diese Hilfe dem Einzelnen gegen seinen Willen aufzudrängen. Zur grundrechtlich geschützten Freiheit, die sozialstaatliches Handeln zu respektieren hat, gehört es auch, gut gemeinte Hilfe *abzulehnen*.³³¹⁵ Die Einzelne muss sich nicht in ihrem «besten» eigenen Interesse beraten, aufklären, in Kompetenzen oder ihrer Position gegenüber Dritten stärken lassen, wenn sie dies nicht will.³³¹⁶ Ob sie von aussen gesehen als hilfs- und schutzbedürftig erscheint, ist für sich genommen nicht entscheidend.³³¹⁷

Bezogen auf die «Befähigung» ist Folgendes zu beachten: Zwar mag man gewisse «Fähigkeiten» identifizieren, die von den meisten Personen als erstrebenswert oder notwendig erachtet werden, um ein «gutes Leben» führen zu können (sog. «*capabilities approach*»). Etwa fähig zu sein, ein normal langes Leben zu führen und nicht in einem Zeitpunkt zu sterben, in dem das Leben noch als lebenswert erscheint; ferner etwa in der Lage zu sein, eine gute Gesundheit haben, unnötige Schmerzen vermeiden, lachen, spielen und das *eigene* Leben nach den eigenen Vorstellungen führen zu können.³³¹⁸ Ob der Einzelne eine entsprechende «Befähigung» aufgedrängt werden darf, ist aber eine andere Frage: Zum einen darf der Staat nicht pauschal unterstellen, das Interesse an einer bestimmten «Fähigkeit» liege beim Einzelnen *tatsächlich* vor; zum anderen hat das Bedürfnis, in Ruhe gelassen und nicht im eigenen Interesse «befähigenden» staatlichen Massnahmen ausgesetzt zu werden, einen eigenen Wert.³³¹⁹

³³¹⁴ Vgl. JÖRG NEUNER, Das Prinzip der Selbstverantwortung im Sozialstaat, in: RIESENHUBER, Das Prinzip der Selbstverantwortung, § 9, 187 ff., 196, wonach ein «sozialer Schutz» dann angezeigt sei, wenn «die subjektiven Voraussetzungen freier Willensbildung» fehlen; ferner BAUMGARTEN, 124, der sich für eine Suizidverhinderungspflicht auf das Sozialstaatsprinzip beruft, wenn «ein freiverantwortlicher Wille zumindest fraglich» sei.

³³¹⁵ Vgl. RINKE, 13.

³³¹⁶ Vorne, Teil 2 III. F. 3. b).

³³¹⁷ Vgl. RINKE, 13.

³³¹⁸ Siehe dazu MARTHA NUSSBAUM, Aristotelian Social Democracy, in: R. Bruce Douglass/Gerald M. Mara/Henry S. Richardson (Hrsg.), *Liberalism and the Good*, New York 1990, 203 ff. und die von ihr insbesondere auf S. 217 ff., identifizierten, für das menschliche Leben grundlegenden Fähigkeiten («*Basic Human Functional Capabilities*») für ein «gutes Leben»; weiterführend zu dem von ihr vertretenen «*Capabilities Approach*»: NUSSBAUM, *Women and Human Development*, 70 ff.

³³¹⁹ Kritisch auch HANS MICHAEL HEINIG, Zur Normativität des Sozialstaates, in: BUNG/VALERIUS/ZIEMANN, 138 ff., 145, wonach dem «Befähigungsprogramm Nussbaums [...] ohne autonomieethische Rückbindung ein erhebliches Potential zu paternalistischen

- (2.) Dort aber, wo der Einzelne das Ausmass seiner Schwäche und die daraus für ihn resultierenden Folgen gar nicht (vollumfänglich) erkennt und zur Wahrnehmung seiner Interessen aufgrund nicht vorhandener Urteils- oder zumindest reduzierter Selbstbestimmungsfähigkeit gar nicht in der Lage ist, aktualisiert sich die sozialpolitische Verantwortung des Staates *auch ohne Zustimmung* des Betroffenen.³³²⁰ Sozialstaatliches Handeln hat sich aber auch in solchen Fällen an den subjektiven Präferenzen des Einzelnen zu orientieren. Es darf nicht darauf abzielen, das «objektiv Vernünftige» durchzusetzen bzw. die individuellen Präferenzen «erzieherisch» oder mittels subtiler Mittel wie (oftmals) *Nudges* in eine bestimmte, als «vernünftig» erachtete Richtung zu lenken.

Gerade bei einer (staatlichen) Stärkung der *Gesundheits- oder Genusskompetenz* dürften die Grenzen zu einer eigentlichen Besserung und Erziehung des Menschen oft fließend sein.³³²¹ Ob die Betroffenen beim «*libertären Paternalismus*» tatsächlich zu einem Verhalten angestossen werden, das ihren eigentlichen Präferenzen entspricht, ist – wie bereits ausgeführt – fraglich.³³²²

- (3.) Wie weit die im Grundsatz gebotene sozialstaatliche Fürsorge beim Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten reicht und was überhaupt – und unter welchen Voraussetzungen – als legitimerweise einer Korrektur zugängliches Freiwilligkeitsdefizit in Frage kommt, lässt sich jedoch nicht abstrakt bestimmen. Es verhält sich hier ganz ähnlich wie bei den autonomieorientierten Schutzpflichten.³³²³ In jedem Einzelfall bleibt zu prüfen, ob der Betroffenen die Intervention – insbesondere mit Blick auf die damit (allenfalls) verbundenen *Freiheits- und Wohlfahrtsverluste*³³²⁴ – zumutbar ist.³³²⁵ Sozialstaatliches Handeln hat sich immer auch mit Blick auf die damit bewirkten Freiheitsbeein-

Interventionen inne[wohne]» – die Verbindungslinien zwischen dem *Capabilities Approach* und staatlichem Paternalismus sind hier nicht zu vertiefen. Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass es NUSSBAUM (Women and Human Development, 51) in ihrer Theorie des «guten» Lebens selbst als einen Wert bezeichnet, *selbst entscheiden* zu können: «But we can say already that a commitment to respecting people's choices hardly seems incompatible with the endorsement of universal values. Indeed, it appears to endorse explicitly at least one universal value, the value of having the opportunity to think and choose for oneself.»

³³²⁰ Vgl. im Kontext einer obligatorischen medizinischen Behandlung BGE 118 Ia 427, E. 6c und 7c; s.a. die Hinweise vorne, in Fn. 3314.

³³²¹ Vgl. vorne, bei Fn. 495.

³³²² Vgl. vorne, Teil 1 II. B. 10, Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff.

³³²³ Dazu vorne, Teil 3 IV. B. 3. c), insb. bei Fn. 2909.

³³²⁴ Solche können auch bei einem weichen Paternalismus vorliegen, siehe vorne, bei Fn. 2083 ff. und hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii.

³³²⁵ Zur Abwägungsproblematik im Einzelnen hinten, Teil 4 III. C. 2. c).

trüchtigungen und sonstigen Nachteile zu rechtfertigen und darf die Betroffene im Ergebnis nicht schwächen oder schlechterstellen.

- (4.) Ganz allgemein gilt: Ein paternalistisch motivierter Schutz vor individueller «Schwäche» fügt sich immer nur insofern in die sozialstaatlichen Zielsetzungen ein, als es diese nicht selbst wieder untergräbt. Beispielsweise darf der Schutz von Kindern und Jugendlichen nicht dazu führen, dass ihnen eine angemessene Bildung (Art. 41 Abs. 1 Bst. f BV) verunmöglicht wird.

Der Bundesrat hat im Jahr 2014 Art. 4 Abs. 4 der Jugendarbeitsschutzverordnung (ArGV 5)³³²⁶ dahingehend angepasst, dass Jugendliche bereits ab 15 (und nicht mehr grundsätzlich erst ab 16 Jahren) gefährliche Arbeiten ausführen dürfen, «sofern dies für das Erreichen der Ziele der beruflichen Grundbildung oder von behördlich anerkannten Kursen unentbehrlich ist». Damit wollte der Bundesrat «einen nahtlosen Übergang vom Schul- ins Berufsleben und das Erreichen der Bildungsziele [...] gewährleisten».³³²⁷

2. Reichweite spezifischer (zumindest *auch* sozialpolitisch motivierter) Schutz- und Förderungsaufträge

a) Vorbemerkungen

Nachfolgend sind verschiedene, im vorliegenden Zusammenhang besonders relevante sozialstaatlich (zumindest *teilweise*) motivierte Schutz- und Förderungsaufträge einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Zu prüfen ist, ob und inwiefern sich ihnen allenfalls *spezielle* – und von den vorgenannten Grundsätzen möglicherweise abweichende – *Vorgaben* oder *Grenzen* für paternalistisches Staatshandeln entnehmen lassen. Dabei sind diese Schutz- und Fürsorgeaufträge aber immer auch mit Blick auf die bereits diskutierten, paternalistisches Staatshandeln begrenzenden sozialstaatlichen Grundsätze³³²⁸ sowie weitere zentrale verfassungsrechtliche Wertungen zu konkretisieren: Von Bedeutung ist namentlich, dass auch «selbstschädigendes» und «unvernünftiges» Verhalten grundrechtlichen Schutz erfährt, der Staat gegenüber individuellen Lebensentwürfen offen zu sein hat und es primär der Einzelnen obliegt, über ihr eigenes Wohl zu bestimmen.³³²⁹

³³²⁶ SR 822.115.

³³²⁷ Vgl. Medienmitteilung des Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI vom 25. Juni 2014, abrufbar unter: www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/aktuell/medienmitteilungen/archiv-medienmitteilungen/archiv-sbfi.msg-id-53507.html.

³³²⁸ Vorne, Teil 3 IV. E. 1.

³³²⁹ Vgl. auch vorne, bei Fn. 1657 f. und 3293 ff.

b) Geldspiele

In Art. 106 Abs. 5 BV wird Bund und Kantonen der Auftrag erteilt, den *Gefahren von Geldspielen* Rechnung zu tragen und für einen «angemessenen» Schutz zu sorgen. Hierbei geht es – neben der Verhütung krimineller Machenschaften (Betrug, Geldwäscherei, Beschaffungskriminalität) – auch um die Verhütung der *Spielsucht*.³³³⁰ Dies um den damit verbundenen negativen Auswirkungen auf Dritte und die Gesellschaft entgegenzuwirken (soziales Umfeld der Spielsüchtigen³³³¹; Problematik der sozialen Folgekosten³³³²), aber ebenso zum Schutz und im Interesse des (potentiell) Spielsüchtigen³³³³ und zwar grundsätzlich auch im Sinne eines *Schutzes vor sich selbst*³³³⁴.

Wie ein *paternalistischer* Schutz im Einzelnen zu verwirklichen ist, lässt die Bestimmung jedoch offen. Berücksichtigt man die sozialstaatlichen Zielsetzungen und Grundsätze als solche sowie die übrigen verfassungsrechtlichen Wertungen³³³⁵ kann jedoch nur ein Schutz vor sich selbst zulässig sein, der die *Eigenverantwortung* der Spielerinnen und Spieler respektiert.³³³⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung muss er sich an einer potentiell *reduzierten Selbstbestimmung* der Spielerinnen und Spieler orientieren, darf also (lediglich) darauf hinwirken, dass der Entscheid über das (Weiter-)Spielen und das Eingehen der damit verbundenen Risiken dem eigenen, «freien» Willen entspricht. Es geht um die Bekämpfung und den Ausgleich derjenigen Faktoren und (z.B. suchtbedingten) «Schwächen», die es dem Einzelnen verunmöglichen oder erschweren, die Gefahren des Glücksspiels einzuschätzen

³³³⁰ Botsch. Volksinitiative Geldspiele, 7995 und 8000; Botsch. Geldspielgesetz, 8406; SGK BV-SCHNEIDER, Art. 106, Rz. 27 ff.; BSK BV-OESCH, Art. 106, Rz. 33 ff.; CR Cst.-GRISEL RAPIN, Art. 106, Rz. 8 und 41 ff.

³³³¹ SGK BV-SCHNEIDER, Art. 106, Rz. 27; Botsch. Geldspielgesetz, 8403.

³³³² Vgl. Botsch. Volksinitiative Geldspiele, 7995; Botsch. Geldspielgesetz, 8403; BSK BV-OESCH, Art. 106, Rz. 36.

³³³³ SGK BV-SCHNEIDER, Art. 106, Rz. 27; Botsch. Geldspielgesetz, 8406 und 8409 («Schutz der Bevölkerung vor exzessivem Spiel»).

³³³⁴ So ausdrücklich bezogen auf die – nicht in Kraft getretene, in überarbeiteter Form in (den später wiederum modifizierten) Art. 106 BV übernommene (vgl. Botsch. Geldspielgesetz, 8392 f.) – Bestimmung von Art. 35 aBV: Botsch. SBG, 156, ferner 178–180; s.a. Botsch. Sanierungsmassnahmen 1992, 379; im Zusammenhang mit dem Erlass des neuen Geldspielgesetzes äusserte der Gesetzgeber immerhin die Auffassung, dass Art. 106 Abs. 5 BV «einen Auftrag an den Gesetzgeber und die Vollzugsorgane» enthalte, «den Gefahren der Geldspiele *umfassend* Rechnung zu tragen» (Herv. d. Verf.; Botsch. Volksinitiative Geldspiele, 7998).

³³³⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 3328 f.

³³³⁶ So im Ergebnis auch BSK BV-OESCH, Art. 106, Rz. 4 und 32 (unter Bezugnahme auf Art. 6 BV).

bzw. dem Spieldrang trotz der damit verbundenen, negativen Konsequenzen zu widerstehen. Dies kann selbst Verbote rechtfertigen (z.B. Spielsperren). Ein hart paternalistischer Schutz, etwa mit der Begründung, gewisse Formen des Glücksspiels oder damit eingegangene Risiken seien *per se* unvernünftig und für den Betroffenen selbst schädlich, liegt hingegen nicht im Zielbereich von Art. 106 Abs. 5 BV. Es würde ihm auch an der von Art. 106 Abs. 5 BV geforderten «Angemessenheit» des Schutzes mangeln. Zum einen, weil ein hart paternalistischer Schutz – was noch näher zu begründen ist – ohnehin nicht verhältnismässig kann;³³³⁷ zum anderen, weil die Angemessenheit m.E. (auch) im Licht der sozialstaatlichen Zielsetzungen zu interpretieren ist, womit aber ein harter Paternalismus nicht im Einklang steht.

c) Schutz, Förderung, Bildung und Erziehung von Kindern und Jugendlichen

Ein besonderer staatlicher *Schutz- und Förderungsauftrag* besteht gegenüber Kindern und Jugendlichen.

Auf der Ebene des Völkerrechts ist auf die spezifischen Schutzaufträge in Art. 10 Ziff. 3 UNO-Pakt I und Art. 24 UNO-Pakt II hinzuweisen,³³³⁸ besonders aber auf die Bestimmungen der *Kinderrechtskonvention* (KRK). Sie bezeichnet das Kindeswohl als vorrangig zu berücksichtigenden Gesichtspunkt (Art. 3 Abs. 1 KRK). In der Bundesverfassung kommt die Verpflichtung zum Schutz des Kindeswohls besonders in Art. 11 Abs. 1 BV zum Ausdruck.³³³⁹ Damit eng zusammen hängen die Bestimmungen von Art. 67 Abs. 1 BV (Förderung von Kindern und Jugendlichen)³³⁴⁰ sowie von Art. 41 Abs. 1 Bst. c, f und g (Schutz und Förderung der Familie als Gemeinschaft von Erwachsenen und Kindern; Bildungs- und Erziehungsziele; Förderung der Gesundheit³³⁴¹).³³⁴² Weitere relevante Bestimmungen finden sich – im Kontext der Bildung –

³³³⁷ Hinten, Teil 4 II, insb. Teil 4 II. C.

³³³⁸ Vgl. dazu und zu weiteren völkerrechtlichen Abkommen, die sich mit dem Schutz von Minderjährigen befassen RYSER BÜSCHI, 79 ff.

³³³⁹ BGE 146 IV 267, E. 3.3.1; BGE 132 III 359, E. 4.4.2; BGer 5A_482/2007, E. 4.1.1; CR Cst.-GAVILLET, Art. 11, Rz. 9; REICH, Schutz, 375 f. und 386; EHRENZELLER, Elternrecht, 210; BSK BV-WYTTENBACH, Komm. zu Art. 11, Rz. 14 f.; RYSER BÜSCHI, 77; zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Verfassung ohnehin die Berücksichtigung des Kindeswohls verlangt, siehe OFK BV-BIAGGINI, Art. 11, Rz. 3, wonach dem Kindeswohl (und allgemein dem «Menschenwohl») auch ohne Art. 11 BV «Verfassungsrang» zukomme; ferner HOCHHEUSER, 68 ff. und 88.

³³⁴⁰ SGK BV-WYTTENBACH, Art. 67, Rz. 3 und 5 f., und Art. 11, Rz. 12; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 67, Rz. 1 und 3.

³³⁴¹ Zur Förderung der Gesundheit siehe näher hinten, bei Fn. 3391 und 3450 f.

³³⁴² Siehe SGK BV (3. Aufl.)-REUSSER/LÜSCHER, Art. 11, Rz. 21; SGK BV-WYTTENBACH, Art. 67, Rz. 3 und 6.

insbesondere in Art. 19, Art. 62 Abs. 2 und 3, Art. 67a und Art. 68 Abs. 3 BV. In Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV wird der Bund beauftragt, «namentlich» jede Art von Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht, zu verbieten.

Allerdings bleibt regelmässig die Frage, in welchem Ausmass diese vielfältigen Schutz- und Fürsorgeaufträge tatsächlich ein *paternalistisches* Staatshandeln legitimieren oder gar verlangen.

Hinzuweisen ist allerdings auf die (auch) paternalistisch motivierte Bestimmung von Art. 118 Abs. 2 Bst. b zweiter Teilsatz BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung):³³⁴³ Der Verfassungsgeber stellt hier klar, dass Tabakwerbung, die Kinder und Jugendliche erreicht, zu *verbieten* ist. Dennoch bleibt die Frage nach dem *zulässigen* Umfang paternalistischen Staatshandelns von Bedeutung: Die Wendung «verbietet *namentlich* jede Art von Werbung für Tabakprodukte» (Herv. d. Verf.) lässt Raum für *andere Massnahmen* als Werbeverbote.³³⁴⁴

Zunächst steht fest, dass sich entsprechend motivierte Massnahmen gegenüber Kindern und Jugendlichen am *Kindeswohl*³³⁴⁵ (oder den «Kinderinteressen»³³⁴⁶) ausrichten müssen.³³⁴⁷ Gemeint ist ein Schutz um *der Kinder selbst willen*³³⁴⁸ und nicht, jedenfalls nicht unmittelbar, ein Schutz um der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit willen.³³⁴⁹ Dabei ist zu beachten, dass das Kindeswohl nicht zwangs-

³³⁴³ Die Bestimmung wurde mit der Volksinitiative «Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)» eingefügt. Die Initiantinnen und Initianten wollen damit einen Beitrag zur gesunden Entwicklung von Kinder und Jugendlichen leisten (Botsch. Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung, 7059 und 7062; vgl. auch hinten, bei Fn. 3472 ff.). Das «Tabakwerbverbot» zielt allerdings auch auf die Vermeidung von sozialen bzw. volkswirtschaftlichen Kosten, welche mit dem Rauchen verbunden sind (Botsch. Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung, 7054 und 7060).

³³⁴⁴ Botsch. Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung, 7060 f.

³³⁴⁵ Spricht man vom *Kindeswohl* ist damit auch das Wohl der *Jugendlichen* gemeint, vgl. DETTENBORN, *Kindeswohl*, 577.

³³⁴⁶ SCHREINER, Rz. 125.

³³⁴⁷ Vgl. SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 22.

³³⁴⁸ WYTTENBACH, 139.

³³⁴⁹ Differenzierend RÜTSCHKE, *Rechte von Ungeborenen*, 524, wonach sich das Kindeswohl als öffentliches Interesse auch auf «die *Interessen der Gesellschaft* am Wohlergehen der Kinder» (Herv. im Original) beziehen könne und das Kindeswohl insofern «nicht das Wohl der Kinder um ihrer selbst willen, sondern um der Allgemeinheit willen» meine. Dass aber beispielsweise die Förderung von Kindern und Jugendlichen durch *Bildung* auch im Interesse der *Allgemeinheit* steht, wurde bereits ausgeführt (vorne, bei Fn. 787 ff.); zudem ist zu beachten, dass das Kindeswohl bei Kinder betreffenden Massnahmen nicht der *einzigste* relevante Gesichtspunkt ist, sondern nur, aber immerhin ein «vorrangig» zu berücksichtigender (siehe Art. 3 Abs. 1 KRK; s.a. REICH, *Schutz*, 385: «gemeinschaftlich gebundene» Verwirklichung des Kindeswohls).

läufig mit dem Kindeswillen gleichläuft,³³⁵⁰ eine Orientierung am Kindeswillen allein könnte das Kindeswohl sogar gefährden.³³⁵¹ Auch aus Art. 3 KRK und Art. 11 Abs. 1 BV ergibt sich nicht, dass der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichzusetzen wäre oder dem Kind in jedem Fall die ausschliessliche, absolute Definitionshoheit über sein «Wohl» zustehen würde.³³⁵² Der Schutz des Kindeswohls vermag deshalb nicht nur Eingriffe gegenüber Dritten – etwa den Eltern – zu rechtfertigen, sondern grundsätzlich auch solche gegenüber dem *zu schützenden Kind selbst*.³³⁵³

Es bleibt aber schwierig, das zum Schutz des Kindeswohls verfassungsrechtlich gebotene und zulässige Ausmass an staatlicher (paternalistischer) Intervention zu bestimmen. Der (Rechts-)Begriff des Kindeswohls ist für sich genommen wenig aussagekräftig und unbestimmt³³⁵⁴ und wird weder durch die BV noch die KRK mit einem feststehenden Bedeutungsgehalt versehen.³³⁵⁵ Zwar lässt sich das Kindeswohl sehr allgemein dahingehend verstehen, dass es die für die Persönlichkeitsentwicklung und das Wohlbefinden in emotionaler, intellektueller, geistiger, körperlicher und materieller Hinsicht notwendigen Voraussetzungen umfasst.³³⁵⁶ Was als im Interesse des Kindes liegend erachtet wird, ist aber jeweils auch vom spezifischen Kontext und den konkreten Umständen abhängig³³⁵⁷ und wird massgeblich

³³⁵⁰ BGer 5A_459/2015, E. 6.2.2; BGer 5A_719/2013, E. 4.4; ALBERT, 179; DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 82 ff.; DERS., Kindeswohl, 584; MAYWALD, 19; MICHEL, Entscheidungskompetenz, 156; SGK BV (3. Aufl.)-REUSSER/LÜSCHER, Art. 11, Rz. 8; SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 22 und 57; REICH, Schutz, 376 f. und 379; s.a. AFFOLTER, 185.

³³⁵¹ BGer 5A_459/2015, E. 6.2.2; BGer 5A_719/2013, E. 4.4; SCHREINER, Rz. 151; DETTENBORN, Kindeswohl, 584; DERS., Kindeswohl und Kindeswille, 83 ff.

³³⁵² Vgl. SGK BV (3. Aufl.)-REUSSER/LÜSCHER, Art. 11, Rz. 8; REICH, Schutz, 376 f. und 379; dies zeigt sich m.E. bereits am Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 KRK: «*the best interests of the child*»; vor allem aber auch in Art. 12 Abs. 1 KRK, wonach die Vertragsstaaten die Meinung des Kindes nur – aber immerhin – «angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife» berücksichtigen (siehe SGK BV [3. Aufl.]-REUSSER/LÜSCHER, Art. 11, Rz. 8).

³³⁵³ Vgl. SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 22; bezogen auf eine medizinische Behandlung siehe etwa BGE 118 Ia 427, E. 6c.

³³⁵⁴ Vgl. Botsch. Beitritt KRK, 26; REICH, Schutz, 375 f.; DETTENBORN, Kindeswohl, 275 f.; DERS., Kindeswohl und Kindeswille, 47 ff.; MAYWALD, 16.

³³⁵⁵ Vgl. bezogen auf die KRK: Botsch. Beitritt KRK, 14 f.; WYTTENBACH/KÄLIN, 322.

³³⁵⁶ Vgl. CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 301, Rz. 2; SCHREINER, Rz. 124; DETTENBORN, Kindeswohl, 577; ferner BGE 146 III 313, E. 6.2.2; BGE 129 III 250, E. 3.4.2 (s.a. BGE 144 II 233, E. 8.2.1): «In der Schweiz gilt der Vorrang des Kindeswohls in einem umfassenden Sinne. Angestrebt wird namentlich eine altersgerechte Entfaltungsmöglichkeit des Kindes in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht [...]»; s.a. BGE 126 II 377, E. 5b («Entwicklung der Persönlichkeit»).

³³⁵⁷ Botsch. Beitritt KRK, 26; WYTTENBACH, 137.

dadurch bestimmt, *wer* – Eltern oder Staat – letztlich dazu berufen ist, die für die Bemessung des Kindeswohls relevanten Kriterien festzulegen.³³⁵⁸ Dabei kann nach ganz unterschiedlichen Massstäben und «Anspruchsniveaus» gemessen werden, ob dem Kindeswohl Genüge getan wird.³³⁵⁹ Welche Handlungen oder Unterlassungen mit Blick auf das Kindeswohl als geboten erachtet werden, hängt ferner von gesellschaftlichen *Wertvorstellungen* ab.³³⁶⁰ Gerade im Bereich der Erziehung und Bildung, v.a. wenn es um die Vermittlung von Werten geht, ist die Diskussion häufig durch gesellschaftspolitische, kulturelle, teils auch «moralische» Einflüsse geprägt.³³⁶¹ Die Offenheit und Wertungsabhängigkeit des Kindeswohlbegriffs sichert einerseits die Möglichkeit, einen umfassenden, auf die spezifischen Bedürfnisse und Gefährdungen abgestimmten Schutz zu gewähren;³³⁶² sie birgt aber andererseits die Gefahr einer weitgehenden Beschneidung der Freiheiten von Kindern und Jugendlichen und dass das Kindeswohl für die politische Profilierung oder die Durchsetzung eigener, subjektiver Vorstellungen über das gute und richtige Leben *instrumentalisiert* wird.³³⁶³

³³⁵⁸ WYTTENBACH, 137; s.a. RYSER BÜSCHI, 115.

³³⁵⁹ Zum Kindeswohl als *Maximalvariante* (ideale Voraussetzungen für die Entwicklung des Kindes), als *Gut-Genug-Variante* (ausreichend ist, wenn eine Massnahme dem Wohl des Kindes dient bzw. diesem nicht widerspricht) und als *Minimalvariante* (Kindeswohl als «Schwellenwert zur Gefährdung»), vgl. SIMONI, 7, 19 f. und 76; dazu auch DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 53 ff.: «Bestvariante», «Genug-Variante», «Gefährdungsabgrenzung». Nach der Konzeption der KRK (Kindeswohl als «vorrangig» zu berücksichtigender Gesichtspunkt bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen; Gewährleistung des für das kindliche «Wohlergehen» notwendigen Schutzes und der dafür notwendigen Fürsorge [Art. 3 Abs. 1 und 2 KRK]) und der BV (Schutz der Unversehrtheit *und* Förderung der Entwicklung, siehe Art. 11 Abs. 1 BV) geht es aber keineswegs nur um die Abwehr von eigentlichen Gefährdungen des Kindeswohls; im Vordergrund steht vielmehr die Frage, was dem Kindeswohl *am besten* dient (siehe BGE 129 III 250, E. 3.4.2; WYTTENBACH, 306; RYSER BÜSCHI, 77; s.a. SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 34, wonach «[der Förderungsanspruch [...] letztlich auf die Herstellung eines guten, individuell angepassten und chancengleichen Entwicklungsumfelds für Kinder und Jugendliche zielen]» müsse).

³³⁶⁰ WYTTENBACH, 137.

³³⁶¹ Vgl. WYTTENBACH/KÄLIN, Bildungsauftrag, 315; s.a. HUSTER, Erziehungsambitionen, 197.

³³⁶² Vgl. MICHAEL COESTER, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, in: Deutscher Familiengerichtstag E. V. Brühl, Brühler Schriften zum Familienrecht Band 4, Sechster Deutscher Familiengerichtstag vom 9. bis 12. Oktober 1985 in Brühl, Bielefeld 1986, 35 ff., 39.

³³⁶³ Vgl. WALTER HERZOG, Erziehung im Spannungsfeld von Elternrechten und Kinderrechten, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN, 163 ff., 163 f.; s.a. REICH, Schutz, 378 und HAGENSTEIN, 1301.

Obwohl im Grundsatz unbestritten ist, dass ein gewisser Paternalismus gegenüber Kindern und Jugendlichen zulässig oder gar geboten ist,³³⁶⁴ ist die Verpflichtung auf das *Kindeswohl* keinesfalls eine solche, die dem Staat einen umfassenden «Zugriff» erlauben würde. Vielmehr hat das Kindeswohl eine staatliches Handeln auch *begrenzende* Funktion:

- (1.) Zunächst ist zu bemerken, dass die staatliche Bestimmung dessen, was das Kindeswohl ausmacht und was im Kindesinteresse liegt, an den Rechten der *Eltern* eine Grenze findet.³³⁶⁵ Diese verfügen über ein grundrechtlich abgesichertes, sämtliche Lebensbelange umfassendes *Erziehungsrecht* gegenüber ihren Kindern³³⁶⁶ und stehen in der *primären* (aber nicht ausschliess-

³³⁶⁴ Vgl. etwa SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 37; MÖLLER, Paternalismus, 135 und 145 ff.; KIRCHGÄSSNER, Rz. 8; hinten, bei Fn. 4213.

³³⁶⁵ Vgl. Botsch. Beitritt KRK, 15.

³³⁶⁶ Das elterliche Erziehungsrecht steht unter dem Schutz des Familienlebens gemäss Art. 13 Abs. 1 BV (BGE 146 I 20, E. 5.1; BGer 2C_132/2014, E. 4.2; EHRENZELLER, Elternrecht, 207; WYTTENBACH, 259 f.; SGK BV-REUSSER, Art. 14, Rz. 53; teilweise wird es auch an Art. 10 Abs. 2 BV angeknüpft: BSK BV-UEBERSAX, Art. 14, Rz. 39 [das wirft gewisse Fragen auf, wenn man die «Subsidiarität» der persönlichen Freiheit – vgl. vorne, bei Fn. 1706 – bedenkt]). Ob sich das elterliche Erziehungsrecht auch an Art. 14 BV (Recht auf Ehe und Familie) anknüpfen lässt (so etwa SGK BV-REUSSER, Art. 14, Rz. 53; RYSER BÜSCHI, 116; YVO HANGARTNER, Bemerkungen zum Urteil des EMGR Nr. 30814/06, AJP 2010, 510 ff., 513) scheint mir hingegen fraglich (wie hier: BSK BV-UEBERSAX, Art. 14, Rz. 39; WYTTENBACH, 259 f.). Ferner ist das elterliche Erziehungsrecht durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützt (Frowein/Peukert-Frowein, Komm. zu Art. 8 EMRK, Rz. 28; BGE 146 I 20, E. 5.1; BGE 118 Ia 427, E. 4c; BGer 2C_132/2014, E. 4.2). Das Erziehungsrecht in *religiösen und weltanschaulichen* Belangen im Besonderen erfährt (zudem) Schutz durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 Abs. 1 BV) der Eltern (BGE 129 III 689, E. 1.2; BGer 2C_897/2012, E. 1.2; EHRENZELLER, Elternrecht, 207; REICH, Homeschooling, 598). Das Erziehungsrecht der Eltern ist *umfassend* und räumt auch die Freiheit zur Wahl der als angemessen erachteten *Erziehungsmethoden* ein (vgl. – allerdings bezogen auf das Erziehungsrecht im Zivilrecht – WYTTENBACH, 263; RYSER BÜCHI, 118 f.); insbesondere enthält es das Recht, das Kind – immer soweit ihm nicht geschadet wird (siehe a.E. dieser Fussnote) – nach den eigenen Vorstellungen, Überzeugungen und *Werten* zu erziehen bzw. ihm die eigenen moralischen Werte und Überzeugungen zu vermitteln (BGE 146 I 20, E. 5.2.1; REICH, Homeschooling, 597 f. und 600; ferner BIAGGINI, Bem. zu BGer 2C_132/2014 und 2C_133/2014, 660, wonach sich das elterliche Erziehungsrecht auf die «zentralen Grundvorstellungen von Moral und Ethik» erstrecke); die Eltern dürfen auch über das Kind betreffende *gesundheitliche* Fragen entscheiden (BGE 118 Ia 427, E. 4c; RÜEFLI, 116; diese Recht kann allerdings beschränkt werden, vgl. etwa SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 20). Hinzuweisen bleibt auf Art. 18 Abs. 1 Satz 2 KRK («Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich») sowie Art. 13 Abs. 3 UNO-Pakt I und Art. 18 Abs. 4 UNO-Pakt II, wonach die Freiheit der Eltern zu achten ist, «die religiöse und sittliche Er-

lichen³³⁶⁷) *Verantwortung* für die Erziehung und Förderung ihrer Kinder.³³⁶⁸ Damit sind sie auch in erster Linie zuständig für die Konkretisierung des Kindeswohls³³⁶⁹ und verfügen hierbei über einen weiten Beurteilungsspielraum.³³⁷⁰ Aufgrund der Nähe der Eltern zu ihren Kindern ist auch davon auszugehen, dass sie besonders dazu geeignet sind, die konkreten Bedürfnisse ihrer Kinder einzuschätzen und die für deren Wohl notwendigen Massnahmen zu treffen.³³⁷¹ Der Staat ist deshalb nicht zuletzt aus Subsidiaritätsüberlegungen zu Zurückhaltung angehalten.³³⁷²

Besonders zu respektieren ist die primäre Verantwortung der Eltern in Fragen der sexuellen, religiösen und weltanschaulichen Erziehung der Kinder; es muss ihnen genügend Raum bleiben, den Kindern die eigenen Überzeugungen vermitteln zu können.³³⁷³ Ein

ziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen»; zu erwähnen ist ferner Art. 2 Satz 2 des – von der Schweiz allerdings nicht ratifizierten – ersten Zusatzprotokolls zur EMRK: «Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen». Das elterliche Erziehungsrecht ist im Interesse und zum Wohl des Kindes auszuüben, weshalb es auch als «*fremdnütziges Pflichtrecht*» bezeichnet wird (REICH, Homeschooling, 598; DERS., Schutz, 384; ferner BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 11, Rz. 17; BGE 146 I 20, E. 5.2.2; s.a. Art. 18 Abs. 1 Satz 3 KRK, wonach das Wohl der Kinder das «Grundanliegen» der Eltern ist; vgl. auch HÖRDEGEN, Bildungsverfassung, 122).

³³⁶⁷ EHRENZELLER, Elternrecht, 211 f. und 219.

³³⁶⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 2, Art. 5, Art. 27 Abs. 2 sowie insb. Art. 14 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 1 KRK, wonach für die Erziehung und Entwicklung des Kindes in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich sind; der Staat ist deshalb grundsätzlich auf *Unterstützung* beschränkt (siehe Art. 18 Abs. 2 KRK); dazu auch Botsch. KRK, 13 und WYTENBACH, 132 f.; ferner EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 13. September 2014 i.S. *Dojan u.a. gegen Deutschland*, Nr. 319/08 («[...] parents being primarily responsible for the «education and teaching» of their children [...]»); BGE 144 II 233, E. 8.3 (Eltern als «Hauptverantwortliche für das Wohl des Kindes»); FLEINER-GERSTER, 669 f.; HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 98; von der primären Zuständigkeit der Eltern für die Erziehung der Kinder und einer bloss unterstützenden Rolle des Staates geht auch das HarmoS-Konkordat aus (siehe Art. 3 Abs. 3 HarmoS-Konkordat und EDK, Komm. HarmoS, 14); vgl. ferner BGE 133 II 136, E. 6.5.2, wonach «in erster Linie die Eltern dem Konsum von Medieninhalten entgegenzuwirken [haben], welche Kinder oder Jugendlichen gefährden können».

³³⁶⁹ REICH, Schutz, 376; WYTENBACH, 137 f. (innerhalb des durch die KRK gezogenen Rahmens).

³³⁷⁰ BELSER, Beschneidung, 93.

³³⁷¹ Vgl. REICH, Schutz, 376; FLEINER-GERSTER, 670.

³³⁷² Vgl. vorne, bei Fn. 2492 sowie hinten, bei Fn. 3954.

³³⁷³ Vgl. FLEINER-GERSTER, 669; HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 98 f.; BGE 119 Ia 178, E. 7d; das schliesst allerdings nicht aus, dass der Staat z.B. gesundheitsrelevantes Wissen

weniger strenger Massstab dürfte hingegen bezüglich der (schulischen) Vermittlung von «Wissen und Fähigkeiten» gelten, jedenfalls soweit es für die Eltern mit Schwierigkeiten verbunden ist, die für das Bestehen in Gesellschaft und Berufsleben seitens der Kinder und Jugendlichen erforderlichen Kenntnisse und Kompetenzen abzuschätzen.³³⁷⁴ Weiter kommt es darauf an, ob und inwiefern die Eltern überhaupt in der Lage sind, Gefährdungen des Kindeswohls *selbständig* zu begegnen: Schwierig ist dies besonders ausserhalb ihres räumlichen (oder «digitalen») Einflussbereichs, etwa wenn sich Kinder und Jugendliche in der Öffentlichkeit bewegen³³⁷⁵ oder *Social Media* nutzen.

Nicht jede mögliche Gefährdung des Kindeswohls rechtfertigt schon staatliches Handeln. Erforderlich ist grundsätzlich eine «konkrete Gefährdung» des Kindeswohls.³³⁷⁶ Insbesondere reichen andere Ansichten über die *richtige Erziehung* oder von der Mehrheit abweichende Vorstellungen über das «Kindeswohl» nicht aus.³³⁷⁷ Nicht unproblematisch ist m.E. eine an die Eltern gerichtete Vorgabe, ihren Kindern nur bestimmtes, «gesundes» Essen in den Kindergarten oder die Schule mitzugeben. Ein staatliches Eingreifen setzt zudem voraus, dass die Erziehungsverantwortlichen bei einem Handlungsbedarf untätig bleiben oder gar nicht in der Lage sind, das Kindeswohl zu schützen.³³⁷⁸ Jedenfalls haben staatliche Interventionen in erster Linie *ergänzend* zu den elterlichen Bemühungen zu erfolgen.³³⁷⁹ Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit setzt eine Beschränkung der elter-

auch in (Lebens-)Bereichen vermittelt, die besonders stark moralisch oder weltanschaulich geprägt sind, wie etwa im Bereich der Sexualität (vgl. HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 98 f.; vgl. auch vorne, bei Fn. 1935 und 1937 f.); freilich hat er sich dabei Zurückhaltung zu auferlegen, vgl. im Kontext des schulischen Sexualkundeunterrichts BGE 2C_132/2014, E. 5.3.2 – hier hat das Bundesgericht den durch schulischen Sexualkundeunterricht bewirkten Grundrechtseingriff (Art. 13 und 15 BV), auch mit dem Hinweis darauf als leicht beurteilt, dass es den Eltern «unbenommen» bleibe, «den betroffenen Kindern ihre eigenen Ethik- und Moralvorstellungen über die Sexualität zu vermitteln». Der Staat darf grundsätzlich dort eingreifen, wo die Befolgung weltanschaulich oder religiös motivierter Regeln bzw. eine entsprechende Erziehung zu einer Gefährdung der Gesundheit der Kinder führt, die Chancengleichheit und Geschlechtergleichheit nicht mehr sichergestellt sind oder die Gefahr besteht, dass für die hiesige Wertordnung unerlässliche Inhalte oder Erziehungsziele nicht vermittelt bzw. erreicht werden (vgl. BGE 119 Ia 178, E. 7d und 8a; zu Bedeutung und Stellenwert der Chancen- und Geschlechtergleichheit im Kontext paternalistischen Staatshandelns vgl. aber auch hinten, Teil 3 IV.E.2. h) und Teil 3 IV.E.2. i) v); s.a. bei Fn. 3401 – keine Gleichsetzung von Chancengleichheit mit dem Kindeswohl); näher zu Vermittlung von Werten durch den Staat, insb. im Rahmen der Schule hinten, bei Fn. 3403 ff.

³³⁷⁴ Vgl. FLEINER-GERSTER, 669 f.

³³⁷⁵ Vgl. HILLGRUBER, Schutz, 123 f. insb. 124.

³³⁷⁶ BELSER, Beschneidung, 93; BGE 119 Ia 178, E. 8a; s.a. GPK-N, Sektenbericht, 9923; BGE 146 III 313, E. 6.2.2 («ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes»).

³³⁷⁷ Vgl. BELSER, Beschneidung, 93 f.; s.a. vorne, Fn. 3372.

³³⁷⁸ SGK BV (3. Aufl.)-BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 86.

³³⁷⁹ WYTENBACH, 266; s.a. SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 94.

lichen Erziehungsverantwortung insbesondere voraus, dass *unterstützende* Massnahmen zur Stärkung der Elternverantwortung nicht ausreichen.³³⁸⁰

- (2.) Weiter ist zu berücksichtigen, dass der Staat dem Kindeswohl nicht gerecht wird, wenn er das Kind *völlig fremdbestimmt*, wenn er ihm vorschnell Interessen unterstellt und es zum Objekt der staatlichen Fürsorge – zur «formbaren Masse» – degradiert. Orientierung am Kindeswohl meint *auch* Respekt vor der *Selbstbestimmung* oder «Selbstorientierung» der Kinder und Jugendlichen.³³⁸¹ Dies in verschiedener Hinsicht und aus verschiedenen Gründen:

Zunächst ist der Wille des Kindes zumindest ein *Indiz* dafür, was dessen Wohl entspricht oder ihm allenfalls zuwiderläuft, weshalb der Kindeswille bei der Ermittlung des Kindeswohls *mitzuberücksichtigen* ist.³³⁸² Dass das Kind über Freiräume verfügt, um Selbstbestimmung und Eigenverantwortung auszuüben, ist zudem schon für sich genommen ein Aspekt des Kindeswohls.³³⁸³ Aus (verfassungs-)rechtlicher Sicht ergibt sich dies insbesondere daraus, dass die Selbstbestimmung der Kinder in verschiedener Hinsicht *grundrechtlich abgesichert* ist (vgl. insbesondere Art. 13 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 16 ff. KRK; ferner Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 BV), die Grundrechte aber als eigentliche «Determinanten» oder Konkretisierungen des Kindeswohls gelten (müssen): Ein auf das Kindeswohl gerichtetes Handeln ist (auch) ein solches, das die (Grund-)Rechte der Kinder und Jugendlichen respektiert.³³⁸⁴ Zu Recht betont die Botschaft zum Beitritt der Schweiz zur KRK, dass der staatlich

³³⁸⁰ Vgl. RUMMEL, 56 f.

³³⁸¹ WYTTENBACH, 139; DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 53 und 82 ff.; BGE 146 III 313, E. 6.2.2, wonach zum Kindeswohl auch «die Achtung des Willens des Kindes und seines Selbstbestimmungsrechts» gehört.

³³⁸² SIMONI, 24; ALBERT, 179 f.; MAYWALD, 19; DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 82 ff.; BGer 5A_459/2015, E. 6.2.2 («un critère parmi d'autres»); s.a. SGK BV (3. Aufl.)-REUSSER/LÜSCHER. Art 11, Rz. 9. Kinder und Jugendliche müssen in sie betreffenden Verfahren Gelegenheit haben, sich mit ihren Bedürfnissen und Wünschen zu äussern und gehört zu werden (Art. 12 KRK; MAYWALD, 19; zu diesem verfahrensrechtlichen Aspekt des Kindeswohls s.a. REICH, Schutz, 379 und 381; bezogen auf die in Art. 3 KRK mitenthaltene Anweisung, das Kindeswohl umfassend abzuklären und angemessen zu gewichten vgl. WYTTENBACH, 139 f.; RYSER BÜSCHI, 77 f.).

³³⁸³ Siehe DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 51 ff., insb. 53 (Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung als «für das Kindeswohl wichtige Bedürfnisse»); vgl. auch SIMONI, 77 («existenzsichernde und entwicklungsfördernde, nämlich unterstützende und anregende Lebensumstände»); ferner BGE 146 III 313, E. 6.2.2; vorne, bei Fn. 3381.

³³⁸⁴ Vgl. bezogen auf die dem Kind durch die KRK eingeräumten Rechte: WYTTENBACH/KÄLIN, 322; WYTTENBACH, 137; Botsch. Beitritt KRK, 15 und 26; ferner MAYWALD, 19; SIMONI, 76.

gebotene Schutz des Kindeswohls keine völlige Handlungsfreiheit und keine alleinige staatliche Definitionsbefugnis des Kindeswohls bedeutet; vielmehr ist es in Respektierung der dem Kind durch das Übereinkommen eingeräumten Autonomie zu bestimmen.³³⁸⁵ Dabei ist immer zu beachten, dass selbst Minderjährigen das (wenn auch keineswegs absolute) Recht zukommt, (von aussen gesehen) unvernünftige Ziele zu verfolgen.³³⁸⁶ Um eine Bestimmung des Kindeswohls *rein* nach «objektiven», von den individuellen Umständen und subjektiven Präferenzen losgelösten Kriterien kann es deshalb nicht gehen.³³⁸⁷ Die Möglichkeit, eigene Entscheidungen treffen zu können oder zumindest über die eigene «Lebenswelt» *mitbestimmen* zu können, ist schliesslich von Bedeutung, damit das Kind *Selbständigkeit* und *Eigenverantwortung* erlernen kann – beides sind Voraussetzungen für das Wohl des Kindes,³³⁸⁸ insbesondere auch aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive (siehe Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV, der den Förderungsauftrag von Art. 11 Abs. 1 BV – und damit letztlich das Kindeswohl³³⁸⁹ – konkretisiert³³⁹⁰).

Dies alles ist auch bei der Interpretation und der Anwendung des in Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV neu eingefügten Sozialziels – der Förderung der Gesundheit von Kindern und Jugendlichen – zu berücksichtigen. Die Gesundheit der Kinder und Jugendlichen stellt zwar zweifellos einen wichtigen Aspekt ihres Wohls dar. Einer völligen Fremdbestimmung ihrer Gesundheit ohne Berücksichtigung der individuellen Gesundheitsbedürfnisse und der Selbstbestimmung wird damit jedoch nicht der Weg geebnet.³³⁹¹

Freilich hängt die gebotene Berücksichtigung der Selbstbestimmung und des Kindeswillens von der *Reife* des Kindes ab.³³⁹² Dem unreifen, mit einer Entscheidung überforderten Kind Schutz und Unterstützung zu versagen, verträgt sich nicht mit dem Gedanken des Kindeswohls.³³⁹³ Je älter und reifer das Kind ist, je besser es in der Lage ist, reflektierte Präferenzen auszubilden und Gefahren und Risiken zu erkennen und einzuschätzen, desto stärker ist es in den von ihm geäusserten Wünschen und Bedürfnissen ernst zu nehmen und in seinem Willen zu achten, desto eher definiert es *selbst* was seinem eige-

³³⁸⁵ Botsch. Beitritt KRK, 15.

³³⁸⁶ Dazu vorne, Teil 2 III. A. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 1358 ff.

³³⁸⁷ Vgl. auch hinten, bei Fn. 3399 ff.

³³⁸⁸ Vgl. RUMMEL, 52.

³³⁸⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 3339.

³³⁹⁰ BSK BV (3. Aufl.)-REUSSER/LÜSCHER, Art. 11, Rz. 21; KOLLER/WYSS, 440.

³³⁹¹ Vgl. hinten, bei Fn. 3451.

³³⁹² SGK BV-WYTTENBACH, Art. 11, Rz. 57.

³³⁹³ Vgl. MICHEL, Autonomie, 262.

nen Wohl entspricht³³⁹⁴ und desto eher gerät eine Missachtung seiner Wünsche und ein Unterstellen wohlverstandener Schutzbedürfnisse in einen Konflikt mit der besonders durch Art. 11 Abs. 1 BV geforderten Achtung seiner Persönlichkeit.³³⁹⁵ Zu berücksichtigen ist ausserdem, wie eng die betreffende Frage mit der *individuellen Persönlichkeit* verwoben ist: Je persönlichkeitsnaher eine Angelegenheit ist, desto gewichtiger müssen die Gründe sein, die individuellen Wünsche zu übersteuern.³³⁹⁶

Kinder und Jugendliche sind (u.a.) wegen Art. 11 BV besonders davor zu schützen, dass ihnen Organe, Gewebe oder Zellen für Transplantationszwecke entnommen werden;³³⁹⁷ doch darf dies den Umstand nicht verschleiern, dass auch ein Unmündiger ein durchaus legitimes Interesse daran haben kann, entsprechende Eingriffe in seinen Körper zu erdulden, z.B. um einem schwer erkrankten Familienmitglied zu helfen, dessen Tod ihn schwer belasten würde. Der Gesetzgeber trägt dem insofern Rechnung, als die minderjährige Person Familienangehörigen immerhin regenerierbare Gewebe oder Zellen (allerdings keine Organe) spenden darf (siehe Art. 13 Abs. 2 Bst. d TxG).³³⁹⁸

Die Zulässigkeit eines staatlichen Paternalismus gegenüber Kindern und Jugendlichen hängt damit entscheidend davon ab, ob und inwiefern bei ihnen altersbedingte Selbstbestimmungsdefizite, namentlich in der Form von *Reife-defiziten* vorliegen.

- (3.) Bei der Frage, was dem Wohl des Kindes dient, ist schliesslich immer zu berücksichtigen, welche *nachteiligen Folgen* mit der fürsorglich motivierten Intervention für das Kind verbunden sind. Dies ergibt sich schon aus dem gebotenen Recht vor der Selbstbestimmung und der Würde des Kindes,³³⁹⁹ darüber hinaus aus grundsätzlichen – hinten näher darzustellenden³⁴⁰⁰ – verfassungsrechtlichen Überlegungen. Zu Recht wird bezüglich Gesuchen um eine *Dispensation vom schulischen Unterricht* darauf hingewiesen, dass das öffentliche Interesse an Chancengleichheit, Sozialisation, Bildung und Integration von Kindern *nicht pauschal mit dem Kindeswohl gleichgesetzt* werden darf; die Frage, ob mit einer Dispensation das Kindeswohl geschmälert oder befördert wird, bedarf immer einer Prüfung anhand der konkreten Umstände

³³⁹⁴ Vgl. AFFOLTER, 185; KOLLER/WYSS, 441; WYTENBACH, 264; DITTMANN, Erziehungsauftrag, 57; MICHEL, Entscheidungskompetenz, 156; DIES., Autonomie, 269 f.; vgl. ferner BGer 5A_459/2015, E. 6.2.2; s.a. Art. 6 Abs. 2 Biomedizinkonvention.

³³⁹⁵ KOLLER/WYSS, 441.

³³⁹⁶ SGK BV-WYTENBACH, Art. 11, Rz. 57; vgl. auch hinten, bei Fn. 4226 ff. und Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (2.) bei Fn. 4313 ff.

³³⁹⁷ Vgl. MÜLLER/SCHEFER, 805.

³³⁹⁸ Siehe Botsch. TxG, 146.

³³⁹⁹ Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 1164 ff.

³⁴⁰⁰ Hinten, Teil 4 II. B und Teil 4 III. C. 2. c).

und mit Blick auf die Auswirkungen im Einzelfall: Beispielsweise ist zu fragen, ob die Teilnahme am Schwimmunterricht dazu führt, dass das Kind aus einer Glaubensgemeinschaft ausgeschlossen wird.³⁴⁰¹ Eine *Masernimpfung* dient – wegen der mit einer Masernerkrankung verbundenen gesundheitlichen Gefahren für das Kind – *grundsätzlich* dem Wohl des Kindes; doch bleibt im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die Verabreichung des Impfstoffs medizinisch kontraindiziert ist.³⁴⁰²

Zu beachten bleibt aber, dass bei der schulischen Bildung und Erziehung stärker auf die *innere Haltung und die individuellen Überzeugungen* eingewirkt werden darf, als dies bei mündigen Personen verfassungsrechtlich zulässig wäre. Der Staat hat einen Erziehungs- und Bildungsauftrag und soll dabei auch gewisse «Werte» vermitteln (womit zwangsläufig eine Beeinflussung von Werthaltungen und Ansichten verbunden ist³⁴⁰³):³⁴⁰⁴ Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV; ausserdem gehört die Vermittlung von Lerninhalten, «die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten» zu einem ausreichenden Grundschulunterricht i.S.v. Art. 19 BV.³⁴⁰⁵ Dabei ist dem Staat auch eine «Formung des Charakters» nicht grundsätzlich verwehrt.³⁴⁰⁶ Der Staat ist im Bereich der Schule deshalb nicht zu strikter «Neutralität» im Sinne einer blossen Vermittlung von Wissen und Fähigkeiten angehalten; dennoch bleibt das Ausmass der zulässigen Wertevermittlung und (erzieherischen) Formung der Persönlichkeit im Gesamtkontext der Verfassung einschliesslich der Grundrechte der Kinder (und Eltern) zu konkretisieren.³⁴⁰⁷

³⁴⁰¹ STEPHANIE BERNET, Das Kindeswohl im Spannungsfeld zwischen Elternrechten und staatlichem Bildungsauftrag – Bedeutung der Berücksichtigung der subjektiven Dimension des Kindeswohls im Rahmen schulischer Dispensationsgesuche, *ex/ante* 2/2017, 30 ff. 34, 38 und 42 ff. m.w.H.; s.a. hinten, bei Fn. 3565.

³⁴⁰² BGE 146 III 313, E. 6.2.6 f. und 7 (unpubl.).

³⁴⁰³ Vgl. FÜHR, 338 f.

³⁴⁰⁴ HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 98.

³⁴⁰⁵ BGE 146 I 20, E. 4.2; BGE 130 I 352, E. 3.2; BGE 129 I 12, E. 4.2; auf den Erwerb und die Entwicklung «kultureller Identität» sowie auf die Unterstützung zu einem «verantwortungsvolle[n] Handeln gegenüber Mitmenschen und Umwelt» nimmt das HarmoS-Konkordat Bezug (Art. 3 Abs. 1 und 3).

³⁴⁰⁶ EGMR, Urteile vom 10. November 2005 i.S. *Leyla Şahin gegen Türkei*, Nr. 44774/98, Ziff. 156 («development and moulding of the character and mental powers»); vom 9. Oktober 2007 i.S. *Hasan und Eylem Zengin gegen Türkei*, Ziff. 55; vom 31. Oktober 2019 i.S. *Papageorgiou und andere gegen Griechenland*, Nr. 4762/18 und 6140/18, Ziff. 78; EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 13. September 2014 i.S. *Dojan u.a. gegen Deutschland*, Nr. 319/08.

³⁴⁰⁷ Vgl. HUSTER, Erziehungsambitionen, 195 ff.

- (1.) Grundsätzlich unproblematisch ist eine Vermittlung solcher Werte, die sich aus der *Verfassung* selbst ergeben, auf denen unser Staat selbst aufbaut und die für ein friedliches, gemeinsames *Zusammenleben* in einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft als unerlässlich gelten (Freiheit, Toleranz, Achtung der Menschenwürde, Gleichheit, Verantwortung gegenüber den Mitmenschen).³⁴⁰⁸ Dazu hält bereits die Verfassung selbst an (Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV; «sozial verantwortliche Person»; soziale, kulturelle und politische Integration). Auch die KRK fordert im Rahmen der Bildung die Vermittlung von Verantwortungsbewusstsein und Werten wie Freiheit, Toleranz und Gleichberechtigung.³⁴⁰⁹ Der Staat setzt sich auch nicht in einen Widerspruch zur staatlichen «Neutralität», zum Bekenntnis zum Pluralismus und zur «Toleranz», wenn er solche (verfassungsimmanenten) Werte zu Erziehungszielen erhebt: Diese Grundsätze verpflichten den Staat nicht zu Gleichgültigkeit gegenüber denjenigen Werten, die für das gemeinsame und friedliche Zusammenleben in einer Gemeinschaft von grundlegender Bedeutung sind.³⁴¹⁰ Eine «indoktrinierende», einseitige Ausrichtung auf eine bestimmte Werthaltung oder eine bestimmte (politische) Mehrheits- oder Minderheitsauffassung ist hingegen nicht zulässig;³⁴¹¹ Bildungsinhalte sind möglichst «objektiv» unter Berücksichtigung abweichender Anschauungen zu vermitteln.³⁴¹²
- (2.) Nicht unzulässig ist aber – und das ist im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Relevanz – eine Erziehung zu einem «verantwortungsvollen» Umgang *mit sich selbst*, wie dies verschiedene Kantone vorsehen (und was der Bund mit seinem Kinder- und Jugendförderungsgesetz unterstützen will).³⁴¹³ Zum Beispiel im Sinne einer (auch) auf das psychische und physische Wohlbefinden gerichteten «*Gesundheitserziehung*»³⁴¹⁴, einschliesslich der «*Sexual-*

³⁴⁰⁸ Vgl. HÖRDEGEN, *Bildungsverfassung*, 119 f.; KLEY, *Grundpflichten*, 83 und 306 f.; PETER HÄBERLE, *Dokumentation von Verfassungsentwürfen und Verfassungen ehemals sozialistischer Staaten in (Süd)Osteuropa und Asien – Einführung*, JöR 1995, 105 ff., 154; SGK BV-EHRENZELLER, *Präambel*, Rz. 20; HUSTER, *Erziehungsambitionen*, 205 f.; ISENSEE, *Grundpflichten*, 616 und 617 f.

³⁴⁰⁹ Vgl. Absatz 7 der KRK-Präambel und Art. 29 Abs. 1 Bst. b–e KRK.

³⁴¹⁰ Vgl. BOTHE, 30 f.

³⁴¹¹ EHRENZELLER, *Elternrecht*, 220; KLEY, *Grundpflichten*, 83 und 306 f.; BOTHE, 30 f.

³⁴¹² Vgl. EGMR, *Zulässigkeitsentscheidung vom 13. September 2014 i.S. Dojan u.a. gegen Deutschland*, Nr. 319/08.

³⁴¹³ Vgl. vorne, Fn. 785 f.

³⁴¹⁴ BSK BV-WYTTENBACH, Art. 19, Rz. 11; vgl. etwa Art. 3 Abs. 3 HarmoS-Konkordat (Bewegungs- und Gesundheitserziehung).

erziehung»³⁴¹⁵. Bei der (paternalistisch motivierten) Vermittlung von Bildung und Erziehung in Fragen, die auch das gute und richtige Leben und die individuelle Lebensgestaltung betreffen, hat sich der Staat – unabhängig von der diesbezüglich primären Zuständigkeit der Eltern³⁴¹⁶ – jedoch Zurückhaltung aufzuerlegen.³⁴¹⁷ Erziehung sollte im Allgemeinen und ganz besonders in persönlichkeitsnahen Bereichen primär als Aufforderung und Anleitung zur «Selbständigkeit» verstanden werden.³⁴¹⁸ Der Staat soll und darf Kinder und Jugendliche nicht nach einem *bestimmten Menschenbild* formen oder auf ein bestimmtes Ideal des vernünftigen Lebens ausrichten. Die von Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV bezweckte *Persönlichkeitsförderung* und «*harmonische*» *Persönlichkeitsentwicklung*³⁴¹⁹ steht im Dienste der *individuellen* Persönlichkeit und nicht der Vorstellungen der Gemeinschaft oder bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, was als «gutes» und «vernünftiges» Verhalten im Umgang mit sich selbst zu gelten hat. Und wenn Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV die «Selbständigkeit» von Kindern und Jugendlichen als Erziehungsziel vorgibt, der Grundschulunterricht tatsächlich auf ein *eigenverantwortliches und selbständiges* Leben im heutigen, modernen Alltag vorbereiten³⁴²⁰ und die «Fähigkeit» vermitteln soll, «an der Gesellschaft und am demokratischen Gemeinwesen teilzuhaben»³⁴²¹, müssen Bildung und Erziehung auch auf einen Menschen hinwirken, der in der Lage ist und bleibt, *eigene* Präferenzen auszubilden und sich *eigene* Ziele zu setzen und *eigene* Vorstellungen und Überzeugungen über das «sinnvolle» und «gute» Leben zu entwickeln. Erforderlich ist dabei auch eine Erziehung zu einem *kritischen* Menschen,³⁴²² der dazu fähig ist, gesellschaftliche Konventionen oder Tendenzen zu hinterfragen.

³⁴¹⁵ BGer 2C_132/2014, E. 5; EHRENZELLER, Elternrecht, 214 ff.; ausdrücklich auch Art. 6 des Übereinkommens des Europarats vom 25. Oktober 2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch («Lanzarote-Konvention», SR 0.311.40).

³⁴¹⁶ Vorne, bei Fn. 3373; bezogen auf Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV: BERLIN, Kinder- und Jugendrechte, 123 f.

³⁴¹⁷ So auch HUSTER, Erziehungsambitionen, 206.

³⁴¹⁸ Vgl. VOLKER LADENTHIN, Wert Erziehung – Ein Konzept in sechs Perspektiven, hrsg. von Anke Redecker, Baltmannsweiler 2013, 21, wonach «Erziehung [...] das Gegenteil von Ideologisierung und Indoktrination» sei, «denn bei der Erziehung» gehe «es darum, den Schüler zur Selbständigkeit aufzufordern und anzuleiten».

³⁴¹⁹ SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Komm. zu Art. 41, Rz. 87 und 93.

³⁴²⁰ Zu diesem Ziel des Grundschulunterrichts BGE 146 I 20, E. 4.2; BGE 141 I 9, E. 3.2; BGE 129 I 35, E. 7.3; BGE 129 I 12, E. 4.2; HANGARTNER, Erziehungsauftrag, 97; vgl. dazu auch die Ziele der schulischen Grundbildung in Art. 3 HarmoS-Konkordat.

³⁴²¹ BGE 146 I 20, E. 5.2.2.

³⁴²² Vgl. DITTMANN, Erziehungsauftrag, 57.

Erziehung zu einem *verantwortungsvollen Umgang mit sich selbst* meint daher primär eine Vermittlung derjenigen Fähigkeiten und «Kompetenzen», die notwendig sind, um das Leben ohne fremde Hilfe und nach den eigenen Wünschen und Vorstellungen zu führen. Die Einzelne soll in der Lage sein, die für eine Entscheidung relevanten Umstände zu ermitteln und zu bewerten, die eigenen Bedürfnisse sowie Gefahren (etwa im Umgang mit sozialen Medien) und Risiken (z.B. für die Gesundheit) zu erkennen und neue Herausforderungen und unvorhergesehene Lebenssituationen zu bewältigen.³⁴²³ Letztlich ist damit nur ein an der *Selbstbestimmung* orientierter Paternalismus zulässig, der seine Berechtigung (und *Grenze*) in der *nicht oder nur beschränkt vorhandenen Fähigkeit* findet, die künftigen Anforderungen des Lebens abzuschätzen und selbstständig die für die Bewältigung des Lebens notwendigen Kompetenzen zu erwerben.

Vor diesem Hintergrund ist es nicht einfach unproblematisch, wenn die Schule umfassend auf das Ernährungsverhalten der Kinder und Jugendlichen Einfluss nimmt, die diesbezüglichen Einstellungen formt und gezielt auf eine gesundheitsbewusste, ausgewogene, fettarme oder «ökologische» Ernährung hinwirken will. Hier stellt sich ganz besonders die Frage, ob und wann die Grenzen zwischen einer «blossen» Erhöhung von (Gesundheits-)Kompetenzen und einer eigentlichen *Beeinflussung* in die Richtung eines bestimmten, «objektiv» vernünftigen Gesundheitsideals überschritten werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es sich beim Ernährungsverhalten kaum um einen Wert handelt, der für das gemeinsame und friedliche Zusammenleben von zentraler Bedeutung ist,³⁴²⁴ und eine solche Gesundheitserziehung auch in ein Spannungsfeld zum elterlichen Erziehungsrecht geraten kann.

d) Schutz und Förderung der Gesundheit

i) Vorbemerkungen

Eine zentrale Staatsaufgabe stellt der Schutz der Gesundheit dar,³⁴²⁵ was verschiedenste Verfassungsbestimmungen zum Ausdruck bringen.

³⁴²³ Vgl. RUMMEL, 41 f. und 65; s.a. BSK BV-WYTTENBACH, Art. 19, Rz. 11, wonach die durch den Grundschulunterricht bezweckte Vorbereitung auf ein eigenverantwortliches und selbständiges Leben im modernen Alltag in erster Linie durch Vermittlung von Wissen, Kompetenzen und Fähigkeiten erfolge.

³⁴²⁴ Zwar dürfen die mit dem Übergewicht für die Gesellschaft verbundenen Folgen nicht ausser Acht gelassen werden. Ob es aber tatsächlich zum schulischen Auftrag gehören soll, durch Präventionsmassnahmen *soziale Folgekosten* zu vermeiden, ist zumindest diskutabel.

³⁴²⁵ SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 46; SPRECHER, 196 f.; zur öffentlichen Gesundheit als Polizeizug bzw. als Teil der öffentlichen Sicherheit und Ordnung siehe vorne, bei Fn. 2946 und 3051 ff.

Zu nennen ist das Sozialziel von Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV, wonach «jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege» erhalten soll, und die damit zusammenhängenden Bestimmungen von Art. 117a Abs. 1 BV (medizinische Grundversorgung) und Art. 117b (Pflege).³⁴²⁶ Zudem trifft der Bund «im Rahmen seiner Zuständigkeiten Massnahmen zum Schutz der Gesundheit» (Art. 118 Abs. 1 BV)³⁴²⁷ und erlässt in den durch Art. 118 Abs. 2 BV genannten Bereichen Vorschriften zum Gesundheitsschutz.³⁴²⁸ Zu erwähnen sind ferner Art. 105 Satz 2 BV (alkoholbedingte Gesundheitsgefährdungen) sowie Art. 117 Abs. 1 BV (Vorschriften über die Kranken- und die Unfallversicherung; darunter können auch Massnahmen zur Prävention von Krankheiten und Unfällen fallen³⁴²⁹). Zur sog. «Gesundheitsverfassung» zählen sodann die Bestimmungen von Art. 118a, 118b, Art. 119, Art. 119a und Art. 120 BV (Forschung, Medizin, Gentechnologie),³⁴³⁰ (punktuell) aber etwa auch Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV (Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer)³⁴³¹. Spezifische Bestimmungen zur Förderung und zum Schutz der Gesundheit von *Kindern und Jugendlichen* finden sich neu in Art. 41 Abs. 1 Bst. g (Förderung der Gesundheit) und Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV (betreffend Werbung für Tabakprodukte).³⁴³²

Obwohl unbestritten ist, dass der Staat Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu treffen hat, ist doch fraglich, inwiefern er der Einzelnen auch in ihrem *eigenen*, «wohlverstandenen» Interesse einen Gesundheitsschutz *aufdrängen* soll und darf. Nicht zuletzt angesichts des in der Verfassung nicht näher definierten Gesundheitsbegriffs,³⁴³³

³⁴²⁶ Vgl. SGK BV-EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 46 ff.

³⁴²⁷ Es handelt sich hier um einen nicht kompetenzbegründenden Handlungsauftrag OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 3; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 3; der Bund hat bei seinen Tätigkeiten damit immer auch «gesundheitspolitische Überlegungen» miteinzubeziehen (Botsch. VE, 96, 332).

³⁴²⁸ Hier liegen kompetenzbegründende Gesetzgebungsaufträge vor, siehe BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 10; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 21; OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 6.

³⁴²⁹ Botsch. Präventionsgesetz, 7183; Botsch. UVG, 235; im Einzelnen hinten, bei Fn. 3483 f.

³⁴³⁰ Siehe GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 116 ff.

³⁴³¹ GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 143.

³⁴³² Vgl. vorne, bei Fn. 3343 f. und 3391, sowie hinten, bei Fn. 3450 f. und 3472 ff.

³⁴³³ Vgl. SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 9; BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 33 und Art. 118, Rz. 6; sehr umfassend, wohl «utopisch» (POLEDNA/BERGER, Rz. 1; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 14) ist das Gesundheitsverständnis in Abs. 1 der Präambel der WHO-Verfassung: «Die Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens und nicht nur das Fehlen von Krankheit oder Gebrechen.»; heute wird Gesundheit weniger als Zustand, sondern als «*dynamischer Prozess*» verstanden, in welchem sich der Einzelne ständig um eine Optimierung seines Wohlbefindens bemüht (dazu POLEDNA/BERGER, Rz. 1 f.; BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 25; nach der Ottawa-Charta meint Gesundheitsförderung einen Prozess, um «allen Menschen ein höheres Mass an Selbstbestimmung über ihre Gesundheit zu ermöglichen und sie damit zur Stärkung ihrer Gesundheit zu befähigen»; zusätzlich werden die für die Gesundheit relevanten sozialen und umweltbedingten Umstände betont – vgl. dazu auch Botsch. Präventionsgesetz, 7081; BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 27; POLEDNA, Rz. 21 f.).

seiner (kaum vermeidbaren) Unschärfe an sich,³⁴³⁴ der Abhängigkeit des Gesundheitsverständnisses von wandelnden gesellschaftlichen Wertungen,³⁴³⁵ aber auch einer nicht selten festzustellenden Orientierung am Bild eines hilfsbedürftigen und (stark) «gesundheitsorientierten» Menschen³⁴³⁶ besteht die Gefahr, nicht die tatsächlichen, sondern *besser verstandene* Gesundheitsbedürfnisse zum Ansatzpunkt staatlicher Regulierung zu machen. Je stärker der Gesundheitsbegriff auf ein bestimmtes, als massgeblich erachtetes «Gesundheitsideal» ausgerichtet oder verengt wird, desto umfassender und intensiver werden staatliche Eingriffe in die individuelle Lebensführung sein³⁴³⁷ und desto stärker wird auch der Boden für ein (hart) *paternalistisches* Staatshandeln geebnet. Gewisse Tendenzen zu einem eigentlichen «*healthism*» dürften sich heute nicht verneinen lassen.³⁴³⁸

Der *Gesundheitsverfassung* lässt sich jedenfalls nicht entnehmen, dass die Bevölkerung *generell* ihre eigene Gesundheit über ihre Autonomie im Umgang mit sich selbst stellen wollte.³⁴³⁹ Ebenso wenig liegt ihr ein Verständnis der Gesundheit zugrunde, wonach diese losgelöst von individuellen Ansichten und tatsächlichen Bedürfnissen zu schützen und zu fördern wäre: Ein solches, von den individuellen Präferenzen losgelöstes Gesundheitsverständnis ist einem freiheitlichen Staat grundsätzlich fremd³⁴⁴⁰ und ergibt sich auch nicht aus den gesundheitsrelevanten – im Licht der sozial- und rechtsstaatlichen Zielsetzungen und Grundsätze interpretierten³⁴⁴¹ – Einzelbestimmungen:

- ii) Artikel 41 Absatz 1 Buchstaben b und g, Artikel 117a Absatz 1 Satz 1 und Artikel 117b Abs. 1 BV

Wenn sich Bund und Kantone dafür einsetzen sollen, «*dass jede Person die für ihre Gesundheit notwendige Pflege erhält*» (Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV), steht dieses Engagement unter dem Vorbehalt der persönlichen Verantwortung und Initiative (Art. 41 Abs. 1 Satz 1 BV); dies bedingt Respekt vor den *individuellen Zielsetzungen* und

³⁴³⁴ Vgl. etwa POLEDNA, Rz. 7 und 12 ff.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 12 ff.; SANDER, 30; BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 10; zu verschiedenen Definitionsansätzen der Gesundheit vgl. BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 19 ff.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 12 ff.

³⁴³⁵ Vgl. POLEDNA, Rz. 11; vgl. auch BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 12 – Gesundheit als «Wertidee».

³⁴³⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 103 ff., 496 ff. und 505 f.

³⁴³⁷ Vgl. POLEDNA, Rz. 13 f.; BURCH, Gesundheitsförderung, Rz. 289.

³⁴³⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 103 ff.

³⁴³⁹ Vgl. auch. hinten, bei Fn. 3919 ff.; s.a. HUSTER, Selbstbestimmung, 52 f.

³⁴⁴⁰ GROSS, 138; s.a. ZENGER/ISCHI, 66 f., 70 f., 82 f. und 126, wonach gerade im Bereich der individuellen Gesundheit die Eigenverantwortung einen hohen Stellenwert habe.

³⁴⁴¹ Vorne, bei Fn. 3328 f.

Wertungen und bringt gleichzeitig zum Ausdruck, dass es im (Sozial-)Staat in erster Linie Aufgabe des Einzelnen ist, sein Glück zu finden und *sein eigenes Wohl zu definieren*.³⁴⁴² Ausserdem zielt Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV primär auf den *Zugang* zur Pflege und die Sicherstellung eines ausreichenden *Pflegeangebots*,³⁴⁴³ oder – wenn man von der «Pflege» auch die *Gesundheitsprävention* als umfasst erachten will³⁴⁴⁴ – auf ein ausreichendes und ausreichend zugängliches *Präventionsangebot*. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass die Bestimmung als (allerdings nicht justiziableler³⁴⁴⁵) *Anspruch* auf die dem Einzelfall angemessene Pflege formuliert ist, und nicht als Pflicht, eine «notwendige» Pflege in Anspruch nehmen zu müssen. Um die Durchsetzung eines bestimmten Gesundheitsideals oder um ein eigentliches Aufdrängen von Pflege – jedenfalls gegen den freiverantwortlichen Willen – geht es nicht. Das trifft auch auf die Bestimmungen von Art. 117a Abs. 1 Satz 1³⁴⁴⁶ und Art. 117b Abs. 1 BV betreffend die medizinische Grundversorgung und die Pflege zu.

Sehr problematisch ist es, die Bestimmung von Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV herbeizuziehen, um eine – wenn auch «minimale» – «Sorgepflicht» gegenüber (i.c. psychisch) «kranken» Menschen bzw. ein öffentliches Interesse an einer Zwangsbehandlung zu begründen.³⁴⁴⁷ Das kann höchstens insoweit zutreffen, als die Person nicht (mehr) in der Lage ist, die Notwendigkeit einer Behandlung einzusehen; eine psychische Krankheit als solche begründet eine derartige Urteilsunfähigkeit jedoch noch nicht.³⁴⁴⁸ Zu weit geht es m.E. auch, Art. 41 Abs. 1 Bst. b BV für eine «enge Konzeption» der passiven Sterbehilfe fruchtbar machen zu wollen.³⁴⁴⁹

Neu sollen sich Bund und Kantone (in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative) *auch* dafür einsetzen, dass die *Gesundheit von Kindern und Jugendlichen* gefördert wird (Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV). Dabei wird nicht näher bestimmt, wie dieses Ziel zu erreichen ist.³⁴⁵⁰ Bei Berücksichtigung der sozialstaat-

³⁴⁴² Vgl. vorne, bei Fn. 2520 ff., insb. 2528 ff., und bei Fn. 3290 f.

³⁴⁴³ Vgl. BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 35.

³⁴⁴⁴ So EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 47; kritisch BSK BV-GÄCHTER/WERDER, Art. 41, Rz. 36.

³⁴⁴⁵ Die Bestimmung kann allerdings für die *Konkretisierung* grundrechtlicher Leistungsansprüche, insbesondere solcher aus Art. 10 BV von Relevanz sein, siehe EGLI/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 50.

³⁴⁴⁶ Vgl. Botsch. vom 16. September 2011 zur Volksinitiative «Ja zur Hausarztmedizin», BBl 2011 7553, 7577: Es geht um eine Reaktion auf einen *Bedarf* an bzw. eine *Nachfrage* nach (grundlegenden) medizinischen Gütern und Dienstleistungen.

³⁴⁴⁷ BGE 130 I 16, E. 5.2; BGE 127 I 6, E. 8 – allerdings betont das Bundesgericht die Notwendigkeit einer umfassenden Interessenabwägung, um die konkrete Fürsorgeverantwortung des Staates zu bestimmen, vgl. vorne, bei Fn. 2909.

³⁴⁴⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 4230 f.

³⁴⁴⁹ Vgl. demgegenüber HANGARTNER, Sterbehilfe, 77.

³⁴⁵⁰ Vgl. Botsch. Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung, 7060.

lichen Ziele und des Kindeswohls kann diese Bestimmung aber nicht zur Grundlage genommen werden, um das Wohl der Kinder und Jugendlichen völlig losgelöst von ihren Bedürfnissen und ihrer Selbstbestimmung zu bestimmen.³⁴⁵¹

iii) Artikel 118 BV

(a) Absatz 1

In Art. 118 Abs. 1 BV ist die Gesundheit zunächst als *Polizeigut* angesprochen.³⁴⁵² Ein unabhängig von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängter Schutz einer «objektiv» festgelegten Gesundheit verträgt sich damit nicht.³⁴⁵³ Ein rein «polizeiliches» Verständnis von Art. 118 Abs. 1 BV griffe jedoch zu kurz: Auch Massnahmen zur *Früherkennung* von Krankheiten liegen im Zielbereich der Bestimmung, ebenso solche zur *Gesundheitsförderung*, jedenfalls sofern ein genügend enger Bezug zur Verhütung von Krankheiten besteht.³⁴⁵⁴ Angesprochen sind damit auch *sozialpädagogische Massnahmen* – etwa durch Bildung und Erziehung.³⁴⁵⁵

Obwohl m.E. nicht abschliessend geklärt ist, wie offen und wie weit der Gesundheitsbegriff des Abs. 1 zu verstehen ist,³⁴⁵⁶ und auch wenn man ihn nicht auf die «Abwesenheit von Krankheit» reduzieren will,³⁴⁵⁷ lässt sich doch festhalten: Dem Gesundheitsschutz kann es – konkretisiert im Licht der sozialstaatlichen Ziele und der übrigen verfassungsrechtlichen Wertung – nicht um die Ausrichtung des Menschen auf ein bestimmtes (Gesundheits-)Ideal gehen. Auch wird dem Staat durch Art. 118 BV keine direkte oder gar alleinige Verantwortung für die Gesundheit des Menschen übertragen.³⁴⁵⁸ Selbst wenn man von einem grundsätzlich *offenen* und *weiten* Gesundheitsbegriff ausgehen will,³⁴⁵⁹ ändert sich daran nichts: Damit soll

³⁴⁵¹ Vgl. vorne, bei Fn. 3391.

³⁴⁵² OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 3 f.

³⁴⁵³ Dazu vorne, Teil 3 IV.C. 2; bezogen auf die öffentliche Gesundheit im Besonderen vgl. vorne, bei Fn. 3049 ff.

³⁴⁵⁴ SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 8 und 10.

³⁴⁵⁵ Botsch. VE 96, 333; OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 6 (sozialpädagogische Massnahmen); DENISE GASSMANN, Arzneimittelrückstände im Trinkwasser – Aus der Sicht des Heilmittel- und Lebensmittelrechts, Sicherheit & Recht 2013, 151 ff., 153; kritisch zu einem zu weiten Verständnis des Gesundheitsbegriffs in Art. 118 Abs. 1 BV: BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 7 «(sozialpädagogische), d.h. informierende, sensibilisierende und erziehende Massnahmen»).

³⁴⁵⁶ Für ein enges Verständnis etwa SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 8 ff.; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 4 und 6.

³⁴⁵⁷ Vgl. etwa OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 5.

³⁴⁵⁸ OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 4.

³⁴⁵⁹ Vgl. SGK BV (3. Aufl.)-POLEDNA, Art. 118, Rz. 4; CR Cst.-KAHIL-WOLFF HUMMER/JOSEPH, Art. 118, Rz. 9.

sichergestellt werden, dass den individuellen, sich wandelnden tatsächlichen Gesundheitsbedürfnissen möglichst umfassend Rechnung getragen werden kann³⁴⁶⁰ – Raum für die Durchsetzung eines bestimmten Gesundheitsideals oder die Unterstellung «besser verstandener» Gesundheitsinteressen wird damit nicht geschaffen. Soll die Gesundheit das körperliche, geistige und soziale *Wohlergehen* als solches in den Blick nehmen,³⁴⁶¹ geht damit ohnehin eine gewisse *Subjektivierung* der Gesundheit einher.³⁴⁶² Das individuelle Wohlergehen bestimmt sich – zumindest aus einer verfassungsrechtlichen Sicht – nach subjektiven Kriterien, sicher aber nicht völlig losgelöst davon.³⁴⁶³ Zudem kann sich ein entgegen den eigenen Bedürfnissen und Wünschen aufgedrängter Schutz negativ auf das eigene Wohlbefinden auswirken. Jedenfalls ist es – was die Ottawa-Charta deutlich zum Ausdruck bringt – mit Blick auf das grösstmögliche Ausmass an Wohlbefinden und die optimale Ausschöpfung des individuellen Gesundheitspotentials unumgänglich, dass die Einzelne ihre Wünsche und Hoffnungen artikulieren und selbständige Entscheidungen mit Bezug auf ihre eigene Gesundheit treffen kann.³⁴⁶⁴

Im Zielbereich von Art. 118 Abs. 1 BV liegt damit höchstens ein autonomieorientierter, «weicher» Gesundheitspaternalismus: Um einen Gesundheitsschutz, welcher der Einzelnen unabhängig davon aufgedrängt wird, ob sie Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt, geht es nicht.

(b) *Absatz 2*

Die Gesetzgebungsaufträge von Art. 118 *Abs. 2* BV – das in Bst. b neu eingefügte Werbeverbot für Tabakprodukte ist gesondert zu diskutieren – verfolgen ebenfalls keine hart paternalistische Zwecksetzung. Sie umfassen neben gesundheitspolizeilichen grundsätzlich zwar auch weitere, der Krankheitsverhütung dienende – z.B. *gesundheitspräventive und sozialpädagogische* – Massnahmen; relevant ist dies ins-

³⁴⁶⁰ Vgl. POLEDNA, Rz. 13 f.

³⁴⁶¹ So Abs. 1 der Präambel der WHO-Verfassung (siehe vorne, Fn. 3433); Ottawa-Charta: «Die Verantwortung für Gesundheitsförderung liegt deshalb nicht nur bei dem Gesundheitssektor, sondern bei allen Politikbereichen und zielt über die Entwicklung gesünder Lebensweisen hinaus auf die Förderung von umfassendem Wohlbefinden hin.». Es ist jedoch *zweifelhaft*, ob Art. 118 Abs. 1 BV eine allgemeine Gesundheitsförderung im Sinne einer Verbesserung des körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und der Steigerung der Lebensqualität umfasst (gegen ein derartiges Verständnis: SGK BV-POLEDNA/RÜTSCH, Art. 118, Rz. 8 und 10; grundsätzlich auch BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 4 und 6).

³⁴⁶² Vgl. bezogen auf die Gesundheitsdefinition in der WHO-Verfassung POLEDNA, Rz. 20.

³⁴⁶³ Dazu auch hinten, Teil 4 II. B. 2.

³⁴⁶⁴ Siehe in der Ottawa-Charta unter den Titeln «Gesundheitsförderung» und «Befähigen und ermöglichen»; s.a. vorne, Fn. 3433.

besondere für Art. 118 Abs. 2 Bst. b erster Teilsatz BV (Bekämpfung von Krankheiten).³⁴⁶⁵ Auch geht es nicht einzig um einen Schutz von überindividuellen, namentlich *volkswirtschaftlichen* Interessen (Minderung der Arbeits- und Wirtschaftsleistung, soziale Kosten)³⁴⁶⁶ (obwohl nicht zu übersehen ist, dass dieser Aspekt besonders bei Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV eine wichtige Rolle spielt³⁴⁶⁷). *Dennoch*: Wie Abs. 1 dispensiert auch Abs. 2 den Staat nicht von der Beachtung der tatsächlich bestehenden Schutzbedürfnisse und enthält ebenfalls keinen Auftrag, dem Einzelnen – ohne Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung und -umsetzung – in seinem *eigenen* Interesse einen Gesundheitsschutz aufzudrängen oder dessen Überzeugungen und Einstellung in eine bestimmte Richtung zu lenken (z.B. mittels verhaltenslenkender Kampagnen). Ganz sicher geht es nicht darum, dem Einzelnen Vorschriften für das *gute und richtige* Leben zu machen und auf einen «vernünftigen» Menschen hinzuwirken.³⁴⁶⁸ Wichtig ist dies nicht zuletzt dann, wenn man von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV auch den *Konsum* gesundheitsgefährdender Produkte umfasst sehen will.³⁴⁶⁹ Bei Bst. a ist zudem die Nähe zum Konsumentenschutz³⁴⁷⁰ zu berücksichtigen, der von seiner Grundkonzeption her jedenfalls nicht als *hart* paternalistisch verstanden werden kann.³⁴⁷¹ Durch Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 118 Abs. 2 BV nicht ausgeschlossen bleibt indessen ein *autonomieorientierter* paternalistischer Schutz, etwa durch Information der Öffentlichkeit über gewisse Gesundheitsgefahren, um «korrigierend» auf Informationsdefizite oder Irrtümer einzuwirken.

³⁴⁶⁵ Vgl. OFK BV-BIAGGINI, Art. 118, Rz. 6; vgl. bezogen auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV im Besonderen: Botsch. Präventionsgesetz, 7182; Botsch. VE 96, 333; BVGer C-5250/2014 (Urteil vom 25. April 2016), E. 5.3 («präventive Massnahmen»); CR Cst.-KAHIL-WOLFF HUMMER/JOSEPH, Art. 118, Rz. 30; vgl. ferner SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 39, die für eine auf Bst. b abgestützte Gesundheitsförderung einen genügend engen Sachzusammenhang zur Verhütung der dort genannten Krankheiten verlangen.

³⁴⁶⁶ Vgl. bezogen auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV: BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 21 und 26.

³⁴⁶⁷ Botsch. VE 96, 333; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 21 und 26; s.a. BVGer C-5250/2014 (Urteil vom 25. April 2016), E. 5.3 («Wohlfahrt des Volkes»).

³⁴⁶⁸ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 20, Rz. 6.

³⁴⁶⁹ Für ein Verständnis von Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV, welches auch den Konsum erfasst: BJ, Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen, Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VPB 68.81, Ziff. II 2.a; Botsch. VE 96, 333; SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 27; BSK BV-GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118, Rz. 13.

³⁴⁷⁰ SGK BV-POLEDNA/RÜTSCHKE, Art. 118, Rz. 25 (Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV als Konsumentenschutzbestimmung); RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 769. s.a. TSCHUDI, Sozialverfassung, 21 und 68 f. (zu Art. 69bis aBV); s.a. hinten, bei Fn. 3486.

³⁴⁷¹ Vgl. hinten, Teil 3 IV. E. 2. e).

Mit der Annahme der Volksinitiative «*Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung*» wurde in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV ein zweiter Teilsatz eingefügt. Danach «verbietet» der Bund «namentlich jede Art von Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht». Hierin liegt zweifellos eine *paternalistische* Motivation,³⁴⁷² die allerdings an *altersbedingte Reifedefizite* und eine daraus resultierende, besondere *Beeinflussbarkeit* von Kindern und Jugendlichen anknüpft.³⁴⁷³ Zu beachten ist aber, dass solche Umstände nicht bei all denjenigen minderjährigen Personen vorliegen müssen, die vom Schutz erfasst werden. Für gewisse Jugendliche *wirkt* sich der Schutz somit wie ein *harter* Paternalismus aus.³⁴⁷⁴

iv) Artikel 105 Satz 2 BV

Inwiefern umfasst der gesundheitspolitische Verfassungsauftrag³⁴⁷⁵ (Schutz der öffentlichen Gesundheit³⁴⁷⁶) von Art. 105 Satz 2 BV auch einen Schutz vor sich selbst? Soll den «schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums» – primär durch eine Verringerung des Alkoholkonsums³⁴⁷⁷ – auch im *wohlverstandenen eigenen Interesse* der Alkoholkonsumentinnen und -konsumenten selbst und allenfalls gegen deren Willen Rechnung getragen werden?

Die Bestimmung ist wesentlich – insbesondere aufgrund negativer Erfahrungen in der Vergangenheit – davon geprägt, dass der Einzelne nicht isoliert in der Gesellschaft steht und sich Alkoholismus rasch zu einem Problem für die übrigen Mitglieder der Gesellschaft und die Volkswirtschaft auswirken kann (soziale Folgekos-

³⁴⁷² Vgl. vorne, bei Fn. 3343 f.

³⁴⁷³ Botsch. Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung, 7054, 7059 f. und 7064.

³⁴⁷⁴ Vgl. zu dieser Problematik auch hinten, bei Fn. 3631 f., 3638, 3643 ff. und 3606 ff.

³⁴⁷⁵ Botsch. VE 96, 313 f.; BVGer A-6613/2011, E. 3.2; OFK BV-BIAGGINI, Art. 105, Rz. 4; BSK BV-UHLMANN, Art. 105, Rz. 1 und 6 f.

³⁴⁷⁶ BGE 143 II 409, E. 4.4.1; BGer 2C_712/2011, E. 3.1; BGer 2A.660/2004, E. 3.4; BGE 128 I 295, E. 3d/aa; Eidg. Alkoholrekurskommission, Entscheid vom 8. Juni 2000, VPB 64.115, E. 7b; OFK BV-BIAGGINI, Art. 105, Rz. 4; SGK BV-LEHNE, Art. 105, Rz. 12. CR Cst.-ADANK, Art. 105, Rz. 12.

³⁴⁷⁷ Eidg. Alkoholrekurskommission, Entscheid vom 8. Juni 2000, VPB 64.115, E. 7b; BGer 2C_712/2011, E. 3.1; BGer 2A.660/2004, E. 3.4; BVGer A-6613/2011, E. 3.2; BSK BV-UHLMANN, Art. 105, Rz. 6; BEUSCH, Rz. 8 ff.; ausdrücklich noch Art. 32bis Abs. 2 Satz 1 aBV: «Die Gesetzgebung ist so zu gestalten, dass sie den Verbrauch von Trinkbranntwein und dementsprechend dessen Einfuhr und Herstellung vermindert» (vgl. AUBERT, Komm. zu Art. 32bis aBV, Rz. 58; Botsch. Änd. AlkG [1978], 56; s.a. REICHMUTH, 16 ff. und 64 ff.). Art. 105 Satz 2 BV umfasst auch gesundheitspolitische Massnahmen bezüglich *Bier und Wein*, ist diesbezüglich allerdings nicht selbständig kompetenzbegründend, siehe BSK BV-UHLMANN, Art. 105, Rz. 6; SGK BV-LEHNE, Art. 105, Rz. 12 f.

ten, Produktionsausfälle, Auswirkungen auf Angehörige usw.).³⁴⁷⁸ Dies scheint mir das *primäre* öffentliche Interesse zu sein, das sich hinter Art. 105 Satz 2 BV verbirgt. Ein gewisser *Schutz vor sich selbst* mag zwar ebenfalls im Zielbereich dieser letztlich offen formulierten Bestimmung liegen, doch kann es m.E. nur um den Schutz vor *nicht freiverantwortlich* eingegangenen Risiken gehen: Zu denken ist an die Korrektur von Fehlvorstellungen über die Gefahren des Alkoholkonsums; ferner an Massnahmen, die einer alkoholbedingten Verminderung der Selbstbestimmungsfähigkeit und den daraus resultierenden gesundheitlichen, finanziellen und sozialen Folgen entgegenwirken.³⁴⁷⁹ Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass über die «Schädlichkeit» des Alkoholkonsums *für die einzelne Konsumentin selbst* nach einem objektiven Vernunftmassstab zu entscheiden wäre; dies stünde auch nicht im Einklang mit den bereits skizzierten verfassungsrechtlichen, einschliesslich sozialstaatlichen Grundsätzen, wonach die Einzelne selbst ihr Wohl definieren darf.

Dass mit der Bestimmung von Art. 105 BV in einem gewissen Umfang auch Kinder- und Jugendschutzanliegen verfolgt werden³⁴⁸⁰ – womit regelmässig eine paternalistische Absicht verbunden ist³⁴⁸¹ –, vermag daran nichts zu ändern: Nur weil es sich um Kinder und Jugendliche handelt, ist ein harter Paternalismus keineswegs zulässig: Anknüpfungspunkt beim Schutz des Kindeswohls müssen primär *altersbedingte Reifedefizite* sein. Dabei bleibt immer zu berücksichtigen, inwiefern die Jugendlichen zu einem selbstbestimmten Konsumentenscheid (schon) in der Lage sind.³⁴⁸²

v) Artikel 117 Absatz 1 BV

Die vom Gesetzgebungsauftrag von Art. 117 Abs. 1 BV grundsätzlich mitumfassten *Krankheits- und Unfallpräventionsmassnahmen*³⁴⁸³ schliessen einen Schutz vor sich

³⁴⁷⁸ Vgl. zu den Hintergründen der Alkoholgesetzgebung, insbesondere die Bekämpfung des «Schnapselends» bzw. der «Schnapspest» mit ihren zahlreichen negativen sozialen Auswirkungen Ende des 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts: Botsch. vom 20. November 1884 betreffend die auf die Alkoholfrage bezüglichen Postulate und Petitionen, BBl 1884 IV 369, 386 ff.; ferner Botsch. Totalrev. AlkG, 1344 f.; Botsch. Änd. AlkG (1978), 56; vgl. sodann Eidg. Alkoholrekurskommission, Entscheid vom 8. Juni 2000, VPB 64.115, E. 7b; BEUSCH, Rz. 8 ff.; ferner REICHMUTH, 16 ff.; AUBERT, Komm. zu Art. 32bis abV, Rz. 3, 11 und 58.

³⁴⁷⁹ Zur vergleichbaren Problematik im Kontext der Spielsucht vorne, Teil 3 IV. E. 2. b).

³⁴⁸⁰ BEUSCH, Rz. 13, s.a. Rz. 17 und 21.

³⁴⁸¹ Vgl. vorne, Teil 3 IV. E. 2. c), insb. bei Fn. 3350 ff.

³⁴⁸² Vorne, Teil 3 IV. E. 2. c), Ziff. (2.) bei Fn. 3381 ff.

³⁴⁸³ Vorne, bei Fn. 3429.

selbst nicht mit ein. Präventionsmassnahmen sind nur insofern von Art. 117 Abs. 1 BV erfasst, als sie dem Schutz der *Versichertengemeinschaft* bzw. einer Vermeidung oder Verminderung der durch die Sozialversicherungen zu deckenden Kosten dienen.³⁴⁸⁴

vi) Ergebnis

Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz der individuellen Gesundheit zielt nicht darauf ab, dem Einzelnen gegen seinen freien Willen in seinem *eigenen* Interesse Schutz und Fürsorge aufzudrängen oder ihn mit (vermeintlich) sanften, die Präferenzen beeinflussenden Massnahmen (erzieherische Kampagnen, finanzielle Belastung gesundheitsschädlicher Produkte, *Nudges* usw.) zu einem «vernünftigen» Umgang mit seiner Gesundheit hinzuleiten. Ein *hart* paternalistisches Gesundheitsverständnis liegt der Verfassung nicht zugrunde. Nicht ausgeschlossen ist hingegen ein weicher (Gesundheits-)Paternalismus, also ein Paternalismus, der Gesundheitsschädigungen bekämpfen will, die ihren Ursprung in Selbstbestimmungsdefiziten haben. Allerdings lassen sich den vorerwähnten Bestimmungen nur sehr bedingt Anhaltspunkte entnehmen, *in welchem Umfang* ein solcher Schutz der Selbstbestimmung im Umgang mit der eigenen Gesundheit zulässig ist bzw. welche *Freiwilligkeitsdefizite* unter welchen Umständen und bei welchen (negativen) Folgen überhaupt einer paternalistisch motivierten Intervention zugänglich sein sollen und können.

e) Konsumentenschutz

Zielsetzung, Aufgabe und Reichweite des Konsumentenschutzes³⁴⁸⁵ (Art. 97 BV, aber auch etwa Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV³⁴⁸⁶) geben zu verschiedenen Fragen Anlass.³⁴⁸⁷ In seinem Kern zielt der Konsumentenschutz darauf ab, *Machtgefälle* und (typische, strukturelle) *Ungleichgewichtslagen* zwischen Konsumenten und Anbietern auszugleichen³⁴⁸⁸ und die *Konsumentensouveränität* – die selbstbestimmte, den eigenen Präferenzen entsprechende Nachfrage bzw. Wahl von Gütern und Dienstleistungen (als Voraussetzung für eine «bedarfsgerechte» Steuerung von Pro-

³⁴⁸⁴ Vgl. Botsch. Präventionsgesetz, 7183; ZENGER/ISCHI, 57.

³⁴⁸⁵ Gleichbedeutend ist etwa auch die Rede vom «Verbraucherschutz» (vgl. KOLLER-TUMLER, 12; BURG, Rz. 23 mit Fn. 38).

³⁴⁸⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 3470.

³⁴⁸⁷ Vgl. KOLLER-TUMLER, 12; s.a. SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 6.

³⁴⁸⁸ KOLLER-TUMLER, 12; BURG, Rz. 24 f.

duktion und Angebot)³⁴⁸⁹ – zu erhalten und zu stärken.³⁴⁹⁰ Angestrebt wird damit ein möglichst selbstbestimmter Konsumentenscheid,³⁴⁹¹ nicht aber eine Konsumentenlenkung im Sinne einer «Einflussnahme auf die Marktentwicklung»³⁴⁹². Reduziert ist die Konsumentensouveränität insbesondere durch Abweichungen von einem «rationalen» Verhalten, mangelnde Information, unzureichende Markttransparenz oder Ungleichgewichtslagen.³⁴⁹³ Mittel des Konsumentenschutzes sind damit etwa die Schaffung von Markttransparenz,³⁴⁹⁴ «Informations- und Warnpflichten»,³⁴⁹⁵ aber auch inhaltliche Vorgaben für Verträge oder die Einräumung von Widerrufsrechten.³⁴⁹⁶

Die Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten sind *umfassend*, in allen «Politikbereichen» zu beachten.³⁴⁹⁷ Letztlich aber bleibt einigermaßen unklar, welches «Schutzniveau» der Verfassungsgeber *konkret* anstrebt.³⁴⁹⁸ Ins Gewicht fällt damit letztlich, welche Bedürfnisse sich im politischen Prozess manifestieren und v.a. welches «konsumentenpolitische Leitbild» sich durchsetzt³⁴⁹⁹ – das Bild des hilfs-

³⁴⁸⁹ Vgl. RHINOW, Komm. zu Art. 31sexies aBV, Rz. 16 f.; JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss., Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 769; BÜHLMANN-ESCHMANN, 17; RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 767; s.a. hinten, bei Fn. 3502 f.

³⁴⁹⁰ RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 767; OFK BV-BIAGGINI, Art. 97, Rz. 4; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 19.

³⁴⁹¹ KOLLER-TUMLER, 15; BURG, Rz. 24.

³⁴⁹² HANS GIGER, Verstärkter Sozialschutz als Leitbild des Gesetzgebers im neuen Konsumentenkreditrecht, in: LENDI et al., 129 ff., 151.

³⁴⁹³ BÜHLMANN-ESCHMANN, 17 ff., insb. 19 ff.; SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 2; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 6, 16 und 19; ferner JOLLS/SUNSTEIN/THALER, 1541, wonach die verhaltensökonomischen Erkenntnisse zur «begrenzten Rationalität» das Bild des souveränen Konsumenten relativieren.

³⁴⁹⁴ MAHON, Petit Comm., Art. 97 Cst., Rz. 4 und 7; RHINOW, Komm. zu Art. 31sexies aBV, Rz. 17; SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 2; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 19.

³⁴⁹⁵ KOLLER-TUMLER, 15; ferner RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 768; RHINOW, Komm. zu Art. 31sexies aBV, Rz. 17; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 19.

³⁴⁹⁶ KOLLER-TUMLER, 15.

³⁴⁹⁷ Botsch. VE 96, 302; ferner OFK BV-BIAGGINI, Art. 97, Rz. 4; RHINOW, Komm. zu Art. 31sexies aBV, Rz. 2 f.

³⁴⁹⁸ SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 6; zu den verschiedenen Konsumentenschutzkonzepten (Beschränkung auf «marktkomplementäre Information» bis zu einem «marktkompensatorischen Sozialschutz») vgl. KOLLER-TUMLER, 14 ff.

³⁴⁹⁹ KOLLER-TUMLER, 12; BSK BV-UHLMANN, Art. 97, Rz. 6; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 16; vgl. zu den unterschiedlichen, auch durch paternalistische Überlegungen beeinflussten «Anlegerleitbildern», welche die Gesetzgebung im Bereich des Anlegerschutzes

bedürftigen und «schwachen» oder doch eher dasjenige des «rationalen» Konsumenten.³⁵⁰⁰

Dem durch die Verfassung geforderten Konsumentenschutz lässt sich allerdings kein umfassender Auftrag zu einem *paternalistisch* motivierten Ausgleich der «Schwäche» der Konsumentinnen und Konsumenten entnehmen:

- (1.) Zu bedenken ist zunächst, dass mit dem Schutz des Konsumenten und der Sicherstellung von «Konsumentensouveränität» (auch) *wettbewerbspolitische* Ziele verfolgt werden.³⁵⁰¹ Die Möglichkeit einer freien, «souveränen», den eigenen Interessen entsprechenden Konsumentenscheidung ist wichtig für einen *funktionierenden, wirksamen Wettbewerb*³⁵⁰² und ermöglicht eine *optimale, effiziente Allokation der vorhandenen Ressourcen*³⁵⁰³. In dieser Schutzrichtung geht es um über reine Individualinteressen hinausreichende Gemeinwohlbezüge.³⁵⁰⁴ Einwirkungen auf den Konsumenten zur Erhöhung seiner «Rationalität» oder «Selbstbestimmung» sind insofern durch das Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb gekennzeichnet. Eine paternalistische Absicht im hier verstandenen Sinn liegt darin nicht.
- (2.) Der vom Konsumentenschutz i.S.v. Art. 97 BV angestrebte Ausgleich von Machtgefällen und die von ihm bezweckte Stärkung der «Konsumentensouveränität» ist daneben aber *sozialpolitisch motiviert* und verfolgt *sozialpolitische Anliegen*.³⁵⁰⁵ In den Mittelpunkt rückt der «schwache» oder unerfahrene und

geprägt haben und prägen: FRANCA CONTRATTO, Das Anlegerbild im Wandel der Zeiten, Diss., Zürich 2013, 48 ff.

³⁵⁰⁰ Vgl. BSK BV-UHLMANN, Art. 97, Rz. 6; heute scheint nicht selten eine Orientierung am «schwachen» und «hilfsbedürftigen» Konsumenten stattzufinden (vgl. vorne, bei Fn. 497). Absolut gilt dies – jedenfalls in der Rechtsprechung – indessen nicht, vgl. etwa BGer 2C_1008/2012, E. 3.5: «Es wird nicht falsch sein, den heutigen Durchschnittskonsumenten von Möbeln und Möbelaccessoires als informiert, kritisch, sach- und preiskundig zu bezeichnen.»

³⁵⁰¹ SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 2 f.; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 4, 6, 16 und 19.

³⁵⁰² SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 2 f.; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 16 und 19. RHINOW, Komm. zu Art. 31*sexies* aBV, Rz. 16 ff.; BÜHLMANN-ESCHMANN, 17 ff. und 67; KOLLER-TUMLER, 16.

³⁵⁰³ BÜHLMANN-ESCHMANN, 17 ff., insb. 19; WALTER RENÉ SCHLUEP, Prolegomena zur wirtschaftsrechtlichen Beurteilung von Börsengesetzen, SZW 1997 (Sonderheft), 3 ff., 11; s.a. vorne, bei Fn. 3489.

³⁵⁰⁴ BÜHLMANN-ESCHMANN, 19.

³⁵⁰⁵ SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 3; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 6; BSK BV-UHLMANN, Art. 97, Rz. 7; RHINOW, Komm. zu Art. 31*sexies* aBV, Rz. 22 ff.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 97, Rz. 4; BÜHLMANN-ESCHMANN, 183; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3, 34 und 36; TSCHUDI, Sozialverfassung, 7, 21 und 68 ff.

insofern hilfs- und schutzbedürftige Konsument.³⁵⁰⁶ Dabei liegt auch ein Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten *vor sich selbst* nicht grundsätzlich ausserhalb der Zielsetzungen des Konsumentenschutzes.³⁵⁰⁷ Ein Auftrag (oder eine Legitimation), die Konsumentin in ihrem eigenen Interesse an der Ausübung ihres freien Entscheids zu hindern oder ihre Präferenzen in eine bestimmte, als «vernünftig» erachtete Richtung zu beeinflussen, liegt darin jedoch nicht. Ein solches Verständnis des Konsumentenschutzes würde nicht nur in einen Widerspruch mit der Sicherung und Förderung der Konsumentensouveränität geraten (und damit auch die Erreichung der vorne genannten wettbewerbspolitischen Ziele gefährden), sondern sich auch nicht in die – bei der Konkretisierung des (sozialen) Schutzauftrags mitzubehütenden³⁵⁰⁸ – sozialstaatlichen Zielsetzungen und Grundsätze einfügen. Mit der vom Konsumentenschutz angestrebten Ermöglichung eines selbstbestimmten Konsumententscheids³⁵⁰⁹ ist höchstens ein *autonomieorientierter* Paternalismus vereinbar (was den Einsatz von Verboten und Geboten und den Erlass zwingender Bestimmungen indessen nicht ausschliesst³⁵¹⁰). Gleich verhält es sich mit einem *wirtschaftspolizeilich* motivierten Konsumentenschutz:³⁵¹¹ Der Schutz der Polizeigüter erlaubt höchstens einen autonomieorientierten, an Freiwilligkeitsdefiziten anknüpfenden Schutz vor sich selbst.³⁵¹²

Offen bleibt freilich, in welchem *Ausmass* ein *weich* paternalistischer Konsumentenschutz in der Verfassung Rückhalt findet oder dadurch gar geboten ist. Inwiefern liegt es im Ziel- und Aufgabenbereich von Art. 97 BV, dass der Staat im wohlverstandenen eigenen Interesse der Konsumenten korrigierend auf *Rationalitätsdefizite* – im Sinne von Abweichung von einem «*homo oeconomicus*» – ein-

³⁵⁰⁶ RHINOW, Komm. zu Art. 31*sexies* aBV, Rz. 22.

³⁵⁰⁷ BSK BV-UHLMANN, Art. 97, Rz. 7 («bis zu einem gewissen Grad»); RHINOW, Komm. zu Art. 31*sexies* aBV, Rz. 22 («[...] Schutzmassnahmen, welche von der Existenz eines «Schwächeren» ausgehen und damit *diesen selbst* vor unbedachten Schritten schützen wollen» [Herv. d. Verf.]); in diese Richtung auch SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 6; ferner ZENGER/ISCHI, 77, wonach die «Aufgabe des Konsumentenschutzes» darauf abziele, «KonsumentInnen als Beteiligten im Markt die nötige Wahlfreiheit zu gewährleisten und sie vor eigenen Konsumententscheidungen, deren Tragweite und Konsequenzen sie nicht überblicken können, zu schützen».

³⁵⁰⁸ BÜHLMANN-ESCHMANN, 183.

³⁵⁰⁹ Vorne, bei Fn. 3489 ff.

³⁵¹⁰ BURG, Rz. 24.

³⁵¹¹ Siehe zur auch wirtschaftspolizeilichen Motivation des Konsumentenschutzes RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Rz. 770.

³⁵¹² Dazu vorne, Teil 3 IV. C.

wirkt,³⁵¹³ vor «*unbedachten Schritten*»³⁵¹⁴ und «*Versuchungen*» schützt³⁵¹⁵ oder «*unvorteilhafte, einseitige oder riskante Rechtsgeschäfte*» untersagt?³⁵¹⁶ Die Frage lässt sich nicht pauschal beantworten: Welches Mass an paternalistischer Fürsorge gerechtfertigt ist, bedarf letztlich einer Vielzahl von – hinten näher darzustellenden – *Abwägungen*.³⁵¹⁷ Bei der konkreten Ausgestaltung des Konsumentenschutzes bleibt jedenfalls der *Eigenverantwortung*, der *Privatautonomie* und der *Selbstbestimmung* der Konsumentinnen und Konsumenten Rechnung zu tragen.³⁵¹⁸ Dabei muss auch die Freiheit, irrational und unvernünftig zu entscheiden, respektiert werden; keinesfalls kann der Konsumentenschutzauftrag so verstanden werden, dass eine vollkommene, «perfekte» Rationalität zum Standard erhoben werden müsste.³⁵¹⁹ Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich ein Zuviel an gut gemeintem Schutz möglicherweise negativ auswirkt, was sich etwa am Problem der «Überinformation» zeigt.³⁵²⁰ Auszugleichen sind die Schutzbedürfnisse der Konsumentinnen und Konsumenten schliesslich mit (grundrechtlich geschützten) Anliegen Dritter (z.B. den Anbietern von Produkten und Dienstleistungen),³⁵²¹ aber auch mit allenfalls *weniger weitgehenden* Schutzbedürfnissen anderer Konsumentinnen und Konsumenten.³⁵²²

Entsprechende Überlegungen gelten für Bereiche, die mit dem Konsumentenschutz eng zusammenhängen, wie insbesondere den *Anlegerschutz*³⁵²³ bzw. – allgemeiner – den *Schutz von Kunden von Finanzdienstleistern* (der sich auf Art. 97 i.V.m. Art. 98 BV stützt³⁵²⁴).³⁵²⁵

³⁵¹³ Für eine (wenn auch nicht umfassende) Korrektur von Rationalitätsdefiziten (allerdings nicht ausdrücklich bezogen auf einen Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten *vor sich selbst*): SGK BV-HETTICH, Art. 97, Rz. 6; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 5 und 16.

³⁵¹⁴ So RHINOW, Komm. zu Art. 31*sexies* aBV, Rz. 22.

³⁵¹⁵ Vgl. Botsch. Änd. KKG (1998), 3165 (Schutz vor der «Versuchung», einen «ruinösen Konsumkredit zu beanspruchen»).

³⁵¹⁶ So BSK BV-UHLMANN, Art. 97, Rz. 7.

³⁵¹⁷ Hinten, Teil 4 III. C.

³⁵¹⁸ Vgl. BÜHLMANN-ESCHMANN, 183; s.a. SGK BV-HETTICH, Komm. zu Art. 97, Rz. 6.

³⁵¹⁹ Vgl. SGK BV-HETTICH, Komm. zu Art. 97, Rz. 6; CR Cst.-PICHONNAZ, Art. 97, Rz. 5; s.a. hinten, bei Fn. 4014.

³⁵²⁰ Vgl. hinten, bei Fn. 4134 ff.

³⁵²¹ SGK BV-HETTICH, Komm. zu Art. 97, Rz. 6; vgl. zu dieser Problematik auch hinten, Teil 5 I. C.

³⁵²² Vgl. zu diesem Problemkreis hinten, Teil 5 I. B.

³⁵²³ Vgl. zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden von Anleger- und Konsumentenschutz BURG, Rz. 23 ff.

³⁵²⁴ BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 98, Rz. 3.

³⁵²⁵ Gestützt auf Art. 95, 97, 98 und 122 Abs. 1 BV hat der Bund das FIDLEG erlassen, welches (unter anderem) den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern be-

f) Arbeitnehmer- und Mieterschutz

Gemäss Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV kann der Bund Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erlassen. Angesprochen ist nicht nur die körperliche Gesundheit, sondern die Persönlichkeit in einem umfassenderen Sinn.³⁵²⁶ Mit welchen Massnahmen und Instrumenten der Schutz zu verwirklichen ist, bleibt aber grundsätzlich offen.³⁵²⁷ Es kann um Gefahrenabwehr gehen, aber auch etwa um «soziale Korrekturen» zu Gunsten des – verglichen mit dem Arbeitgeber – wirtschaftlich (regelmässig) schwächeren Arbeitnehmers.³⁵²⁸ Ein öffentliches Interesse bzw. eine verfassungsrechtliche Legitimation, die Arbeitnehmenden auch *gegen ihren freiverantwortlichen Willen* bzw. losgelöst von Defiziten in der freien Willensbildung und -umsetzung vor sich selbst zu schützen, ist Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV m.E. jedoch nicht zu entnehmen. Die Bestimmung lässt sich auch nicht so verstehen, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom Staat einen derartigen Schutz *erwarten* würden. An der *Selbstbestimmung* orientierte paternalistische Massnahmen sind durch Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV hingegen nicht ausgeschlossen. Welches Schutzniveau zulässig ist, muss aber letztlich durch eine an der Verfassung orientierten Interessenabwägung bestimmt werden.³⁵²⁹ Zu berücksichtigen sind dabei auch Interessen Dritter und der Allgemeinheit (z.B. die Arbeitsmarktfreiheit)³⁵³⁰ sowie die unterschiedlichen Schutzbedürfnisse der Arbeitnehmer *unter sich*³⁵³¹.

Die Verpflichtung³⁵³² des Bundes, Vorschriften gegen Missbräuche im Mietwesen zu erlassen (Art. 109 Abs. 1 BV), zielt darauf ab, den Mieter als die (regelmässig) schwächere Vertragspartei zu schützen.³⁵³³ Darin liegt aber kein Auftrag, die Mieterinnen und Mieter vor sich selbst zu schützen, jedenfalls nicht losgelöst von Selbstbestimmungsdefiziten: Gemeint ist nur, aber immerhin ein Schutz vor «Missbräuchen»; damit gemeint sind insbesondere Verstösse gegen Treu und Glauben oder die Ausnutzung einer überlegenen Verhandlungsposition, um ein Missverhältnis

zweckt (Art. 1 FIDLEG). Nach der Botsch. FIDLEG und FINIG, 9091 werden mit dem FIDLEG indessen primär «gewerbepolizeiliche» Zwecke verfolgt – es soll in erster Linie dem Schutz von Polizeigütern («Kundenschutz, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr») dienen.

³⁵²⁶ SGK BV-GÄCHTER, Art. 110, Rz. 22 f.; BSK BV-CARDINAUX, Art. 110, Rz. 22 und 24 f.; MAHON, Petit Comm., Art. 110 Cst., Rz. 13; CR Cst.-LEMPEN, Art. 110, Rz. 27.

³⁵²⁷ MAHON, Petit Comm., Art. 110 Cst., Rz. 13; SGK BV-GÄCHTER, Art. 110, Rz. 23.

³⁵²⁸ BSK BV-CARDINAUX, Art. 110, Rz. 9 f.; MÖCKLI, 52 ff.

³⁵²⁹ Vgl. dazu allgemein hinten, Teil 4 III. C.

³⁵³⁰ Vgl. BSK BV-CARDINAUX, Art. 110, Rz. 25; vgl. auch hinten, Teil 5 I. C.

³⁵³¹ Vgl. zu diesem Problemkreis hinten, Teil 5 I. B.

³⁵³² BSK BV-CARDINAUX, Art. 109, Rz. 8.

³⁵³³ BSK BV-CARDINAUX, Art. 109, Rz. 10.

zwischen Leistung und Gegenleistung zu begründen.³⁵³⁴ Mit einer Beschränkung auf Missbräuche wird zudem zum Ausdruck gebracht, dass die Vertragsfreiheit bzw. die Privatautonomie (weiterhin) einen eigenständigen, vom Gesetzgeber zu respektierenden Wert hat (und haben soll).³⁵³⁵

Vor diesem Hintergrund erweist sich die vorne dargestellte Bestimmung von Art. 256 Abs. 2 OR – bzw. der durch sie bewirkte *Schutz vor sich selbst* – als problematisch.³⁵³⁶

g) Versicherungsobligatorium in der Sozialversicherung

Die Alters- und Hinterlassenenversicherung sowie die Invalidenversicherung sind *obligatorisch* (Art. 112 Abs. 2 Bst. a BV); Entsprechendes gilt – gesetzlich vorgesehene Ausnahmen vorbehalten – für die berufliche Vorsorge der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Art. 113 Abs. 2 Bst. b BV). Gemäss Art. 117 Abs. 2 BV kann der Bund zudem die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären. Wie bereits vorne ausgeführt, scheint zumindest die Einführung des AHVG- und des IVG-Obligatoriums durchaus von einer gewissen (weich) paternalistischen Absicht *mitgetragen* zu sein. Entsprechendes dürfte für die Einführung des Obligatoriums in der beruflichen Vorsorge gelten.³⁵³⁷

h) Chancengleichheit

Differenziert zu betrachten ist das wichtige sozialstaatliche³⁵³⁸ Anliegen der *Chancengleichheit*, wie es insbesondere in Art. 2 Abs. 3, Art. 8 Abs. 3 und 4 sowie in Art. 41 BV zum Ausdruck kommt³⁵³⁹ – daneben auch in Art. 11 Abs. 1 BV,³⁵⁴⁰ Art. 19 BV³⁵⁴¹ und Art. 29 Abs. 3 BV³⁵⁴². Der Chancengleichheit kommt auch die Funktion eines Bildungsziels zu.³⁵⁴³

³⁵³⁴ BSK BV-CARDINAUX, Art. 109, Rz. 12; SGK BV-ALVAREZ, Art. 109, Rz. 14.

³⁵³⁵ JUNOD, Komm. zu Art. 34septies aBV, Rz. 17.

³⁵³⁶ Siehe vorne, bei Fn. 552.

³⁵³⁷ Vgl. zum Ganzen vorne, Teil 1 II. D, Ziff. (17.) bei Fn. 679 ff.

³⁵³⁸ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 3, 7 und 18; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 33; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 15 f., 28 und 31; vorne, bei Fn. 3249 und 3271.

³⁵³⁹ OFK BV-BIAGGINI, Art. 2, Rz. 12; s.a. vorne, bei Fn. 3249.

³⁵⁴⁰ BGE 126 II 377, E. 5b; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 431 f.; HÖRDEGEN, Bildungsverfassung, 126 f.

³⁵⁴¹ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 32.

³⁵⁴² MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 38; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 83.

³⁵⁴³ HÖRDEGEN, Bildungsverfassung, 124; teilweise wird die Chancengleichheit ausdrücklich als Ziel normiert, welches die Schule anzustreben hat (vgl. für den Kanton Thurgau § 4 des Gesetzes vom 29. August 2007 über die Volksschule [RB 411.11]).

Was Chancengleichheit im Einzelnen meint und wie sie konkret verwirklicht werden soll, ist nicht ganz einfach zu beantworten und hängt auch vom Kontext ab, in dem der Begriff verwendet wird.³⁵⁴⁴ Im Sozialstaat zielt sie auf die «Gleichheit» in den Startbedingungen und Ausgangspositionen, um die eigenen (grundrechtlich geschützten) Freiheiten wahrnehmen, am gemeinschaftlichen Leben und an gesellschaftlichen Institutionen teilnehmen und materielle und immaterielle Güter erwerben zu können.³⁵⁴⁵ Ausgehend von der Feststellung, dass sich eine soziale Benachteiligung negativ auf die Gesundheit auswirken kann,³⁵⁴⁶ gerät auch die «*gesundheitliche Chancengleichheit*» in den Fokus: Möglichst alle Menschen sollen «die gleichen Chancen und Möglichkeiten zur Entwicklung, Erhaltung und falls nötig Wiederherstellung ihrer Gesundheit haben».³⁵⁴⁷

Die Chancengleichheit ist Element der sozialen Gerechtigkeit³⁵⁴⁸ und will «faire Lebens- und Zugangschancen» ermöglichen.³⁵⁴⁹ Eine nachträgliche (umfassende) *Kompensation* unterschiedlicher Startchancen ist damit (grundsätzlich) nicht gemeint.³⁵⁵⁰ Ebenso wenig ist Chancengleichheit mit «Ergebnisgleichheit» gleichzusetzen, auch wenn die Übergänge zuweilen fließend sein mögen.³⁵⁵¹ Mittel zur Verwirklichung der Chancengleichheit sind *materielle Leistungen* des Staates,³⁵⁵² aber auch etwa die *Befähigung* zur Selbstbestimmung und Eigenverantwortung, insbesondere durch Vermittlung von Wissen und Kompetenzen für eine «erfolgreiche» Gestaltung des Lebens.³⁵⁵³

³⁵⁴⁴ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 82 ff.; ferner WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 207.

³⁵⁴⁵ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 84; SIKI, 73 f.

³⁵⁴⁶ Vgl. etwa PÄRLI, Selbstverantwortung, 718 f.

³⁵⁴⁷ DOMINIK WEBER, Chancengleichheit in der Gesundheitsförderung und Prävention in der Schweiz – Begriffsklärungen, theoretische Einführung, Praxisempfehlungen, Grundlagenbericht, hrsg. von der Gesundheitsförderung Schweiz (GFCH), dem Bundesamt für Gesundheit (BAG) und der Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren (GDK), Bern April 2020, 25 f. (der Bericht ist abrufbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien & Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Forschung zu gesundheitlicher Chancengleichheit).

³⁵⁴⁸ SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 31 f.

³⁵⁴⁹ BSK BV-BELSER, Art. 2, Rz. 16.

³⁵⁵⁰ SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 33 (mit Differenzierungen); BSK BV-BELSER, Art. 2, Rz. 16; MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 18; SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 22.

³⁵⁵¹ Dazu SGK BV-KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 138; vgl. auch HÖRDEGEN, Bildungsverfassung, 125 ff., wonach die Chancengleichheit im Bereich der Bildungsverfassung auch eine Ergebnisgleichheit mitumfasse.

³⁵⁵² SIKI, 73 f.; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: VdS, § 41, Rz. 17.

³⁵⁵³ SIKI, 73 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 31.

Um eine *paternalistische Bevormundung* des Einzelnen geht es der Chancengleichheit jedoch nicht: Wie und in welchem Umfang die Chancengleichheit zu verwirklichen ist, bleibt immer unter Berücksichtigung der sozialstaatlichen Freiheitsverpflichtung und des gebotenen Respekts vor der Selbstbestimmung und der individuellen Andersartigkeit zu bestimmen.³⁵⁵⁴ Chancengleichheit zu ermöglichen bedeutet nicht, den Einzelnen gegen seinen Willen davon abhalten zu dürfen, seine Chancen auf Teilhabe, Erfolg und Verwirklichung seiner (langfristigen) Ziele durch unkluges oder selbstschädigendes Handeln zu vermindern oder gar zu zerstören. Ein gegenteiliges Verständnis der Chancengleichheit birgt die Gefahr einer – mit dem Anliegen eines sozialen Ausgleichs nicht verträglich³⁵⁵⁵ – Untergrabung der *Individualität* und einer – von der Chancengleichheit gerade nicht angestrebten³⁵⁵⁶ – «*Gleichmacherei*» und «*Gleichschaltung*» losgelöst von den individuellen Präferenzen bzw. den eigenverantwortlich gesetzten Zielen. Die Chancengleichheit ist der Freiheit verpflichtet;³⁵⁵⁷ es geht ihr um die *Ermöglichung* des Freiheitsgebrauchs,³⁵⁵⁸ nicht um eine *Präformierung* der Freiheit im (vermeintlich «besten») Interesse des Betroffenen oder um die Vermittlung von Vorgaben, welcher Freiheitsgebrauch «sinnvoll» und «sinnstiftend» ist.³⁵⁵⁹

Die Herstellung von Chancengleichheit fordert und legitimiert es auch nicht, den Einzelnen *gegen seinen (freiverantwortlichen) Willen* oder unabhängig von seinen Wünschen und Bedürfnissen in *Chancen und Freiheitsvoraussetzungen* zu stärken. Nur weil ein Paternalismus auf die Erhöhung von Selbstbestimmung und Freiheit zielt, macht ihn dies unter sozialstaatlichen Gesichtspunkten nicht schon legitim.³⁵⁶⁰ Ein (freiheitsbeschränkender) Zwang – selbst wenn er darauf abzielt, Freiheitschancen zu erhöhen – kann zudem mit dem Ziel der Chancengleichheit selbst in *Konflikt* geraten: Insbesondere stellt sich die Frage, ob ein Zwang zur Wahrnehmung von «Chancen» nicht gerade auch Chancen zur freien Entfaltung vernichtet.³⁵⁶¹ Der

³⁵⁵⁴ Vgl. TSCHUDI, Sozialverfassung, 78 f. und 87.

³⁵⁵⁵ Vorne, bei Fn. 3286.

³⁵⁵⁶ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 18; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 84; SGK BV-EHRENZELLER, Art. 2, Rz. 22; TSCHUDI, Sozialverfassung, 87; WEBER-DÜRLER, Chancengleichheit, 221; BGE 123 I 152, E. 5b.

³⁵⁵⁷ Vgl. MÜLLER, Quotenregelung, 317; HALDEMANN, 51; TSCHUDI, Sozialverfassung, 78 f. und 87.

³⁵⁵⁸ MEYER-BLASER/GÄCHTER, Der Sozialstaatsgedanke, in: VdS, § 34, Rz. 18.

³⁵⁵⁹ MÜLLER, Soziale Grundrechte, 224 f.; zustimmend BGE 123 I 152, E. 5b.

³⁵⁶⁰ Vorne, bei Fn. 3315 ff.

³⁵⁶¹ Vgl. z.B. BGE 139 I 280, E. 5.3.2, wonach unklar sei, ob das Tragen eines Kopftuches die Chancengleichheit wahre oder beeinträchtige.

Staat sollte sich darauf beschränken, Angebote zur Verfügung zu stellen, deren Wahrnehmung im Belieben des Einzelnen steht.³⁵⁶²

Zu differenzieren ist freilich für Fälle, in denen die Einzelne *gar nicht freiverantwortlich* entscheiden kann, z.B. weil sie altersbedingte Reifedefizite aufweist. Die Herstellung von Chancengleichheit nimmt gerade im Bereich der Schule einen wichtigen Stellenwert ein: So lässt sich das Schulobligatorium – einschliesslich der obligatorischen Teilnahme am Schwimmunterricht – (u.a.) mit dem Aspekt der Chancengleichheit rechtfertigen.³⁵⁶³ Das noch «unreife» Kind wird (auch) um seiner selbst willen in denjenigen Fähigkeiten gestärkt, die es für eine erfolgreiche Gestaltung seines Lebens bedarf, selbst wenn es dies nicht möchte.³⁵⁶⁴ Freilich ist die Herstellung von Chancengleichheit nicht ohne weiteres mit dem Kindeswohl gleichzusetzen; zu fragen ist immer auch nach den *negativen Effekten*, die eine mit der Chancengleichheit begründete paternalistische Massnahme für das betroffene Kind haben kann.³⁵⁶⁵

- i) Besondere Aspekte
- i) Forschung am Menschen
- (a) *Im Allgemeinen*

Art. 118b BV – der sich ebenfalls zur Sozialverfassung zählen lässt bzw. als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips verstanden werden kann³⁵⁶⁶ – statuiert Vorgaben und Grundsätze für die Gesetzgebung im Bereich der Humanforschung. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der *spezifischen Zwecke*, die mit der Forschung am Menschen verfolgt werden, und den damit verbundenen *Risiken* für die körperliche und geistige Integrität der Forschungsteilnehmenden.

Die Forschung kann zwar durchaus mit einem (konkreten) Nutzen für die Forschungsteilnehmerin verbunden sein, ist aber nicht primär an deren Wohl oder Heilung orientiert. Mit ihr werden vielmehr Allgemeininteressen (wissenschaftlicher Erkenntnisgewinn, bessere Bekämpfung von Krankheiten), sonstige Interessen Dritter (z.B. wirtschaftliche Interessen von Sponsoren) und auch Eigeninteressen der Forscherinnen und Forscher (Erhöhung des Ansehens,

³⁵⁶² Wohl anders für den Bereich der Schule STEPHAN HÖRDEGEN, Chancengleichheit und Schulverfassung, Diss., Zürich etc. 2005, 24 f.

³⁵⁶³ BGE 135 I 79, E. 7.1; BGer 2C_132/2014, E. 5.4; vgl. demgegenüber noch BGE 119 Ia 178, E. 8b und c (keine Untergrabung der Chancengleichheit durch eine Dispensation vom Schwimmunterricht).

³⁵⁶⁴ Vgl. dazu auch vorne, Teil 3 IV. E. 2. c) und hinten, bei Fn. 3694 f.

³⁵⁶⁵ Siehe vorne, bei Fn. 3401.

³⁵⁶⁶ SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3.

Karrierechancen) verfolgt.³⁵⁶⁷ Damit besteht nicht zuletzt die Gefahr von Interessenkonflikten.³⁵⁶⁸ Forschungsvorhaben sind zudem häufig komplex. Für den Einzelnen ist es erheblich schwierig (zuweilen auch gar nicht möglich), die damit verbundenen Belastungen, Risiken und den daraus resultierenden Nutzen (richtig) einzuschätzen; zudem besteht ein (grosser) Wissensvorsprung der Forschenden.³⁵⁶⁹

Die Bestimmung von Art. 118b BV steht in erster Linie – wenn auch nicht ausschliesslich – im Interesse des Schutzes der Persönlichkeit und Würde der Forschungsteilnehmenden selbst.³⁵⁷⁰ Fraglich ist jedoch, ob und inwiefern der durch Art. 118b BV angestrebte Schutz (auch) im Sinne eines Schutzes des Einzelnen *vor sich selbst* interpretiert werden muss. Inwieweit ist dem Einzelnen die Verfügungsbefugnis entzogen (oder darf sie ihm entzogen werden), selbstbestimmt über die Teilnahme an Forschungsprojekten zu bestimmen und diesbezügliche Risiken einzugehen?

Wenn der Bund gemäss Abs. 1 Vorschriften über die Forschung am Menschen erlässt,³⁵⁷¹ dann tut er dies, «soweit der Schutz seiner Würde und seiner Persönlichkeit es erfordert». Damit ist keine von individuellen Vorstellungen der betroffenen Person losgelöste «Würde» oder «Persönlichkeit» gemeint; angesprochen sind hier vielmehr die diesbezüglich einschlägigen Grundrechtsgarantien (insb. Art. 7, 10 und 13 BV).³⁵⁷² Da zu diesen Garantien auch das Recht auf Selbstbestimmung gehört, insbesondere das Recht, in seinem freiwillig getroffenen Entscheid respektiert zu werden (auch bezüglich der Teilnahme an Forschungsprojekten³⁵⁷³), und sich

³⁵⁶⁷ SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 1; ANDREA BÜCHLER/MARGOT MICHEL, *Medizin – Mensch – Recht – Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz*, Zürich 2014, 269; GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 609.

³⁵⁶⁸ SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 2 und 70.

³⁵⁶⁹ SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 2; ferner Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6739; VAN SPYK, 308 f.

³⁵⁷⁰ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6719 f. und 6721; die Bedeutung der Forschung für die Allgemeinheit wird aber keinesfalls negiert (Art. 118b Abs. 1 Satz 2 BV; Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6719 f.; SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 5 CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 22). Zwischen dem Schutz der Forschungsteilnehmenden und der Forschungsfreiheit ist eine Abwägung zu treffen, welche in Art. 118b Abs. 2 BV für den Bereich der Forschung in Biologie und Medizin konkretisiert wird (SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 52).

³⁵⁷¹ Wozu er auch *verpflichtet* ist, siehe BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 13; SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 22.

³⁵⁷² SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 23 ff., die in der Menschenwürde im Kontext der Forschung allerdings auch ein objektives Verfassungsprinzip erblicken; dies entfalte seine Wirkungen dort, wo der Schutzbereich der Persönlichkeitsrechte ende (so auch CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 19; vgl. vorne, Fn. 969).

³⁵⁷³ Vorne, bei Fn. 1858.

die Grundrechte (einschliesslich der Würde) nicht gegen den freiverantwortlich Handelnden selbst wenden können,³⁵⁷⁴ liegt m.E. jedenfalls ein *hart paternalistischer*, von der Frage der Freiwilligkeit der Einwilligung abstrahierender Schutz *grundsätzlich* – auf Abs. 2 Bst. b und d wird näher einzugehen sein – nicht im Zielbereich dieser Bestimmung.

Dies gilt auch dann, wenn man die in Art. 118b Abs. 1 BV angesprochene Würde als allgemeines Verfassungsprinzip im Sinne eines Schutzes der «Gattungswürde» begreifen will:³⁵⁷⁵ Als solche steht sie im *überindividuellen* Interesse³⁵⁷⁶ und lässt sich nicht für einen Schutz *vor sich selbst* fruchtbar machen. Anders gesagt: Die Verfügungsbefugnis über den eigenen Körper findet bei einem Verständnis der Menschenwürde als Gattungswürde ihre Grenze nicht an (wohlverstandenen) eigenen Interessen des Würdeträgers, sondern am Schutz der «Menschheit» und der Grundbedingungen für ein von Respekt und Achtung geprägtes Zusammenleben.

(b) *Artikel 118b Absatz 2 Buchstaben a und c BV als Ausdruck eines weichen Paternalismus*

Von Verfassungen wegen wird durch Art. 118b Abs. 2 Bst. a (*Erfordernis einer informierten Einwilligung*) und Bst. c (*Schutz des Urteilsunfähigen*) hingegen ein *weich paternalistischer, autonomieorientierter* Schutz gefordert. Doch bleibt dieser weich paternalistische Schutz im Kontext des Schutzes der Persönlichkeit, der Würde und dem damit abgesicherten Recht auf Selbstbestimmung zu konkretisieren. Dies kann zu hohen Anforderungen an die Freiwilligkeit bzw. die Einwilligungserklärung Grenzen setzen, namentlich wenn von der Forschung ein Nutzen für die betroffene Person zu erwarten ist.³⁵⁷⁷

Umgekehrt ist es verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen, einer *urteilsunfähigen* Person *entgegen* ihren geäusserten Wünschen eine Forschung (auch) in ihrem eigenen besten Interesse *aufzudrängen*.³⁵⁷⁸ Zwar sieht Art. 118b Abs. 2 Bst. a Satz 2 BV vor, dass eine *Ablehnung* «in jedem Fall verbindlich» ist (womit einer *Zwangsforschung* eine absolute Grenze gesetzt wird³⁵⁷⁹). Damit ist nach der Botschaft jedoch nicht jede irgendwie geartete, z.B. eine durch Ängste vor dem «weissen Kittel» begründete Ablehnung gemeint;³⁵⁸⁰ zudem macht Art. 118b Abs. 2 Bst. c BV die Zu-

³⁵⁷⁴ Dazu vorne, Teil 2 II. B und Teil 3 IV. B. 2.

³⁵⁷⁵ Vgl. vorne, Fn. 969.

³⁵⁷⁶ Vgl. BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 26: Schutz vor genetischer Optimierung, Verbindung von Mensch und Tier oder Mensch und Maschine.

³⁵⁷⁷ Vgl. Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6734 f.

³⁵⁷⁸ Vorbehalt bleibt die Zustimmung der gesetzlichen Vertreter der urteilsunfähigen Versuchsperson, siehe SPRECHER/SCHWEIZER, Rz. 98.

³⁵⁷⁹ SHK HFG-RÜTSCHE/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 58; RÜTSCHE, Neuordnung, 401; s.a. Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6735.

³⁵⁸⁰ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736.

lässigkeit einer Forschung mit *urteilsunfähigen* Personen nicht davon abhängig, ob sich diese ablehnend oder zustimmend geäußert haben. Auf die blossе «Ablehnung» eines Forschungsvorhabens kommt es mit anderen Worten aus einer verfassungsrechtlichen Sicht nicht an (kein «Vetorecht» des Urteilsunfähigen).³⁵⁸¹ Dies scheint – aus der Perspektive der Paternalismusproblematik – *grundsätzlich* legitim mit Blick darauf, dass sich der zu einem freiverantwortlichen Entscheid gar nicht fähige Einzelne allenfalls von einem direkten Nutzen abschneiden würde, der mit dem (abgelehnten) Forschungsvorhaben einhergehen kann.³⁵⁸² Die Anforderungen an die Ablehnungsfähigkeit (bzw. die dafür erforderliche Urteilsfähigkeit) dürfen jedoch nicht zu hoch angesetzt werden,³⁵⁸³ ansonsten die Gefahr besteht, das verfassungsrechtliche Verbot der Zwangsforschung, dem die Qualität eines grundrechtlichen Kerngehalts zugesprochen wird,³⁵⁸⁴ zu unterlaufen.³⁵⁸⁵ Man wird dabei aber die negativen Folgen berücksichtigen dürfen und müssen, die sich für den Betroffenen aus einer *Nichtteilnahme* am Forschungsvorhaben ergeben. Auch sollte der Einzelne *erkennen* können, welcher direkte Nutzen ihm entgeht, um die Ablehnungsfähigkeit zu bejahen. Je geringer die nachteiligen Folgen sind, welche die *Nichtteilnahme* am Forschungsprojekt für den Betroffenen hat, desto tiefere Anforderungen sind an die Ablehnungsfähigkeit zu stellen.³⁵⁸⁶ Der *Gesetzgeber* hat sich im Humanforschungsgesetz indessen für eine Regelung entschieden, die urteilsunfähigen Personen weitgehende Ablehnungsrechte einräumt: Ein Forschungsprojekt (mit oder ohne erwartetem direktem Nutzen) darf mit urteilsunfähigen Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen nur durchgeführt werden, wenn die betroffene Person «die Forschungshandlung durch Äusserungen oder entsprechendes

³⁵⁸¹ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 36 und 42; ferner SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 67; SPRECHER/SCHWEIZER, Rz. 98. In ein Forschungsvorhaben mit einer urteilsunfähigen Person hat jedoch ihr *gesetzlicher Vertreter* einzuwilligen (CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 33).

³⁵⁸² BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 42.

³⁵⁸³ SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 67; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 35; Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736.

³⁵⁸⁴ SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 66; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 35.

³⁵⁸⁵ Vgl. dazu näher vorne, bei Fn. 2201 ff.

³⁵⁸⁶ Siehe Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736; vgl. ferner CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 30; zur Komplexität der Interessenabwägung bei weich paternalistischen Massnahmen siehe hinten, Teil 4 III. C., insb. Teil 4 III. C. 2. c) und Teil 4 III. C. 2. d); zu beachten bleibt, dass bei Forschungsvorhaben *ohne unmittelbaren Nutzen* für die urteilsunfähige Person «die Risiken und Belastungen nur minimal sein» dürfen (118b Abs. 2 Bst. c BV).

Verhalten nicht erkennbar ablehnt»³⁵⁸⁷. Nach der Botschaft ist allerdings «nicht jedes Anzeichen von Widerstand, etwa eine abwehrende Handbewegung, bereits als Ablehnung zu gewichten».³⁵⁸⁸ Umgekehrt wird man m.E. nicht verlangen können, dass es sich um einen «entschiedenen» und «konstanten» Widerspruch handelt; auch weniger eindeutige Willensäusserungen sollten sich als erkennbare Ablehnung qualifizieren können.³⁵⁸⁹

(c) *Artikel 118b Absatz 2 Buchstaben b und d BV: Harter oder «bloss» weicher Paternalismus?*

Mit Blick auf die Gebotenheit und die Zulässigkeit eines paternalistischen Schutzes schwierig zu beurteilen sind die in *Abs. 2 Bst. b (kein Missverhältnis zwischen Risiken/Belastungen und Nutzen)* und *Bst. d (unabhängige Überprüfung des Forschungsvorhabens)* statuierten Grundsätze:

- (1.) Was das **Risiko-Nutzen-Verhältnis (Abs. 2 Bst. b BV)** anbelangt, steht zunächst nur fest, dass eine (wertende) Abwägung zwischen den (individuellen³⁵⁹⁰) Risiken und Belastungen und dem Nutzen des Projekts für den *Teilnehmenden selbst*, aber auch den *Nutzenchancen für Dritte* (überindividueller, gesellschaftlicher Nutzen) vorzunehmen ist.³⁵⁹¹ Zieht der Teilnehmer aus dem Projekt *selbst* einen Nutzen, namentlich in dem Sinn, dass die Ergebnisse des Forschungsprojekts eine Verbesserung seiner Gesundheit erwarten lassen (vgl. Art. 3 Bst. d HFG), dürfen das Risiko und die Belastungen grösser sein als bei einer (rein) fremdnützigen Forschung.³⁵⁹² Bei dieser – mit der Zumutbar-

³⁵⁸⁷ Art. 22 Abs. 3 Bst. b und Abs. 4; Art. 23 Abs. 2 Bst. b und Abs. 3; Art. 24 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 HFG; s.a. Art. 30 Abs. 1 Bst. b HFG; kritisch dazu RÜTSCHÉ, Neuordnung, 401 f., wonach es «als verfehlt» erscheine, «urteilsunfähigen Personen ein Vetorecht gegen Forschungshandlungen zuzuerkennen.»

³⁵⁸⁸ Botsch. HFG, 8113.

³⁵⁸⁹ Vgl. demgegenüber GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 624; gemäss THOMAS GRUBERSKI, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil G (Humanforschungsgesetz [HFG]), Rz. 462, ist auf das Forschungsvorhaben zu verzichten, wenn (trotz Einbezug der gesetzlichen Vertretung) Zweifel daran bestehen, ob sich das ablehnende Verhalten nur gegen (bspw.) eine Spritze oder tatsächlich gegen das Forschungsvorhaben *an sich* richtet.

³⁵⁹⁰ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736; für einen Einbezug auch der *gesellschaftlichen* Perspektive bei der Beurteilung der Risiken: SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 70.

³⁵⁹¹ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736 f.; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 71; CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 31 f.

³⁵⁹² Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6737; Botsch. HFG, 8104; SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 64; CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 32.

keitsprüfung verwandten³⁵⁹³ – Abwägung stellt sich aber die Frage, welche Rolle dem *Willen* der urteilsfähigen Person zukommt und dabei insbesondere ihrer subjektiven – im Licht ihrer eigenen Risikobereitschaft und Präferenzen getroffenen – Einschätzung des Risiko-Nutzen-Verhältnisses.

Dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich m.E. nicht entnehmen, dass über das «Missverhältnis» zwischen Risiken/Belastungen und Nutzen rein nach «objektiven» Kriterien und losgelöst von der individuellen Einschätzung zu entscheiden wäre. Doch dürfte ein solches Abstellen auf die individuelle Risiko-Nutzen-Beurteilung kaum der Absicht des Verfassungsgebers entsprechen: Der Forschungsteilnehmende nimmt die *Abwägung nicht selbst* vor. Hierzu ist zunächst der Forschende berufen, dessen Abwägung in einem zweiten Schritt durch eine unabhängige Instanz – eine Ethikkommission – überprüft wird.³⁵⁹⁴ Diese Prüfung ist auch dann erforderlich, wenn der Einzelne in das Projekt einwilligt.³⁵⁹⁵ Dass dabei der subjektiven Sichtweise und Risiko-Nutzen-Abwägung der Teilnehmerin höchstens beschränkt Rechnung zu tragen ist, klingt schon darin an, dass der Nutzen objektiv feststellbar sein muss bzw. ein «objektivierbarer» Nutzen massgeblich sein soll.³⁵⁹⁶ Vor allem aber ist relevant, dass nach dem Willen des Verfassungsgebers ein Forschungsvorhaben gar nicht zur Einwilligung vorgelegt werden darf, bei dem ein Missverhältnis zwischen Risiken und Nutzen festgestellt wurde.³⁵⁹⁷ Damit soll «auch der urteilsfähigen Person in ihrer Entscheidkompetenz eine Grenze gesetzt» werden.³⁵⁹⁸ Die (urteilsfähige) Person wird nicht zur Ausübung von Selbstbestimmung in Bezug auf das Forschungsvorhaben zugelassen und

³⁵⁹³ SHK HFG-SCHOTT Art. 12 HFG, Rz. 24; s.a. BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b BV, Rz. 37.

³⁵⁹⁴ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6737 und 6739; SHK HFG-JENNI, Art. 45, Rz. 111.

³⁵⁹⁵ Vgl. RAINER J. SCHWEIZER, Recht der Forschung im Gesundheitsbereich, in: POLEDNA/KIESER, 375 ff., Rz. 47.

³⁵⁹⁶ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6737 und 6724; vgl. auch BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118, Rz. 37 und SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 71, wonach die Abwägung «nach objektiven Kriterien» zu erfolgen habe. Dementsprechend sollen nach Auffassung des Gesetzgebers bei der Bestimmung des Nutzens von der Versuchsperson positiv erlebte «Begleiterscheinungen» und «sekundäre Aspekte» wie «vermehrte Aufmerksamkeit und Zuwendung» oder allfällige finanzielle Vorteile keine Rolle spielen (siehe Botsch. HFG, 8104; SHK HFG-RÜTSCHKE/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 64).

³⁵⁹⁷ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6737; vgl. auch Botsch. HFG, 8060 und 8104; SHK HFG-JENNI, Art. 45, Rz. 114.

³⁵⁹⁸ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6737; ferner SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 71.

kann nicht gültig einwilligen,³⁵⁹⁹ selbst wenn sie bereit wäre, das Risiko zu tragen.³⁶⁰⁰

Die vorzunehmende Überprüfung des Risiko-Nutzen-Verhältnisses und die entsprechende Interessenabwägung sind durchaus von einer *paternalistischen* Absicht getragen.³⁶⁰¹ Nur stellt sich die Frage, worum es dem Verfassungsgeber hier eigentlich geht: Um einen *hart* paternalistischen Schutz, der einen Schutz unabhängig von der Freiwilligkeit einer Entscheidung aufdrängt oder doch eher um einen *autonomieorientierten* Schutz? Und inwiefern spielen auch andere Erwägungen eine Rolle?

Die Bestimmung von Art. 118b Abs. 2 Bst. b BV dürfte bis zu einem gewissen Grad von der Ansicht geprägt sein, dass sich niemand ohne «vernünftigen» Grund einem erheblichen Risiko für eine Gesundheitsschädigung aussetzen soll. Darin klingt eine *hart* paternalistische Motivation an;³⁶⁰² gleichzeitig aber auch das oft nur schwer von einem Schutz vor sich selbst abgrenzbare,³⁶⁰³ eher dem *überindividuellen* Interesse am Schutz der «Moral» zuzuordnende Anliegen, nicht in einer Gemeinschaft leben zu wollen, in der Menschen ohne «überzeugenden» Grund erheblichen Risiken ausgesetzt und für Forschungszwecke instrumentalisiert werden (könnten). Befürchtet wird zuweilen auch ein (gesellschaftlich relevanter) Vertrauensverlust in die Forschung, wenn Personen im Rahmen von Forschungsprojekten geschädigt werden oder gar zu Tode kommen.³⁶⁰⁴ Schliesslich ist nicht zu vergessen, dass Forschungsvorhaben (meist) komplexe Fragen aufwerfen und Nutzen und Risiken für den Einzelnen entsprechend schwer einschätzbar sind.³⁶⁰⁵ Es geht vor diesem letztgenannten Hintergrund weniger darum, einem *freiwilligen* Entscheid die Anerkennung zu versagen, sondern einem Entscheid, der – so die Annahme – angesichts der schwierig einzuschätzenden Risiken gar nicht *angemessen getroffen* werden kann. So gesehen handelt es sich um eine pauschale (mit Blick auf die Schwierigkeit der individuellen Abklärung von Frei-

³⁵⁹⁹ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6737; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 37.

³⁶⁰⁰ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 37; SHK HFG-JENNI, Art. 45, Rz. 114; JENNI, 118.

³⁶⁰¹ Siehe vorne, Fn. 677.

³⁶⁰² Vgl. GKOUNTIS, 40 ff.; s.a. SEELMANN, Paternalismus und Solidarität, 110 und 112.

³⁶⁰³ Dazu vorne, Teil 3 IV. D. 2, insb. Ziff. (2.) bei Fn. 3136 ff. und Teil 3 IV. D. 3. c).

³⁶⁰⁴ Siehe BÜRGIN/BÜRKLI/GÖTZ, 293 f. m.w.H., die diesem Argument jedoch letztlich einen paternalistischen Charakter beimessen.

³⁶⁰⁵ Vorne, bei Fn. 3569.

willigkeitsdefiziten nicht gänzlich unzulässig³⁶⁰⁶, aber *keineswegs unproblematische*³⁶⁰⁷) Unterstellung von Selbstbestimmungsdefiziten.³⁶⁰⁸ Bei dieser Betrachtungsweise lässt sich die Bestimmung als Ausdruck eines *autonomieorientierten* Paternalismus verstehen. Zu bedenken bleibt aber die starke Wertungsabhängigkeit der vorzunehmenden Risiko-Nutzen-Abwägung,³⁶⁰⁹ was zumindest die *Gefahr* eines «Vernunftpaternalismus» in sich birgt.

Bis zu einem gewissen Grad abgeschwächt wird die Problematik dadurch, dass es «nur» um die Verhinderung eines *Missverhältnisses* geht, nicht um das richtige, beste oder «vollständig ausgewogene» Verhältnis;³⁶¹⁰ damit trägt der Verfassungsgeber nicht nur dem Umstand Rechnung, dass Prognosen über Risiken und Nutzen schwierig sind, sondern auch der Wertungsabhängigkeit der Abwägung.³⁶¹¹ Richtigerweise sollte ein Projekt nur dann nicht genehmigt werden, «wenn die Risiken und Belastungen den erwarteten Nutzen *eindeutig* überwiegen» (Herv. im Original).³⁶¹² Bei der Interessenabwägung hat die Ethikkommission aber – wie zu Recht betont wird – auch dem Recht auf *individuelle Selbstbestimmung* Rechnung zu tragen und dieses möglichst weitgehend zu verwirklichen.³⁶¹³ Dies fliesst m.E. schon aus dem in Art. 118b Abs. 1 BV erwähnten Schutz der Würde und Persönlichkeit; ausserdem kann und darf die subjektive Einschätzung, was dem Einzelnen schadet und was ihm nützt, aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive ohnehin nie irrelevant sein.³⁶¹⁴ Bei der Prüfung, ob ein «Missverhältnis» zwischen Risiko und Nutzen vorliegt, kann damit *nicht völlig unerheblich sein*, welche Risiken um

³⁶⁰⁶ Vgl. dazu im Einzelnen hinten, Teil 4 III. C. 3. c) ii.

³⁶⁰⁷ Vgl. BÜRGIN/BÜRKLI/GÖTZ, 293 ff., die zu Recht darauf hinweisen, dass damit ein «generelles Misstrauen in die Urteilsfähigkeit der Menschen» zum Ausdruck gebracht und dem «Probanden die Kompetenz» abgesprochen werde, «selbst über das für ihn Zumutbare und Unzumutbare zu urteilen»; zur Problematik eines Verzichts auf die individuelle Abklärung von Freiwilligkeitsdefiziten siehe hinten, Teil 4 III. C. 3. c) ii.

³⁶⁰⁸ Vgl. auch SALATHÉ, 284: «Positiver Nutzen-Risikosaldo [...] als eines von mehreren Indizien für das Fehlen von Einwilligungsmängeln».

³⁶⁰⁹ SHK HFG-SCHOTT, Art. 12, Rz. 29.

³⁶¹⁰ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736; vgl. auch SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 69, wonach die Voraussetzung von Art. 118b Abs. 2 Bst. b BV «in der Praxis vor allem als Schutz vor Forschungsvorhaben mit offensichtlich unhaltbaren Schadensrisiken» diene.

³⁶¹¹ SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 65; SHK HFG-SCHOTT, Art. 12, Rz. 33.

³⁶¹² GÄCHTER/RÜTSCHÉ, Rz. 644 (mit Blick auf die Sicherstellung und Verwirklichung der Forschungsfreiheit).

³⁶¹³ SHK HFG-JENNI, Art. 45, Rz. 34 und 113 f.; VAN SPYK, 313; s.a. hinten, bei Fn. 3623.

³⁶¹⁴ Vgl. hinten, Teil 4 II. B. 2.

welchen Preis eine Person einzugehen bereit und inwiefern sie in der Lage ist, darüber freiverantwortlich zu entscheiden.³⁶¹⁵

- (2.) Welche Motivation verfolgt die durch **Abs. 2 Bst. d BV** geforderte **Überprüfung durch eine unabhängige Stelle**? Diese «präventive Kontrolle»³⁶¹⁶ dient dem «Schutz der teilnehmenden Personen» und findet ihren Grund in den bereits vorne³⁶¹⁷ skizzierten Risiken.³⁶¹⁸

Die Überprüfung bezieht sich insbesondere auf die Dokumente betreffend die Aufklärung und die Einwilligung sowie das Risiko-Nutzen-Verhältnis;³⁶¹⁹ sie kann sich aber auch auf weitere Fragen erstrecken, wie die «wissenschaftliche Qualität und Transparenz des Forschungsprojektes»³⁶²⁰ oder die «Qualität der Ausbildung der Forschenden und der Forschungseinrichtung».³⁶²¹

Aufgrund der Überprüfung sollen die Interessenten darauf vertrauen können, dass sie «keinen ungerechtfertigten Risiken und Belastungen ausgesetzt» werden; es soll ihnen ermöglicht werden, «aufgrund korrekter, ausgewogener und verständlicher Information» über eine Teilnahme am Forschungsprojekt zu entscheiden.³⁶²² Die Verfassung will hier also primär einen *weich* paternalistischen Schutz verwirklicht haben, wobei die Überprüfung des Risiko-Nutzen-Verhältnisses – wie gezeigt – zumindest die *Gefahr* eines *harten* oder eines «Vernunftpaternalismus» in sich birgt. Die zuständige Ethikkommission wird aber – wie erwähnt – auch der individuellen Selbstbestimmung (und Risikoeinschätzung) Gewicht beimessen dürfen und m.E. auch müssen.³⁶²³

ii) Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich

Gemäss Art. 119 Abs. 1 BV – in dem m.E. auch das sozialstaatliche Anliegen des Ausgleichs individueller «Schwäche» und «Verletzlichkeit» zum Ausdruck kommt –

³⁶¹⁵ Vgl. zu diesem Problemkreis auch PETER KLEIST, in: POLEDNA/RUMETSCH, Gesundheitsrecht, Teil G (Humanforschungsgesetz [HFG]), Rz. 272 mit Fn. 303 (m.w.H.).

³⁶¹⁶ SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 70; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 118b, Rz. 43 f.; CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 36.

³⁶¹⁷ Vorne, bei Fn. 3567 ff.

³⁶¹⁸ Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6739; SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 78; SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 70; CR Cst.-BOILLET, Art. 118b, Rz. 36.

³⁶¹⁹ SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 80; SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 72.

³⁶²⁰ SHK HFG-RÜTSCHÉ/D'AMICO, Art. 118b BV, Rz. 72; ferner SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 80.

³⁶²¹ SGK BV-SCHWEIZER/SPRECHER/STRADEN, Art. 118b, Rz. 80.

³⁶²² Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6739.

³⁶²³ Vorne, bei Fn. 3613 ff.

ist der Mensch vor «Missbräuchen»³⁶²⁴ der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt. In Abs. 2 wird der Bund verpflichtet,³⁶²⁵ Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut zu erlassen. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet insbesondere die in den Bst. a–g normierten Grundsätze. Diese Grundsätze stellen wesentliche Elemente für die Konkretisierung dessen dar, was mit «Missbräuchen» i.S.v. Abs. 1 gemeint ist.³⁶²⁶

Mit der Bestimmung von Art. 119 BV soll Risiken Rechnung getragen werden, die mit der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie für die Gesellschaft, die Nachkommen, künftige Generationen und das menschliche Leben an sich verbunden sind.³⁶²⁷ In dieser Ausrichtung auf Allgemeininteressen ist die Bestimmung von Art. 119 BV nicht paternalistisch motiviert. Bezweckt sie aber nicht (*zumindest*) auch einen Schutz vor sich selbst? Eine *hart* paternalistische Stossrichtung lässt sich dieser Bestimmung grundsätzlich nicht entnehmen: Mit der Nennung des Schutzes der Persönlichkeit und der Würde ist höchstens ein weicher, autonomieorientierter Paternalismus vereinbar. Daran ändert nichts, wenn man in Abs. 2 auch eine «Gattungswürde» angesprochen sieht;³⁶²⁸ diese zielt auf den Schutz überindividueller Interessen und lässt sich nicht für einen Schutz der eigenen Würde *gegen sich selbst* fruchtbar machen.³⁶²⁹

³⁶²⁴ Angesichts der Beschränkung auf «Missbräuche» wäre ein *generelles* Verbot der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie verfassungswidrig (OFK BV-BIAGGINI, Art. 119, Rz. 3; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119, Rz. 12).

³⁶²⁵ BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119, Rz. 14; SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 16; Botsch. vom 18. September 1989 zur Volksinitiative «gegen Missbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen», BBl 1989 III 989, 1018.

³⁶²⁶ SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 14; SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24*novies* aBV, Rz. 16; OFK BV-BIAGGINI, Art. 119, Rz. 3; Botsch. FMedG, 214.

³⁶²⁷ SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24*novies* aBV, Rz. 14. Beispielsweise ist das Verbot von *Eingriffen in das Erbgut* menschlicher Keimzellen und Embryonen (Bst. a) von der Sorge um das Wohl künftiger Generationen sowie der Befürchtung vor einem «Menschen nach Mass» und vor ungewollten Mutationen getragen (Botsch. FMedG, 281 ff.; SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 30; RÜTSCHKE, Eugenik, 305). Beim *Verbot der Interspecieskombination* (Bst. b) geht es um den Schutz der Menschheit und der (natürlichen) Grundlagen des menschlichen Lebens (siehe SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 41; SCHWEIZER, Komm. zu Art. 24*novies* aBV, Rz. 58). Eine Rolle spielt auch die – über Einzelinteressen hinausreichende – Problematik einer «positiven Eugenik» (RÜTSCHKE, Eugenik, 306.).

³⁶²⁸ Vgl. die Hinweise vorne, in Fn. 971.

³⁶²⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 3575 f.

Im Einzelnen ist wie folgt zu präzisieren:

- (1.) Gewisse paternalistische Züge trägt das in Art. 119 **Abs. 2 Bst. e** BV statuierte **Kommerzialisierungsverbot**. Hierin kann man insofern einen *autonomieorientierten* Paternalismus erblicken, als damit (auch) ein Schutz vor Druck- und «Verführungsversuchen» verwirklicht und die Freiwilligkeit abgesichert werden soll.³⁶³⁰ Allerdings lässt sich kaum sagen, eine finanzielle Motivation nehme einem Entscheid in jedem Fall die Freiwilligkeit.³⁶³¹ Der weich paternalistische Schutz nähert sich in seinen Auswirkungen deshalb – jedenfalls für gewisse Personen – einem *harten* Paternalismus an.³⁶³²
- (2.) Das **Verbot der Leihmutterchaft** (Art. 119 **Abs. 2 Bst. d** BV)³⁶³³ dient dem Schutz der Würde und des Wohls des *Kindes*³⁶³⁴ und dürfte zudem von gewissen *sittlich-moralischen Überlegungen* getragen sein (Gefährdung von Grundwerten unserer Gesellschaft) – es zielt aber *auch* auf den Schutz der (wohlverstandenen) Interessen der *Leihmütter* selbst.³⁶³⁵ Im Vordergrund steht der Schutz ihrer Selbstbestimmung, Persönlichkeit und Würde, namentlich vor einer Instrumentalisierung und Kommerzialisierung ihres Körpers, sowie der Schutz vor einer Ausbeutung und Ausnutzung einer Notlage, vor Abhängigkeiten und gesundheitlichen Risiken.³⁶³⁶ So gesehen zielt dieser mitbeabsichtigte Paternalismus auf den Schutz der *freien Selbstbestimmung* der Leihmütter. Er greift dabei allerdings auf ein so weitgehendes und pauschales Mittel zurück (gänzlich Verbot der Leihmutterchaft) und unterstellt eine nicht oder nur beschränkt vorhandene Selbstbestimmung in einem derart aus-

³⁶³⁰ Vorne, bei Fn. 658 f.

³⁶³¹ Hinten, bei Fn. 4078 ff.

³⁶³² Vgl. zur vergleichbaren Problematik im Kontext der Transplantationsmedizin hinten, bei Fn. 3644 f.

³⁶³³ Vgl. vorne, bei Fn. 619 ff.

³⁶³⁴ Verhinderung einer Degradierung des Kindes zur «Ware», Schutz des Kindes vor Streitigkeiten über seine «Zuweisung» und Schutz in der Ausbildung seiner eigenen Identität, siehe Ber. Leihmutterchaft, 6 und 10; BGE 141 III 312, E. 5.3.3; BGE 141 III 328, E. 6.7; CHRISTENSEN, Rz. 5, 34, 36, 42 ff., 48, 57 ff. und 62 f.; SHK FMedG-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 4, Rz. 12; SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 64; Botsch. FMedG, 254 und 279.

³⁶³⁵ Vorne, Fn. 620.

³⁶³⁶ Ber. Leihmutterchaft, 6 und 10; BGE 141 III 312, E. 5.3.3; BGE 141 III 328, E. 6.7; CHRISTENSEN, Rz. 5, 35, 48 ff., 62 und 64; SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 64; Botsch. FMedG, 230, 254 und 279; s.a. vorne, bei Fn. 924; die Leihmutterchaft wird auch als *übermässige Bindung im Sinne von Art. 27 Abs. 2 ZGB* erachtet (siehe vorne, Fn. 3213).

geprägtem Mass,³⁶³⁷ dass er sich *zumindest* wie ein *hart* paternalistischer Schutz auswirkt.³⁶³⁸ Es lässt sich jedenfalls nicht pauschal behaupten, dass eine Leihmutterchaft für die betroffene Frau Risiken in sich birgt, die gar nicht freiverantwortlich eingegangen werden können.³⁶³⁹ Soweit sich das Verbot der Leihmutterchaft *auch* gegen einen freiwilligen und selbstbestimmten Entscheid im (wohlverstandenen) Interesse der Leihmutter *selbst* richten will, scheint es jedenfalls nur schwer mit dem gemäss Abs. 1 gebotenen Schutz der Persönlichkeit und Menschenwürde vereinbar.³⁶⁴⁰

- (3.) Hingewiesen sei schliesslich auf die Bestimmung von Art. 119 **Abs. 2 Bst. f** BV, wonach das Erbgut einer Person nur untersucht, registriert oder offenbart werden darf, wenn die betroffene Person zustimmt oder das Gesetz es vorschreibt. Dieses Recht auf informationelle Selbstbestimmung bezüglich genetischer Informationen³⁶⁴¹ setzt einem staatlichen Paternalismus zumindest insofern *Grenzen*, als eine Bearbeitung genetischer Informationen zum «Besten», aber gegen den Willen des Einzelnen einer klaren und ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedarf.

iii) Transplantationsmedizin

Gemäss Art. 119a Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften auf dem Gebiet der Transplantation von Organen, Geweben und Zellen und sorgt dabei für den Schutz

³⁶³⁷ Vgl. BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, 395 f.

³⁶³⁸ Vgl. zur vergleichbaren Problematik beim Kommerzialisierungsverbot im Bereich der Transplantationsmedizin hinten, bei Fn. 3643 ff. und der Forschung am Menschen vorne, bei Fn. 3606 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 3631 f.; zu überlegen wäre, ob der Schutz vor Ausbeutung nicht durch einen «wucherähnlichen Tatbestand» sichergestellt werden könnte, womit ein gänzlich Verbot der Leihmutterchaft nicht mehr notwendig wäre (siehe FATEH-MOGHADAM, FMedG, Rz. 52).

³⁶³⁹ So lässt sich nicht pauschal sagen, die Leihmutterchaft bedeute eine Gefährdung für die Persönlichkeit, die Leihmütter würden ihren Entscheid später bereuen, könnten sich gar nicht bewusst machen, was die Trennung vom Kind bedeute, könnten sich keine Bewältigungsstrategien zurechtlegen, kämen sich ausgebeutet oder missbraucht vor oder es würde die Trennung vom Kind Mühe bereiten oder gar psychische Krankheiten bewirken, vgl. dazu die Wiedergabe von Erfahrungen aus den USA und Indien bei BERTSCHI, 142 ff. und 198 ff.; ferner BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, 396; SHK FMedG-TAG, Art. 31, Rz. 2.

³⁶⁴⁰ Vgl. bezogen auf die Menschenwürde auch BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, 469, wonach ein «wesentlicher Inhalt der reproduktiven Autonomie» darin bestehe, «dass die betroffene Person selbst entscheiden kann, was ihr zur Würde gereicht, beziehungsweise dass das Konzept der Würde nicht gegen ihre Ansicht durchgesetzt wird.»

³⁶⁴¹ SGK BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119, Rz. 71; BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119, Rz. 45.

der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Gesundheit. Gemeint ist der Schutz aller beteiligten Personen (Spender, Empfänger, Ärzte, Pflegepersonal, Angehörige) aber auch der Allgemeinheit.³⁶⁴² Ein Schutz vor sich selbst wird damit nicht ausdrücklich gefordert, allerdings auch nicht ausgeschlossen: Angesichts der Betonung der Würde und Persönlichkeit kann es sich aber nur um einen *weich* paternalistischen, an der Selbstbestimmung und der Freiwilligkeit orientierten Schutz handeln.

Besonders hervorzuheben ist das in Abs. 3 Satz 1 statuierte *Kommerzialisierungsverbot*. Damit ist *auch* ein Schutz der Spenderin *vor sich selbst* beabsichtigt: Er scheint auf die Verwirklichung eines *weichen* Paternalismus abzielen,³⁶⁴³ ist er doch wesentlich von der Befürchtung getragen, einem durch finanzielle Anreize beeinflussten Entscheidung würde es ganz grundsätzlich an der *Freiwilligkeit* mangeln.³⁶⁴⁴ Das ist jedoch eine fragwürdige, jedenfalls nicht generalisierbare Annahme,³⁶⁴⁵ die zudem (wiederum) zur Folge hat, dass sich der weich paternalistische Schutz wie ein harter Paternalismus *auszuwirken* vermag. Zu beachten ist jedoch, dass für das Kommerzialisierungsverbot auch überindividuelle Gründe angeführt werden;³⁶⁴⁶ zumindest der beabsichtigte Schutz der Qualität der Transplantate (und damit der Patienten) könnte es rechtfertigen, die Unentgeltlichkeit der Spende auch dann vorzuschreiben, wenn der Spender *freiverantwortlich* handelt – allerdings bleibt die Frage, ob sich dieses Ziel nicht durch verstärkte Kontrollen erreichen lässt.³⁶⁴⁷

iv) Richterliche Fürsorgepflicht im Strafverfahren

Den Bestimmungen von Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV entnimmt die Rechtsprechung richterliche Fürsorge- und Aufklärungspflichten (insbesondere bezüglich den Verfahrens- einschliesslich Verteidigungsrechten).³⁶⁴⁸

³⁶⁴² SGK BV-SCHWEIZER/SCHOTT, Art. 119a, Rz. 12; CR Cst.-BOILLET, Art. 119a, Rz. 6; Botsch. Transplantationsartikel, 679 f.

³⁶⁴³ Vgl. demgegenüber GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 114 und 128, der in der Strafbestimmung von Art. 69 Abs. 1 Bst. a TxG (Strafbarkeit von Verstössen gegen das Kommerzialisierungsverbot) eine hart paternalistische Norm erblickt.

³⁶⁴⁴ Vgl. dazu im Einzelnen vorne, bei Fn. 649 ff.

³⁶⁴⁵ Vgl. hinten, bei Fn. 4078 und Fn. 4080 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 3631.

³⁶⁴⁶ Zu den nicht paternalistischen Zielsetzungen dieser Bestimmung siehe vorne, bei Fn. 646 ff.

³⁶⁴⁷ Vgl. vorne, Fn. 647; zur Problematik der mitangerufenen «guten Sitten» vgl. bei Fn. 3214 ff.

³⁶⁴⁸ BGE 143 I 164, E. 2.3.1; BGE 131 I 350, E. 4.1 f.; ferner BGer 1B_94/2022, E. 4.3; BGer 6B_89/2014, E. 1.5.1; BGer 6B_12/2010, E. 3.4; BGer 1B_253/2007, E. 3.1.

Anlass zu Fragen kann es jedoch geben, ob dem Einzelnen eine Aufklärung (gegen seinen Willen) *aufgedrängt* werden darf (oder muss) bzw. ob er darauf verzichten kann. Hier ist zu bemerken, dass diese Aufklärung *auch* im – m.E. überindividuellen und einem Verzicht Grenzen setzenden³⁶⁴⁹ – Interesse an einem «fairen» Verfahren steht.³⁶⁵⁰ Zudem ist es ganz grundsätzlich nicht unzulässig, den Verzicht auf ein (Verfahrens-)Recht davon abhängig zu machen, ob die Einzelne zu einem *frei-verantwortlichen* Entscheid in der Lage ist.³⁶⁵¹ Welche richterlichen Interventionen geboten und zulässig sind, lässt sich jedoch nicht pauschal beantworten. Zu berücksichtigen sind insbesondere das Ausmass des Selbstbestimmungsdefizits, die Schwere der drohenden Schäden sowie die mit einer Aufklärung allenfalls verbundenen Nachteile für die Betroffene.³⁶⁵² Durch die richterliche Aufklärungs- und Fürsorgepflicht im Strafverfahren dürfte es aber zumindest geboten sein, *eigentliche Irrtümer* des Beschuldigten in der Willensbildung zu korrigieren,³⁶⁵³ jedenfalls wenn ihm ansonsten *schwere* Nachteile drohen.

Nach der Rechtsprechung kann es die Art. 31 Abs. 2 und Art. 32 Abs. 2 BV entnommene Fürsorge- und Aufklärungspflicht zudem «gebieten, dass einem Beschuldigten aufgrund der Verfassung auch ohne entsprechendes Ersuchen von Amtes wegen ein Rechtsvertreter beigegeben wird».³⁶⁵⁴ Dabei kann diese Fürsorgepflicht so weit gehen, dem Beschuldigten *entgegen seinem Willen* eine Verteidigung aufzuzwingen,³⁶⁵⁵ jedenfalls dann, wenn er seine Interessen selbständig nicht ausrei-

³⁶⁴⁹ Siehe vorne, Fn. in 2658 sowie in Fn. 625 und 629.

³⁶⁵⁰ BGE 131 I 350, E. 4.2.

³⁶⁵¹ Vgl. vorne, bei Fn. 2806 ff.

³⁶⁵² Vgl. dazu im Kontext der grundrechtlichen Schutzpflichten Teil 3 IV. B. 3. c) und im Kontext der sozialstaatlichen Fürsorge, vorne, bei Fn. 3323 ff.; allgemein bezogen auf die Verhältnismässigkeit: hinten, Teil 4 III. C, insb. Teil 4 III. C. 2. c) und zusammenfassend in Teil 4 III. C. 2. d).

³⁶⁵³ CHEN, 139; ZIMMERLIN, Rz. 356.

³⁶⁵⁴ BGE 143 I 164, E. 2.3.1 (auch unter Hinweis auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK); BGE 131 I 350, E. 4.2; ferner BGer 1B_94/2022, E. 4.3; BGer 1B_253/2007, E. 3.1; BGer 1P.487/2006, E. 3.2; BGer 6P.216/2006, E. 4.2.

³⁶⁵⁵ BGer 1B 253/2007, E. 3.1 und insb. E. 3.2: Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid geprüft, ob dem Beschwerdeführer ohne Antrag ein amtlicher Verteidiger zu bestellen war, obwohl dieser auf sein Recht, sich selbst zu verteidigen, beharrt hat (i.c. verneint; s.a. nachfolgend, bei Fn. 3656); BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 1; ferner – allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf Art. 31 und 32 BV – Appellationsgericht BS, Urteil vom 7. April 2011, BJM 2012, 48 ff. E. 3.4, 53, wonach der Verzicht des Beschwerdeführers auf einen Verteidiger unter den gegebenen Umständen unbeachtlich gewesen sei, «denn die notwendige Verteidigung» müsse «aus der bestehenden Fürsorgepflicht des Staats heraus unabhängig vom Willen des Beschuldigten, allenfalls sogar gegen dessen Willen, angeordnet werden».

chend wahrzunehmen vermag.³⁶⁵⁶ Für das Aufdrängen einer Verteidigung finden sich durchaus *nicht paternalistische* Gründe (insb. geordneter Verfahrensablauf, Wahrheitssuche),³⁶⁵⁷ doch schliesst es die Verfassung keinesfalls aus, eine entsprechende Massnahme auch zum Schutz der wohlverstandenen Interessen des Beschuldigten selbst zu veranlassen. Im Licht der bereits skizzierten Wertungen kann es sich hierbei jedoch nur um einen *autonomieorientierten* Paternalismus handeln, also einen Paternalismus, der an Selbstbestimmungsdefizite anknüpft.³⁶⁵⁸

v) Gleichstellung von Frau und Mann

Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV enthält einen (der Sozialverfassung zuzurechnenden³⁶⁵⁹) Auftrag zur rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann. Es handelt sich um einen eigentlichen «Sozialgestaltungsauftrag»³⁶⁶⁰, der (auch) auf die Herstellung «tatsächlicher gesellschaftlicher Gleichstellung der Geschlechter»³⁶⁶¹ und «tatsächlicher Gleichheit in der sozialen Wirklichkeit»³⁶⁶² abzielt; «stereotype Rollenbilder» und «diskriminierende Strukturen» sollen abgebaut, «gesellschaftlich institutionalisierte Verhaltensmuster» und daraus resultierende Benachteiligungen beseitigt und ein «Umdenken in der Gesellschaft» eingeleitet werden.³⁶⁶³

An der Gleichstellung von Frau und Mann besteht zweifellos ein hohes öffentliches Interesse.³⁶⁶⁴ Inwiefern aber lassen sich dem in Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV normierten «Egalisierungsgebot»³⁶⁶⁵ auch ein Allgemeininteresse und ein Auftrag entnehmen, gewisse Personen *um ihrer selbst willen* in ihrer «Gleichheit» mit dem anderen Geschlecht zu befördern?³⁶⁶⁶ Oder sie daran zu hindern, sich in eine mit der Ge-

³⁶⁵⁶ BGer 1B_253/2007, E. 3.2.

³⁶⁵⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 628 f., ferner hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii, insb. bei Fn. 4948 und 4962.

³⁶⁵⁸ Vgl. zu diesem Problemkreis näher hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii.

³⁶⁵⁹ SGK BV-SCHWEIZER, Übersicht zur Sozialverfassung, Rz. 3.

³⁶⁶⁰ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 423; BGE 137 I 305, E. 3.1; CEDAW-Komm.-SCHLÄPPI/LOCHER, Art. 1, Rz. 13.

³⁶⁶¹ BGE 142 I 49, E. 9.6.1.

³⁶⁶² BGE 137 I 305, E. 3.1.

³⁶⁶³ BGE 137 I 305, E. 3.1; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 423; SGK BV-KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 147 und 160; BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 106; die Gleichheit der Geschlechter wirkt dabei auch als Bildungs- und Erziehungsziel, siehe BGE 142 I 49, E. 9.6.1; BGE 123 I 296, E. 4 b/cc; BGE 119 Ia 178, E. 7c; HÖRDEGEN, Bildungsverfassung, 124.

³⁶⁶⁴ BGE 119 Ia 178, E. 7c; BGE 123 I 296, E. 4b/cc («valeur fondamentale de notre société»).

³⁶⁶⁵ BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 96 und 106.

³⁶⁶⁶ Z.B. durch Information, schulische Erziehung, Sensibilisierung, Anreize usw. (vgl. zu den möglichen Massnahmen und Instrumenten zur Herstellung tatsächlicher Gleichstellung BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 108).

schlechtergleichheit als unvereinbar erachtete Situation zu begeben? Relevant wird dies etwa im Zusammenhang mit der *religiös motivierten Gesichtverschleierung*, der *Sexarbeit*³⁶⁶⁷ oder dem (*gleichgeschlechtlichen*) *Schwimmunterricht in Schulen*.

Dass die Geschlechtergleichheit ein zentrales Anliegen der Verfassung und der Gesellschaft ist, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass dabei auch der Selbstbestimmung von Frauen und Männern eine zentrale Rolle zukommt. Geschlechtergleichheit bedeutet nicht, dass die Frau oder der Mann sich nach einem bestimmten «Gleichheitsbild» oder Menschenbild verwirklichen müssten, sondern verlangt, dass sie sich verwirklichen können, ohne durch Rollenbilder und (institutionalisierte oder sonstige) Ungleichheiten daran gehindert zu werden.³⁶⁶⁸ Wer sich in ein bestimmtes Rollenbild einfügen will, kann daran nicht in seinem *eigenen* (wohlverstandenen) Interesse unter Berufung auf die Geschlechtergleichheit gehindert werden.³⁶⁶⁹ Ein paternalistisches Verständnis des Gleichstellungsauftrags – im Sinn eines «Gleichheits-Paternalismus»³⁶⁷⁰ – scheint zudem schwer vereinbar mit dem Gedanken der Gleichheit an sich: Eine dem Menschen aufgrund seines Geschlechtes aufoktrojierte Gleichstellung mit dem anderen Geschlecht birgt selbst die Gefahr, Rollenbilder zu zementieren; dem Gleichstellungsauftrag geht es aber auch gerade darum, *stereotype Rollenbilder* abzubauen.³⁶⁷¹ Ein «paternalistisch-diskriminierendes Geschlechterrollenverständnis» verträgt sich damit nicht.³⁶⁷²

Die religiös motivierte (durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützte³⁶⁷³) Verwendung eines Kopftuchs oder Verschleierung des Gesichts oder des Körpers kann m.E. nicht aus Gründen der *Geschlechtergleichheit* bzw. der Gleichberechtigung und -stellung von Frau und Mann verboten werden, wenn die Betroffenen einen solchen Schutz nicht wollen bzw. sich frei dazu entscheiden, solche Kleidungsstücke zu tragen.³⁶⁷⁴ Dass es *nicht möglich sei*, sich aus freier

³⁶⁶⁷ So wird etwa in Schweden die Prostitution als nicht vereinbar mit der Gleichheit von Frau und Mann erachtet, vgl. dazu ANN NUMHAUSER-HENNING, *The Policy on Gender Equality in Sweden*, Study, Brüssel 2015, 7 und 23 f. (abrufbar unter: [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510011/IPOL_STU\(2015\)510011_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510011/IPOL_STU(2015)510011_EN.pdf)); SCHULZE/NOVO CANTO/MASON/SKALIN, 9, 19 und 51; SCHULTHEISS, 35 und 38 – entsprechend restriktiv ist auch der dortige Umgang mit der Prostitution (vgl. dazu auch hinten, Fn. 4370).

³⁶⁶⁸ Vgl. SGK BV-KÄGI-DIENER, Art. 8, Rz. 133; MÜLLER, Quotenregelung, 317; in diese Richtung auch BGE 123 I 152, E. 5b; s.a. DUBEY, *Droits fondamentaux* II. 3312.

³⁶⁶⁹ MÜLLER, Quotenregelung, 317; s.a. FATEH-MOGHADAM, *Dresscodes*, 228.

³⁶⁷⁰ FATEH-MOGHADAM, *Burka-Verbote*, 198.

³⁶⁷¹ Vorne, bei Fn. 3663.

³⁶⁷² Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 8, Rz. 101.

³⁶⁷³ Vorne, Fn. 796.

³⁶⁷⁴ Siehe – bezogen auf Art. 8 und 9 EMRK – EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014 i.S. S.A.S. gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 119; s.a. die abweichende Meinung von Richter Tulkens zu EGMR, Urteil vom 10. November 2005 i.S. *Leyla Şahin* gegen *Türkei*, Nr. 44774/98,

Überzeugung zum Tragen des Kopftuchs oder für eine Verschleierung zu entscheiden, bzw. dass ein solcher Entscheid *immer auf Zwang* oder *Druck* beruhe, lässt sich keineswegs behaupten; eine entsprechende Unfreiwilligkeit darf jedenfalls nicht pauschal unterstellt werden.³⁶⁷⁵ Handelt es sich um einen freiwilligen Entschluss, lässt sich darin auch keine Entwürdigung oder Herabwürdigung der Frau erblicken;³⁶⁷⁶ auch fällt es schwer, das Tragen eines Kopftuchs oder einer Gesichtverschleierung generell als Ausdruck einer Unterdrückung der Frauen oder einer Unterwerfung der Frauen unter die Männer zu begreifen.³⁶⁷⁷ Soll die religiös motivierte Verschleierung aus Gründen der Geschlechtergleichheit untersagt werden, kann dies zudem

Ziff. 11 f.; ferner Appellationsgericht BS, Urteil vom 4. Februar 2014, VG.2013.1, E. 7.2.2 («Soweit eine Frau aus eigener Glaubensüberzeugung oder aus anderen Gründen freiwillig eine vollständige Gesichtverschleierung trägt, kann darin keine Unterdrückung der Frauen erblickt werden»); Botsch. Verhüllungsverbot, 2938; FATEH-MOGHADAM, Dress-codes, 227 f.; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1870, wonach «[die Durchsetzung der Geschlechtergleichheit [...] jedenfalls nicht dazu führen [darf], dass eine Frau daran gehindert wird, aus eigener, selbstverantwortlich gebildeter Überzeugung entsprechende religiös konnotierte Kleidung zu tragen.»; vgl. *demgegenüber* das Urteil des EGMR i.S. *Leyla Şahin* gegen *Türkei*, Ziff. 115 f. betreffend die Zulässigkeit eines Kopftuchverbots an einer türkischen Universität – die Zulässigkeit eines entsprechenden Verbots wurde hier auch mit Blick auf die Gleichheit von Mann und Frau bejaht, allerdings spielten solche Erwägungen primär im Zusammenhang mit der Beibehaltung der *säkularen* Ausrichtung der Universität eine Rolle (vgl. insbesondere Ziff. 115 f.) – um Paternalismus handelt es sich dann streng genommen nicht (vgl. *demgegenüber* die abweichende Meinung von Richter Tulkens, Ziff. 12), allerdings sind die Grenzen fließend. Zu pauschal erscheint mir die Bejahung eines Konflikts zwischen dem Tragen eines Kopftuchs und dem Grundsatz der Gleichheit der Geschlechter in BGE 123 I 296, E. 4b/cc und EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. Februar 2001 i.S. *Dahlab* gegen *Schweiz*, Nr. 42393/98.

³⁶⁷⁵ Vgl. BGE 134 I 49, E. 3.2 (Kopftuch); BGE 142 I 49, E. 8.2.3 und 9.6.1 (Kopftuch); Appellationsgericht BS, Urteil vom 4. Februar 2014, VG.2013.1, E. 7.2.2 (vollständige Gesichtverschleierung); Botsch. Verhüllungsverbot, 2397 f.; s.a. Richter Tulkens, abweichende Meinung zum Entscheid des EGMR vom 10. November 2005 i.S. *Leyla Şahin* gegen *Türkei*, Nr. 44774/98, Ziff. 12; dazu kommt, dass dieser Entscheid (auch) religiös motiviert ist, was ohnehin Zurückhaltung gebietet, unfreiwilliges und «korrekturbedürftiges» Verhalten zu unterstellen bzw. einer staatlichen Korrektur zugängliches Verhalten zu bejahen, siehe hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (2.), insb. bei Fn. 4320 f.

³⁶⁷⁶ Dass sich die Würde des Einzelnen ohnehin nicht gegen ihn selbst richten kann, wurde bereits ausgeführt, dazu vorne Teil 2 II. B (vgl. insb. bei Fn. 1120). Durch das Tragen einer Burka wird auch kein Dritter in seiner Würde verletzt, zumal es hier nicht darum geht, jemanden zu entwürdigen, siehe EGMR, Urteil vom 1. Juli 2014 i.S. *S.A.S.* gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 120: «Moreover, it does not have any evidence capable of leading it to consider that women who wear the full-face veil seek to express a form of contempt against those they encounter or otherwise to offend against the dignity of others.»

³⁶⁷⁷ Vgl. BGE 134 I 49, E. 3.2 (Kopftuch); Appellationsgericht BS, Urteil vom 4. Februar 2014, VG.2013.1, E. 7.2.2 (vollständige Gesichtverschleierung); s.a. BGE 139 I 280, E. 5.3.2 (mit Bezug auf die Chancengleichheit); zu undifferenziert m.E. insofern BGE 123 I 296, E. 4 b/cc.

neue Ungleichheiten bewirken und sogar eine Diskriminierung darstellen.³⁶⁷⁸ Insbesondere besteht die Befürchtung, dass Frauen in den privaten Raum *zurückgedrängt* werden, weil sie es mit ihren Glaubensüberzeugungen nicht vereinbaren können, sich ohne Verschleierung in die Öffentlichkeit zu begeben.³⁶⁷⁹

Mit der Annahme der Volksinitiative «*Ja zum Verhüllungsverbot*» findet sich in Art. 10a BV neu ein «Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts». Seitens der Initiantinnen und Initianten wurde dieses Verbot u.a. mit dem Anliegen der *Geschlechtergleichheit* begründet.³⁶⁸⁰ Diesem Verhüllungsverbot werden zum Teil *paternalistische* Züge attestiert.³⁶⁸¹ Tatsächlich argumentierte das Initiativkomitee relativ *pauschal* mit dem Argument der Gleichstellung und Gleichberechtigung von Frau und Mann.³⁶⁸² Dabei kann durchaus der Eindruck entstehen, die betroffenen Frauen sollen, selbst wenn sie *freiwillig* handeln, (auch) in ihrem («wohlverstandenen») *eigenen Interesse an ihrer Gleichberechtigung* daran gehindert werden, ihr Gesicht in der Öffentlichkeit zu verhüllen.³⁶⁸³ Dem Argument der «weiblichen Selbstbestimmung» wird von den Initianten entgegnet, dass eine Mehrzahl der Frauen gar *nicht* selbstbestimmt über die Gesichtsverhüllung entscheiden könne und deshalb vor Druck und Zwang geschützt werden müsse;³⁶⁸⁴ und dieser Schutz würde es – so wohl das Argument – *erforderlich* machen, auch die *freiwillig* handelnden Frauen (die nach Ansicht des Initiativkomitees durchaus existieren)³⁶⁸⁵ in ihrer *Freiheit* zu beschränken.³⁶⁸⁶ Wenn es der beabsichtigte *Schutz vor Zwang und Druck* (dem hier übrigens selbst eine *paternalistische* Motivation innewohnen dürfte³⁶⁸⁷) tatsächlich notwendig

³⁶⁷⁸ FATEH-MOGHADAM, Burka-Verbote, 197 f.; SGK BV-KLEY/MÜLLER/SCHINDLER, Art. 10a, Rz. 29; zum Diskriminierungsverbot als Grenze paternalistischen Staatshandelns siehe vorne, Teil 3 III. C. 2.

³⁶⁷⁹ Appellationsgericht BS, Urteil vom 4. Februar 2014, VG.2013.1, E. 7.2.2; VISCHER, Rz. 50; Botsch. Verhüllungsverbot, 2915 und 2942.

³⁶⁸⁰ Vgl. Egerkinger Komitee, Argumentarium, 9 f.; Botsch. Verhüllungsverbot, 2915, 2933 und 2937 f.; Votum Zuberbühler AB N 2020, 1025; vgl. auch die Darstellung bei VISCHER, Rz. 40 ff.; KASPAR EHRENZELLER/CHRISTINA MÜLLER/BENJAMIN SCHINDLER, Ausgestaltung des Verhüllungsverbots durch den Bundesgesetzgeber, Jusletter vom 28. März 2022, Rz. 10 erachten die von den Initianten für das Verhüllungsverbot angeführten Gründe – u.a. die Gleichberechtigung der Geschlechter – «als politisch korrekte Schleier gegen «Anfänge des politischen Islams» zu setzen».

³⁶⁸¹ FATEH-MOGHADAM, Dresscodes, 228; SGK BV-KLEY/MÜLLER/SCHINDLER, Art. 10a, Rz. 22.

³⁶⁸² Nach Auffassung des Initiativkomitees ist es «auch ein Gebot elementarer Gleichberechtigung», «[d]ass Frauen ebenso wie Männer in der Öffentlichkeit ihr ganzes Angesicht jederzeit zeigen», Burka und Niqab würden den «Frauen absprechen, in unserer Gesellschaft gleichberechtigt zu leben» und ein Verhüllungsverbot würde die «Frauen von Erniedrigung und Unterdrückung» befreien (siehe Egerkinger Komitee, Argumentarium, 9 f.).

³⁶⁸³ Vgl. SGK BV-KLEY/MÜLLER/SCHINDLER, Art. 10a, Rz. 22.

³⁶⁸⁴ Egerkinger Komitee, Argumentarium, 10.

³⁶⁸⁵ Egerkinger Komitee, Argumentarium, 10.

³⁶⁸⁶ Zu Recht kritisch VISCHER, Rz. 62.

³⁶⁸⁷ Es stellt sich die Frage, ob diejenigen Frauen, welche eine Gesichtsverhüllung *nicht* aus freien Stücken tragen, *tatsächlich* ein Interesse an einem derart *weitgehenden und umfassenden*

macht, auch *diejenigen Frauen* in ihren Freiheiten zu beschränken, die eine Gesichtsverhüllung *freiwillig* tragen, dürfte ihnen gegenüber eine paternalistische Absicht *nicht* vorliegen (sie werden in ihren Freiheiten beschränkt, um die Freiheiten derer zu erhöhen, die *nicht* selbstbestimmt entscheiden können).³⁶⁸⁸ Ob es aber nicht *auch* darum geht, die *freiwillig* handelnden Frauen vor sich selbst zu schützen, lässt sich nicht abschliessend beantworten. Immerhin ist zu bedenken: Wenn es eine nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen *differenzierende* Lösung gäbe, diese aber bewusst nicht gewählt wird, kann das darauf hindeuten, dass die beschlossene Regelung eine paternalistische Motivation gegenüber *allen* davon Betroffenen verfolgt.³⁶⁸⁹ Hätten die bereits bestehenden (allenfalls punktuell verschärften) Möglichkeiten, namentlich eine Anzeige wegen Nötigung nach Art. 181 StGB, nicht ausgereicht, um diejenigen zu schützen, die den Schutz *tatsächlich* benötigen?³⁶⁹⁰ Oder war es die Meinung der Initianten und der Bevölkerung, dass die bestehenden, allenfalls ergänzten Möglichkeiten eben *nicht* ausreichen, um die Betroffenen effektiv vor Druck oder Zwang zu schützen?

Auch die Sexarbeit kann nicht mit der Begründung der Gleichbehandlung von Frauen und Männern *im* «wohlverstandenen» *eigenen Interesse* der Sexarbeiterinnen verboten werden, wenn sich diese ohne Zwang und aus freien Stücken für die Ausübung dieser Tätigkeit entschliessen (was durchaus möglich ist³⁶⁹¹).

Das alles bedeutet nicht, dass der oder die Einzelne im Interesse der Gleichstellung der Geschlechter keine Beschränkungen individueller Freiheiten erdulden müsste – doch geht es dann um *Drittinteressen*: Zu denken ist an die Gewährleistung der *Neutralität* und der *säkularen Ausrichtung* einer Universität,³⁶⁹² die Geschlechtergleichheit als Element der – das allgemeine Zusammenleben betreffenden – *Integration* der ausländischen Wohnbevölkerung³⁶⁹³ oder die *Erziehung und Bildung* von Kindern und Jugendlichen, um die Entstehung *stereotyper Rollenbilder* zu verhindern bzw. solche abzubauen. Eine weitere Ausnahme besteht dann, wenn die

den Verbot haben, sich in der Öffentlichkeit zu verschleiern (wenn eine Person unter Druck steht, heisst das nicht einfach, dass sie nicht freiverantwortlich handeln und nicht selbstbestimmt über ihre Schutzbedürfnisse entscheiden könnte, vgl. hinten Teil 4 III. B. 6). Nur insofern, als ein solches Schutzinteresse *tatsächlich* vorliegt, kann ein *Schutz vor sich selbst* verneint werden (der Staat reagiert diesfalls auf ein Bedürfnis und handelt mit Willen der Geschützten; siehe Teil 1 II. B. 4, Ziff. (2.) bei Fn. 287 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 190 f.). Möglicherweise wird aber auch *fälschlicherweise* von einem Schutzbedürfnis ausgegangen – dann liegt streng genommen keine paternalistische *Absicht* vor, der Schutz ist von den Geschützten aber nicht gewollt (dazu vorne, Teil 1 II. B. 5).

³⁶⁸⁸ Vgl. zu diesem Problembereich vorne, Teil 1 II. B. 2. b), Ziff. (2.) und (3.) und hinten, Teil 5 I. B.

³⁶⁸⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 243.

³⁶⁹⁰ Botsch. Verhüllungsverbot, 2937 f. und 2943.

³⁶⁹¹ Hinten, bei Fn. 4390 ff.; s.a. bei Fn. 4082 ff.

³⁶⁹² Vgl. EGMR, Urteil vom 10. November 2005 i.S. *Leyla Şahin* gegen *Türkei*, Nr. 44774/98, Ziff. 115 f.

³⁶⁹³ Vgl. BGE 135 I 79, E. 7 (gemischtgeschlechtlicher Schwimmunterricht auch als Mittel der Integration); zurückhaltender noch BGE 119 Ia 178, E. 8b und d.

betroffene Person aufgrund von altersbedingten Reifedefiziten oder (starkem) Druck Dritter gar nicht frei entscheiden kann: So wird etwa das Schulobligatorium auch mit Blick auf die Geschlechtergleichstellung in der Ausbildung gerechtfertigt,³⁶⁹⁴ insbesondere was den (gleichgeschlechtlichen) Schwimmunterricht anbelangt.^{3695, 3696}

3. Zusammenfassende Bemerkungen

In die sozialstaatlichen Zielsetzungen fügt sich nur ein Paternalismus ein, der an *Selbstbestimmungsdefizite* anknüpft bzw. die damit für den Einzelnen verbundenen (nachteiligen) Folgen verhindern will. Um ein davon losgelöstes Aufdrängen ungewollter Hilfe, eine «erzieherische» Beeinflussung von Präferenzen oder eine Durchsetzung des «objektiv Vernünftigen» im wohlverstandenen Interesse der Betroffenen selbst kann es dem – der Freiheit verpflichteten – Sozialstaat nicht gehen.³⁶⁹⁷ Das gilt auch für spezifische verfassungsrechtliche Schutz- und Fürsorgeaufträge, die auf den Ausgleich von Schwäche zielen. In gewissen Bereichen der Forschung am Menschen, der Fortpflanzungs- und der Transplantationsmedizin sowie in Art. 118 Abs. 2 Bst. b zweiter Teilsatz BV (Werbeverbot für Tabakprodukte) werden Selbstbestimmungsdefizite allerdings in einem derart ausgeprägten Ausmass unterstellt, dass sich der beabsichtigte Schutz für gewisse Personen zumindest wie ein *harter Paternalismus auswirkt*.³⁶⁹⁸

Was im Einzelnen als relevantes Freiwilligkeitsdefizit in Frage kommt bzw. welche Selbstbestimmungsdefizite unter welchen Umständen korrigiert werden dürfen, lässt sich den sozialstaatlichen Zielsetzungen und – von einigen Ausnahmen abgesehen (Art. 118b Abs. 2 Bst. a und c BV, Art. 118 Abs. 2 Bst. b zweiter Teilsatz BV [Werbeverbot für Tabakprodukte]) – den einzelnen Schutzaufträgen nur sehr begrenzt entnehmen. Die Urteilsfähigkeit als solche stellt jedenfalls *keine* allgemeine Grenze für ein sozialstaatlich motiviertes, paternalistisches Eingreifen dar. Im Zielbereich sozialstaatlichen Handelns kann auch die Verhinderung individuell nachteiliger Folgen liegen, die durch andere Freiwilligkeitsdefizite (wie etwa Informationsdefizite oder eine suchtbedingte Willensschwäche) bedingt sind.

³⁶⁹⁴ BGer 2C_132/2014, E. 5.4; BGE 135 I 79, E. 7.1.

³⁶⁹⁵ BGE 135 I 79, E. 7.1.

³⁶⁹⁶ Vgl. auch vorne, bei Fn. 3563 ff.; hier gilt ebenfalls, dass eine mit der Geschlechtergleichstellung begründete paternalistische Intervention nicht zu einer Schlechterstellung des oder der Betroffenen führen darf.

³⁶⁹⁷ Vorne, Teil 3 IV. E. 1.

³⁶⁹⁸ Vorne, bei Fn. 3474, 3606 ff., 3631 f., 3637 ff. und 3643 ff.

Teil 4 Zur Verhältnismässigkeit und zu den (absoluten) Grenzen der Güterabwägung

I. Im Allgemeinen

Staatliches Handeln – ob nun in Rechtsanwendung oder Rechtsetzung³⁶⁹⁹ – hat sich als geeignet und erforderlich zu erweisen, um den im öffentlichen Interesse liegenden Zweck zu erreichen, und muss dem Betroffenen darüber hinaus zumutbar sein.³⁷⁰⁰ Dieser Grundsatz der Verhältnismässigkeit gilt für alles staatliche Handeln (Art. 5 Abs. 2 BV)³⁷⁰¹ und insbesondere auch dann, wenn keine Grundrechtsbeschränkung zur Diskussion steht (z.B. weil ein Verhalten nicht als elementar für die Persönlichkeitsentfaltung erachtet oder einer staatlichen Massnahme die Eingriffsqualität abgesprochen wird);³⁷⁰² bei der Verhältnismässigkeitsprüfung anlässlich eines *Grundrechtseingriffs* (Art. 36 Abs. 3 BV)³⁷⁰³ sind aber die grundrechtlich geschützten privaten Interessen *besonders zu berücksichtigen*.³⁷⁰⁴ Das Verhältnismässigkeitsprinzip dient dazu, staatliches Handeln auf das Nötige zu beschränken, hat eine – im Interesse des Individuums stehende³⁷⁰⁵ – freiheitsschützende, staatliches Handeln und die demokratische «Verfügbarkeit» individueller Freiheitsräume begrenzende Funktion³⁷⁰⁶ und bezweckt die Herstellung von (Einzelfall-)Gerechtigkeit.³⁷⁰⁷

Diese Schutzfunktionen sind von besonderer Bedeutung für paternalistisches Staatshandeln, sollen doch hier – unter potentieller Aufbürdung von Freiheitsverlusten – *private (wohlverstandene) Interessen* des Einzelnen gegen dessen (zumin-

³⁶⁹⁹ SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 57.

³⁷⁰⁰ BGE 147 I 450, E. 3.2.3; BGE 140 II 194, E. 5.8.2.

³⁷⁰¹ MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 230; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 43 ff.; relativierend zur Bedeutung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Bereich der *Leistungsverwaltung* BGE 138 I 378, E. 8.7; RHINOW, BV 2000, 174; kritisch dazu MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 44 f.

³⁷⁰² Vgl. CR Cst.-DUBEY, Art. 5, Rz. 94; BGE 138 I 378, E. 8.2; siehe bezogen auf das Rauchen etwa JAAG/RÜSSLI, Passivrauchen, 28; im Kontext des «*Nudging*»: VAN AAKEN, Nudge, 104 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4280.

³⁷⁰³ Auch Einschränkungen der durch die EMRK geschützten Freiheiten haben verhältnismässig zu sein, vgl. etwa RASELLI, 1353 m.w.H.; bezogen auf Art. 8 EMRK siehe etwa EGMR, Urteil vom 29. Januar 2015 i.S. *Stolyarova gegen Russland*, Nr. 15711/13, Ziff. 59.

³⁷⁰⁴ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 45 f.; MÜLLER, Komm. aBV, Einleitung zu den Grundrechten, Rz. 155; s.a. hinten, bei Fn. 4317.

³⁷⁰⁵ OESCH, 205 ff.; BGE 102 Ia 243, E. 5c.

³⁷⁰⁶ Vgl. SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 54 ff.; MALINVERNI/HOTTELIER/HERTIG RANDALL/FLÜCKIGER, Droit const. II, Rz. 230; HOFSTETTER, Rz. 1 ff.; OESCH, 199 ff.

³⁷⁰⁷ Vgl. HOFSTETTER, Rz. 40 ff. und 46; RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeit, in: VdS 2020, Bd. II, IV.7, Rz. 16 und 18; s.a. RASELLI, 1352; zu den (hier nicht zu vertiefenden, komplexen) Bezügen zwischen dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Gerechtigkeitsgedanken vgl. HOFSTETTER, Rz. 36 ff.

dest natürlichen) *Willen geschützt und befördert* werden. Trotz dieser speziellen Ausrichtung lässt sich allerdings nicht sagen, die Verhinderung einer *Selbstschädigung* sei für sich genommen schon unverhältnismässig.³⁷⁰⁸ Zweifellos aber bedarf eine nicht mit dem Schutz Dritter begründete Intervention in einem liberalen, dem Menschen und seiner Freiheit und Würde verpflichteten Staat einer *besonders sorgfältigen* Prüfung, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen sie als verhältnismässig gelten kann.³⁷⁰⁹ Dies gilt nicht nur für einen «harten» Paternalismus sondern auch für – keineswegs unproblematische – *autonomieorientierte* paternalistische Eingriffe³⁷¹⁰ oder den *libertären Paternalismus*³⁷¹¹. Dabei obliegt es immer dem *Staat* darzulegen, dass die paternalistische Intervention – mit Blick auf die nachstehend zu erörternden Beurteilungselemente – gerechtfertigt ist: Keineswegs hat der Einzelne den Nachweis zu erbringen, dass seine Freiheitsausübung seinen eigenen «besten» Interessen entsprechen würde.³⁷¹²

³⁷⁰⁸ Vgl. mit Blick auf staatliche Vorgaben im Bereich der Sterbehilfe BGer 2C_9/2010, E. 2.3; siehe aber auch RIEMER-KAFKA, Selbstverantwortung, 533 f., die dort eine staatliche Intervention gegen eine Selbstgefährdung nur dann als zulässig zu erachten scheint, wenn sie zu einer Rechtsgutverletzung Dritter (einschliesslich der Gefährdung von Versicherungsvermögen) führt.

³⁷⁰⁹ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 112; s.a. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (4.) bei Fn. 1171, und hinten, Teil 5 IV. A; vgl. im Zusammenhang mit einer (auch) paternalistisch motivierten zahnmedizinischen Zwangsbehandlung BGE 118 Ia 427, E. 7c; s.a. BVerfGE, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff., 1064, wonach der «Schutz vor selbstschädigendem Verhalten» ein Regelungsziel sei, «das nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen» vermöge; äusserst *knapp* ist die Zumutbarkeitsprüfung in BGer 1C_567/2014, E. 6.4, bezüglich der Frage ausgefallen, ob es den Grundeigentümern zum Schutz vor sich selbst zugemutet werden kann, an der Betretung ihrer Liegenschaften in einem Gefahrengebiet gehindert zu werden und die von Felssturz und Steinschlag bedrohten Gebäude zurückzubauen bzw. abzurechen; vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 2350 f.

³⁷¹⁰ RIGOPOULOU, 82; OSWALD, 96 ff., 119; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 23 und 38; HEINIG, Sozialstaat, 267 f.; siehe zur Problematik des weichen Paternalismus hinten, Teil 4 III. A. 2; s.a. vorne, Teil 1 II. B. 8 mit weiteren Verweisen.

³⁷¹¹ Zur Problematik des libertären Paternalismus siehe vorne, Teil 1 II. B. 10, und hinten, Teil 4 III. C. 4. b).

³⁷¹² Vgl. DWORKIN, Paternalism, 83 f.; MURPHY, 485; HEINIG, Sozialstaat, 264; JOOST, 154; s.a. REICH, Schutz, 377; MURER, Schutz, 372; vgl. bezogen auf Zugangsbeschränkungen zu für die Selbsttötung (besonders) geeigneten Betäubungsmitteln auch TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2009/2010, 969; die staatliche Rechtfertigungs- und Begründungslast fliesst bereits aus *Art. 36 BV*, wenn es um Grundrechtseingriffe geht; dass der *Staat* die Notwendigkeit und die Angemessenheit einer freiheitsbeschränkenden Intervention zu begründen hat, ergibt sich darüber hinaus aus seiner Pflicht, die *Menschenwürde* zu respektieren (vgl. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. [4.]); ferner aus

Die Verhältnismässigkeitsprüfung nimmt zwar eine zentrale Rolle bei der Prüfung ein, ob und in welchem Umfang paternalistisches Staatshandeln zulässig ist,³⁷¹³ allerdings erweist sie sich als reichlich *komplex*. Nicht nur ist es schon ausserhalb der Paternalismusproblematik eine erheblich schwierige (von subjektiven Wertungen mitgeprägte³⁷¹⁴) Frage, was tatsächlich angemessen und *zumutbar* ist. Im hier vorliegenden Kontext wird die Beurteilung dadurch erschwert, dass die in ihren Freiheiten beschränkte Person mit der zu schützenden oder in Freiheiten zu befördernden Person *zusammenfällt*. Bezogen auf die *Strukturierung* und die *Durchführung* der Verhältnismässigkeitsprüfung ist ganz allgemein Folgendes zu beachten:

(1.) *Verhältnismässigkeitsprüfung mit Blick auf die Interessen des Betroffenen selbst:*

Die Verhältnismässigkeit eines paternalistisch motivierten Eingriffs ist angesichts der von ihm angestrebten Besserstellung des Einzelnen immer mit Blick auf die Interessen des Betroffenen selbst zu prüfen. Eine Abwägung mit *Dritt- oder Allgemeininteressen* findet nicht statt. Dies gilt auch bezogen auf die «Schutz vor sich selbst»-Komponente eines *gemischt paternalistischen*³⁷¹⁵ Eingriffs. Erweist sich dieser Schutz vor sich selbst nicht als verhältnismässig, muss zumindest die *nicht paternalistische* Begründung in der Lage sein, den Grundrechtseingriff zu rechtfertigen.³⁷¹⁶ Ebenso wenig findet eine Abwägung mit *abstrakten*, von den (wohlverstandenen) Interessen des Betroffenen losgelösten öffentlichen Interessen statt.

Deshalb darf nicht mit einem *abstrakten* öffentlichen Interesse an der Volksgesundheit abgewogen werden, wenn diese beigezogen wird, um *wohlverstandene* Interessen des Einzelnen zu schützen. Hier muss die Frage im Vordergrund stehen, ob ein solcher Schutz vor sich selbst mit Blick auf überwiegende, wohlverstandene Interessen *des Geschützten selbst* gerechtfertigt ist.³⁷¹⁷

dem *Subsidiaritätsprinzip* (vgl. vorne, bei Fn. 2423 und insb. bei Fn. 2497, sowie hinten, bei Fn. 5087 f.).

³⁷¹³ Zur Wichtigkeit der Verhältnismässigkeitsprüfung beim «Schutz vor sich selbst» s.a. JOOST, 152; FISCHER, 130 f.; bezogen auf die Grenzziehung zwischen staatlicher Fürsorge und Selbstbestimmung bei medizinischen Zwangsbehandlungen siehe BGE 130 I 16, E. 5.2, und BGE 127 I 6, E. 8 (vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 2909).

³⁷¹⁴ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 31 und 38 ff.; HOFSTETTER, Rz. 267 und 270; REIMER, Verhältnismässigkeit, 70.

³⁷¹⁵ Vgl. dazu (und mit Beispielen) vorne, Teil 1 II. B. 3.

³⁷¹⁶ Vgl. dazu auch vorne, Teil 1 I. B. 2, Ziff. (5.)(b.)(i.) bei Fn. 142 ff.

³⁷¹⁷ Sehr pauschal insofern die Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 3d, 31 f.: «Unter dem Gesichtswinkel der Verhältnismässigkeit ist weiter zu prüfen, ob die Schwere des Eingriffs, die mit der Trinkwasserfluoridierung in die persönliche Freiheit verbunden ist, in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung des angestrebten Zieles steht. Zwar stellt die Fluoridierung des Trinkwassers einen Eingriff in die persönliche Freiheit dar, doch erscheint sie im Verhältnis zum angestrebten Ziel – Schutz

- (2.) *Enge Verbindung zwischen Geeignetheits-, Erforderlichkeits- und Zumutbarkeitsprüfung*: Angesichts des mit einer paternalistischen Intervention verfolgten Ziels – Beförderung und Schutz von Interessen des Einzelnen – hat sich die staatliche Intervention als geeignet, erforderlich und zumutbar zu erweisen, um das *individuelle Wohl* zu befördern. Die Prüfschritte der Geeignetheit und der Erforderlichkeit unterscheiden sich von der Zumutbarkeitsprüfung u.a. dadurch, dass sie (grundsätzlich) von den konkret betroffenen privaten Interessen abstrahieren und objektive Kriterien zur Anwendung gelangen.³⁷¹⁸ Im Kontext einer paternalistischen Intervention lassen sich diese Prüfschritte jedoch als Teil einer *umfassenden Interessenabwägung* verstehen: Ist die paternalistische Intervention nicht geeignet oder nicht erforderlich, ist sie der Einzelnen auch nicht zumutbar, da sie damit in ihrem «eigenen Interesse» mit ungeeigneten oder über das Ziel hinausschiessenden Massnahmen belastet würde. Dies führt zu (vermeidbaren) Wohlfahrtsverlusten.³⁷¹⁹ Eine strikte Trennung von Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung auf der einen und Interessenabwägung bzw. Zumutbarkeitsprüfung auf der anderen Seite ist so gesehen nicht möglich; dennoch ist es m.E. angezeigt, im Rahmen dieser (umfassenden) Interessenabwägung eigenständig zu prüfen, ob die Massnahme überhaupt geeignet und erforderlich ist.³⁷²⁰
- (3.) *Besonders enge Verbindungslinien zwischen öffentlichem Interesse und Verhältnismässigkeitsprüfung*: Das mit der staatlichen Massnahme verfolgte öffentliche Interesse, auf das die Geeignetheits-, Erforderlichkeits- und Zumutbarkeitsprüfung auszurichten ist, fällt im Bereich der paternalistischen Intervention mit den Interessen des Betroffenen zusammen. Das öffentliche Interesse besteht darin, das *individuelle Wohl* zu befördern. Ein von den (zu befördernden, schützenden) individuellen Interessen losgelöstes Gewicht kommt diesem öffentlichen Interesse nicht zu: Welche Massnahmen unter welchen Voraussetzungen tatsächlich durch wohlverstandene Interessen des Betroffenen gerechtfertigt

der Volksgesundheit durch Prophylaxe gegen die Zahnkaries – als angemessene Massnahme, die vom einzelnen Bürger hinzunehmen ist.»; zur (auch) *paternalistischen* Motivation der Trinkwasserfluoridierung siehe vorne, bei Fn. 706 ff.

³⁷¹⁸ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 29 f.

³⁷¹⁹ Vgl. auch Botsch. Erwachsenenschutzrecht 7043, wonach eine «nicht erforderliche oder ungeeignete behördliche Massnahme» des Erwachsenenschutzrechts auch nicht zumutbar sei; ferner hinten, bei Fn. 4129 und 4279. Das Verhältnismässigkeitsprinzip und das etablierte dreigliedrige Prüfungsschema dürfen nicht als starr und unflexibel missverstanden werden – sie lassen durchaus Raum für eine differenzierte, der konkreten Situation und Problematik (besser) angepasste Prüfung, siehe MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 31 ff., insb. 32; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 71; s.a. IVANOV, Rz. 20 f.

³⁷²⁰ Vgl. hinten, Teil 4 III. C.

werden können, bedarf – wie noch im Einzelnen zu zeigen ist – einer differenzierten Interessenabwägung, die auch die mit der paternalistischen Intervention verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtsverluste zu berücksichtigen und sich zudem an subjektiven Kriterien zu orientieren hat.³⁷²¹ Lässt sich kein überwiegendes Interesse des Einzelnen am Schutz vor sich selbst begründen (keine Erhöhung des individuellen Wohls), kann sich die Massnahme auch nicht auf ein (zulässiges) öffentliches Interesse stützen: Weder ist das öffentliche Interesse – da die beabsichtigte Steigerung des individuellen Wohls nicht erreicht wird – aktuell,³⁷²² noch ist es verfassungsrechtlich zulässig: Es kann, darauf ist zurückzukommen, kein verfassungsmässiges öffentliches Interesse daran geben, jemandem in seinem («wohlverstandenen») eigenen Interesse einen *Schaden* zuzufügen.³⁷²³ Die Prüfung, ob ein (legitimes) öffentliches Eingriffsinteresse besteht, fällt damit mit der Interessenabwägung zusammen. Dass sich diese beiden Fragestellungen einander annähern oder sie gar zusammenfallen, ist zwar auch ausserhalb paternalistischer Interventionen nicht unbedingt vermeidbar,³⁷²⁴ im Bereich des Paternalismus jedoch besonders offensichtlich.

- (4.) *Keine Verzerrung der Abwägung durch vorschnelle Festlegung eines bestimmten Referenzpunkts:* Die Frage, ob sich eine staatliche Massnahme mit Blick auf die (wohlverstandenen) Interessen des Einzelnen rechtfertigt, ist nicht einfach zu beantworten. Dies verleitet dazu, Eckpunkte der Abwägung zu bestimmen, die schon implizite Aussagen darüber enthalten, was im «besten» Interesse des Einzelnen liegt (oder liegen soll).
- (a.) So findet sich die Auffassung, beim Schutz vor sich selbst bilde ein «objektiviertes, «wohlverstandenes» Interesse» oder ein «staatlicherseits definiertes Interesse» den *Referenzpunkt der Abwägung*.³⁷²⁵ Ob und inwie-

³⁷²¹ Vgl. insb. hinten, Teil 4 II. B und Teil 4 III. C.

³⁷²² Dazu bereits vorne, bei Fn. 2387 ff.

³⁷²³ Vgl. dazu hinten, Teil 4 II. B. 1.

³⁷²⁴ Vgl. BGE 140 II 194, E. 5.8.2 (Schwierigkeit der Trennung zwischen der Prüfung des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit; das öffentliche Interesse fliesse unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit in die Verhältnismässigkeitsprüfung ein); KARLEN, Verwaltungsrecht, 54 f.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 67, wonach staatliches Handeln, das den einzelnen Elementen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht Rechnung trage, auch nicht im öffentlichen Interesse liege; ferner SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 36 (bezogen auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit); DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 617 (bezogen auf die Geeignetheit); SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 49, wonach die Frage nach dem zulässigen öffentlichen Interesse von der Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall «schwer zu entkoppeln» sei; WYSS, Öffentliche Interessen, 208 f. (insbesondere bezogen auf die Geeignetheit).

³⁷²⁵ So UERPMANN, 64.

fern der Staat objektivierte und durch ihn selbst definierte Interessen durchsetzen kann, ist aber gerade die *Frage*, über die (auch) im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu entscheiden ist.³⁷²⁶ Anders gesagt: Wer staatlicherseits definierte Interessen zum Referenzpunkt der Verhältnismässigkeit macht, unterstellt die Zulässigkeit deren Verfolgung, was aber einer eingehende(re)n Begründung bedarf.

- (b.) Bei der Interessenabwägung kann es – was bereits erwähnt wurde – nicht um eine Abwägung verschiedener «*gegenläufiger*» *Grundrechte oder Grundrechtsgehalte* gehen – auch nicht bei einer Berücksichtigung von Schutzpflichten oder der objektiv-rechtlichen Grundrechtsdimension.³⁷²⁷ Wenn der Staat grundrechtlich geschützte Rechtsgüter der Betroffenen gegeneinander abwägen würde, unterstellte er gleichzeitig, dass die Einzelne am Erhalt eines Rechtsguts ein überwiegendes Interesse haben kann; das aber ist zumindest dann nicht gerechtfertigt, wenn die Einzelne *freiverantwortlich* auf eben dieses Rechtsgut verzichten oder dieses «schädigen» will.³⁷²⁸ Allerdings darf auch aus der (nicht oder nur bedingt freiverantwortlichen) Gefährdung oder Schädigung eines grundrechtlich geschützten Rechtsguts nicht ohne weiteres gefolgert werden, die Einzelne habe ein (überwiegendes) Interesse daran, an der entsprechenden Handlung gehindert zu werden. Zu berücksichtigen sind die Art und die Schwere des Selbstbestimmungsdefizits, die Höhe und die Wahrscheinlichkeit der drohenden Schäden und die mit der paternalistischen Intervention verbundenen Freiheitsverluste.³⁷²⁹ Um eine davon losgelöste, «objektivierte» Gewichtung verschiedener grundrechtlicher Freiheiten geht es auch hier nicht.
- (5.) Schliesslich ist Folgendes zu beachten: Bei der Frage, ob sich ein paternalistisch motivierter Eingriff mit Blick auf die *wohlverstandenen Interessen des Betroffenen* als verhältnismässig erweist, spielt es keine Rolle, *wo er ansetzt* – bei einem Dritten (*indirekter Paternalismus*) oder (ohne «Umweg» über einen Dritten) direkt beim vor sich selbst zu schützenden Einzelnen selbst (*direkter Paternalismus*). Es handelt sich in beiden Fällen um ein gleichermassen rechtfertigungsbedürftiges Einwirken auf die individuelle Selbstbestimmung.³⁷³⁰

³⁷²⁶ Zur grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Durchsetzung des «objektiven» Wohls siehe hinten, Teil 4 II. B. 2.

³⁷²⁷ Vgl. zum Ganzen und zu diesbezüglich anderen Auffassungen vorne, bei Fn. 2870 ff.

³⁷²⁸ Hinten, Teil 4 II. B. 3 und Teil 4 II. C.

³⁷²⁹ Dazu im Einzelnen hinten, Teil 4 III. C, insb. Teil 4 III. C. 2. d).

³⁷³⁰ Vgl. dazu vorne, Teil 1 II. B. 11 und bei Fn. 1414 ff.

Nachfolgend ist – unter Berücksichtigung der bereits ermittelten verfassungsrechtlichen Wertungen und Grundentscheidungen³⁷³¹ – darzulegen, dass dem Staat ein *gegen die (grundrechtliche) Freiheit als solche* gerichtetes Handeln verfassungsrechtlich nicht erlaubt ist.³⁷³² Ebenso ist zu begründen, warum ein staatlicher Paternalismus immer zu einer Steigerung des individuellen Wohls führen und hierfür primär eine *subjektive* Sicht massgebend sein muss.³⁷³³ Beides beschränkt den Raum für Interessenabwägungen auf Fälle, in denen es um «defizitäre» Entscheidungen geht.³⁷³⁴ Nach welchen Kriterien über die Verhältnismässigkeit eines solch «weichen» Paternalismus zu entscheiden ist, wird im Einzelnen zu erörtern sein.³⁷³⁵

³⁷³¹ Zur gebotenen Einbettung der Interessenabwägung in die von der Verfassung vorgenommenen Wertungen vgl. HOFSTETTER, Rz. 297 ff.; BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 71; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1226; vgl. auch MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 39, wonach bei der Verhältnismässigkeitprüfung «zunächst alle im positiven Recht angelegten (objektiven) Hinweise und Anhaltspunkte durch Auslegung» zu ermitteln seien.

³⁷³² Hinten, Teil 4 II. A.

³⁷³³ Hinten, Teil 4 II. B.

³⁷³⁴ Hinten, Teil 4 II. C.

³⁷³⁵ Hinten, Teil 4 III.

II. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Güterabwägung

A. Unzulässigkeit der gegen die Freiheit (als solche) gerichteten Intervention

1. Im Allgemeinen

In die Bestimmung des eigenen Wohls zu intervenieren kann nur insoweit verfassungskonform sein, als dies im Dienste der *individuellen Freiheit* der Betroffenen steht.³⁷³⁶ Der Staat ist bereits durch *Art. 2 Abs. 1 BV* («Freiheit des Volkes»),³⁷³⁷ die *Würde*³⁷³⁸ und den Grundrechtsverwirklichungsauftrag von *Art. 35 BV*³⁷³⁹ dazu angehalten, Freiheit zu schützen und sein Handeln auf die Freiheit auszurichten. Ein Staat, der individuelle Freiheiten vermindert, ohne dass dies durch (Freiheits-)Interessen Dritter oder aber zumindest *solche des Betroffenen selbst* gerechtfertigt ist, gerät in einen grundlegenden Konflikt mit dieser Verpflichtung (und damit einem liberalen Staatsverständnis schlechthin³⁷⁴⁰).

Allerdings bleibt die Frage, *welche* «Freiheit» massgeblich ist, unter welchen Voraussetzungen auch eine *wohlverstandene* Freiheit geschützt werden darf und inwiefern der Staat zumindest die *Voraussetzungen, Möglichkeiten* und *Optionen* für die Ausübung von Freiheit und Selbstbestimmung schaffen und erhalten darf.³⁷⁴¹ Dabei ist zu beachten, dass Freiheit in einem der Würde verpflichteten, liberalen Staat *selbstgewählte* und nicht «fremdbestimmte» Freiheit meint.³⁷⁴² Es finden sich in der Verfassung auch keine *spezifischen Schutz- und Fürsorgeaufträge*, die dem Staat die Durchsetzung eines *objektiven Wohls losgelöst* von der Frage, ob und inwiefern die Einzelne zu selbstbestimmtem Handeln in der Lage ist, erlauben oder gebieten würden.³⁷⁴³

³⁷³⁶ Vgl. KUBE, 149 ff.; HECK, 181; EIDENMÜLLER, Effizienz, 375.

³⁷³⁷ BSK BV-BELSER, Art. 2, Rz. 7 und 10; SGK BV-EHREZZELLER, Art. 2, Rz. 17.

³⁷³⁸ Vgl. dazu vorne, Teil 2 II. B. 2. b) ii und Teil 2 II. C. 4, Ziff. (5.) bei Fn. 1173 ff.

³⁷³⁹ WYSS, Öffentliche Interessen, 202 f.; vorne, Teil 2 V.

³⁷⁴⁰ Vgl. vorne, bei Fn. 1793 ff.

³⁷⁴¹ Für die Zulässigkeit eines auf die Schaffung «rechtlicher und tatsächlicher Freiheitsvoraussetzungen» gerichteten paternalistischen Staatshandelns etwa KUBE, 149 ff., insb. 154; dazu auch hinten, bei Fn. 3786 f.

³⁷⁴² Teil 2 II. C. 4, dort Ziff. (5.) bei Fn. 1173 ff., und Teil 2 III. E. 2. c), dort Ziff. (1.) bei Fn. 1793 ff.

³⁷⁴³ Bezogen auf den Schutz der *öffentlichen Sicherheit und der «Moral»* siehe vorne, Teil 3 IV. C (insb. Teil 3 IV. C. 2) sowie Teil 3 IV. D; bezogen auf sozialpolitisch, einschliesslich gesundheits-, bildungs- und erziehungspolitisch motivierte Schutz- und Fürsorgeaufträgen vgl.

Zwar finden sich vereinzelt «hart» paternalistisch *anmutende* Bestimmungen in der Verfassung – namentlich in den Bereichen der Fortpflanzungsmedizin (insb. der Leihmuttertschaft), der Transplantationsmedizin und v.a. der Forschung am Menschen; zu nennen ist auch das in Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV geforderte Werbeverbot für Tabakprodukte. Doch sind die dort anzutreffenden (paternalistisch motivierten) Beschränkungen im Wesentlichen von der Überlegung getragen, dass der Einzelne mit der Ausübung seiner Selbstbestimmung «überfordert» ist bzw. «Freiwilligkeit» gar nicht ausreichend vorliegen kann; zudem geht es regelmässig nicht *nur* um einen Schutz vor sich selbst, sondern auch um einen Schutz von Interessen Dritter.³⁷⁴⁴ Problematisch ist allerdings, dass Selbstbestimmungsdefizite oft sehr pauschal unterstellt werden.³⁷⁴⁵

Dieser Respekt vor der freiverantwortlichen Lebensführung ist dem Staat unabhängig davon aufgetragen, ob sein Handeln als Grundrechtseingriff begriffen werden muss. *Erst recht* gilt dies aber in einer spezifisch grundrechtlichen Perspektive: Die Einzelne verfügt über eine *umfassende* Freiheit, im Schutzbereich des jeweils betroffenen Grundrechts und subsidiär der persönlichen Freiheit³⁷⁴⁶ über ihr eigenes Wohl selbst zu bestimmen.³⁷⁴⁷ Sie hat auch das Recht, selbst darüber zu entscheiden, ob sie sich (zu ihrem eigenen Wohl) in ihrer Selbstbestimmung befördern oder zur Ausübung von Eigenverantwortung befähigen lassen will.³⁷⁴⁸ Wenn der Staat individuelle Überzeugungen oder Einschätzungen und darauf gestützte Entscheidungen und Handlungen *im wohlverstandenen*, «besseren» Interesse der *Betroffenen* hinterfragt und einer paternalistischen Intervention selbst dann zugänglich machen will, wenn er sich dafür nicht auf Freiwilligkeitsdefizite stützen kann, setzt er sich in einen *direkten Widerspruch* zu dieser (grundrechtlich geschützten) Freiheit, zu der es eben *gerade auch gehört*, die eigenen Interessen *selbst* festzulegen und zu verfolgen (und den Staat diesbezüglich fernzuhalten). Ein solche direkt gegen die (grundrechtlich geschützte) Freiheit *als solche* gerichtete Intervention ist nicht verfassungsgemäss:³⁷⁴⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung liegt darin zu-

vorne, Teil 3 IV. E – für den *Kinder- und Jugendschutz* siehe Teil 3 IV. E. 2. c), den *Schutz der Gesundheit* Teil 3 IV. E. 2. d) und den *Konsumentenschutz* Teil 3 IV. E. 2. e).

³⁷⁴⁴ Vgl. bezogen auf das *Kommerzialisierungsverbot* von Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV und das Verbot der *Leihmuttertschaft* vorne, bei Fn. 3630 ff. und 3633 ff.; bezogen auf die *Transplantationsmedizin* vorne, bei Fn. 3643 ff.; bezogen auf die *Forschung am Menschen* vorne, bei Fn. 3601 ff.; bezogen auf Art. 118 Abs. 2 Bst. b (Werbeverbot für Tabakprodukte) vorne, bei Fn. 3343 f. und 3472 ff.

³⁷⁴⁵ Vorne, bei Fn. 3698 m.H.

³⁷⁴⁶ Vorne, Teil 2 III. E.

³⁷⁴⁷ Dazu vorne, Teil 2 III. A.

³⁷⁴⁸ Dazu vorne, Teil 2 III. F. 3. b); davon zu trennen ist der Problembereich, dass der Einzelne derart in seiner Selbstbestimmungsfähigkeit vermindert ist, dass er sich «ungewollt» einen Schaden oder Nachteil zufügt (dazu hinten, Teil 4 III).

³⁷⁴⁹ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206; ENDERLEIN, 147; HILLGRUBER, Schutz, 119 f., 164 und 175; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 315 ff., 331 und 333;

mindest eine Gefährdung der Würde des Einzelnen³⁷⁵⁰ und jedenfalls eine kerngehaltsverletzende Aushöhlung grundrechtlich garantierter Freiheit.³⁷⁵¹ Auch unabhängig davon kann der Staat *kein verfassungskonformes* öffentliches Interesse an einer derartigen Intervention geltend machen: Die Grundrechte selbst vermögen

SOLAND, 72 f., 75 und 141; ferner BVerwG, Urteil vom 27. April 1989, 3 C 4/86, NJW 1989, 2960 f., 2960, wonach das Selbstbestimmungsrecht die «Befugnis» umfasse, «darüber zu entscheiden, welchen Gefahren sich der einzelne aussetzen will» und es «im Kern dem umfassenden Persönlichkeitsrecht» widerspreche, «staatlichen Behörden die Befugnis einzuräumen, dem Staatsbürger vorzuschreiben, was er im Interesse seines Eigenschutzes zu tun» habe; s.a. BVerfGE 124, 300 (331), wonach an der «Aufhebung des in dem jeweiligen Grundrecht enthaltenen Freiheitsprinzips als solchen» kein legitimes, verfassungsrechtlich zulässiges öffentliches Interesse bestehe; vgl. ferner SUTTER, Schutz, 51, nach dessen Auffassung nur solche Eingriffe verfassungsmässig sind, die der Freiheit aller – im Sinne der Abgrenzung individueller Freiheitssphären – dienen, nicht aber solche, die «ohne Notwendigkeit mit Blick auf die Gewährleistung der Freiheit *aller*» die Freiheit des Einzelnen oder vieler beschränken, ihr Leben selbstbestimmt führen zu können; ferner SCHWABE, 69 f., wonach die «grundrechtlich eingeräumte Dispositionsbefugnis über bestimmte Rechtsgüter [...] nicht zum Schutz eben dieser Güter eingeschränkt werden» könne: «Dies würde zu einer Pervertierung der Grundrechte führen.»; vgl. – bezogen auf Art. 8 EMRK – auch EGMR, Urteil vom 17. Februar 2005 i.S. *K.A. und A.D.* gegen *Belgien*, Nr. 42758/98 und 45558/99, Ziff. 83–85: Da es zu der durch Art. 8 EMRK geschützten Freiheit der Lebensführung gehöre, auch physisch oder psychisch schädliche oder gefährliche Handlungen vorzunehmen, dürfe das Strafrecht «im Prinzip» nicht gegen konsentierende, auf freiem Willen basierende sexuelle Praktiken intervenieren; der Gedanke, wonach die eigene Freiheit nicht unter Berufung auf eine «besser» verstandene Freiheit beschränkt werden kann, kommt auch im Urteil des EGMR vom 1. Juli 2014 i.S. *S.A.S.* gegen *Frankreich*, Nr. 43835/11, Ziff. 119, zum Ausdruck: Der Staat kann sich nicht auf die Geschlechtergleichheit berufen, um eine Gesichtsverhüllung zu verbieten, die von den betroffenen Frauen unter Berufung auf ihre Rechte aus Art. 8 und 9 EMRK gerade verteidigt wird, ausser man ginge davon aus, die Einzelnen könnten auf dieser Grundlage vor der Ausübung ihrer eigenen fundamentalen Rechte und Freiheiten geschützt werden; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff., 1064, wonach die allgemeine Handlungsfreiheit auch die Freiheit umfasse, «Handlungen vorzunehmen oder Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die gesundheitliche Risiken in sich bergen», weshalb ein Schutz vor Selbstschädigungen «nur in besonders gravierenden Fällen in der Abwägung mit einem Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu bestehen» vermöge – als solche Gründe nennt das Gericht den Jugendschutz und bezieht sich auf die «mangelnde Einsichtsfähigkeit und Reife» von Jugendlichen (angesprochen ist damit ein autonomieorientierter Paternalismus); vgl. sodann SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 41, wonach sich die Straflosigkeit der Selbstgefährdung «unmittelbar aus dem Grundrecht des Art. 10 Abs. 2 BV» ergebe (s.a. SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 44, und Art. 19a, Rz. 6 f. und 12); a.A. KOLBE, 260 ff., insb. 277 ff. die über die Zulässigkeit eines Schutzes vor sich selbst erst auf der Ebene der «Zweck-Mittel-Relation» entscheiden will.

³⁷⁵⁰ Vgl. vorne, Teil 2 II. C, insb. 2 und 3.

³⁷⁵¹ Vgl. vorne, Teil 2 IV. D.

der Anerkennung eines Allgemeininteresses als *zulässiges* öffentliches Interesse Grenzen zu setzen,³⁷⁵² namentlich dort, wo es der Schutzrichtung und dem Sinn der betroffenen Grundrechte geradezu *zuwiderläuft*.³⁷⁵³ Ein Staat, der eine grundrechtlich geschützte Freiheitsausübung im «besseren» Interesse des Einzelnen nicht akzeptieren will, obwohl dieser «freiverantwortlich» handelt, kann sich dafür nicht auf ein verfassungsmässiges öffentliches Interesse berufen.³⁷⁵⁴

Damit ist nun aber noch nicht entschieden, wann die Freiheitsausübung (*genügend*) *freiverantwortlich* ist bzw. wann die Freiheitsausübung *so defizitär* ist, dass sich eine aufgedrängte Fürsorge *nicht* in einen eigentlichen Konflikt mit der (grundrechtlich geschützten) Freiheit an sich setzt.³⁷⁵⁵ Es folgt daraus aber – und das ist entscheidend –, dass der Staat die Beschränkung grundrechtlich geschützter Freiheitsräume *im «besseren» Interesse des Einzelnen* nur mit einer Bezugnahme *auf Defizite in der freien Willensbildung und -umsetzung* begründen kann. Damit lassen sich aber *zahlreiche Gründe benennen*, die (für sich genommen) *nicht* in Frage kommen können, um eine paternalistische Intervention zu rechtfertigen. Das ist nachfolgend zu präzisieren.

2. Präzisierungen

Anknüpfend an die bereits erfolgten Konkretisierungen grundrechtlicher Schutzbereiche lässt sich der eben aufgezeigte Konflikt zwischen (grundrechtlich geschützter) Freiheit und einer der Betroffenen in ihrem *eigenen Interesse* aufgedrängten Fürsorge näher beschreiben und an Beispielen erläutern:

³⁷⁵² Vgl. WYSS, *Öffentliche Interessen*, 202 f.

³⁷⁵³ SCHEFER, *Beeinträchtigung*, 77 f.; ferner YVO HANGARTNER, *Materielle Voraussetzungen von Freiheitsbeschränkungen*, in: Ulrich Häfelin et al. (Hrsg.), *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Nef*, Zürich 1981, 147 ff., 150 f., wonach «Eingriffe, die dem Sinn des betreffenden Freiheitsrechts zuwiderlaufen, [...] zum vornherein, ohne Interessenabwägung, verboten [sind] [...]», ausser «wenn die Verfassung sie besonders (in der Regel ausdrücklich) vorsieht, das heisst insoweit die entsprechende Freiheit teilweise wieder aufhebt [...]».

³⁷⁵⁴ Vgl. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, *Rz. 206*, wonach der Staat im Fall einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung oder Selbstschädigung «den Schutz des Grundrechtsträgers nicht als öffentliches Interesse anführen» dürfe; in diese Richtung bereits SALADIN, *Werbung*, 336, wonach der mit Werbeverboten im Bereich Alkohol, Tabak und Heilmittel (auch) bezweckte «Schutz des erwachsenen Publikums vor Missbrauch» solcher Produkte dahin gehe, «den erwachsenen Menschen in einer Art vor sich selbst zu schützen, die sich mit dem *Grundgedanken der freien Persönlichkeit*, wie er sich aus den Grundrechten ergibt, nur mehr schwer, wenn überhaupt noch vereinbaren» lasse (Herv. im Original).

³⁷⁵⁵ Vgl. bezogen auf die *Würde* vorne, bei Fn. 1098, 1161 und 1187; bezogen auf die *Kerngehalte*, vorne, Teil 2 IV. D. 2.

- (1.) Da die Einzelne das Recht hat, sich ihre eigenen, **für Dritte möglicherweise nicht (leicht) nachvollziehbaren, «unvernünftigen»** Ziele³⁷⁵⁶ zu setzen und diese zu verfolgen,³⁷⁵⁷ kann sie daran nicht unter Berufung auf das (vermeintlich) «Vernünftigere» oder einen «sinn- oder wertvolleren» Freiheitsgebrauch gehindert werden.³⁷⁵⁸ Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass der «unvernünftige» Freiheitsgebrauch Interessen Dritter tangiert *und* zum Schutz dieser Drittinteressen interveniert werden soll.

Für problematisch halte ich es, wenn im Strafrecht die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine schwere, irreversible Körperverletzung³⁷⁵⁹ mit Blick auf den damit verfolgten Zweck beurteilt wird³⁷⁶⁰. Insbesondere wenn die Wirksamkeit davon abhängig gemacht wird, ob der Eingriff «*einem als positiv zu wertenden Zweck dient und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis steht*»³⁷⁶¹, damit «*ein vernünftiger Zweck verfolgt wird*»³⁷⁶², oder – was auch mit einer Bewertung des Zwecks einhergehen dürfte³⁷⁶³ – verlangt wird, dass «*der Eingriff im Blick auf das wohlverstandene Interesse des Betroffenen als sinnvoll oder wenigstens vertretbar erscheinen muss*»³⁷⁶⁴ (wie z.B. der medizinisch gebotene Eingriff³⁷⁶⁵).³⁷⁶⁶ Es geht damit letztlich um einen – wenn auch teilweise an der subjektiven

³⁷⁵⁶ Vgl. dazu auch die Beispiele hinten, bei Fn. 3908 ff.

³⁷⁵⁷ Dazu vorne, Teil 2 III. A.

³⁷⁵⁸ Vgl. aber VAN SPYK, 96 f. und 100, wonach sich ein staatliches Einschreiten gegen sinn- oder zwecklose bzw. unvernünftige Handlungen dann rechtfertigt, wenn unwesentliche Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung betroffen sind, jedenfalls wenn schwere Integritätsverletzungen drohen; a.A. auch HEINIG, Paternalismus, 170 – nach seiner Auffassung sind die individuellen Präferenzen des Betroffenen (individuelle Bedeutung und Bewertung der Freiheitsausübung und der betroffenen Güter und Interessen) «in Abgleich zu bringen [...] mit deren allgemein anerkannten ›Wertigkeit‹» – anzustreben sei das «‹richtige› Mischverhältnis» zwischen [...] Freiheit von äusserem Zwang und Freiheit zu einem bestimmten, ›wertvollen‹ Verhalten»; nicht auszuschliessen ist allerdings, dass die *Art des verfolgten Ziels* auf ein *Selbstbestimmungsdefizit* bis hin zu einer Urteilsunfähigkeit hindeutet (siehe hinten, bei Fn. 4057).

³⁷⁵⁹ Zu dieser grundrechtlich geschützten Freiheit im Umgang mit dem eigenen Körper vorne, bei Fn. 1412.

³⁷⁶⁰ So STRATENWERTH, 230; DUPUIS et al., PC CP, Vorbem. zu 122 bis 126, Rz. 10, und Art. 14, Rz. 32 («nature du but poursuivi»); WOHLERS, Handkomm. StGB, Vorbem. zu Art. 14 ff., Rz. 5; s.a. BGE 125 IV 189, E. 3a; vgl. auch die Übersicht bei WEISSENBERGER, Einwilligung, 42.

³⁷⁶¹ DONATSCH, Strafrecht III, 56.

³⁷⁶² STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 6. Aufl., Zürich 2004, 142; TRECHSEL/NOLL/PIETH, 140; BELSER/RUMO-JUNGO, 562.

³⁷⁶³ Vgl. STRATENWERTH, 230; WEISSENBERGER, Einwilligung, S. 42 mit Fn. 187 und S. 139.

³⁷⁶⁴ STRATENWERTH, 230; ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I – Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 258 f.; TAG, Arztalltag, 704 f.

³⁷⁶⁵ BSK StGB I (3. Aufl.)-SEELMANN, Vor Art. 14, Rz. 12.

³⁷⁶⁶ Kritisch dazu BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 28 ff.

Perspektive orientierten – *Vernünftigkeitssmassstab*.³⁷⁶⁷ Aus einer grund- und verfassungsrechtlichen Perspektive kann es kein legitimer Ansatzpunkt für eine *paternalistische* Intervention sein, einen «objektiv» unvernünftigen, keinem «positiven» Zweck dienenden Freiheitsgebrauch zu verhindern.³⁷⁶⁸ Nach der hier vertretenen Auffassung sollte derjenigen Lehrmeinung der Vorzug gegeben werden, wonach der Eingriff mit dem *wohlverstandenen Interesse des Einzelnen* im Einklang sein muss. Dabei muss aber die Frage im Vordergrund stehen, ob der Einzelne in seiner *Selbstbestimmung* eingeschränkt ist bzw. ob er die Konsequenzen seiner Einwilligung bzw. der Verletzung tatsächlich zu überblicken vermag. Nur dort, wo er dies nicht kann, ist es (allenfalls) gerechtfertigt, den Einzelnen vor sich selbst zu schützen.³⁷⁶⁹

Unerheblich ist für sich genommen auch, ob die (selbstschädigende) Handlung *geeignet* und *erforderlich* ist, um das damit verfolgte Ziel zu erreichen.³⁷⁷⁰

- (2.) Ein Ansatzpunkt für eine *paternalistische* Intervention besteht nicht schon deshalb, weil eine Person *Dritte* in die «Selbstschädigung» involviert bzw. deren Hilfe beansprucht, sie zu Übergriffen ermächtigt oder von ihnen Mittel bezieht: Dies gehört ebenfalls zur grundrechtlich geschützten Freiheit und die Handlungen Dritter stehen insofern im Dienste der Verwirklichung die-

³⁷⁶⁷ Vgl. VAN SPYK, 71.

³⁷⁶⁸ Vgl. aus strafrechtlicher Sicht MONA, Einwilligung, 273 f.; BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 28: Wenn für die Gültigkeit einer Einwilligung in eine schwere Körperverletzung verlangt werde, «dass sie einem positiven Zweck diene bzw. dass sie im Hinblick auf das Interesse des Betroffenen sinnvoll und vertretbar sei», erscheine dies «doch zumindest merkwürdig paternalistisch, weil es sich kaum begründen [...] und sich zudem kaum angeben» lasse, «was denn genau die «wohlverstandenen Interessen» eines Betroffenen sein könnten, wenn sie seinem expliziten Willen zuwiderlaufen»; ferner BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER, Art. 124, Rz. 38, wonach die Kriterien für die rechtfertigende Wirkung einer Einwilligung in eine schwere Körperverletzung grosszügig gehandhabt werden müssten, da es sich um eine Selbstschädigung handle.

³⁷⁶⁹ Wie hier aus strafrechtlicher Sicht: BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 28 ff., insb. 31 und 33; s.a. MONA, Einwilligung, 274; für eine Berücksichtigung der «subjektiven» und nicht der «objektiven Rationalität» bei der Frage der Gültigkeit einer Einwilligung im Strafrecht: AMELUNG, 45 ff., insb. 47: «Eine Einwilligung kann daher nicht von Dritten mit dem Argument für unwirksam erklärt werden, sie sei «objektiv» unvernünftig.»; s.a. BSK StGB I-NIGGLI/GERMANIER, Art. 124, Rz. 39 f., die eine (gültige) Einwilligung in eine Genitalverstümmelung als möglich erachten, wenn die betroffene Frau urteilsfähig, informiert, aufgeklärt und volljährig sei.

³⁷⁷⁰ A.A. VAN SPYK, 96 und 99; zum grundrechtlichen Schutz auch solch «unverhältnismässiger» Handlungen siehe vorne, bei Fn. 1328 f.; freilich stellt sich die Frage, ob der Einzelne nicht einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt, wenn er zur Zielerreichung auf dafür untaugliche oder unnötig belastende Mittel zurückgreift, siehe hinten, bei Fn. 4058 f., und vorne, bei Fn. 1330.

ser Freiheit.³⁷⁷¹ Wenn eine freiverantwortliche Einwilligung vorliegt, lässt sich auch nicht von einer «Fremdschädigung» sprechen.³⁷⁷² Ein Schutz vor sich selbst lässt sich selbst dann nicht ohne Bezugnahme auf Freiwilligkeitsdefizite begründen, wenn *schwere und irreversible* Freiheitsverluste zur Diskussion stehen.³⁷⁷³ Ob damit allenfalls für das gemeinsame Zusammenleben relevante Sozialnormen oder sonstige Drittinteressen gefährdet werden, ist eine von der Paternalismusproblematik zu trennende und im Einzelfall sorgfältig zu prüfende Frage.³⁷⁷⁴

- (3.) Unerheblich ist für sich genommen das **Alter** oder ein Zustand der **Schwäche** und **Verletzlichkeit**. Auch der Minderjährige oder der sozial, finanziell, körperlich oder anderweitig «Schwache» und Verletzliche hat ein Recht, seine eigenen Ziele festzulegen und zu verfolgen.³⁷⁷⁵

Verschiedentlich verweist das Bundesgericht auf ein sozialpolitisches öffentliches Interesse, *sozial schwache Bevölkerungsschichten* vor einer übermässigen Verschuldung bzw. übermässigen Geldverlusten zu bewahren.³⁷⁷⁶ Zwar mag eine individuelle Überschuldung durchaus gesamtgesellschaftliche Auswirkungen haben – was in den bundesgerichtlichen Erwägungen durchaus eine wichtige Rolle zu spielen scheint:³⁷⁷⁷ *Allein* unter Hinweis auf die schwache finanzielle Leistungsfähigkeit einer Person oder Personengruppe lassen sich jedoch *keine paternalistischen* Massnahmen rechtfertigen.

³⁷⁷¹ Vgl. bezogen auf die Abgabe von Betäubungsmitteln aus strafrechtsdogmatischer und verfassungsrechtlicher Sicht SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 45 ff., und Art. 19a, Rz. 7; zum Ganzen siehe vorne, Teil 2 III. C, insb. bei Fn. 1411 ff.; zur Straflosigkeit der Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung vgl. vorne, bei Fn. 329 ff.; vgl. auch hinten in diesem Abschnitt, Ziff. (7.) bei Fn. 3788 ff. sowie Teil 5 III, Ziff. (3.) bei Fn. 5067 ff.

³⁷⁷² Siehe vorne, Teil 1 II. B. 6, und hinten, bei Fn. 3790.

³⁷⁷³ Vgl. demgegenüber z.B. STRATENWERTH, 228 f. (keine Freiheit, «*anderen gegenüber* auf sie selbst [die Freiheit, d. Verf.] als ganze oder ohne triftige Gründe in wesentlicher Hinsicht zu verzichten» [Herv. im Original]); zur Irrelevanz der Schwere und Irreversibilität der freiverantwortlichen Selbstschädigung vgl. weiter hinten in diesem Abschnitt, Ziff. (8.) bei Fn. 3793 ff.

³⁷⁷⁴ Siehe dazu vorne, bei Fn. 1449 ff. und Fn. 3210 ff. (aktive Sterbehilfe) und bei Fn. 1077 ff. und 3217 (Selbstversklavung).

³⁷⁷⁵ Siehe vorne, Teil 2 III. A. 4.; ein freiverantwortliches Handeln ist auch in solchen Fällen möglich, siehe hinten, Teil 4 III. B. 10.

³⁷⁷⁶ Siehe BGE 120 Ia 299, E. 3b («Dass das Konsumkreditgeschäft für sozial schwache [oder leichtsinnige] Kreditnehmer mit Risiken verbunden ist, lässt sich nicht in Abrede stellen. Es entspricht einem anerkannten sozialpolitischen öffentlichen Interesse, einer übermässigen Verschuldung breiter Bevölkerungskreise durch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigende Konsumkredite entgegenzuwirken [...]»); BGE 120 Ia 286, E. 3b; BGE 120 Ia 126, E. 4e/cc.

³⁷⁷⁷ Siehe vorne, bei Fn. 723 und in Fn. 2321.

Das Erwachsenenschutzrecht knüpft wesentlich an einen *Schwächezustand* an, der eine Hilfsbedürftigkeit implizieren soll. Der Frage der Freiverantwortlichkeit wird dabei aber nicht immer der Stellenwert beigemessen, der ihr – nach der hier vertretenen Auffassung – aus einer verfassungsrechtlichen Sicht zukommen sollte.³⁷⁷⁸

Soll jemand (allein) mit der Begründung vor sich selbst geschützt werden, dass er «sozial schwach», minderjährig oder geistig oder körperlich beeinträchtigt ist, geht damit zudem eine (grundsätzlich) unzulässige *Diskriminierung* einher.³⁷⁷⁹

- (4.) Selbst wenn sich der paternalistische Eingriff gegen von aussen gesehen **banale** und **nicht besonders persönlichkeitsnah erscheinende** Entscheidungen und Handlungen richtet, kann er nur zulässig sein, wenn beim Betroffenen gleichzeitig Selbstbestimmungsdefizite vorliegen: Dem Einzelnen steht ein *umfassendes* – subsidiär durch die persönliche Freiheit abgesichertes – Recht zu, den Staat von einer Fremdbestimmung seines eigenen Wohls fernzuhalten.³⁷⁸⁰
- (5.) Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob die (freiverantwortlich handelnde) Einzelne lediglich (jedenfalls von aussen gesehen) **geringen Freiheitseinbussen** ausgesetzt wird bzw. ob die Freiheitseinbussen verglichen mit der Schwere der Selbstschädigung als gering erscheinen.³⁷⁸¹ Die Einzelne hat das Recht, auch «objektiv» betrachtet «sinnvolle» oder «verhältnismässige» staatliche Massnahmen abzulehnen, wenn sie diese als nicht verträglich mit der Erreichung ihrer eigenen Ziele oder ihrem eigenen Wohl erachtet.

Der mit einer Helmtragepflicht (auch) verfolgte *Schutz vor sich selbst*³⁷⁸² lässt sich nicht allein mit der Begründung rechtfertigen, dass die Freiheitseinbussen gering seien und mit der Helmtragepflicht schwere Schädigungen verhindert werden können.³⁷⁸³ Für eine

³⁷⁷⁸ Vgl. dazu näher hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iii).

³⁷⁷⁹ Dazu vorne, Teil 3 III. C. 2; s.a. hinten, bei Fn. 5007.

³⁷⁸⁰ Dazu vorne, Teil 2 III. A und Teil 2 III. E; vgl. demgegenüber MÖLLER, Paternalismus, 180, 182 f. und insb. 186 f. (geringere *Intensität* der paternalistischen Intervention, wenn das unterbundene Verhalten von beschränkter Persönlichkeitsrelevanz ist), und VAN SPYK, 95 ff., insb. 96 f. und 100 (Zulässigkeit staatlicher Schutzmassnahmen selbst im Fall, dass die «Voraussetzungen einer freien Willensbildung erfüllt» sind, «wenn eine Betätigung in Frage steht, die als *unwesentliche Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung* zu gelten hat» [Herv. im Original]); wie hier aus rechtsphilosophischer Sicht FEINBERG, Harm to Self, 93 f.; vgl. demgegenüber DWORKIN, Monist, 83.

³⁷⁸¹ A.A. BRUNHÖBER, 167; wie hier aus *rechtsphilosophischer* und *ethischer* Sicht FEINBERG, Harm to Self, 93 f.; vgl. demgegenüber DWORKIN, Monist, 83; DERS., Second Thoughts, 109 f.; KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 97 f.; BEAUCHAMP, Concept of Paternalism, 85 ff.

³⁷⁸² Vorne, bei Fn. 593 ff.

³⁷⁸³ Vgl. aber TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 1506 (Gurttragepflicht als zulässige «niederschwellige Massnahme», mit der «die Wahrscheinlichkeit selbstgefährdenden Verhaltens verringert wird).

Interessenabwägung besteht nur Raum, wenn die Betroffenen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegen.³⁷⁸⁴

Einem unter extremsten Schmerzen leidenden, aber nur noch über eine Lebensdauer von *ein paar wenigen Wochen* verfügenden (urteilsfähigen) Patienten darf – aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive – auch dann nicht ohne seine Zustimmung bzw. ohne sein Wissen ein Schmerzmittel verabreicht werden, wenn dieser mit dem Schmerzmittelverzicht eine *Schmerzmittelabhängigkeit* vermeiden will: Dass mit der Verabreichung eines Medikaments das schwere Leiden *erheblich gemindert* und sich eine allfällige Abhängigkeit angesichts des baldigen Todes nicht längerfristig negativ auswirken würde (sofern sie sich überhaupt einstellt), ist *selbst dann irrelevant*, wenn man in der Verabreichung des Schmerzmittels ohne Zustimmung des Patienten einen bloss geringfügigen Eingriff in dessen Selbstbestimmungsrecht und seine körperliche Integrität erachten wollte. Der Entscheid, bis zum Lebensende – auch wenn es nah ist – auf (potentiell) abhängig machende Substanzen zu verzichten, ist zu respektieren.³⁷⁸⁵

- (6.) Für sich genommen ist es unerheblich, ob die aufgedrängte Fürsorge das Ziel verfolgt, die **Voraussetzungen für die Ausübung (grundrechtlich geschützter) Selbstbestimmung und Freiheit** zu schaffen³⁷⁸⁶ (etwa durch eine «Befähigung» oder eine Stärkung in Kompetenzen): Die Einzelne hat auch das Recht, solche Massnahmen abzulehnen.³⁷⁸⁷
- (7.) Dass ein **indirekter Paternalismus**³⁷⁸⁸ vorliegt, ist nicht von Bedeutung: Paternalistisches Staatshandeln ist (grundrechtlich) nicht anders zu bewerten, wenn der Staat den Schutz vor sich selbst *über den Umweg eines Dritten* verwirklicht. Es lässt sich insofern von einer «legitimatorischen Abhängigkeit des indirekten vom direkten Paternalismus» sprechen.³⁷⁸⁹ Insbesondere kann

³⁷⁸⁴ Vgl. *demgegenüber* VAN SPYK, 96 f. und 100, sowie BRUNHÖBER, 167, und aus rechtsphilosophischer und ethischer Sicht: KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 97 f.; BEAUCHAMP, Concept of Paternalism, 90; *wie hier* FEINBERG, Harm to Self, 134 ff. (Unzulässigkeit einer Helmtragspflicht, wenn sich der Einzelne der Risiken bewusst ist); ablehnend zu einer Gurtentragspflicht NIDA-RÜMELIN, Eigenverantwortung, 39; angesichts der erheblichen potentiellen Schäden ist es allerdings nicht ausgeschlossen, die Anforderungen an die «Freiwilligkeit» heraufzusetzen, weshalb sich eine (paternalistisch motivierte) Helmtragspflicht auch bei eher geringfügigen Defiziten (grundsätzliche Kenntnis, aber nicht korrekte *Einschätzung* der individuellen Risiken; vgl. vorne, bei Fn. 26 und 28) zumindest diskutieren lässt, vgl. dazu näher hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii).

³⁷⁸⁵ Vgl. demgegenüber aus der ethischen Paternalismuskussion BEAUCHAMP, Concept of Paternalism, 85 f.

³⁷⁸⁶ So aber KUBE, 149 ff., insb. 154; vgl. vorne, Fn. 3741.

³⁷⁸⁷ Dazu vorne, Teil 2 III. F. 3. b); bezogen auf die Chancengleichheit siehe vorne, Teil 3 IV. E. 2. h).

³⁷⁸⁸ Zum Begriff vorne, Teil 1 II. B. 11.

³⁷⁸⁹ Siehe MATTHES-WEGFRASS, 110 ff., insb. 111 f., 114, 133 f. und 139 ff.; ferner SCHRAMME, Indirect Paternalism, 111 ff.; VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 193; s.a. vorne, bei Fn. 463, 1411 ff. und 3771 ff.

eine indirekt paternalistische Intervention nicht mit der Abwehr einer *Fremdschädigung* («*harm principle*») begründet werden, wenn der zu Schützende in eine bestimmte Handlung des Dritten (freiverantwortlich) einwilligt.³⁷⁹⁰ Ein indirekter kann gleichermassen wie ein direkter Paternalismus nur zulässig sein, wenn er auf die Verhinderung (oder Abschwächung) der negativen Folgen zielt, die sich aus einer «unfreiwilligen» Entscheidungen ergeben.³⁷⁹¹ Von Bedeutung ist dies nicht nur für den vor sich selbst Geschützten, sondern auch für den *Dritten*, über den der Schutz verwirklicht werden soll.³⁷⁹²

- (8.) Einem nicht an Freiwilligkeitsdefiziten anknüpfenden Paternalismus mangelt es nach der hier vertretenen Auffassung selbst dann an der verfassungsrechtlichen Begründbarkeit, wenn der Einzelnen **schwerwiegende oder gar irreversible Freiheitsverluste** drohen.³⁷⁹³ Die individuelle, grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung findet keine Grenze an der Verminderung oder gar Aufhebung der *eigenen Freiheit* und umfasst auch das Recht, einen schweren oder irreversiblen «Schaden» zur Erreichung eines bestimmten Ziels in Kauf zu nehmen.³⁷⁹⁴ Ein Staat, der individuelle Freiheiten im «besseren» Interesse des Betroffenen allein mit der Begründung beschränkt, er füge sich einen schweren oder irreversiblen Schaden zu, richtet sich direkt gegen die grundrechtlich geschützte Freiheit an sich – auch in solchen Fällen ist der (freiverantwortlich ausgeübten) Selbstbestimmung der Vorrang einzuräumen.³⁷⁹⁵ Die Berufung auf die **Menschenwürde** vermag daran nichts zu än-

³⁷⁹⁰ Siehe POPE, 687; SCHRAMME, Indirect Paternalism, 101; VON HIRSCH/NEUMANN, 72; DWORKIN, Monist, 68; s.a. vorne, bei Fn. 3772; vgl. demgegenüber BIRNBACHER, 18 ff., wonach der indirekte Paternalismus auch mit der Unzulässigkeit einer Fremdschädigung gerechtfertigt werden könne.

³⁷⁹¹ SCHRAMME, Indirect Paternalism, 113.

³⁷⁹² Hinten, Teil 5 III, Ziff. (3.) bei Fn. 5067 ff.

³⁷⁹³ Vgl. demgegenüber etwa OHLY, 106 f. (Selbstversklavung, Einwilligung in eine Verstümmelung oder Tötung); VAN SPYK, 94 ff., insb. 96 f. und 100 (jedenfalls soweit «eine Betätigung in Frage steht, die als *unwesentliche Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung* zu gelten hat»); HEINIG, Paternalismus, 170; WILMS/JÄGER, 43; BVerwG, Urteil vom 27. April 1989, 3 C 4/86, NJW 1989, 2960 f. (Suizidgefahr); aus ethischer Sicht KÖHLER, 435 ff., insb. 444 ff. (dazu auch vorne, Fn. 1341).

³⁷⁹⁴ Vorne, Teil 2 III. A. 3, insb. Ziff. (2.) und (3.).

³⁷⁹⁵ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206, s.a. Rz. 156, 164 und 256; HILLGRUBER, Schutz, 77 f.; vgl. bezogen auf die freiverantwortliche Selbsttötung auch TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2009/2010, 967 ff.; vgl. aus der strafrechtlichen Literatur z.B. WEISSENBERGER, Einwilligung, 50 ff. und 138 ff.; aus philosophischer Sicht vgl. FEINBERG, Harm to Self, 76 f.; DWORKIN, Second Thoughts, 111 (mit Blick auf die Selbstversklavung; anders noch DERS., Paternalism, 75 f.); ferner BRUNHÖBER, 166;

dern.³⁷⁹⁶ Ob die Schädigung schwer und allenfalls irreversibel ist, spielt nur – aber immerhin – beim *autonomieorientierten* Paternalismus eine Rolle.³⁷⁹⁷

Für verfassungsrechtlich nicht rechtfertigbar halte ich das *paternalistische* Moment³⁷⁹⁸ in der *Bestrafung (auch) des freiwilligen Drogenkonsums (Art. 19a BetmG)* von mündigen und urteilsfähigen Personen, selbst wenn damit *schwere* Selbstschädigungen verhindert werden sollen.³⁷⁹⁹ Ebenso wenig darf dem Beschuldigten in seinem wohlverstandenen eigenen Interesse *nur deshalb* eine Verteidigung aufgedrängt werden, weil die *Selbstverteidigung* mit *erheblichen Risiken* verbunden ist.³⁸⁰⁰ Die *passive Sterbehilfe* oder die *Abgabe von für den Suizid geeigneten Betäubungsmitteln* lässt sich im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen selbst nicht allein mit der Begründung verbieten oder erschweren, der Einzelne stehe nicht am Lebensende bzw. sei nicht terminal krank:³⁸⁰¹ Die grundrechtlich geschützte Freiheit umfasst auch die Inanspruchnahme von Sterbehilfe, wenn keine terminale Krankheit vorliegt.³⁸⁰² Ein staatliches Eingreifen gegenüber einem *obdachlosen Menschen* ist nicht allein deshalb legitim, weil die ernsthafte Gefahr eines Erfrierungstodes besteht.³⁸⁰³ Freilich stellt sich die Frage, ob der Betroffene tatsächlich in der Lage ist, die Gefahren richtig einzuschätzen und ihnen angemessen entgegenzutreten.

Als äusserst problematisch erachtete ich die Entscheidung des EGMR im Fall *Laskey und andere* gegen *Vereinigtes Königreich*. Bei der Beurteilung, ob die Bestrafung freiwillig eingegangener Verletzungen im Rahmen sadomasochistischer Praktiken zulässig und verhältnismässig war, stand die *Schwere der Verletzungen* im Vordergrund; dem Umstand,

a.A. z.B. das VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff. 145, wonach «die Behörde [...] zum Eingreifen aus fürsorgerischen Gründen berechtigt» sei, «sobald sich ein bestimmter Lebensumstand für den Einzelnen als lebensgefährlich und nicht mehr menschenwürdig» erweise (zur problematischen Argumentation mit der Menschenwürde vgl. vorne, Teil 2 II. B).

³⁷⁹⁶ Vgl. dazu im Einzelnen vorne, Teil 2 II. B. 2. b) vi (a); a.A. SCHMOLKE, 60 und 86 f.

³⁷⁹⁷ Hinten, Teil 4 III. C. 2. d); vgl. zur Interessenabwägung im Einzelnen hinten, Teil 4 III. C. 2. c); bei schweren und irreversiblen Freiheitsverlusten sind zudem eher Zweifel gerechtfertigt, ob die Schädigung *freiverantwortlich* gewollt oder in Kauf genommen wird (vgl. hinten, bei Fn. 4056).

³⁷⁹⁸ Zu beachten ist jedoch, dass das Betäubungsmittelstrafrecht auch – allerdings teils diffusen – *Drittinteressen* dient, siehe dazu vorne, bei Fn. 600 ff.

³⁷⁹⁹ Wie hier SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 40 ff. und 45 ff., und Art. 19a, Rz. 3 ff.; dass ein Dritter involviert ist, spielt für sich genommen keine Rolle, siehe vorne, Ziff. (2.) bei Fn. 3771 ff.; zur Unzulässigkeit eines *indirekten* (harten) Paternalismus siehe vorne, Ziff. (7.) bei Fn. 3788 ff.; im Ergebnis ebenfalls gegen die Zulässigkeit eines mit dem Schutz vor sich selbst begründeten Verbots, Betäubungsmittel zu konsumieren: BAUMANN, Persönliche Freiheit, 317 f.; zur (Un-)Zulässigkeit der Bestrafung des *Dritten*, der Betäubungsmittel zugänglich macht, siehe hinten, bei Fn. 5069.

³⁸⁰⁰ Vgl. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) ii, insb. Ziff. (2.) bei Fn. 4956 ff.

³⁸⁰¹ Vgl. demgegenüber aus rechtsphilosophischer Sicht SCOC CIA, 365 ff., der insofern einen «harten» Paternalismus befürwortet.

³⁸⁰² Vgl. vorne, bei Fn. 1343 ff.

³⁸⁰³ Vgl. aber VGer BL, Urteil vom 30. Oktober 1968, BJM 1969, 143 ff.

dass dem «Opfer» die Verletzungen mit dessen Einwilligung zugefügt wurden, hat der EGMR kein wesentliches Gewicht beigemessen. Er erachtete in erster Linie den betroffenen Staat als zuständig, um über das Ausmass rechtlich tolerierbarer Körperverletzung zu bestimmen, wenn das Opfer einwilligt.³⁸⁰⁴

Nicht überzeugend ist die Argumentation des Bundesrats mit den «objektiven» und «unausweichlichen» Gefahren des Strassenverkehrs, um eine *Gurtentragungspflicht* zu rechtfertigen.³⁸⁰⁵ Welche Sicherheitsmassnahmen die Einzelne in ihrem eigenen Interesse treffen und welchen Risiken sie sich aussetzen will, fällt in ihren grundrechtlich geschützten Entscheidungsbereich. Dass sie zwangsläufig mit einer Gefahr konfrontiert wird, ist unerheblich, solange sie in Eigenverantwortung Schutzmassnahmen ergreifen kann (Anlegen des Sicherheitsgurts), sich aber freiverantwortlich dagegen entscheidet.

Beschränkungen, fortpflanzungsmedizinische Verfahren in Anspruch zu nehmen, lassen sich gegenüber einer urteilsfähigen, aufgeklärten und über alternative Behandlungsmethoden informierten Person nicht allein unter Hinweis auf die mit einer bestimmten Behandlung verbundenen erheblichen Gesundheitsrisiken rechtfertigen.³⁸⁰⁶

- (9.) Ein besonderer in der «Schutz vor sich selbst»-Diskussion anzutreffender Begründungsansatz – man kann ihn als «**freiheitsmaximierenden Paternalismus**»³⁸⁰⁷ oder als «*freedom-maximization principle*» bzw. «*freedom-maximizing approach*»³⁸⁰⁸ (manchmal auch: «Entscheidungsfreiheitspaternalismus»³⁸⁰⁹) bezeichnen – will paternalistisches Handeln dann zulassen, wenn es die Freiheiten des Betroffenen (Entscheidungsfreiräume, Wahlfreiheiten, Handlungsoptionen) über die Zeit insgesamt *maximiert*; die durch die pater-

³⁸⁰⁴ Siehe EGMR, Urteil vom 19. Februar 1997 i.S. *Laskey u.a.* gegen *Vereinigtes Königreich*, Nr. 21627/93, 21628/93 und 21974/93, Ziff. 43 ff.; zutreffend die Kritik von NOWLIN, 284; kritisch auch TRECHSEL/NOLL/PIETH, 140, allerdings davon ausgehend, dass es sich um «relativ geringfügige Körperverletzungen» gehandelt habe.

³⁸⁰⁵ Nach Auffassung des Bundesrats bezweckt das Gurtenobligatorium «einen Schutz des Verkehrsteilnehmers vor objektiven Gefahren des Strassenverkehrs, denen er subjektiv kraft eigenen Selbstbestimmungsrechts kaum ausweichen kann, sondern denen er als Sozialwesen ausgesetzt ist» (Botsch. Änd. SVG [1979], 254); es werde «unmittelbar de[r] Schutz vor den unausweichlichen Gefahren des Strassenverkehrs» bezweckt (Botsch. Änd. SVG [1979], 256); s.a. vorne, Fn. 593 a.E.

³⁸⁰⁶ Zu weit gehen m.E. die Ausführungen in der Botsch. FMedG, 230: «Auch der Schutz der Gesundheit der zu behandelnden Frau könnte wohl nur dann als Rechtfertigung für ein Verbot [der In-vitro-Fertilisation, d. Verf.] dienen, wenn die mit der Behandlung verbundenen Risiken im Vergleich zu den Risiken anderer Behandlungsmethoden so gross wären, dass ihre freiwillige Inkaufnahme durch voll informierte, erwachsene Patientinnen nicht toleriert werden könnte und der Staat anstelle der Betroffenen entscheiden müsste.»; zum grundrechtlichen Schutz der Inanspruchnahme fortpflanzungsmedizinischer Behandlungen siehe vorne, Fn. 1408 a.E.; BGE 119 Ia 460, E. 6a; Botsch. FMedG, 224 ff.

³⁸⁰⁷ ENDERLEIN, 58.

³⁸⁰⁸ REGAN, 116 ff.

³⁸⁰⁹ GUTMANN, Konsequentialismus, 48 ff. (der sich jedoch ablehnend dazu äussert).

nalistische Intervention bewirkten Freiheitsverluste sind dabei mit den durch die Intervention *gewonnenen* Freiheiten zu vergleichen.³⁸¹⁰ Der aktuelle Freiheitsgebrauch wird damit unter Berufung auf die spätere Freiheit beschränkt – der Einzelne muss sich seine zukünftige Freiheit entgehen lassen.³⁸¹¹

Damit liesse sich etwa argumentieren, die durch ein Rauchverbot dem Raucher verursachten Freiheitsverluste seien angesichts der durch das Rauchen bewirkten Schäden (Gesundheitsschäden, Verkürzung der Lebensdauer) legitim;³⁸¹² oder ein Verbot der Selbstversklavung sei allein durch den Erhalt der Freiheit und der künftigen Wahlmöglichkeiten gerechtfertigt.³⁸¹³

Darin mag man in einem gewissen Sinn einen an der (langfristigen) Freiheit und der Selbstbestimmung orientierten Paternalismus erblicken.³⁸¹⁴ Aus einer grund- und verfassungsrechtlichen Sicht wirft diese Argumentation allerdings erhebliche Bedenken auf und lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht zur Rechtfertigung paternalistischen Staatshandelns anführen (wenn im Rahmen eines freiheitsmaximierenden Paternalismus nicht gleichzeitig auf Selbstbestimmungsdefizite Bezug genommen wird).³⁸¹⁵ Zunächst ist allgemein zu bemerken, dass diese Berufung auf die künftige Freiheit die erhebliche Gefahr einer eigentlichen «Erosion» der *gegenwärtigen* Freiheit in sich birgt und dazu führen kann, dass die aktuelle Freiheit zur «leeren Hülle» verkommt.³⁸¹⁶ Vor allem aber verunmöglicht es ein freiheitsmaximierender Paternalismus der Einzelnen, ihre Präferenzen selbst zu gewichten, ihre gegenwärtigen Freiheiten nach eigenem Ermessen gegen zukünftige aufzurechnen und abzuwägen und den für sie aus ihrer *subjektiven* Perspektive richtigen und vernünftigen Entscheid zu fällen. Sie wird mit einem ihr *fremden Wert* des (vermeintlich) Vernünftigen konfrontiert, dass es nämlich besser sei, möglichst viele künftige Freiheiten zu erhalten. Die Ausrichtung des Einzelnen auf seine künftigen Freiheiten stellt so gesehen

³⁸¹⁰ REGAN, 116 ff.; ENDERLEIN, 52 ff., s.a. 157, 160, 232; in diese Richtung auch noch DWORKIN, Paternalism, 75, der solche Überlegungen später aber nicht mehr zur Rechtfertigung von Paternalismus genügen lässt (DWORKIN, Second Thoughts, 111); der Gedanke der Freiheitsmaximierung findet sich schon im Sklavenbeispiel von MILL, 198 f. (Kap. V), wonach gegen eine Selbstversklavung interveniert werden dürfe, weil die Freiheit nicht auch die Freiheit umfasse, sich seiner Freiheit zu begeben (vgl. FEINBERG, Harm to Self, 75 f.; s.a. die Bezugnahme auf MILL bei REGAN, 116 f.).

³⁸¹¹ Vgl. BUYX, 274 («ausgesprochen merkwürdiges Freiheitsverständnis»).

³⁸¹² REGAN, 118 ff.

³⁸¹³ REGAN, 116 f.

³⁸¹⁴ Vgl. ENDERLEIN, 149.

³⁸¹⁵ So ausdrücklich auch MÖLLER, Paternalismus, 125.

³⁸¹⁶ DIGGELMANN, Präventionsstaat, 175 f.

eine Bewertung der Sinnhaftigkeit des (aktuellen) Freiheitsgebrauchs dar.³⁸¹⁷ Darin liegt eine Missachtung der Individualität, des «Eigenwerts» der aktuellen Entscheidung und der Eigenverantwortlichkeit in der Lebensgestaltung. Mit der individuellen Selbstbestimmung ist ein freiheitsmaximierender Paternalismus *nicht vereinbar*.³⁸¹⁸ Die (grundrechtlich geschützte) Selbstbestimmung schützt immer auch die *aktuelle Wahl* und umfasst das Recht, sich künftigen Handlungsoptionen zu begeben.³⁸¹⁹ Ein freiheitsmaximierender Paternalismus, der die individuelle Entscheidung unter Berufung auf künftige Freiheiten untergräbt, setzt sich in einen direkten Widerspruch zur grundrechtlich geschützten Freiheit selbst und scheidet deshalb als Rechtfertigungsmöglichkeit für einen staatlichen Paternalismus aus.³⁸²⁰ Da er sich unabhängig davon gegen die aktuelle Entscheidung richtet, ob diese freiverantwortlich gefällt wurde oder nicht, lässt er sich auch nicht als «weicher», im Dienste der Freiwilligkeit stehender Paternalismus begreifen.³⁸²¹

Gegen die Zulässigkeit eines freiheitsmaximierenden Paternalismus sprechen zahlreiche weitere Gründe.³⁸²² So ist etwa unsicher, ob ein Schaden oder Freiheitsverlust in der Zukunft *überhaupt eintritt* (führt das Rauchen im konkreten Fall tatsächlich zu einer Lebensverkürzung?).³⁸²³ Zudem bestehen praktische Schwierigkeiten in der *Ermittlung, Quantifizierung und Gewichtung* verschiedener (aktueller und zukünftiger) Freiheiten und Freiheitseinbussen, zumal diese «Aufrechnung» und «Gewichtung» verschiedener Freiheiten erheblich *subjektiv* geprägt sein dürfte³⁸²⁴ und die Gewichtung auch nach subjektiven Kriterien erfolgen *muss*.³⁸²⁵ Angesichts der Schwierigkeiten bei der Ermittlung und der Gewichtung individueller Freiheiten bzw. Freiheitseinbussen birgt ein freiheitsmaximierender Paternalismus zudem die Gefahr, der Einzelnen einen (verfassungswidrigen) *Wohlfahrtsverlust*³⁸²⁶ zu verschaffen: So kann es ihr als wertvoller erscheinen, sich

³⁸¹⁷ Als Vertreter dieses freiheitsmaximierenden Ansatzes will REGAN, 119, bei der Bewertung verschiedener Freiheiten auf «*intuitive judgments*» abstellen.

³⁸¹⁸ Vgl. KLEINIG, 54; GUTMANN, Konsequentialismus, 48 ff.; ferner KIENZERLE, 154 ff.; SCHMOLKE, 28; RIGOPOULOU, 31 f.; MÖLLER, Paternalismus, 124 f.; KLIMPEL, 39; BRUNHÖBER, 156; HEINIG, Paternalismus, 169 f.; DERS., Sozialstaat, 266; FEINBERG, Harm to Self, 77 und 84; OHLY, 106 f. (der allerdings eine Ausnahme für den Fall eines irreversiblen Freiheitsverlusts macht); BUYX, 27; DWORKIN, Second Thoughts, 111.

³⁸¹⁹ Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.) bei Fn. 1335 ff.

³⁸²⁰ Vgl. GUTMANN, Konsequentialismus, 52.

³⁸²¹ Vgl. GKOUNTIS, 151; MÖLLER, Paternalismus, 123 ff.; SCOCCIA, 361; s.a. hinten, bei Fn. 4045.

³⁸²² Vgl. dazu auch GUTMANN, Konsequentialismus, 48 ff.

³⁸²³ Vgl. KLEINIG, 54; KLIMPEL, 39.

³⁸²⁴ Vgl. SCHMOLKE, 28; OHLY, 75; GUTMANN, Konsequentialismus, 49 ff.; vgl. auch FOLKA, Rechtsgut, 863 ff., insb. 865 (bezogen auf die Strafbarkeit des Betäubungsmittelkonsums).

³⁸²⁵ Vgl. KLIMPEL, 39; hinten, Teil 4 II. B. 2.

³⁸²⁶ Dazu hinten, Teil 4 II. B. 1.

um der aktuellen Entfaltung ihrer Persönlichkeit willen künftigen Wahlmöglichkeiten zu begeben oder solche zumindest zu riskieren; möglicherweise ist es für sie erstrebenswerter, ein schnelles, intensives Leben zu führen, als möglichst alt zu werden.³⁸²⁷

- (10.) Irrelevant für die Rechtfertigung eines paternalistischen Schutzes ist es, ob sich der Einzelne in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat befindet bzw. ein **Sonderstatusverhältnis** vorliegt.³⁸²⁸ Im besonderen Rechtsverhältnis verfügt der Einzelne gleichermassen wie ausserhalb über das Recht, *sein eigenes Wohl zu definieren* und sich «unvernünftig» oder «selbstschädigend» zu verhalten;³⁸²⁹ dies setzt paternalistischem Handeln eine absolute Grenze, sofern der Einzelne keinen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt (wobei das Vorliegen solcher Defizite bei gewissen besonderen Rechtsverhältnissen nicht vorschnell verneint werden darf³⁸³⁰). Grundrechtliche Schutzpflichten vermögen daran ebenso wenig etwas zu ändern, wie eine unabhängig von grundrechtlichen Überlegungen bejahte Garantenpflicht im Sonderstatusverhältnis.³⁸³¹ Unerheblich ist auch, dass im besonderen Rechtsverhältnis *weitergehende Freiheitsbeschränkungen* als ausserhalb zulässig sind; dies ist insofern gerechtfertigt, als es das mit dem *Zweck* des Sonderstatusverhältnisses verbundene öffentliche Interesse erfordert; anders gesagt: es darf die Freiheitsbeschränkung nicht weitergehen als es der (konkrete) «Eingliederungszweck» notwendig macht.³⁸³² Mit wenigen Ausnahmen (insbesondere bei einer fürsorglichen Unterbringung) liegt der Zweck eines Sonderstatusverhältnisses aber nicht im *Schutz vor sich selbst*.

Eine paternalistisch motivierte *Zwangsernährung* zum Schutz des hungerstreikenden Gefangenen vor sich selbst lässt sich nicht ohne Bezugnahme auf ein Selbstbestimmungsdefizit rechtfertigen, selbst wenn das Hungern den Tod zur Folge hat bzw. haben kann.³⁸³³ Der Strafgefangene hat gleichermassen wie ein Nichtgefangener Anspruch auf

³⁸²⁷ Vgl. GKOUNTIS, 151; MÖLLER, Paternalismus, 123; RIGOPOULOU, 31; s.a. GUTMANN, Konsequentialismus, 51; vgl. auch hinten, Teil 4 II. B. 2, Ziff. (1.)(a) bei Fn. 3902 ff.

³⁸²⁸ Vgl. SOLAND, 107 (bezogen auf die Freiheit zu sterben im Strafvollzug); vgl. zum Begriff des besonderen Rechtsverhältnisses bzw. des Sonderstatusverhältnisses bereits vorne, bei Fn. 2766 f.

³⁸²⁹ Vorne, bei Fn. 1367 und 2771 ff.

³⁸³⁰ Bezogen auf die Haft vgl. hinten, bei Fn. 4522 ff.

³⁸³¹ Vorne, Teil 3 IV. B. 2. c) vi.

³⁸³² Vgl. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 242; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 23; s.a. RHINOW/KRÄHENMANN, 206; vgl. bezogen auf Freiheitsbeschränkungen von Gefangenen: BGE 118 Ia 64, E. 2d, und BGE 99 Ia 262, E. IV.

³⁸³³ Vgl. TAG, Hungerstreik, 61 ff.; NOLL, 373 f.; PAYLLIER, Hungerstreik, 332; TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung, 771; KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUDI, Rz. 32; BAUMGARTEN, 125 f.; SOLAND, 111; aus medizinischer und (medizin-)ethischer Sicht: KUHN, 287; DE HALLER, 71 f.; KIND, 83 ff.; HÄRLE, 136 f.; SAMW-Richtlinien In-

Achtung seiner – auch die Freiheit zur Selbstbestimmung umfassenden – Würde, was bereits Art. 74 StGB zum Ausdruck bringt.³⁸³⁴ Zudem hält diese Bestimmung ausdrücklich fest, dass die Rechte des Gefangenen nur so weit beschränkt werden dürfen, «als der Freiheitsentzug und das Zusammenleben in der Vollzugeinrichtung es erfordern».³⁸³⁵ Die Sicherheit Dritter dürfte durch einen Hungerstreik in der Regel gar nicht und das geordnete Zusammenleben jedenfalls nicht übermässig tangiert werden.³⁸³⁶ Zudem lässt es sich kaum als der eigentliche Zweck des Strafvollzugs bezeichnen, jemanden gegen seinen Willen in seinem eigenen Interesse von einer Eigenschädigung abzuhalten oder gegen seinen Willen am Leben zu erhalten.³⁸³⁷ Vielmehr hat der Strafvollzug «das soziale Verhalten des Gefangenen zu fördern, insbesondere die Fähigkeit, straffrei zu leben» (Art. 75 Abs. 1 Satz 1 StGB) und steht damit in erster Linie im Dienste der *Spezialprävention* bzw. der Wiedereingliederung in die Gesellschaft.³⁸³⁸ Dass der Strafvollzug gemäss Art. 75 Abs. 1 Satz 2 StGB den schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs entgegenzuwir-

haftierte, Ziff. 9 und Anhang F (Urteilsunfähigkeit); WMA Declaration of Malta, insb. Ziff. 2, 4, 10, 18 und 20 f.; WMA Declaration of Tokyo – Guidelines for Physicians Concerning Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in Relation to Detention and Imprisonment (Stand: Oktober 2016), Ziff. 8 (abrufbar unter: www.wma.net); zu pauschal m.E. die Ausführungen in BGE 136 IV 97, E. 6.1.1 und 6.3.3 (vorne, bei Fn. 2789); vgl. zu diesem Problemkreis auch hinten, Teil 4 III. C. 4. a) iii) (b).

³⁸³⁴ Vgl. BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 74, Rz. 9 f.; BRÄGGER, Sterbewillen, 22 f.; vgl. ferner PAYLLIER, Hungerstreik, 315 ff.; zur auch den Strafgefangenen zukommenden Freiheit zur Krankheit und Freiheit zum Sterben vorne, bei Fn. 2774 ff.

³⁸³⁵ Siehe bezogen auf Art. 7 und 10 Abs. 1 UNO-Pakt II auch Human Rights Committee, General Comment No. 21: Article 10 (Humane treatment of persons deprived of their liberty) (enthalten in: Human Rights Instruments Vol. I [HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)], abrufbar unter: www.ohchr.org), Ziff. 3: «Thus, not only may persons deprived of their liberty not be subjected to treatment that is contrary to article 7, including medical or scientific experimentation, but neither may they be subjected to any hardship or constraint other than that resulting from the deprivation of liberty; respect for the dignity of such persons must be guaranteed under the same conditions as for that of free persons. Persons deprived of their liberty enjoy all the rights set forth in the Covenant, subject to the restrictions that are unavoidable in a closed environment.»

³⁸³⁶ So PAYLLIER, Hungerstreik, 316; vgl. bezogen auf einen Suizid und einen Suizidversuch in der Haft aber MAUSBACH, 163 ff., insb. 164.

³⁸³⁷ Vgl. bezogen auf die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Rz. 27; vgl. demgegenüber MÜLLER, Hungerstreik, 19; ob ein besonderes Rechtsverhältnis – i.c. des Inhaftierten zum Staat – eine Zwangsernährung rechtfertigen kann, hat das Bundesgericht in BGer 6B_599/2010, E. 7 (in BGE 136 IV 97 unpubl. Erwägung) offengelassen: «Vu l'issue du litige, il n'est pas nécessaire d'examiner si le rapport de droit spécial liant les détenus à l'État [...], qui entraîne des limitations aux droits fondamentaux de ceux-là [...], peut aussi justifier l'alimentation forcée du condamné.»

³⁸³⁸ OFK StGB/JStG-HEIMGARTNER, Art. 75 StGB, Rz. 1; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 1 ff.

ken hat («Entgegenwirkungsprinzip»³⁸³⁹) und die Betreuung des Gefangenen zu gewährleisten ist («Betreuungsprinzip»³⁸⁴⁰), lässt sich ebenfalls nicht als Auftrag zu einem gegen den freiverantwortlichen Willen gerichteten Handeln verstehen. Ganz grundsätzlich gilt, dass diese Grundsätze im Licht der vom Strafvollzug bezweckten *Rückfallvermeidung* zu interpretieren sind.³⁸⁴¹ Mit dem Entgegenwirkungsprinzip im Besonderen soll sichergestellt werden, dass der Strafvollzug möglichst wenig «entsozialisierend» auf den Einzelnen wirkt und er zudem vor Übergriffen Mitgefangener geschützt wird.³⁸⁴² Und die besondere Fürsorge- und Betreuungspflicht findet ihren Grund und ihre Rechtfertigung wesentlich darin, dass es dem Einzelnen aufgrund seiner durch die Gefangenschaft eingeschränkten Handlungsfähigkeit verunmöglicht oder zumindest erschwert wird, eigenverantwortlich und selbstbestimmt zu handeln.³⁸⁴³ Der Einzelne soll über die gleichen Möglichkeiten verfügen, (ärztliche, rechtliche, soziale, religiöse, wirtschaftliche) Hilfe und Unterstützung in Anspruch zu nehmen wie ausserhalb der Gefangenschaft.³⁸⁴⁴ Zudem hat der Strafvollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen bzw. den Lebensverhältnissen ausserhalb des Gefängnisses so weit als möglich zu entsprechen («Normalisierungsprinzip»³⁸⁴⁵). Das bedeutet insbesondere, dass die «Lebensbedingungen mit der Menschenwürde vereinbar» sein müssen und negative Auswirkungen des Strafvollzugs auf «Selbstachtung» und «Eigenverantwortung» der Strafgefangenen «auf ein Mindestmass herabgesetzt werden».³⁸⁴⁶ Schliesslich ist ganz grundsätzlich darauf hinzuweisen, dass es keine Aufgabe des Strafvollzugs ist, das mit dem Freiheitsentzug verbundene «Strafübel» zu verschärfen³⁸⁴⁷ – ein gegen den freiverantwortlichen Willen gerichteter Schutz vor sich selbst trägt – jedenfalls aus einer verfassungsrechtlichen Sicht – aber *zumindest* Züge einer (zusätzlichen) «Übelszufügung».

Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass ein Hungerstreik und die Erfüllung der damit verbundenen Forderungen den Zweck des Strafvollzugs in Frage stellen können. Wenn die Behörden beispielsweise dem Druck nachgeben, den Gefangenen (vorübergehend) aus der Haft zu entlassen, kann diese Unterbrechung des Strafvollzugs das Ziel der Strafe in Frage stellen, eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit bewirken, die Glaubwürdigkeit der Strafjustiz mindern und dem Grundsatz der Gleichheit in der Be-

³⁸³⁹ BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 5 und 8 f.

³⁸⁴⁰ BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 5 und 10.

³⁸⁴¹ Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/AEBERSOLD, Art. 75, Rz. 1.

³⁸⁴² BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 8 f.

³⁸⁴³ BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 10; ferner Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/AEBERSOLD, Art. 75, Rz. 5; s.a. vorne, bei Fn. 2779; die der Gefangenen zu gewährende Unterstützung und Betreuung verfolgt zudem das Ziel, ihr ein straffreies Leben zu ermöglichen (CR CP I-VALLOTTON/VIREDAZ, Art. 75, Rz. 19).

³⁸⁴⁴ BJ, Strafen und Massnahmen, 11.

³⁸⁴⁵ BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 5 ff.; CR CPI-VALLOTTON/VIREDAZ, Art. 75, Rz. 13; ferner Botsch. Änd. StGB AT, 2109 («Angleichung an die allgemeinen Lebensverhältnisse»); BJ, Strafen und Massnahmen, 10 («Normalisierung»).

³⁸⁴⁶ BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 7.

³⁸⁴⁷ Praxiskomm. StGB-TRECHSEL/AEBERSOLD, Art. 74, Rz. 1, und Art. 75, Rz. 3; BSK StGB I-BRÄGGER, Art. 75, Rz. 8.

strafung zuwiderlaufen.³⁸⁴⁸ Das sind gute Gründe, die gegen die Unterbrechung des Strafvollzugs angeführt werden können. Aber rechtfertigt sich in diesen Fällen auch eine Zwangsernährung, wenn der Einzelne an seinem Hungerstreik festhält? Meines Erachtens darf gegenüber einem freiwillig hungerstreikenden Gefangenen, der das Risiko des Todes bewusst in Kauf nimmt, auch in solchen Fällen keine Zwangsernährung angeordnet werden: Der Staat ist weder berechtigt noch verpflichtet, den freiverantwortlich Handelnden gegen seinen Willen mit einer derart eingriffsintensiven Massnahme am Leben zu erhalten.³⁸⁴⁹

Zahlreiche Kantone sehen (mittlerweile) ausdrücklich vor, dass der (schriftlich bestätigte) Wille des (urteilsfähigen) Strafgefangenen, *nicht zwangsernährt zu werden*, zu respektieren ist.³⁸⁵⁰

- (11.) Nach der hier vertretenen Auffassung setzt sich auch ein Staat, der auf die Präferenzen, Wünsche und Einstellungen im besten Interesse der Individuen einwirkt, in Widerspruch zu grundrechtlich geschützter Freiheit, wenn diese eine solche Einwirkung nicht wollen: Die Einzelne hat m.E. das Recht, ihre Präferenzen frei zu bilden und den Staat von – paternalistisch motivierten –

³⁸⁴⁸ BGE 136 IV 97, E. 6.3.3; vorne, bei Fn. 150.

³⁸⁴⁹ Siehe dazu vorne, bei Fn. 150 ff. mit Hinweisen auf andere Auffassungen.

³⁸⁵⁰ *Kanton Zug*: § 6 der Justizvollzugsverordnung vom 20. März 2018 (BGS 331.11); *Kanton Luzern*: § 39 des Gesetzes vom 14. September 2015 über den Justizvollzug (SRL 305); *Kanton St. Gallen*: Art. 31bis der Verordnung vom 13. Juni 2000 über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten (sGS 962.14; freie Willensbestimmung und Urteilsfähigkeit); *Kanton Basel-Stadt*: § 16 des Gesetzes vom 13. November 2019 über den Justizvollzug (SG 258.200); *Kanton Wallis*: Art. 49 der Verordnung vom 18. Dezember 2018 über die Rechte und Pflichten von inhaftierten Personen (SGS 340.100) (Abs. 3, Satz 3: «*Sie darf nur bei inhaftierte Personen angewendet werden, die laut Bestätigung eines externen Arztes bei voller Urteilsunfähigkeit sind, und darf nicht entgegen der Patientenverfügung des inhaftierte Person durchgeführt werden, auch wenn damit der Tod des inhaftierte Person in Kauf genommen wird.*»); *Kanton Appenzell Ausserrhoden*: Art. 9 der Verordnung vom 16. Dezember 2014 über die Vollzugeinrichtungen (bGS 341.12) (freier Wille und Urteilsfähigkeit); *Kanton Neuenburg*: Art. 95 Loi du 24 mai 2016 sur l'exécution des peines et des mesures pour les personnes adultes (RSN 351.0; nicht entgegen dem freien Willen; Respektierung einer Patientenverfügung); *Kanton Bern*: Art. 39 des Gesetzes vom 23. Januar 2018 über den Justizvollzug (BSG 341.1). Nach Art. 27 Abs. 2 des Gesetzes vom 27. August 2009 über den Justizvollzug im Kanton Graubünden (BR 350.500) und § 27 des Gesetz vom 13. November 2013 des Kantons Solothurn über den Justizvollzug (BGS 331.11) erfolgt *keine* Intervention «solange von einer freien Willensbestimmung» des Betroffenen «ausgegangen werden kann» – das dürfte aber nicht bedeuten, dass bei eingetretener Urteilsunfähigkeit eine vorgängig abgefasste Patientenverfügung *nicht* zu respektieren wäre (vgl. für den *Kanton Solothurn* die Ausführungen in der Botsch. des Regierungsrats Solothurn vom 18. Juni 2013 zum Justizvollzugsgesetz [RRB Nr. 2013/1129], 18; dies ergibt sich zudem aus der [Bundes-]Regelung von Art. 370 ff. ZGB i.V.m. Art. 74 StGB [vgl. auch vorne, bei Fn. 2774 f.]); kritisch zu derartigen, den Willen des Hungerstreikenden in den Vordergrund stellenden Regelungen: MÜLLER, Gefangene, 20, und DERS., Hungertod, 294.

Beeinflussungs- und Steuerungsversuchungen fernzuhalten.³⁸⁵¹ Relevant ist dies insbesondere für *paternalistisch motiviertes Informationshandeln*, das – z.B. im Rahmen von Kampagnen – «erzieherisch» auf den Einzelnen einwirken will. Zu denken ist aber auch an das *Nudging*, soweit es durch eine (allenfalls subtile) Veränderung der Entscheidungsarchitektur versucht, die Einzelne in eine bestimmte Richtung zu «schubsen».³⁸⁵²

Freilich ist die Grenze zwischen einer Beeinflussung der Präferenzen und einer «Korrektur» von Entscheidungsdefiziten häufig fließend.³⁸⁵³ In dem Umfang, in dem sich eine autonomieorientierte Massnahme gleichzeitig auf individuelle *Einstellungen* und *Überzeugungen* auswirkt, erhöht sich jedenfalls deren Eingriffsintensität.³⁸⁵⁴

In der Paternalismuskonzeption bestehen verschiedene Begründungsansätze, die für sich in Anspruch nehmen, an den Präferenzen und Werten des *Betroffenen selbst* orientiert zu sein. Damit sollen (problematische) Konflikte mit der Selbstbestimmung vermieden werden. Doch auch diese Überlegungen sind aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive nicht geeignet, eine paternalistische Intervention unabhängig vom Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten zu rechtfertigen:

- (1.) So wird darauf hingewiesen, dass der Mensch über unterschiedliche, hierarchisch **abgestufte Präferenzen** verfügt (langfristige Ziele, kurzfristige Bedürfnisse)³⁸⁵⁵ und sich eine Person durch ein bestimmtes Handeln – die Verfolgung einer aktuellen Präferenz – in *Widerspruch* zu ihren *eigenen grundsätzlicheren Werten, Vorstellungen, langfristigen Zielen, Projekten und Lebensplänen* setzen könne. Dies könne eine paternalistische Intervention rechtfertigen.³⁸⁵⁶ Soweit dabei die Selbstbestimmungsfähigkeit keine oder

³⁸⁵¹ Dazu näher vorne, Teil 2 III. F. 2.

³⁸⁵² Vgl. hinten, Teil 4 III. C. 4. b); zum Konzept des *Nudging* siehe vorne, Teil 1 II. B. 10.

³⁸⁵³ So zielt eine Kampagne über die Gefahren des Rauchens zum einen auf Aufklärung und den Ausgleich von Informationsdefiziten, verfolgt aber häufig gleichzeitig das Ziel einer gezielten, «erzieherischen» Verhaltensbeeinflussung im Sinne eines «gesundheitsbewussteren» Lebens, vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 126; vgl. auch hinten, bei Fn. 3992.

³⁸⁵⁴ Siehe hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (3.) bei Fn. 4328 ff.

³⁸⁵⁵ Vgl. vorne, Fn. 1354.

³⁸⁵⁶ Vgl. hierzu den von MÖLLER (Paternalismus, 179 ff. und 191; Selbstmordverhinderung, 239 ff.) vertretenen «Integritätsansatz», bei dem «nicht primär auf die Freiwilligkeit einer Entscheidung» abgestellt werden soll (allerdings unter starker Bezugnahme auf die «Nachlässigkeit» und «Unbedachtheit» des Verhaltens sowie auf «Müdigkeit» und «sozialen Druck» – m.E. kann man darin Freiwilligkeitsdefizite erblicken; insofern lässt sich der von MÖLLER vertretene Integritätsansatz – zumindest punktuell – als Ausdruck eines weichen Paternalismus im hier verstandenen Sinn verstehen); aus der rechtsphilosophischen Diskussion siehe insbesondere KLEINIG, 67 ff. (*«Argument form Personal Integrity»*) und DERS., Paternalism and Personal Identity, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2009, Berlin/New York 2009, 93 ff.; vgl. ferner GLOD, Paternalism, 12 f. und 22.

keine entscheidende Rolle spielen soll, lässt sich auch von einem *harten Paternalismus* sprechen – die Einzelne wird daran gehindert, ihre gegenwärtigen, aktuellen Ziele und Bedürfnisse freiverantwortlich zu verfolgen bzw. zu befriedigen.³⁸⁵⁷ Die Verfolgung der langfristigen Präferenzen wird als «vernünftiger» unterstellt als die Verfolgung der kurzfristigen Präferenzen.³⁸⁵⁸

Allerdings verschwimmen bei einem solchen, an den langfristigen Zielen des Einzelnen orientierten Paternalismus die Grenzen zum *autonomieorientierten Paternalismus*, wenn man die Abweichung von den langfristigen Wünschen mit einer die Selbstbestimmung vermindernenden *Willensschwäche* erklären kann (der Einzelne möchte zwar langfristig gesund bleiben, vermag aber dem Bedürfnis nach einer Zigarette nicht zu widerstehen).³⁸⁵⁹ Dieser Schutz der langfristigen Präferenzen vor der eigenen Willensschwäche und «Selbstkontrollproblemen» nimmt im *libertären Paternalismus* einen wichtigen Stellenwert ein – korrigiert wird in dieser Betrachtungsweise lediglich eine *defizitäre* Entscheidung.³⁸⁶⁰ Allerdings ist ein Abweichen von den langfristigen Präferenzen keinesfalls immer durch eine Willensschwäche bedingt. Und selbst eine Willensschwäche lässt sich nicht ohne weiteres als ein – (grundsätzlich) Raum für einen weichen Paternalismus eröffnendes – Selbstbestimmungsdefizit begreifen.³⁸⁶¹

Von einer Orientierung auf das, was der Mensch langfristig gesehen (angeblich) für sich will, scheinen heute viele staatliche Interventionen zumindest hintergründig angeleitet zu sein: Etwa wenn dem Einzelnen seitens der Allgemeinheit ein Interesse an einem möglichst langen und gesunden Leben unterstellt wird.³⁸⁶² Ein solcher Ansatz scheint – zumindest oberflächlich betrachtet – den Vorteil zu haben, dass der Betroffenen keine ihr fremden Werte aufgedrängt werden müssen, sondern lediglich eine Orientierung an deren *eigenen* – wenn auch langfristigen, (vermeintlich) stabileren – Präferenzen stattfindet; dies – so wird behauptet – sei mit der Individualität und einem liberalen Standpunkt verträglich.³⁸⁶³

Dennoch begegnet ein Begründungsansatz, der die Korrektur freiwilligen Verhaltens unter Berufung auf die langfristigen Präferenzen und «tieferen» Wün-

³⁸⁵⁷ Vgl. WOLF, *Paternalismuskritik*, 59 f.

³⁸⁵⁸ SCHNELLENBACH, *Anschubsen*, 450.

³⁸⁵⁹ Vgl. SCHMOLKE, 29; s.a. SCHNELLENBACH, *Anschubsen*, 452.

³⁸⁶⁰ THALER/SUNSTEIN, *Nudge*, 15 und 61 ff.; SUNSTEIN/THALER, *Oxymoron*, 1162, 1168, 1170, 1184 und 1188 f.; THALER/SUNSTEIN, *Libertarian Paternalism*, 175 und 177; zu Recht kritisch zur Tendenz des libertären Paternalismus, Abweichungen von den langfristigen Präferenzen als Willensschwäche aufzufassen, die einer paternalistischen «Korrektur» zugänglich ist: SCHNELLENBACH, *Anschubsen*, 452 f.

³⁸⁶¹ Hinten, Teil 4 III. B. 7 und 8.

³⁸⁶² Vgl. WOLF, *Paternalismuskritik*, 60; vorne, Teil 1 II. C, Ziff. (4.).

³⁸⁶³ MÖLLER, *Paternalismus*, 172 f. und 179; KLEINIG, 68 («acknowledges the liberal ideal of individuality»).

sche zulassen will, in verfassungsrechtlicher Hinsicht erheblichen Bedenken und ist *abzulehnen*.³⁸⁶⁴ Richtig an diesem Ansatz ist immerhin der Grundgedanke, wonach ein staatlicher Paternalismus nur insofern zulässig sein kann, als er sich an den *eigenen, subjektiven* Vorstellungen und Präferenzen der betroffenen Person orientiert.³⁸⁶⁵ Aus grundrechtlicher Sicht ist jedoch auch die Verfolgung (bzw. Höhergewichtung) der *gegenwärtigen, kurzfristigen* Präferenzen geschützt, und zwar unabhängig davon, ob man sich damit in Widerspruch zu allfälligen langfristigen Präferenzen, Zielen oder «Lebensplänen» setzt.³⁸⁶⁶ Bei der Orientierung an den Langzeitpräferenzen würden das Recht und die Möglichkeit, die eigenen Präferenzen freiverantwortlich *selbst* zu gewichten, ausgehöhlt und die Einzelne einer Bewertung ihres Freiheitsgebrauchs durch einen *Dritten* ausgesetzt; zudem besteht die Gefahr, dass sich der Staat an «vernünftigen» Langzeitpräferenzen orientiert und nicht an den *tatsächlich* vorhandenen Präferenzen der konkret Betroffenen.³⁸⁶⁷ Ein (von Selbstbestimmungsdefiziten losgelöster) Paternalismus, der zum Schutz der langfristigen Präferenzen gegen die kurzfristigen Präferenzen gerichtet ist, gerät in einen nicht rechtfertigbaren *direkten Widerspruch* mit der grundrechtlich geschützten Freiheit, gestützt auf die aktuellen Bedürfnisse und Emotionen im Hier und Jetzt zu leben und zu handeln.³⁸⁶⁸ Das gilt auch bezogen auf *Kinder und Jugendliche* – diese haben ebenfalls das Recht, ihre kurzfristigen über ihre langfristigen Präferenzen zu setzen³⁸⁶⁹ (davon zu trennen ist allerdings die Frage, ob *alters- und reifebedingte Defizite* vorliegen).

Dieser Begründungsansatz birgt zudem eine ganze Reihe weiterer Probleme in sich: So stellt sich die grundsätzliche Frage, wie denn der Staat überhaupt einigermaßen verlässlich herausfinden könnte, was die *wahren Ziele und Werte*, die *langfristigen* Präferenzen des Einzelnen sind bzw. ob und inwiefern die gegenwärtige Handlung von diesen *abweicht* oder nicht gar selbst Ausdruck einer (allenfalls geänderten) langfristigen Präferenz

³⁸⁶⁴ Vgl. KIENZERLE, 145 ff.; *ablehnend* gegenüber einem solchen Begründungsansatz aus philosophischer Sicht etwa WOLF, Paternalismuskritik, 59 f.; ENDERLEIN, 34 f.; im Kontext des Zivilrechts: THÜSING, Rz. 14.

³⁸⁶⁵ Dazu hinten, Teil 4 II. B. 2.

³⁸⁶⁶ Vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.)(a.) bei Fn. 1336.

³⁸⁶⁷ Siehe OHLY, 75; VAN AAKEN, Nudge, 90; EIDENMÜLLER, Effizienz, 367 f.; MÖLLER, Paternalismus, 173 f.; s.a. WOLF, Paternalismuskritik, 59 f.; HECK, 183; siehe im Kontext des libertären Paternalismus auch vorne, bei Fn. 422 ff.

³⁸⁶⁸ Vgl. für das deutsche GG demgegenüber MÖLLER, Paternalismus, 181 ff., der für die Rechtfertigung paternalistischen Staatshandelns zwischen einer Entscheidungs- und einer Integritätskomponente des Persönlichkeitsrechts differenziert; dazu vorne, Fn. 1304 und 3856.

³⁸⁶⁹ Vgl. WOLF, Paternalismuskritik, 60; vorne, Teil 2 III. A. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 1358 ff.

ist.³⁸⁷⁰ Zumindest müsste sich der Staat eingehend mit den Wünschen und Zielen des Individuums befassen,³⁸⁷¹ was aber kaum praktikabel und v.a. erheblich eingriffsintensiv sein dürfte. Die Argumentation mit den langfristigen Präferenzen wird zusätzlich durch den Umstand kompliziert, dass das, was wir wollen, einem konstanten (Abwägungs-) Prozess untersteht; unsere Präferenzen sind nicht «stabil», sondern wandelbar und werden häufig erst im Lauf des Entscheidungsprozesses gebildet und festgelegt.³⁸⁷² Selbst wenn die langfristigen Präferenzen festgestellt werden könnten, bedeutete deren Schutz nicht zwingend eine Beförderung des Wohls des Geschützten: Das Abweichen von einer langfristigen Präferenz kann für die Einzelne durchaus den individuellen Nutzen befördern (Verbringen eines geselligen Abends, auch wenn sich der Tabak- und Alkoholkonsum nicht gesundheitsfördernd auswirken dürfte)³⁸⁷³ oder gar von einer Einsicht getragen sein, dass die langfristigen Präferenzen zu «hoch» angesetzt sind, realistischerweise nicht (immer) erreicht werden können oder übermäßige Entbehrungen erforderlich machen.³⁸⁷⁴ Zudem trägt die Befriedigung kurzfristiger Bedürfnisse durchaus zum individuellen Wohl bei.³⁸⁷⁵ Schliesslich darf bei der Frage, ob die paternalistische Intervention die Betroffene tatsächlich besserstellt, nicht vergessen werden, dass die Möglichkeit, die *eigenen Entscheidung* zu treffen, für sich genommen einen Nutzen hat, bzw. die eigenen Entscheidungen einen *selbständigen Wert* aufweisen.³⁸⁷⁶

- (2.) Zu erwähnen ist weiter der (v.a. in der Philosophie diskutierte) Begründungsansatz, wonach das **zukünftige**, «vernünftiger», vorsichtiger, um Erfahrungen reichere – und insofern **andere** – **Selbst**, vor dem *gegenwärtigen*, «unvernünftigen» Selbst geschützt werden dürfe. Oder anders gesagt: Das aktuelle Selbst darf davon abgehalten werden, seinem zukünftigen «anderen» Selbst zu schaden.³⁸⁷⁷ Abgesehen davon, dass eine solche Argumentation ausgesprochen anfällig dafür ist, weitgehende paternalistische Regelungen zu legitimie-

³⁸⁷⁰ Vgl. SCHMOLKE, 29; RIGOPOULOU, 80; VON HIRSCH, 238 f.; KLIMPEL, 38; s.a. VAN AAKEN, Nudge, 89 f.

³⁸⁷¹ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 187.

³⁸⁷² SCHMOLKE, 23.

³⁸⁷³ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 90.

³⁸⁷⁴ Vgl. SCHNELLENBACH, Anschubsen, 452, 454 und 457; DERS., Nudges, 270 f.; ferner YEUNG, 127; GLOD, Nudges, 616 f.; KOLBE, 333.

³⁸⁷⁵ CAMERER et al., 1238: «When people are in transient emotionally or biologically (hot) states, they sometimes make decisions that are costly or even impossible to reverse. People buy cars they cannot quite afford after breathing in the intoxicating new-car smell during a test drive. Others get married in the heat of passion or commit suicide when depression is particularly intense. Since the current state of mind may be a real source of well-being, responding to it is not per se a mistake.»

³⁸⁷⁶ VAN AAKEN, Nudge, 90; DIES., Paternalismusgefahr, 121; ENDERLEIN, 34 f.; dazu auch vorne, bei Fn. 1824.

³⁸⁷⁷ Diese Begründungsstrategie findet sich bei REGAN, 122 ff. und 134 ff.; vgl. dazu insbesondere die kritische Diskussion bei KLEINIG, 45 ff.; ferner die Kritik bei SHAPIRO, Paternalism, 550, und SCHROTH, Medizinethik, 382.

ren,³⁸⁷⁸ und äusserst fraglich ist, inwiefern die Interessen des zukünftigen «Selbst» einigermassen verlässlich, jedenfalls besser als durch den Betroffenen selbst ermittelt werden könnten,³⁸⁷⁹ ist nicht einsichtig, warum denn das *zukünftige* Selbst mehr Gewicht haben sollte als das gegenwärtige Selbst.³⁸⁸⁰ Für eine individuelle Bewertung und Gewichtung der eigenen Ziele lässt ein solcher Ansatz keinen Raum.³⁸⁸¹ Auch hier ist zu bemerken, dass es zur (grundrechtlich geschützten) Freiheit gehört, den aktuellen Präferenzen nachzugehen und zukünftige Freiheiten zu opfern. Keineswegs muss sich die Einzelne vor ihrem künftigen Selbst rechtfertigen.³⁸⁸²

- (3.) Schliesslich sei festgehalten, dass auch der **libertäre Paternalismus** und das **Nudging** für sich genommen keine Rechtfertigung im Schutz der (vermeintlich) langfristigen Präferenzen vor kurzfristigen Bedürfnissen finden.³⁸⁸³

B. Zwingendes Erfordernis einer Erhöhung des (subjektiven) Wohls

1. Im Allgemeinen

Ein staatlicher Paternalismus erweist sich (auch dann) als verfassungsrechtlich unzulässig, wenn er der Einzelnen *keinen Nutzen* verschafft, erst recht, wenn ihr lediglich *Freiheits- und Wohlfahrtsverluste* aufgebürdet werden. Erforderlich ist, dass das individuelle Wohl der Betroffenen erhöht bzw. eine Schmälerung ihres Wohls abgewendet wird: Sie muss nach der staatlichen Intervention – und unter Berücksichtigung der damit verbundenen Freiheitsverluste – *besser* dastehen als vorher.³⁸⁸⁴

Dies hat verschiedene Gründe: Zunächst dürfte eine nicht mit dem Schutz von Drittinteressen begründete Massnahme, die dem Betroffenen keinen Nutzen bringt

³⁸⁷⁸ Vgl. SCHROTH, Medizinethik, 382 (Gefahr einer «diktatorische[n] Bevormundung des Einzelnen»).

³⁸⁷⁹ Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 550.

³⁸⁸⁰ Vgl. SHAPIRO, Paternalism, 550.

³⁸⁸¹ Vgl. SCHROTH, Medizinethik, 382.

³⁸⁸² Vgl. zum Ganzen die Kritik bei GUTMANN, Paternalismus, 64 f.; zu Recht kritisch auch SOLAND, 65 f.

³⁸⁸³ Dazu näher hinten, Teil 4 III. C. 4. b); vgl. zum libertären Paternalismus und der damit verbundenen Problematik bereits vorne, Teil 1 II. B. 10.

³⁸⁸⁴ Vgl. aus philosophischer Sicht CONLY, 7 und 151. Diesen Gedanken bringt etwa Art. 6 Abs. 1 der Biomedizinkonvention zum Ausdruck, wonach «bei einer einwilligungsunfähigen Person eine Intervention nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen» darf. Entsprechendes muss dann gelten, wenn die betroffene Person nicht einwilligen *will*.

oder ihn gar schädigt, schon gar keinem Bedürfnis der Allgemeinheit entsprechen.³⁸⁸⁵ Selbst wenn: Ein Interesse, jemandem (um seiner selbst willen) einen Nachteil zuzufügen, wäre jedenfalls *kein verfassungsrechtlich zulässiges* öffentliches Interesse. Es liesse sich nicht mit sachlichen und ernsthaften Gründen rechtfertigen und wäre *willkürlich*.³⁸⁸⁶ Auch mit anderen zentralen verfassungsrechtlichen Grundsätzen und Wertungen geriete eine Schlechterstellung des (vor sich selbst) Geschützten in einen Konflikt: Es ist nicht ersichtlich, wie sich dies mit der *menschlichen Würde* und dem durch sie gebotenen Respekt vor dem Menschen vertragen könnte.³⁸⁸⁷ Zudem würde die Einzelne damit Freiheitsoptionen beraubt, die nicht durch einen individuellen Nutzen aufgewogen werden, was mit der gebotenen Orientierung paternalistischen Staatshandelns an der *Freiheit und Selbstbestimmung*³⁸⁸⁸ nicht vereinbar wäre. Schliesslich liefe es auch den *sozialstaatlichen Grundsätzen* zuwider, wenn ein staatlicher Paternalismus nicht mit einer Beförderung des individuellen Wohls einherginge.³⁸⁸⁹

Es besteht deshalb *kein verfassungsrechtlich zulässiges* öffentliches Interesse an einer aufgedrängten Fürsorge, die sich für die Einzelne nicht als vorteilhaft und nutzenbringend erweist. Dies ist auch dann zu berücksichtigen, wenn und soweit man einem paternalistischen Eingriff die *Grundrechtsrelevanz absprechen* oder einen – im vorverstandenen Sinn³⁸⁹⁰ – *gegen die (grundrechtlich geschützte) Freiheit* gerichteten Paternalismus nicht *per se* als verfassungsrechtlich unzulässig erachten will.

2. Massgeblichkeit der subjektiven Perspektive bezüglich des eigenen Wohls

Nicht ganz einfach zu beantworten ist die Frage, wie und nach welchen Kriterien zu bestimmen ist, ob dem Einzelnen geholfen oder geschadet, ob sein Wohl befördert oder verringert wird.³⁸⁹¹ Abhängig vom Konzept, das hierfür als massgeblich erach-

³⁸⁸⁵ S.a. hinten, bei Fn. 4911.

³⁸⁸⁶ Vgl. vorne, bei Fn. 2392 ff.

³⁸⁸⁷ Vorne, bei Fn. 1017 und insb. Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 1164 ff.

³⁸⁸⁸ Dazu vorne, Teil 4 II. A.

³⁸⁸⁹ Dazu vorne, Teil 3 IV. E. 1. a), insb. bei Fn. 3287 f.

³⁸⁹⁰ Vorne, Teil 4 II. A.

³⁸⁹¹ Vgl. HÖFFE, Politische Gerechtigkeit, 72 f.; SCHLUEP, Rz. 3465; DRERUP 141 ff.; vgl. dazu die Übersicht über verschiedene in der Verhaltensökonomie und der Philosophie diskutierte Ansätze bei LOEWENSTEIN/HAISLEY, 216 ff.; s.a. HEATHWOOD, 539 ff.; vgl. – bezogen auf Art. 6 Abs. 1 der Biomedizinkonvention auch Botsch. Biomedizinkonvention, 297, wonach «nicht immer leicht zu entscheiden» sei, was «dem unmittelbaren Nutzen» diene; mit der Frage, was unser Glück und Wohlbefinden befördert und welche Entscheidungen

tet wird, ergeben sich unterschiedliche Begründungsansätze und Rechtfertigungsmöglichkeiten für paternalistisches Staatshandeln.³⁸⁹²

Ist für die Bestimmung des individuellen Wohls einzig massgeblich, ob der Einzelne das erreicht, was er *will*? Oder dürfen in die Bestimmung und die Bewertung des individuellen Wohls oder Nutzens auch gewisse «objektive» Elemente einfließen, die ausserhalb der Wünsche und Präferenzen des Betroffenen liegen?³⁸⁹³ Kommt es (auch) darauf an, ob der Einzelne das, was er erreicht, tatsächlich *geniesst*?³⁸⁹⁴ Geht es um eine «perfektionistische» Bestimmung des individuellen Wohls nach allgemeinen Massstäben des «Guten» und «Wertvollen» bzw. mit Blick darauf, was von aussen gesehen als «vollkommenes» Leben erachtet wird oder welche Interessen der Betroffene haben *sollte*?³⁸⁹⁵

Aus einer verfassungsrechtlichen Sicht kann es jedenfalls nicht darum gehen, nach Kriterien des «objektiv Vernünftigen» zu bestimmen, was dem Wohl des Einzelnen dient bzw. in seinem Interesse liegt. Der Staat hat diesbezüglich eine *subjektive Perspektive* einzunehmen und sich nicht an einer *objektiven Konzeption* des individuellen Glücks, den «durchschnittlichen Präferenzen» oder dem «moralisch Richtigen» zu orientieren.³⁸⁹⁶ Über eine derartige «Vernunftthoheit» verfügt der Staat auch

wir später bereuen, beschäftigt sich die «*Happiness-Forschung*» oder «Glücksforschung» (vgl. ENGLERTH, Wert des Rauchens, 243 f.).

³⁸⁹² Vgl. QIZILBASH, 649.

³⁸⁹³ Zu dieser in der Paternalismusdiskussion anzutreffenden Differenzierung zwischen «*desire theories*» oder «*want-regarding concepts*» einerseits und «*ideal theories*» oder «*ideal-regarding concepts*» andererseits siehe BROCK, 250 ff.; ENDERLEIN, 12; FEINBERG, Offense to Others, 67 ff.

³⁸⁹⁴ Angesprochen sind damit *hedonistische* Ansätze, siehe dazu HEATHWOOD, 539 f. und 541 ff., der allerdings enge Verbindungslinien zwischen Hedonismus und der «*desire theory*» identifiziert (vgl. ebd. 559).

³⁸⁹⁵ Zum hier nicht näher zu diskutierenden «Perfektionismus» und seinen verschiedenen Bedeutungsgehalten (sowie dessen Einbettung in die Paternalismusdiskussion): THOMAS SCHRAMME, Political Perfectionism and State Paternalism, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2009, Berlin/New York 2009, 147 ff.; DÜBER, Selbstbestimmung, 69 ff. und 185 ff.; s.a. BIRNBACHER, 15.

³⁸⁹⁶ Vgl. GUTWALD, 74, 82, 88 ff. und 92; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 37 f. und 40 f.; SOLAND, 62; RIGOPOULOU, 25; BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 74; vgl. auch MÖLLER, Paternalismus, 188 (wonach für die Frage, was als «Schaden» zu gelten habe, auf die «Wertvorstellungen» des Betroffenen abzustellen sei), und KUBE, 153 (Massgeblichkeit des individuellen Kosten-Nutzen-Verhältnisses); siehe ferner HUSTER, Menschenwürde, 3479; HECK, 183; vgl. im Kontext der *strafrechtlichen Einwilligung* auch WEISSENBERGER, Einwilligung, 77, sowie AMELUNG, 45 ff., und (im Zusammenhang mit einem ärztlichen Aufklärungsverzicht) KGer SG, Urteil vom 17. Mai 2004, SJZ 2006, 39 ff., E. 4a, 4c und 4d, wonach über die Zulässigkeit eines Aufklärungsverzichts «aufgrund vielfältiger subjektiv geprägter Abwägungen» zu entscheiden sei; ebenfalls bezogen auf das Arzt-Patienten-Verhältnis: BGE 124 IV 258, E. 2 («Ausschlaggebend für die Frage, nach seinem Wohl ist also der Wille des Patienten und nicht das,

dann nicht, wenn es grundsätzlich zulässig ist, den Einzelnen vor sich selbst zu schützen³⁸⁹⁷ (was auf Gesetzesstufe z.B. die Bestimmung von Art. 378 Abs. 3 ZGB zum Ausdruck bringt³⁸⁹⁸). Massgeblich müssen damit immer in erster Linie die Wertungen und Präferenzen des Betroffenen selbst sein; es ist zu fragen, ob eine Entscheidung aus *subjektiver Sicht* irrational ist.³⁸⁹⁹ Vermag der Einzelne «zu erkennen, was ihm nach den *eigenen* Wertmassstäben nützt bzw. schadet» (Herv. im Original)?³⁹⁰⁰ Diese Massgeblichkeit der individuellen Wertungen bzw. der subjektiven

was nach Auffassung des Arztes im Interesse des Patienten angezeigt ist»); vgl. im Zusammenhang mit der «hypothetischen Einwilligung» des Patienten (keine Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, wenn der Arzt nachweisen kann, dass der Patient selbst bei gebührender Aufklärung in den medizinischen Eingriff eingewilligt hätte): BGE 133 III 121, E. 4.1.3 – abzustellen sei nicht auf das «abstrakte Modell» eines «vernünftigen Patienten», sondern auf die persönliche und konkrete Situation des betroffenen Patienten. Wenn der Patient – den insofern eine Mitwirkungspflicht treffe – keine persönlichen Gründe anführe, die ihn zu einer Ablehnung des Eingriff bewogen hätten, sei nach einem objektiven Massstab zu beurteilen, ob die Ablehnung des Eingriffs aus Sicht eines vernünftigen Patienten («un patient sensé») nachvollziehbar sei (der objektive Massstab kommt also nur subsidiär zum Zug); vgl. aus *philosophischer Sicht* insb. CONLY, 150; vgl. *demgegenüber* HEINIG, Paternalismus, 170, wonach die subjektive Präferenz des Geschützten «in Abgleich zu bringen» sei «mit deren allgemein anerkannten «Wertigkeit»; a.A. – im Zusammenhang mit der Unterbringung eines psychisch kranken Menschen – auch UERPMANN, 64, wonach beim paternalistischen Eingriff ein «staatlicherseits definiertes Interesse» verwirklicht werde und «[a]uf der Seite des Grundrechtseingriffs [...] kein subjektiv definiertes Interesse des jeweiligen Kranken» stehe, «sondern ein objektiviertes, «wohlverstandenes» Interesse» (vgl. dazu bereits vorne, bei Fn. 3725); gemäss RAWLS, 238 und 281 f., sind paternalistische Eingriffe «durch das offenbare Versagen oder Fehlen der *Vernunft* und des Willens» (Herv. d. Verf.) gerechtfertigt – allerdings wird nicht ganz deutlich, was mit einem Versagen oder Fehlen der «Vernunft» konkret gemeint ist und inwiefern damit auch ein gegen freiwillige, aber «unvernünftige» Handlungen gerichteter Paternalismus gerechtfertigt wäre (vgl. dazu auch KLEINIG, 65 f.; FEINBERG, Harm to Self, 184 ff.; ENDERLEIN, 33 f.; MÖLLER, Paternalismus, 162; RIGOPOULOU, S. 39 mit Fn. 67).

³⁸⁹⁷ BVerfGE 128, 282 (308); BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 74; aus ethischer Sicht: SCHÖNE-SEIFERT, Paternalismus, 120; vgl. aber noch BGE 108 II 92, E. 2, wonach der (paternalistisch motivierte) Entmündigungsgrund der Misswirtschaft (aArt. 370 ZGB [AS 24 233]) auch die Situation umfasse, dass das Vermögen «in unsinniger und unverständlicher Weise» verwaltet oder das Einkommen «auf eine unvernünftige, wirtschaftliche sinnlose Weise» ausgegeben werde (diese Rechtsprechung ist überholt, siehe hinten, bei Fn. 5002).

³⁸⁹⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 4293 ff.

³⁸⁹⁹ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 37 f.; KIENZERLE, 166 ff.; BUBLITZ, 56, wonach «[i]n einer liberalen, dem Wertepluralismus verpflichteten Rechtsordnung [...] das Rationalitätserfordernis [...] weitgehend subjektiv, d.h. an den Einstellungen und Vorlieben der Person orientiert sein» müsse; dazu auch hinten, bei Fn. 4046 f.

³⁹⁰⁰ AMELUNG, 46 f.

Sichtweise für die Frage, was dem eigenen Wohl entspricht, ist aus mehreren Gründen unausweichlich:

(1.) Werden das individuelle Wohl und der Nutzen einer paternalistischen Intervention nach objektiven Kriterien bestimmt, birgt dies (zumindest) die (erhebliche) Gefahr einer (unzulässigen³⁹⁰¹) **Schlechterstellung des Einzelnen**.

(a.) Bezogen auf die Frage, was für den Einzelnen einen Schaden oder einen Wohlfahrtsverlust darstellt, ist zu beachten, dass das individuelle Wohl *immer erheblich subjektiv geprägt ist*.³⁹⁰² Was von aussen gesehen *unvernünftig* erscheint, kann in einer individuellen Perspektive sehr wohl vernünftig sein;³⁹⁰³ was Dritte als «Selbstschädigung» empfinden, ist in einer subjektiven Sichtweise vielleicht gerade ein wichtiges Element des individuellen Glücks.³⁹⁰⁴ Eine allgemeine und überzeugende Theorie über das, was die Menschen (langfristig) glücklich macht, besteht nicht;³⁹⁰⁵ z.B. gibt es keine «objektiv richtige» Antwort darauf, ob einem ungesünderen, aber vergnüglicheren oder einem gesünderen aber weniger vergnüglichen Leben der Vorzug zu geben ist.³⁹⁰⁶ Wenn sich der Staat nicht an diesen individuellen Bewertungen orientiert, riskiert er, die Einzelne in ihrem Wohl zu schmälern, anstatt deren Wohl zu erhöhen.

Worin könnte für den Einzelnen ein Nutzen liegen, wenn er daran gehindert würde, seine tief verankerten weltanschaulichen oder religiösen Überzeugungen oder seine sexuelle Orientierung (einvernehmlich mit anderen) zu leben?³⁹⁰⁷

Es dürfte einigen Menschen «unvernünftig» erscheinen, Geld für Glücksspiele auszugeben, sich in einer *Reality*-Fernsehsendung dauernd beobachten zu lassen oder als Extremsportler grosse Risiken einzugehen. Der Einzelne mag darin aber gerade eine innere Befriedigung finden und den Reiz solcher Aktivitäten geniessen (Spannung

³⁹⁰¹ Vorne, Teil 4 II. B. 1.

³⁹⁰² Vgl. dazu HEATHWOOD, 539 ff.; SUNSTEIN, *Why Nudge?*, 74; WEISSENBERGER, *Einwilligung*, 54 und 142; zum Verhältnis zwischen Arzt und Patient vgl. BGE 124 IV 258, E. 2, wonach der *Wille des Patienten* ausschlaggebend sei für dessen Wohl und nicht die Auffassung des Arztes, was im Interesse des Patienten angezeigt wäre (s.a. vorne, Fn. 3896).

³⁹⁰³ WOLF, *Konflikte*, 10; RIEDO/NIGGLI, *Verteidigung*, 473.

³⁹⁰⁴ KLIMPEL, 30 f.; vorne, bei Fn. 200.

³⁹⁰⁵ ENGLERTH, *Wert des Rauchens*, 243; zur Problematik, dass der Staat unsere tatsächlichen Interessen häufig gar nicht kennt, siehe hinten, bei Fn. 3943.

³⁹⁰⁶ GLOD, *Nudges*, 615; natürlich müssen zwischen Gesundheit und «Vergnügen» nicht zwingend Gegensätze bestehen.

³⁹⁰⁷ Vgl. dazu RONALD DWORCKIN, *Sovereign Virtue – The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, MA/London, 2000, 268 ff.; ferner MÖLLER, *Paternalismus*, 125 ff.

und Nervenkitzel, sportliche Herausforderung, finanzielle Interessen, Befriedigung des Drangs nach Selbstdarstellung oder Berühmtheit usw.).³⁹⁰⁸

Dass jemand deshalb sterben möchte, um das hart erarbeitete Vermögen für die Nachkommen zu erhalten und nicht für aufwändige Pflege ausgeben zu müssen, dürften viele Menschen nicht verstehen können. Für den z.B. von einer schweren Krankheit betroffenen Einzelnen kann das aber durchaus ein zentrales und wichtiges Anliegen sein, dem die Legitimität nicht einfach abgesprochen werden kann und darf.³⁹⁰⁹ Die nachteiligen Folgen einer Operation oder einer schmerzhaften, die Lebensqualität beeinträchtigenden medizinischen Behandlung können dazu führen, dass sich der Betroffene – für Dritte nicht nachvollziehbar – gegen einen medizinischen Eingriff entscheidet; aus individueller Sicht kann es sich dabei aber durchaus um einen «vernünftigen» Entscheid handeln, wenn diese Eingriffe seine Lebensqualität gemessen an den eigenen Vorstellungen eines erfüllten Lebens übermässig stark herabmindern.³⁹¹⁰ Wer trotz einer Herzschwäche darauf verzichtet, ein ruhiges Leben zu führen und sich weiterhin anstrengt, um ein für ihn wichtiges Ziel in seinem Leben zu erreichen, handelt nicht zwingend seinem eigenen Wohl zuwider; ein langes Leben erscheint ihm weniger erstrebenswert, als ein möglicherweise verkürztes, aber aus seiner Sicht erfülltes Leben.³⁹¹¹ Wer zu viel isst und das Risiko von Übergewicht und damit verbundenen Krankheiten eingeht, handelt aus einer individuellen Sicht nicht zwingend unvernünftig: Der Einzelne kann die mit dem Essen verbundenen Freuden höher gewichten, als mögliche Gesundheitsrisiken; oder es kann ein «Überessen» gar eine rationale Strategie sein, um mit Stress und Belastungen umzugehen.³⁹¹²

Unglück, Schmerz, Leid und Entbehrungen sind häufig mit für die Persönlichkeitsentfaltung zentralen Aktivitäten und Handlungen unmittelbar verbunden (etwa in Liebesbeziehungen, im Sport, in der Ausbildung usw.). Es lässt sich deshalb nicht pauschal sagen, die Verhinderung von Leid und Schmerz sei für sich genommen nutzenstiftend, weil damit unter Umständen auch für den Einzelnen «wertvolle» Aktivitäten erschwert oder verunmöglicht werden.³⁹¹³ Meist ist ohnehin nur der Betroffene selbst in der Lage, das *tatsächliche* Ausmass eines individuellen körperlichen oder seelischen Leidens einzuschätzen.³⁹¹⁴

Dass gewisse Güter für *viele Menschen* einen hohen Stellenwert haben, lässt nicht den Schluss zu, dass diese Güter auch für den konkreten Einzelnen wichtig sind oder in einer individuellen Abwägung den Vorrang

³⁹⁰⁸ Vgl. GRÜNE-YANOFF, 643 (bezogen auf das Glücksspiel); HUSTER, Menschenwürde, 3478 (bezogen auf die Fernsehsendung «Big Brother»).

³⁹⁰⁹ Vgl. ARZT, 85.

³⁹¹⁰ Vgl. AMELUNG, 47; GERT/CULVER, 206 f.

³⁹¹¹ FEINBERG, Legal Paternalism, 6.

³⁹¹² GLOD, Nudges, 614 ff.

³⁹¹³ Vgl. JOSEPH RAZ, Ethics in the Public Domain – Essays in the Morality of Law and Politics, Oxford 1994, 19 f.

³⁹¹⁴ VENETZ, Urteilsfähigkeit, 62; vgl. auch hinten, bei Fn. 3942 ff. und 4232.

geniessen würden.³⁹¹⁵ Unbefriedigend ist insofern die im Konzept des libertären Paternalismus durchaus vorzufindende Orientierung an «objektiven» Werten.³⁹¹⁶

So mag es für viele Menschen durchaus erstrebenswert sein, ein möglichst langes Leben zu führen. Andere aber sind sich der Tatsache bewusst, dass ein frühes Verstehen durchaus möglich ist (Unfall, Krankheit) und möchten dieser Unsicherheit dadurch Rechnung tragen, das Leben möglichst zu geniessen, auch wenn dafür Risiken eingegangen werden (müssen).³⁹¹⁷

Dass sich viele Menschen ohnehin freiwillig im Auto angurten würden, um negative Auswirkungen eines Unfalls abzumindern, lässt sich nicht als Argument anführen, um eine paternalistische Intervention auch gegenüber denjenigen zu rechtfertigen, die bereit sind, das Risiko einer Gesundheitsschädigung einzugehen.³⁹¹⁸

Es spielt auch keine Rolle, dass gewisse Güter (wie z.B. die Gesundheit oder das Leben) einen hohen *verfassungsrechtlichen* Stellenwert geniessen. Damit ist noch keine Aussage verbunden, welchen *Wert* dieses Rechtsgut – auch in Abwägung mit anderen Gütern – für *die konkrete Einzelne* hat. Wie sie verschiedene Güter gewichtet (persönliche Entfaltung, körperliche Gesundheit usw.), ist individuell unterschiedlich, und sie hat auch das *Recht*, ihre Güter zu gewichten und selbst zu bestimmen, welche Bedeutung ihnen in der individuellen Abwägung zukommen soll³⁹¹⁹.³⁹²⁰ Nur weil ein Gut einen hohen verfassungsrechtlichen Stellenwert aufweist, wird es für die Einzelne auch nicht un verfügbar.³⁹²¹ Es lässt sich deshalb nicht sagen, dass die Einzelne mit der «Schädigung» verfassungsrechtlich hochwertiger Güter zwingend ihr Wohl vermindern würde:

³⁹¹⁵ Zu pauschal m.E. KOLBE, 336 ff.; wie hier bezogen auf die Gesundheit: SCHRAMME, Paternalismus, 267; ferner DWORKIN, Paternalism, 78 f.

³⁹¹⁶ GLOD, Nudges, 613 f.; dazu vorne, Teil 1 II. B. 10, Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff., und hinten, bei Fn. 4654 f.

³⁹¹⁷ Vgl. WOLF, Paternalismuskritik, 60.

³⁹¹⁸ Vgl. ENGLERTH, Wert des Rauchens, 236 f.

³⁹¹⁹ Vgl. dazu auch vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (6.) bei Fn. 1267 ff.

³⁹²⁰ Vgl. bezogen auf die individuelle Gesundheit KARL DOEHRING, Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung, in: Walther Fürst/Roman Herzog/Dieter C. Umbach (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin/New York 1987, 1553 ff., 1554 ff. und insb. 1565. Zu pauschal m.E. das Abstellen auf den verfassungsrechtlichen Stellenwert der Gesundheit, um einer (auch) objektiven Bewertung des individuellen Wohls Raum zu geben bei KOLBE, 338 f.

³⁹²¹ Vgl. vorne, bei Fn. 1279 f.; bezogen auf die Würde vgl. Teil 2 II. B. 2; s.a. ENDERLEIN, 25 ff.

Zweifellos hat die Autonomie einen hohen Stellenwert und sie genießt hohe «Wertschätzung»; keineswegs aber kann daraus gefolgert werden, eine Zerstörung der Autonomie bedeute *per se* einen «Schaden» oder einen «Wohlfahrtsverlust». ³⁹²²

Dass am Schutz von Leib und Leben ein hohes öffentliches Interesse besteht, bedeutet nicht, dass der Eigentümer eines in einem Gefahrengebiet gelegenen Hauses kein höherwertiges Interesse daran haben könnte, seine Liegenschaft trotz der Gefahren weiter zu nutzen. Es ist deshalb m.E. nicht statthaft, dem Einzelnen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ein «objektiviertes Interesse» an seiner *eigenen* Gesundheit oder am Schutz von Leib und Leben entgegenzuhalten bzw. sein Bedürfnis nach Selbstbestimmung gegen ein «wohlverstandenes», objektiviertes Interesse am Schutz seiner Gesundheit abzuwägen. ³⁹²³

Zu präzisieren bleibt Folgendes: Dass der Stellenwert der Gesundheit individuell unterschiedlich bewertet wird, bedeutet natürlich nicht, dass es dem Staat verwehrt wäre, Massnahmen zum Schutz der Gesundheit zu treffen und von einem *grundsätzlichen* Interesse der Bevölkerung an gesundheitsschützenden und -fördernden Massnahmen auszugehen ³⁹²⁴ (zumal der Staat bereits durch die Verfassung zum Schutz der Gesundheit angehalten ist ³⁹²⁵). Doch bleibt jeweils im demokratischen Prozess zu klären, welches Schutzniveau der Staat *konkret* anstreben soll (sofern sich diesbezüglich nicht bereits aus der Verfassung Anhaltspunkte bzw. Vorgaben ergeben wie bei Art. 118b Abs. 2 Bst. a und c BV ³⁹²⁶ oder bei Art. 118 Abs. 2 Bst. b [Verbot der Werbung für Tabakprodukte, die Kinder und Jugendliche erreicht] ³⁹²⁷); zudem ist ein identifiziertes Interesse an einem bestimmten Gesundheitsschutz in Ausgleich zu bringen mit den Interessen derjenigen Personen, die diesen Gesundheitsschutz nicht oder nicht in diesem Umfang befürworten. ³⁹²⁸ Als grundsätzlich unproblematisch erweisen sich jedenfalls reine *Hilfsangebote*. ³⁹²⁹

Nachteile, welche die Einzelne *in Kauf nimmt*, um ein gewisses Ziel zu erreichen oder ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen, können ebenfalls nicht pauschal als «Schaden» oder «Wohlfahrtsverminderung» begriffen werden. Die «Schädigung» ist Mittel zum Zweck oder zumindest nicht vermeidbar, um das individuelle Ziel zu erreichen. ³⁹³⁰

³⁹²² Vgl. demgegenüber KLIMPEL, 31, wonach es «gerechtfertigt» sei, «die Zerstörung der Autonomie als Schaden zu klassifizieren», da «über die Wertschätzung der Autonomie ein Grundkonsens» bestehe.

³⁹²³ Vgl. demgegenüber BGer 1C_567/2014, E. 6.4 (dazu vorne, bei Fn. 2350; s.a. hinten, bei Fn. 4461).

³⁹²⁴ Vgl. WILSON, 213 f. und 217.

³⁹²⁵ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. d).

³⁹²⁶ Vgl. vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) i) (b).

³⁹²⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 3343 f. und 3472 ff.

³⁹²⁸ Vgl. vorne, Teil 1 II. B. 2. b), Ziff. (2.) bei Fn. 228 ff., und hinten, Teil 5 I. B; zu dieser Problematik im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Covid-19 vgl. auch vorne, bei Fn. 307.

³⁹²⁹ Vorne, Teil 1 II. B. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 273 ff.

³⁹³⁰ Vgl. auch hinten, bei Teil 4 III. B. 2.

Zurückhaltung ist mit Aussagen geboten, wonach selbst ein «überzeugter Raucher», der «die Risiken seines Handelns in Kauf» nehme, «die Krankheiten, die er sich durch das Rauchen zuzieht, [...] zu vermeiden» wünsche – und insofern ein «Schaden» vorliege.³⁹³¹ Angezeigt ist vielmehr eine Gesamtsicht: In der individuellen Abwägung wird das Tabakrauchen und der daraus gezogene Nutzen höher gewichtet als die damit verbundenen Risiken – es lässt sich deshalb nicht sagen, das Zigarettenrauchen führe zwangsläufig zu einer Verminderung des individuellen Wohls (ob die Risiken richtig eingeschätzt werden, ist allerdings eine andere Frage).

Das individuelle Wohl (und die Zulässigkeit einer paternalistischen Intervention) sollten auch nicht mit Blick darauf bestimmt werden, ob sich jemand aus *eigen- oder fremdnützigen* Gründen einer Gefährdung aussetzt;³⁹³² jedenfalls darf über die Frage, ob ein Handeln im Interesse Dritter nicht auch mit einem Nutzen für den Handelnden selbst einhergeht, nicht rein nach objektiven Kriterien entschieden werden. Auch wer aus von aussen gesehen altruistischen Gründen handelt (Forschungsteilnahme im Interesse der Allgemeinheit; Organspende im Interesse eines Familienangehörigen; Austragen eines Kindes für Dritte ohne Entlohnung), kann daraus selbst einen Nutzen ziehen, darin eine innere Befriedigung finden.

- (b.) Die subjektive Sichtweise ist nicht nur bei der Frage zu berücksichtigen, ob sich die Einzelne mit einem bestimmten Handeln in ihrem Wohl schmälert. Da sie durch eine paternalistische Intervention nicht schlechter gestellt werden darf, muss die subjektive Sichtweise ebenso bei der Frage relevant sein, wie *schwer die mit der staatlichen Intervention verbundenen Freiheits-, Wohlfahrts- und Nutzenverluste* wiegen. Dabei ist das subjektive Empfinden auch massgeblich für die Bestimmung dessen, was *überhaupt* alles als Wohlfahrtsverluste in Frage kommt. Selbst von aussen gesehen *vernachlässigbare oder geringfügige* Wohlfahrtsverluste können sich in einer subjektiven Sicht als schwerwiegend erweisen und müssen in dieser (erhöhten) Intensität in die Abwägung eingestellt werden.³⁹³³ Dabei kann für die Einzelne eine (übermässige) Wohlfahrtsverluste schon daraus resultieren, dass sich der Staat *überhaupt* in ihre Angelegenheiten bzw. die Bestimmung ihres eigenen «Glücks» und Wohls einmischet.³⁹³⁴

³⁹³¹ So MÖLLER, Paternalismus, 188.

³⁹³² Vgl. aber etwa OHLY, 105 und 426 (strengere Anforderungen an die Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung bei ihrer «Fremdnützigkeit»).

³⁹³³ Vgl. dazu – unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Bestimmung der Eingriffsintensität – auch hinten, bei Fn. 4282 ff.

³⁹³⁴ Siehe hinten, bei Fn. 4306 ff.

- (2.) Die Durchsetzung einer von der subjektiven Perspektive abstrahierenden Konzeption des individuellen Wohls liesse sich auch nicht mit dem – bereits vorne beschriebenen – verfassungsrechtlich gebotenen **Respekt gegenüber individuellen Zielsetzungen**³⁹³⁵ vereinbaren; ebenso wenig stünde dies im Einklang mit **sozialstaatlichen Grundsätzen**³⁹³⁶. Eine Bestimmung des Wohls nach dem «objektiv» Vernünftigen oder Richtigen würde zudem die dem Einzelnen zustehende, **grundrechtlich abgesicherte Freiheit**, sich die eigenen Ziele zu setzen und die eigenen Lebenspläne zu verfolgen, unterlaufen und aushöhlen.³⁹³⁷ Auf einer grundsätzlichen Ebene gebietet es bereits die **Menschenwürde**, dass die Einzelne in ihren Bedürfnissen und Abwägungen und in ihrem individuellen Verständnis des «Richtigen» und «Vernünftigen» respektiert wird, erst recht, wenn die *eigenen Angelegenheiten* betroffen sind bzw. der Staat die Einzelne in ihrem eigenen (wohlverstandenen) Interesse vor sich selbst schützen will.³⁹³⁸

Vor diesem Hintergrund – der Massgeblichkeit der subjektiven Perspektive – kann es deshalb auch nicht entscheidend sein, welchen (paternalistisch motivierten) Freiheitsbeschränkungen ein *rationaler, vernünftiger Mensch hypothetisch* zustimmen würde.³⁹³⁹ Objektive Elemente können bei der Bestimmung des individuellen Wohls aber dann eine Rolle spielen, wenn sich die (mutmassliche) subjektive Sichtweise *nicht ermitteln* lässt.³⁹⁴⁰ Die Massgeblichkeit der subjektiven Sichtweise wirft zudem Fragen auf, wenn die Einzelne nicht oder nur beschränkt in der Lage ist, ihre Präferenzen freiverantwortlich zu bestimmen oder die nachteiligen Folgen ihrer Entscheidungen zu erkennen. Darauf ist nachstehend einzugehen.

³⁹³⁵ Vorne, Teil 2 III. A. 2, Ziff. (3.) bei Fn. 1229 ff.; zur Definitionsmacht des Einzelnen über sein eigenes Wohl im freiheitlichen Staat siehe vorne, bei Fn. 1794.

³⁹³⁶ Vorne, bei Fn. 3284 ff.

³⁹³⁷ Vorne, Teil 4 II. A, insb. Teil 4 II. A. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3756 ff.

³⁹³⁸ Vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (2.) bei Fn. 1168 und Ziff. (5.) bei Fn. 1173.

³⁹³⁹ Vgl. SCHMOLKE, 30; RIGOPOULOU, 39 f. Siehe aus der philosophischen Diskussion aber etwa die Überlegungen von DWORKIN, *Paternalism*, 78 ff., insb. 78, 81 und 83, der allerdings darauf hinweist, dass die Bestimmung dessen, was der «rationale» Einzelne zu seinem eigenen Wohl will, mit Schwierigkeiten verbunden sei (siehe zu dieser letztgenannten Problematik auch KLEINIG, 63 f.); vgl. ferner RAWLS, 281 f., wonach «[d]ie Grundsätze des Paternalismus [...] also diejenigen [sind], die die Parteien im Urzustand anerkennen würden, um sich gegen Schwäche und Versagen ihrer Vernunft und ihres Willens in der Gesellschaft zu schützen» (vgl. dazu auch KLEINIG, 64 ff.); s.a. die ausdrückliche Bezugnahme auf RAWLS bei MURPHY, 479 ff., bezüglich der Frage, unter welchen Voraussetzungen paternalistisches Staatshandeln gerechtfertigt ist. Kritisch zur Argumentation mit einer nachträglichen und hypothetischen Zustimmung aus philosophischer Sicht: KLEINIG, 55 ff., insb. 66 f.; SZERLETICS, 54 ff., insb. 58 f.

³⁹⁴⁰ Vgl. hinten, bei 4295.

3. Problematik individueller «Verzerrungen» bezüglich der Bestimmung des eigenen Wohls

Auf einer grundsätzlichen Ebene mag man vielleicht argumentieren, dass der Einzelne *immer* am besten – besser als ein Dritter – wisse, was für ihn gut und richtig, was für ihn das «Beste» sei. So gesehen liesse sich jede paternalistisch motivierte staatliche Intervention zum Vornherein als unzulässig erachten, weil damit nur Wohlfahrtsverluste verbunden wären.³⁹⁴¹ Diese Argumentation hat zwar zweifellos etwas für sich,³⁹⁴² jedenfalls lässt sich nicht sagen, dass der Staat die «wahren», «besten» Interessen des Einzelnen (immer) kennen würde bzw. sie stets richtig ermitteln oder beurteilen könnte.³⁹⁴³ Die individuelle Präferenz ist ausserdem ein *starkes Indiz* für das *individuelle Wohl*.³⁹⁴⁴ Eine ablehnende Haltung gegenüber einer staatlichen Massnahme legt so gesehen den Schluss nahe, dass die Massnahme das Wohl in einer subjektiven Sicht gerade *nicht* befördern würde.³⁹⁴⁵

Doch dürfte es – etwa angesichts mangelnder Erfahrung, Unkenntnis, leichtfertigen oder überstürztem Handeln, psychischer, die Urteilsfähigkeit beschlagender Faktoren oder sonstiger Verzerrungen in der Entscheidungsbildung und Schwä-

³⁹⁴¹ Dass der Einzelne grundsätzlich am besten in der Lage ist, über sein Wohl zu bestimmen, und die erhebliche Gefahr besteht, dass Dritte das individuelle Wohl falsch beurteilen, wird von MILL als zentrales Argument gegen paternalistisches Handeln angeführt, siehe MILL, 145 ff. (Kap. IV), vgl. insb. 147 f. und 161 ff. (161: «But the strongest of all the arguments against the interference of the public with purely personal conduct, is that when it does interfere, the odds are that it interferes wrongly, and in the wrong place.»); dies wird zuweilen als «*policy argument*» bezeichnet (siehe SARTORIUS, Introduction, xi) – allerdings hält MILL staatlichen Paternalismus und eine Fremdbestimmung des Wohls keineswegs für unzulässig, wenn alters- oder gewisse anderweitig bedingte Freiwilligkeitsdefizite vorliegen (siehe MILL, 186 [Kap. V]: «[...] unless he is a child, or delirious, or in some state of excitement or absorption incompatible with the full use of the reflecting faculty [...]»); s.a. hinten, Fn. 4262 [keine Kenntnis von einer Gefahr]).

³⁹⁴² Vgl. ROLF SARTORIUS, Paternalistic Grounds for Involuntary Civil Commitment: A Utilitarian Perspective, in: SARTORIUS, Paternalism, 95 ff., 99 ff.; COONS/WEBER, 7.

³⁹⁴³ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 134 f. und 140; SHAPIRO, Paternalism, 546; KAHNE-MAN/THALER, 231 f.; WEISSENBERGER, Einwilligung, 51 ff., insb. 53 f. und 139 ff., insb. 141 f.; FISCHER, 275; MILL, 147 (Kap. IV; vorne, Fn. 3941); GLOD, Paternalism, 13 und 20 f.; SUNSTEIN, Why Nudge?, 91 f. und 100 ff.; LAIBSON/ZETTELMEYER, 29; GLAESER, 133 ff., insb. 140, 142, 148 und 151; SCHNELLENBACH, Rationalität, 780; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, 1543 ff.; bezogen auf Paternalismus in der Psychiatrie: SCHRAMME, Paternalismus, 266 f.; s.a. vorne, bei Fn. 3914.

³⁹⁴⁴ Vgl. RAZ, Freedom, 290; vgl. zum Verhältnis zwischen Arzt und Patient auch BGE 124 IV 258, E. 2, wonach «zum Patientenwohl gerade auch die Ablehnung einer vom Arzt für indiziert gehaltenen Behandlung durch den Patienten gehören» könne.

³⁹⁴⁵ BROCK, 239.

chen, eine Situation angemessen zu erfassen – *keineswegs immer zutreffen*, dass der Einzelne am besten wüsste, was ihm nützt und was ihm schadet; der geäußerte «Wille» muss somit nicht zwingend dem entsprechen, was tatsächlich das Wohl befördert bzw. damit nicht in Konflikt gerät³⁹⁴⁶ (eine Feststellung, die insbesondere auch im Zusammenhang mit der Bestimmung des *Kindeswohls* relevant ist³⁹⁴⁷). In solchen Fällen ist der Raum *grundsätzlich* eröffnet, den Einzelnen mit einer von seiner «verzerrten» Einschätzung abweichenden Auffassung, was in seinem eigenen Interesse liegt, zu konfrontieren.³⁹⁴⁸ Allerdings bleibt immer vorausgesetzt, dass der Einzelne nach der paternalistischen Intervention besser dasteht als vorher, weshalb die subjektive Sichtweise auch hier *keineswegs unberücksichtigt* gelassen werden darf (und zwar selbst dann, wenn der Einzelne *urteilsunfähig* ist, soweit sich zumindest ein mutmasslicher Wille eruieren lässt).³⁹⁴⁹

Dass der Staat bzw. die staatlichen Akteure selbst «Fehlern» oder «Irrtümern» in der Bestimmung des individuellen Wohls (bzw. dem, was dem Einzelnen am besten nützt) unterliegen (können), ist zwar keineswegs ausgeschlossen³⁹⁵⁰ und spricht für eine *Zurückhaltung* mit paternalistischen Vorschriften.³⁹⁵¹ Für sich genommen ist das aber noch kein durchschlagendes Argument dafür, eine aufgedrängte Fürsorge für *gänzlich* unzulässig zu erachten: Es lässt sich keineswegs behaupten, dass der Staat generell nicht dazu in der Lage wäre, Hilfestellung in der Bestimmung und Verfolgung des individuellen Wohls zu bieten.³⁹⁵² Insbesondere

³⁹⁴⁶ Vgl. HART, 32 f.; GLOD, Paternalism, 9 ff.; VALDÉS, 276; ACH/SCHÖNE-SEIFERT, 100; GUTMANN, Paternalismus, 42 ff.; BLUMENTHAL, Psychological Defense, 199 f.; DERS., Expert Paternalism, 732 ff.; ENDERLEIN, 24; SUNSTEIN/THALER, Oxymoron, 1163 und 1167 ff.; THALER/SUNSTEIN, Libertarian Paternalism, 175 f.; RAZ, Freedom, 289 f.; STRATENWERTH, 229; BROCK, 239; SUNSTEIN, Why Nudge?, 5 und 8 ff., 15 ff., 22 und 105 ff.; COONS/WEBER, 7; HUSTER, Selbstbestimmung, 37 f.; FRANK MATHWIG, «Teil der ärztlichen Tätigkeit» – Ethische Bemerkungen zu einer umstrittenen Formulierung, *Folia Bioethica* 38 – Suizidhilfe in der Schweiz – zur Kontroverse um eine angemessene ärztliche Rolle, Basel 2013, 13 ff., 25 ff.; VOLKMANN, Bürger, 43 ff.; AMELUNG, 47; vgl. auch QIZILBASH, 649 ff., wonach ein Minimum an Information Bedingung sei, die richtigen, dem eigenen Wohl entsprechenden Entscheide zu treffen; vgl. bereits vorne, bei Fn. 12 ff.; ferner HAUSSENER, Rz. 284 ff., die sich gegen eine Überhöhung der Selbstbestimmung in menschlichen Grenzsituationen wie dem Lebensende ausspricht; differenzierend auch MILL in seinem Werk «On Liberty», siehe vorne, Fn. 3941.

³⁹⁴⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 3350 ff.

³⁹⁴⁸ Hinten, Teil 4 III. A. 1 und bei Fn. 4290.

³⁹⁴⁹ Dazu hinten, Teil 4 III. C. 2. c) i), insb. Ziff. (5.) bei Fn. 4282 ff.; vgl. auch vorne, bei Fn. 3897 ff.

³⁹⁵⁰ SUNSTEIN, Why Nudge?, 17, 91 und 100 ff.; WHITE, 22 ff.

³⁹⁵¹ Hinten, bei Fn. 4408; s.a. bei Fn. 4731.

³⁹⁵² SUNSTEIN, Why Nudge?, 22 f.

ist es nicht zwingend, dass staatliche Akteure im konkreten Einzelfall den gleichen Defiziten wie die Einzelne selbst unterliegen; zu denken ist etwa an individuelle Entscheidungsverzerrungen, die durch einen Zustand starker emotionaler Belastung oder Erregung bedingt sind.³⁹⁵³ Allerdings ist immer zu fragen, ob der Staat tatsächlich *am besten* geeignet ist, das individuelle Wohl einzuschätzen, oder dazu nicht private Dritte – z.B. die *Eltern* – besser geeignet sind. Sind (private) Dritte besser in der Lage, das individuelle Wohl einzuschätzen, hat sich der Staat mit (paternalistischen) Interventionen zurückzuhalten. Das ergibt sich zum einen aus dem Subsidiaritätsprinzip,³⁹⁵⁴ zum anderen ist ganz grundsätzlich sicherzustellen, dass diejenigen Massnahmen getroffen werden (können), die das Wohl tatsächlich am besten befördern.³⁹⁵⁵

Grundsätzlich anders ist dies aber, wenn der Staat einen Schutz ungeachtet dessen aufdrängen will, ob der Einzelne in der Freiwilligkeit seines Handelns eingeschränkt ist oder nicht. Wenn der Einzelne fähig ist und als dazu in der Lage erachtet wird, seine Ziele frei zu bilden, die Konsequenzen seines Handelns einzuschätzen, Vor- und Nachteile abzuwägen und gemäss seinen Zielen zu handeln, dann gibt es keinen überzeugenden, sachlichen Grund, der es rechtfertigen würde, dass der Staat anstelle des Einzelnen über dessen Wohl bestimmt: Entscheidend für die Bestimmung des individuellen Wohls ist die subjektive Sicht und wenn der Staat nicht gleichzeitig auf Selbstbestimmungsdefizite Bezug nimmt oder nehmen kann, lässt es sich nicht begründen, warum die individuelle Einschätzung angezweifelt und das Wohl einer Fremdbestimmung zugänglich gemacht werden dürfte. Der Staat ist diesfalls nicht besser als der Betroffene selbst in der Lage, die – massgeblichen – individuellen Interessen zu identifizieren, einzuschätzen und zu gewichten, zumal der Einzelne sich selbst und seinen Präferenzen ohnehin näher ist. Wenn die Einzelne davon abgehalten oder es ihr erschwert wird, das zu erreichen oder zu tun, was sie *will*, ginge damit die Durchsetzung (bzw. der Schutz) der Einzelnen *fremder* Ziele und eine *Schlechterstellung* einher; es mangelte dem staatlichen Handeln zudem an dem durch die Würde und die grundrechtlichen Freiheiten gebotenen *Respekt* vor der individuellen, subjektiven Zielbestimmung und Risikoeinschätzung. Auch geriete es in einen Konflikt mit dem *Subsidiaritätsgedanken*: Wenn die Einzelne zumindest gleich gut wie der Staat dazu in der Lage ist, ihre Bedürfnisse einzuschätzen und zu befriedigen, dann ist sie in der Definition ihres Wohls zu respektieren.³⁹⁵⁶

³⁹⁵³ Siehe dazu BLUMENTHAL, Expert Paternalism, 749 ff., insb. 753 ff.; FREY/GALLUS, 14 f.

³⁹⁵⁴ Vorne, Teil 3 III. A. 1, Ziff. (5.) bei Fn. 2488 ff. sowie bei Fn. 3372.

³⁹⁵⁵ Hinten, Teil 4 III. C, insb. Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (3.) bei Fn. 4140 ff.; s.a. Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (3.) bei Fn. 4278 f.

³⁹⁵⁶ Vgl. vorne, Teil 3 III. A. 1, Ziff. (4.), insb. bei Fn. 2484 ff.

Freilich ist damit die Frage noch nicht beantwortet, wann die Einzelne ihre Ziele *hinreichend freiverantwortlich* bestimmen und umsetzen kann und zwar so, dass für eine staatliche (Mit-)Bestimmung ihres individuellen Wohls *kein* Raum bleibt.

C. Folgerung: Keine aufgedrängte Fürsorge ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite

Der Umfang, in dem der Staat dem Einzelnen in seinem wohlverstandenen Interesse Schutz und Fürsorge aufdrängen (bzw. überhaupt zu einer Interessenabwägung schreiten) darf, wird durch die zwei vorne skizzierten Gründe entscheidend begrenzt. Zum *einen* darf sich der Staat mit seinem (paternalistisch motivierten) Handeln nicht direkt gegen die grundrechtlich geschützte Freiheit selbst richten. Zum *anderen* ist es dem Staat nicht erlaubt, den Einzelnen schlechter zu stellen, wobei sich die Frage einer *Besser- oder Schlechterstellung* nicht nach dem *objektiv Vernünftigen* beantwortet, sondern – so der Grundsatz – nach den *individuellen Präferenzen und subjektiven Abwägungen* (soweit sich diese ermitteln lassen). Damit besteht zum Vornherein *kein Raum* für einen Paternalismus, der dem Einzelnen einen Schutz *ungeachtet seiner Fähigkeit zur freien Willensbildung und -umsetzung aufdrängt*. Der Staat hat immer darzulegen und zu begründen, dass die Einzelne einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt, damit sich eine aufgedrängte Fürsorge *überhaupt* rechtfertigen kann. Dies gilt selbst dann, wenn man die beiden vorgenannten Gründe isoliert betrachtet:

- (1.) Lässt man das Argument nicht oder nur bedingt³⁹⁵⁷ zu, dass die grundrechtlich geschützte Freiheit einem losgelöst von Freiwilligkeitsdefiziten aufgedrängten paternalistischen Staatshandeln eine *absolute* Grenze setzt, so wird man immer noch zeigen müssen, dass der Einzelne durch die paternalistische Intervention in seinem Wohl tatsächlich befördert wird. Kann nicht dargelegt werden, dass seine Entscheidungen und Handlungen *im Widerspruch* zu dem stehen, was er *eigentlich* will, dann kann dieser Nachweis nach der hier vertretenen Auffassung nicht gelingen: Diesfalls besteht – wie gerade gezeigt – kein Grund, die individuelle Festlegung des eigenen Wohls anzuzweifeln.³⁹⁵⁸

³⁹⁵⁷ Zum Beispiel mit dem (m.E. nicht überzeugenden) Argument, der Staat dürfe zumindest bei schweren Schäden oder irreversiblen Freiheitsverlusten einen paternalistischen Schutz unabhängig von Selbstbestimmungsdefiziten aufdrängen, jedenfalls dann, wenn der Eingriff «objektiv» geringfügig erscheint, vgl. vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (5.) und (8.) bei Fn. 3781 ff. bzw. 3793 ff.

³⁹⁵⁸ Vgl. gerade vorne, Teil 4 II. B. 3 a.E.

(2.) Selbst wenn es sich rechtfertigen liesse, eine Steigerung des individuellen Wohls auch bei einer Intervention gegen eine *nicht durch Selbstbestimmungsdefizite verzerrte* Entscheidung bzw. deren Folgen anzunehmen, so wäre das für sich genommen nicht ausreichend: Paternalistisches Handeln findet in der Verschaffung eines (angeblichen) Nutzens für sich genommen noch keine (hinreichende) Rechtfertigung. Vielmehr geht es in der von der Verfassung vorgezeichneten – liberalen³⁹⁵⁹ («rechtbasierten»³⁹⁶⁰) – Sichtweise um Respekt vor dem grundrechtlich abgesicherten Recht der Einzelnen, vor staatlicher Einmischung in die Bestimmung ihres eigenen Wohls verschont zu bleiben und von ihrer Freiheit nach den eigenen Vorstellungen Gebrauch zu machen.³⁹⁶¹ Kann der Staat nicht darlegen, dass sich die Einzelne mit ihrem Handeln in einen Widerspruch zu dem setzt, was sie «eigentlich» will, lässt sich ihr keine «besser» verstandene Freiheit, kein (vermeintlicher) Nutzen aufdrängen, ohne gleichzeitig das Selbstbestimmungsrecht auszuhöhlen und leerlaufen zu lassen.

Wer solche absoluten Grenzen *ablehnt* und damit den Raum für eine Verhältnismässigkeitsprüfung ohne Bezugnahme auf Freiwilligkeitsdefizite öffnen will, wird im Rahmen der *Interessenabwägung* immer noch darlegen müssen, dass die (wohlverstandenen) Interessen der vor sich selbst zu Schützenden ihre aktuellen, tatsächlichen Präferenzen und Wünsche überwiegen und es rechtfertigen, sie einer staatlichen Fremdbestimmung ihres Wohls auszusetzen. Bei einer in die Verfassung und deren Grundentscheidungen eingebetteten Interessenabwägung kann dieser Nachweis m.E. aber nicht gelingen: Angesichts des Werts, welcher der Selbstbestimmung bezüglich des persönlichen Wohls zukommt, dem Umstand, dass Schädigungen Dritter nicht zur Diskussion stehen, der verfassungsrechtlich (*zumindest*) gebotenen Zurückhaltung des Staates bezüglich Fragen des «Vernünftigen» und des «richtigen» und «guten» Lebens, dem Umstand, dass das individuelle Wohl *zumindest auch* unter Berücksichtigung individueller Wertungen und Abwägungen

³⁹⁵⁹ Vgl. HOCHHUTH, 208 f.

³⁹⁶⁰ Vgl. SCHMOLKE, 18 f.

³⁹⁶¹ Vgl. dazu auch THÜSING, Rz. 12 ff.; TAG, Hungerstreik, 63; aus *ethischer* und *philosophischer* Sicht siehe insbesondere NIDA-RÜMELIN, Verantwortung, 113 ff., insb. 117; ferner GERT/CULVER, 200; FEINBERG, Legal Paternalism, 5: «What justifies the absolute prohibition of interference in primarily self-regarding affairs is *not* that such interference is self-defeating and likely (merely likely) to cause more harm than it prevents, but rather that it would itself be an injustice, a wrong, a violation of the private sanctuary which is every person's self; and this is so whatever the calculus of harms and benefits might show.»; s.a. MILL, 130 (Kap. IV): «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 mode.»

zu bestimmen ist, dem Stellenwert, welche die Verfassung der Eigenverantwortung einräumt und dem Grundsatz, dass ein Aufdrängen von Hilfe von einer *Überforderung* in der Verfolgung der eigenen Ziele und der Befriedigung der individuellen Bedürfnisse abhängen sollte, sehe ich *keine* überzeugenden Argumente, um die Zumutbarkeit einer Intervention *ohne* Bezugnahme auf Freiwilligkeitsdefizite begründen zu können.³⁹⁶²

Dies betrifft auch die vorne dargestellten Ansätze, die den Einzelnen in seinen Freiheiten «maximieren» («*freiheitsmaximierender Paternalismus*»³⁹⁶³) oder ihn in seinen eigenen, «*langfristigen*», «*substanzielleren*» Präferenzen und «*Werten*» schützen wollen.³⁹⁶⁴ Selbst wenn man darin keine direkt gegen die Freiheit gerichtete Intervention erblicken möchte, lässt es sich m.E. nicht überzeugend begründen, wieso solche Ansätze eine Verunmöglichung oder Erschwerung der *aktuellen, freiverantwortlichen* Freiheitsausübung rechtfertigen könnten und wieso sich der Einzelne seine künftige Freiheit oder seine langfristigen Präferenzen entgegenhalten lassen müsste.³⁹⁶⁵ Abgesehen davon, dass sie der gegenwärtigen Freiheit, der aktuellen Wahl die Substanz rauben, krankten sie – wie gezeigt – an weiteren, grundsätzlichen Problemen: namentlich der Schwierigkeit, die verschiedenen (kurz- und langfristigen) Interessen des Einzelnen tatsächlich herauszufinden und verschiedene gegenwärtige und künftige Freiheiten zu gewichten und gegeneinander aufzurechnen. Letztlich bergen sie (zumindest) die (ganz erhebliche) Gefahr, die Einzelne schlechterzustellen, sie eben gerade *nicht* in ihrem Wohl zu befördern, sondern darin zu schmälern.³⁹⁶⁶ Dies ist ihr nicht zumutbar.

Auch dann, wenn sich der Einzelne dafür entscheidet, auf seine Freiheiten zu *verzichten* oder sich *irreversible* Verletzungen zuzufügen (oder zufügen zu lassen), können m.E. nur *individuelle Freiwilligkeitsdefizite* (bzw. die damit verbundenen, nachteiligen Folgen) oder *Drittinteressen* eine staatliche Intervention rechtfertigen. Dem Einzelnen ist es m.E. *nicht zumutbar*, unter Berufung auf besser verstandene – von ihm aber nicht geteilte – Interessen in seiner Freiheit beschränkt zu werden, wenn er nicht gleichzeitig Dritte bzw. die Allgemeinheit schädigt (wobei das blosse «Unverständnis» bezüglich einer individuellen Entscheidung oder Handlung noch kein

³⁹⁶² So auch etwa MURMANN, 263 f. und 305 f.; KOLBE, 285 ff. und 299 (allerdings differenzierend für *Nudges*, siehe hinten, Fn. 3968).

³⁹⁶³ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (9.) bei Fn. 3807 ff.

³⁹⁶⁴ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3855 ff.

³⁹⁶⁵ Vgl. bezogen auf das Verhältnis zwischen kurzfristigen und langfristigen Präferenzen auch VAN AAKEN, Nudge, 90 und v.a. 111.

³⁹⁶⁶ Dazu im Einzelnen vorne, bei Fn. 3822 ff. (*freiheitsmaximierender Paternalismus*) und Fn. 3870 ff. (Schutz der «*langfristigen*» Präferenzen, Ziele und Werte).

überwiegendes Interesse an einer Freiheitsbeschränkung zu begründen vermag³⁹⁶⁷). Selbst wenn *schwere* Schäden ernsthaft drohen und diese mit – von aussen gesehen – *geringfügigen* Freiheitseinbussen (Gurtentragpflicht) verhindert werden können, ist dem selbstbestimmten Verzicht auf staatlichen Schutz der Vorrang einzuräumen: Dem Individuum darf der Schutz nicht in seinem wohlverstandenen *eigenen* Interesse aufgedrängt werden – massgeblich muss auch hier sein, wie der Einzelne sein eigenes Wohl definiert. Ebenso wenig ist der Einzelnen eine (paternalistisch motivierte) staatliche Einflussnahme auf Präferenzen, Überzeugungen und Einstellungen schon deshalb zumutbar, weil sie *nicht imperativ* zu einem Tun oder Unterlassen angehalten oder angestossen werden soll (z.B. durch *Nudges*).³⁹⁶⁸ Es geht hier um bedeutend mehr, nämlich um eine *gezielte* Einflussnahme auf die Betroffene und ihre Willensbildung, um sie in ihrem *besser verstandenen, eigenen* Interesse zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Dass sich eine Freiheitsbeschränkung zum Schutz von *Drittinteressen* rechtfertigen kann, wird damit freilich nicht ausgeschlossen.

In den Vordergrund rückt damit die Problematik, *welche Selbstbestimmungsdefizite* unter *welchen Umständen* den Einzelnen in einem solchen Ausmass an der Bestimmung und der Verfolgung des eigenen Wohls hindern, dass eine staatliche Intervention in seinem besten Interesse gerechtfertigt ist. Damit ist die – m.E. zentrale, aktuellste und schwierigste – Frage nach den verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen und den Grenzen des *weichen oder autonomieorientierten Paternalismus* aufgeworfen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

³⁹⁶⁷ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 3201 ff.

³⁹⁶⁸ Für die Verhältnismässigkeit des Einsatzes von *Nudges* hingegen KOLBE, 289 f. (soweit nicht mehrere *Nudges* «intensiv» zusammenwirken).

III. Der autonomieorientierte Paternalismus

A. Im Allgemeinen: Andere Ausgangslage bei Freiwilligkeitsdefiziten

1. Zur grundsätzlichen Zulässigkeit weich paternalistischen Handelns

Mit Blick auf die Legitimation des paternalistischen Eingriffs ist klar zu unterscheiden zwischen einem Schutz, der *unabhängig* davon aufgedrängt werden soll, ob der Einzelne zu einem «freiverantwortlichen» Handeln in der Lage ist, und der Konstellation, dass *Selbstbestimmungsdefizite* vorliegen und die daraus für den Betroffenen resultierenden Nachteile verhindert werden sollen.³⁹⁶⁹ Ein solcher «weicher» Paternalismus wird in der (rechts-)philosophischen Diskussion als prinzipiell zulässig erachtet³⁹⁷⁰ und erscheint mit rechtsstaatlichen Grundsätzen und einem *freiheitlichen Staats- und Verfassungsverständnis* – zumindest dem Grundsatz nach – verträglich;³⁹⁷¹ ebenso mit dem *normativen Individualismus*³⁹⁷².

³⁹⁶⁹ Vgl. etwa KIRSTE, Paternalismus, 31; LOEWENSTEIN/HAISLEY, 223; BAUMGARTEN, 118; vgl. ferner BGer 6S.454/2004, E. 3 – danach kann ein «Übergehen des Einstellungsbegehrens im wohlverstandenen Interesse des Opfers [...] nur insoweit zulässig sein, als die Behörde den begründeten Eindruck hat, das Begehren sei nicht Ausdruck einer selbstbestimmten Entscheidung»; vgl. aus *strafrechtlicher* Sicht die Differenzierungen bei BSK StGBI-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 28 ff.; s.a. RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 472 ff. (bezogen auf die notwendige Verteidigung); aus *zivilrechtlicher* Sicht vgl. z.B. THÜSING, Rz. 15.

³⁹⁷⁰ SARTORIUS, Introduction, xii; MURPHY, 465 ff.; ENDERLEIN, 42; FEINBERG, Legal Paternalism, 9 ff., insb. 9 und 17; POPE, 661; s.a. SCHMOLKE, 19.

³⁹⁷¹ GKOUNTIS, 23; VOLKMANN, Bürger, 43 ff.; KIENZERLE, 36; RIGOPOULOU, 22; BAUMANN, Persönliche Freiheit, 317 f.; HEINIG, Sozialstaat, 264 ff.; PAPAGEORGIOU, 225; ENDERS, Menschenwürde, 499 f.; s.a. TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 206, und MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 790; vgl. ferner RAWLS, 238 und 281 f. (siehe dazu auch vorne, Fn. 3896); VON HUMBOLDT, 163 ff.; auch MILL erachtet in seinem Werk «*On Liberty*» eine paternalistische Intervention bei (gewissen) Freiwilligkeitsdefiziten als grundsätzlich legitim (dazu vorne, Fn. 3941 und Fn. 4262). Der Gedanke des Autonomieschutzes steht insbesondere auch nicht in einem Konflikt mit dem Grundsatz der *Privatautonomie*: Die Vertragsfreiheit geht von der Idee oder «Idealvorstellung» aus, dass der Vertrag für beide Parteien ein *relativ gerechtes Ergebnis* erzielt (HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017, 13; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 44). Dieses stellt sich aber nicht zwingend ein (BKOR-KRAMER, Art. 19–20 OR, Rz. 25.). Der Vertragsfreiheit mangelt es namentlich dann an «Richtigkeitsgewähr», wenn keine «beiderseitige Selbstbestimmung» vorliegt und

Namentlich verliert das von einem liberalen Standpunkt gegen paternalistisches Staatshandeln angeführte Argument, wonach das Recht (nur) der *wechselseitigen Abgrenzung von Freiheitsräumen* dienen soll,³⁹⁷³ an Bedeutung: Ein Konflikt zwischen Freiheiten kann auch im Einzelnen selbst angelegt sein, wenn er von seiner Freiheit *nicht freiverantwortlich* Gebrauch macht,³⁹⁷⁴ der Einzelne kann sich durch unfreiwilliges Handeln genauso so «fremd» sein, wie ihm ein Dritter fremd ist, der ohne oder gegen seinen Willen handelt.³⁹⁷⁵ Damit relativiert sich gleichzeitig der Einwand, Freiheitsbeschränkungen seien nur zum Schutz Dritter («*harm principle*») zulässig.³⁹⁷⁶ Vor allem aber schwächt sich der Konflikt mit der *Würde* und der grundrechtlich geschützten *Selbstbestimmung und Eigenverantwortung* ab, wenn die Selbstbestimmungsfähigkeit nicht oder nur beschränkt vorhanden ist und dem Einzelnen das Erreichen seiner eigentlichen Ziele überhaupt erst ermöglicht werden soll.³⁹⁷⁷

Dass die Einzelne grundrechtlich auch darin geschützt ist, defizitäre Entscheidungen zu treffen, nimmt dem weich paternalistischen Eingriff seine grundsätzliche Zulässigkeit nicht.³⁹⁷⁸ Dies ist zwar mit ein Grund, dass der autonomieorientierte

damit kein gerechter Interessenausgleich, keine beidseitige Verwirklichung der Selbstbestimmung stattfindet; der «Wille» allein bietet insofern keine Gewähr für Vertragsgerechtigkeit (BELSER, Vertragsrecht, 31 ff., 51 f., 104 f., 108, 111, 144 ff., 163 f. und 655 f.; ferner SUSAN EMMENEGGER, Geschlechtsspezifische Aspekte des Bürgschaftsvertrages, in: Verein Pro FRI – Schweizerisches Feministisches Rechtsinstitut [Hrsg.], Recht Richtung Frauen – Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, Lachen/St. Gallen 2001, 91 ff., 112 ff. und 120 f.; BK OR-KRAMER, Art. 19–20, Rz. 25; HABERSACK, 47 f.). Es ist insofern zu unterscheiden zwischen einer formalen und einer materiellen Vertragsfreiheit, die auch die Möglichkeiten und Chancen, von der Freiheit tatsächlich und selbstbestimmt Gebrauch zu machen, berücksichtigt (BELSER, Vertragsrecht, 163 ff.). Freilich bleibt die Frage offen, wie *weit* der Schutz der «schwächeren» Vertragspartei gehen soll bzw. wo eine Ungleichgewichtslage entsteht, die eine Beschränkung der Vertragsfreiheit rechtfertigt (vgl. TSCHANNEN, Rechtsgüterschutz, 50 ff.).

³⁹⁷² VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 99 ff.; FATEH-MOGHADAM, Lebendorganspende, 28 f.; vorne, Fn. 1808 (mit Differenzierungen).

³⁹⁷³ Vgl. vorne, bei Fn. 1797 ff.

³⁹⁷⁴ MAYR, 71.

³⁹⁷⁵ Siehe vorne, bei Fn. 3083; s.a. bei Fn. 2189.

³⁹⁷⁶ SUNSTEIN, Why Nudge?, 19 f.

³⁹⁷⁷ ENDERS, Sozialstaatlichkeit, 41 f.; vgl. auch BVerfGE 128, 282 (304), sowie BVerfGE 58, 208 (225), wonach der Freiheitsanspruch des «Fürsorgebedürftigen» nicht losgelöst von dessen tatsächlichen Möglichkeiten zur freien Willensbildung bestimmt werden könne; s.a. vorne, bei Fn. 1157.

³⁹⁷⁸ Zum Stellenwert der «Freiwilligkeit» bei der Bestimmung der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung vorne, Teil 2 III. F. 3. c).

Paternalismus nicht einfach unproblematisch ist,³⁹⁷⁹ bedeutet aber nicht, dass defizitäre Entscheidungen *absoluten* Schutz verdienen müssten: Der Staat wird zwar in den grundrechtlichen Rechtfertigungszwang gedrängt (und *soll* auch in die Rechtfertigung gezwungen werden), doch wäre es nicht überzeugend (und in einem dem Schutz der Freiheit und Würde des Menschen verpflichteten Staat nicht begründbar³⁹⁸⁰), dem Staat den Schutz von privaten Interessen (vollumfänglich) zu verwehren, die der Einzelne gefährdet, ohne dies zu wollen. Besonderes offensichtlich ist dies, wenn die Urteilsfähigkeit nicht gegeben ist. Der «natürliche Wille» markiert aus verfassungsrechtlicher Sicht keine absolute Grenze staatlichen Handelns³⁹⁸¹ (was aber nicht bedeutet, dass die vom Urteilsunfähigen geäußerten Wünsche und Bedürfnisse bei der Interessenabwägung unbeachtlich wären³⁹⁸²).

Ein weicher, auf die Absicherung der «Freiwilligkeit» zielender Paternalismus steht auch nicht in einem grundsätzlichen Konflikt mit *sozialstaatlichen* Zielsetzungen oder speziellen verfassungsrechtlichen Schutz- und Fürsorgeaufträgen: Vielmehr bliebe der Staat hinter den Erwartungen der (Sozial-)Verfassung *zurück*, wenn er den Menschen vollumfänglich seinem (nicht freiverantwortlich gewählten) Schicksal überlassen würde,³⁹⁸³ und wird – wie gezeigt – durch verschiedene Bestimmungen gar zu einem autonomieorientierten Schutz *angehalten*. Dies insbesondere im Bereich der *Forschung am Menschen*³⁹⁸⁴, der *Transplan-*

³⁹⁷⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 3990.

³⁹⁸⁰ Vgl. im Zusammenhang mit der Würde vorne, bei Fn. 1143, 1188 und 2545 ff.; zu den autonomieorientierten Schutzpflichten siehe vorne, Teil 3 IV. B. 3.

³⁹⁸¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen des Bundesrats bezüglich der Frage, ob ein natürlicher, ablehnender «Wille» einer dauernd urteilsunfähigen Person einer Sterilisation entgegenstehen soll – der Bundesrat sprach sich gegen ein solches «faktisches» Sterilisationsverbot aus: Zahlreiche «Menschen mit einer schweren geistigen Behinderung» hätten «unverhältnismässig grosse Angst vor medizinischen Untersuchungen und Massnahmen und insbesondere vor Spritzen [...]. Die Folgen einer negativen Entscheidung wegen Angst vor einem medizinischen Eingriff könnten aber Schwangerschaft, Geburt oder unter bestimmten Voraussetzungen Abtreibung sein, die für eine urteilsunfähige Frau noch belastender sein dürften [...]» (Stn. BR Ber. RK-N Zwangssterilisation, 6365); anders die RK-N, die in ihrem Entwurf einen ablehnenden Handlungswillen als ausreichend erachten wollte, damit die Sterilisation einer dauernd urteilsunfähigen Person unzulässig ist (siehe Ber. RK-N Zwangssterilisation, 6331); gemäss dem geltenden Art. 7 Sterilisationsgesetz führt die Ablehnung der Sterilisation durch eine dauernd urteilsunfähige (über 16-jährige) Person nicht zu einem absoluten Sterilisationsverbot; vgl. jetzt aber auch die Antwort des BR vom 26. Mai 2021 auf die Ip. Fehlmann Rielle 20.4386 und die Stn. des BR vom 22. Februar 2023 zur Mo. Fehlmann Rielle 22.4385.

³⁹⁸² Vgl. hinten, bei Fn. 4293 ff.

³⁹⁸³ Vgl. vorne, Teil 3 IV. E.; bezogen auf die *öffentliche Sicherheit* siehe Teil 3 IV. C. 3.

³⁹⁸⁴ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) i).

tationsmedizin³⁹⁸⁵ und des Kinder- und Jugendschutzes³⁹⁸⁶; punktuell auch durch den in Art. 35 BV enthaltenen Grundrechtsverwirklichungsauftrag³⁹⁸⁷. Die Menschenwürde verlangt ebenfalls, dass der Mensch nicht schutzlos gestellt wird, wenn sich seine (nicht freiverantwortlichen) Entscheidungen negativ auf sein Leben auswirken (können).³⁹⁸⁸

2. Problematik des autonomieorientierten Paternalismus

Ein «autonomieorientierter» Paternalismus ist aber nicht einfach unproblematisch. Je nachdem wie er ausgestaltet wird, relativiert sich die zunächst doch so offensichtlich erscheinende Verträglichkeit mit einem freiheitlichen Staatsverständnis.³⁹⁸⁹ Dabei ist zu bedenken, dass die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung oder zumindest «Selbstorientierung» auch «defizitäre» Entscheidungen umfasst³⁹⁹⁰ und dass selbst der autonomieorientierte Eingriff als *unerwünschte Einmischung* in die eigenen Angelegenheiten empfunden werden und mit – teils erheblichen – *Freiheits- und Wohlfahrtsverlusten* verbunden sein kann.³⁹⁹¹ Ausserdem lassen sich die Grenzen zwischen einem Paternalismus, der die Selbstbestimmung sichern, und einem Paternalismus, der unsere Präferenzen gezielt beeinflussen und steuern will, keineswegs immer trennscharf ziehen.³⁹⁹²

Auf einer grundsätzlichen Ebene stellt sich die Frage, was überhaupt «freiwilliges» Handeln ausmacht bzw. wann jemand über ein genügend ausgeprägtes Selbstbestimmungsdefizit verfügt bzw. als hinreichend «inkompetent» erscheint, damit das Aufdrängen von Schutz und Hilfe gerechtfertigt ist:³⁹⁹³ Nimmt man die Freiwilligkeit oder die Selbstbestimmungsfähigkeit zum Ansatzpunkt für paternalistisches Staatshandeln, sieht man sich mit der (bereits mehrfach erwähnten) Problematik konfrontiert, dass die Einzelne nie über eine «vollkommene» oder «perfekte» Autonomie verfügt bzw. sich eine Vielzahl von inneren und äusseren Umständen (negativ) auf die Entscheidungsfindung auswirken (können).³⁹⁹⁴ Die Orientierung an der «Freiwilligkeit» birgt deshalb die Gefahr *nahezu unbegrenzter* paternalistischer

³⁹⁸⁵ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) iii).

³⁹⁸⁶ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. c).

³⁹⁸⁷ Vorne, Teil 3 IV. B. 3.

³⁹⁸⁸ Vorne, bei Fn. 3980 mit weiteren Verweisen.

³⁹⁸⁹ Vgl. GUTWALD, 73 ff. und 92.

³⁹⁹⁰ Vgl. vorne, Teil 2 III. E. 3. c) und bei Fn. 3979; KIENZERLE, 130 f.

³⁹⁹¹ Vorne, bei Fn. 2080 ff. und 2116, sowie hinten, Teil 4 III. C. 2. c).

³⁹⁹² Vgl. vorne, bei Fn. 3853 f.

³⁹⁹³ Vgl. ENDERLEIN, 17; KIENZERLE, 131 ff.

³⁹⁹⁴ Dazu vorne, bei Fn. 2042 ff.

Einmischungen.³⁹⁹⁵ Jedenfalls gilt: Je strenger die Anforderungen sind, die an die «Freiwilligkeit» gestellt werden, je eher «Unfreiwilligkeit» oder ein «Selbstbestimmungsdefizit» unterstellt werden, desto mehr (Rechtfertigungs-)Möglichkeiten ergeben sich für «weich» paternalistische, korrigierend auf die (als defizitär erachtete) Selbstbestimmung einwirkende Eingriffe.³⁹⁹⁶ Und: Je substanzieller die an die Autonomie gestellten Anforderungen sind, desto mehr nähert sich der weiche einem *harten*, am «objektiv» Vernünftigen orientierten Paternalismus an.³⁹⁹⁷ Damit besteht das Risiko, dass der weiche Paternalismus unter dem Etikett der *Autonomisierung* zur Rechtfertigung weitreichender Freiheitsbeschränkungen herbeigezogen³⁹⁹⁸ und die Selbstbestimmung über die «Beurteilung der Freiwilligkeit» von einem objektiven Vernünftigkeitssstab abhängig gemacht wird.³⁹⁹⁹

In der Botschaft zum HFG findet sich die Auffassung, die Teilnahme an einem Forschungsprojekt sei dann nicht freiwillig, wenn die damit verbundenen Risiken aus *ökonomischen Gründen* bewusst in Kauf genommen würden.⁴⁰⁰⁰ Vordergründig handelt es sich dabei um einen autonomieorientierten, weichen Paternalismus (Schutz der Freiwilligkeit). Tatsächlich aber werden die Anforderungen an die Freiwilligkeit – keine Motivation des Entscheids durch ökonomische Anreize – derart hoch angesetzt, dass sich der «weiche» Paternalismus von einem harten Paternalismus kaum mehr unterscheidet bzw. sich zumindest so *auswirkt*. Eine Entscheidung könnte sich selbst dann nicht als ausreichend freiwillig qualifizieren, wenn die damit verbundenen Risiken bekannt sind, richtig eingeschätzt und bewusst in Kauf genommen werden.⁴⁰⁰¹

Wo die Grenzen zwischen einem zulässigen und einem unzulässigen, namentlich unverhältnismässigen autonomieorientierten Paternalismus verlaufen und welche Defizite unter welchen Umständen als so schwerwiegend erachtet werden dürfen,

³⁹⁹⁵ REGAN, 115 f.; ENGI, Neutralität, 117 f.; ferner SCHEIDEGGER, Rz. 19; beispielsweise könnte der Staat «Seitensprünge» mit der Begründung verbieten, sie seien Ausdruck einer emotionalen, sexuellen «Überhitzung» und der oder die Einzelne sei gar nicht in der Lage, die langfristigen Konsequenzen richtig abzuschätzen, sei «willensschwach» und habe ein Selbstkontrollproblem (siehe das Beispiel bei LAIBSON/ZETTELMEYER, 29, die eine solche Intervention allerdings mit der Begründung ablehnen, dass der/die Einzelne eine Affäre durchaus wollen bzw. gute Gründe dafür haben könne – z.B. eine schlechte Partnerschaft –, «die mit einem Mangel an Selbstkontrolle nichts zu tun haben»).

³⁹⁹⁶ Vgl. SCHMOLKE, 22 und 24; GUTWALD, 82 f.; SCHEIDEGGER, Rz. 17; KIENZERLE, 133 f. und 158.

³⁹⁹⁷ Vgl. OHLY, 74; SCHMOLKE, 21 ff., insb. 24; MAYR, 50; KIENZERLE, 38 f., 133 f. und 158; SCHEIDEGGER, Rz. 17; ENDERLEIN, 17; RIGOPOULOU, 22 f. und 28; KLIMPEL, 28; WOLF, Paternalismus, 54 f.; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 388 f.; MURPHY, 466 und 473; s.a. LENZ, 225; vgl. ferner vorne, bei Fn. 350 ff., 369 und 2077 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4886 («Raucherclubs»).

³⁹⁹⁸ Vgl. WOLF, Konflikte, 11 f.; SCHEIDEGGER, Rz. 17; s.a. vorne, bei Fn. 504.

³⁹⁹⁹ SAUTTER, 156 ff.

⁴⁰⁰⁰ Botsch. HFG, 8104 f.; vorne, bei Fn. 663.

⁴⁰⁰¹ Vgl. hinten, bei Fn. 4078 ff.

dass sich eine Intervention rechtfertigt, ist eine ausgesprochen schwierige Frage.⁴⁰⁰² Dies jedenfalls dann, wenn man (richtigerweise) auch andere Defizite als eigentliche Unwissenheit oder Unfähigkeit zu vernunftgemäßem Handeln in die Betrachtung miteinbezieht,⁴⁰⁰³ oder anders gesagt: wenn man auch weniger stark ausgeprägte Defizite nicht kategorisch als legitimen Ansatzpunkt für einen weichen Paternalismus ausschliessen will.⁴⁰⁰⁴ Nicht zu Unrecht werden Begriffe wie Freiwilligkeit und Autonomie als *blinder Fleck* der Paternalismuskonzeption bezeichnet⁴⁰⁰⁵ – die (verfassungsrechtliche) Zulässigkeit und die (verfassungsrechtlichen) Grenzen des weichen Paternalismus scheinen insofern noch unzureichend ausgelotet zu sein.⁴⁰⁰⁶ Und auch wenn in der bisherigen Diskussion etwa Unwissenheit, psychologischer und sozialer Zwang oder nur beschränkte Fähigkeiten, Informationen angemessen zu verarbeiten, als grundsätzlich zulässige Interventionsgründe genannt werden,⁴⁰⁰⁷ so sind dies doch immer noch reichlich offene Masstäbe.⁴⁰⁰⁸

Der Verfassung selbst lassen sich höchstens *punktuell* Anhaltspunkte für die Frage entnehmen, wann eine Person als derart *«inkompetent»* gelten muss, dass es sich rechtfertigt, ihr einen weich paternalistischen Schutz aufzudrängen (vgl. insbesondere Art. 118b Abs. 2 Bst. a und c BV betreffend die Forschung am Menschen: *informierte* Einwilligung und Schutz der *Urteilsunfähigen*⁴⁰⁰⁹); dies gilt auch für die Grundrechte bzw. den Auftrag, Grundrechte zu verwirklichen und zu schützen.⁴⁰¹⁰ Umgekehrt lassen sich der Verfassung aber auch keine klaren Aussagen entnehmen, wann ein *weicher* Paternalismus als *grundsätzlich unzulässig* gelten muss – sie gibt höchstens eine (grobe) Richtung vor: So geht der *Konsumentenschutz* nicht so weit, dass der vollständig rationale Konsumententscheid den Orientierungspunkt für staatliches Handeln darstellen müsste oder dürfte.⁴⁰¹¹ Der Schutz und die För-

⁴⁰⁰² OHLY, 87; GUTWALD, 82; FEINBERG, Harm to Self, 113; vgl. etwa die zahlreichen Differenzierungen bei MAYR, 48 ff.; bezogen auf die Schwierigkeiten, die Grenzen eines Verzichts auf Verfahrensrechte zu bestimmen, siehe ZIMMERLIN, Rz. 196.

⁴⁰⁰³ MURPHY, 478 f.

⁴⁰⁰⁴ Hinten, Teil 4 III. C. 2. b) iii).

⁴⁰⁰⁵ VAN AAKEN, Nudge, 91; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 27; SCHEIDEGGER, Rz. 17; KIENZERLE, 37 f. und 134; zur Problematik des unscharfen Freiwilligkeitsbegriffs beim weichen Paternalismus s.a. SZERLETICS, 217.

⁴⁰⁰⁶ Vgl. vorne, Fn. 48; mit Blick auf die philosophische Diskussion des weichen Paternalismus: ENDERLEIN, 42 ff.; SCHMOLKE, 22.

⁴⁰⁰⁷ Vgl. aus einer philosophischen Sicht: REGAN, 114 ff.; MURPHY, 468 ff.; s.a. SCHMOLKE, 22.

⁴⁰⁰⁸ REGAN, 116; SCHMOLKE, 22.

⁴⁰⁰⁹ Vgl. vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) i) (b).

⁴⁰¹⁰ OHLY, 89; siehe zu den autonomieorientierten Schutzpflichten vorne, Teil 3 IV. B. 3.

⁴⁰¹¹ Vorne, bei Fn. 3519.

derung des *Kindeswohls* bedingen, dass Minderjährigen die Fähigkeit und das Recht zur Selbstbestimmung nicht vorschnell abgesprochen wird.⁴⁰¹² Je stärker menschliches Entscheidungsverhalten als defizitär eingestuft wird, desto grösser ist die Gefahr, *grundrechtlich geschützte Freiheit zu unterlaufen* und desto grösser ist das Konfliktpotential mit der *Menschenwürde*.⁴⁰¹³ Und die *Kerngehaltsgarantie* darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass an die Freiwilligkeit der Grundrechtsausübung zu hohe Anforderungen gestellt werden.⁴⁰¹⁴ Ausserdem ist bei der Frage, wo die Grenzen zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Verhalten verlaufen, immer das *Diskriminierungsverbot* zu berücksichtigen.⁴⁰¹⁵

Allerdings lassen sich gestützt auf die bisher herausgearbeiteten Vorgaben und Wertungen Aussagen darüber treffen, was aus verfassungsrechtlicher Sicht *überhaupt* als Selbstbestimmungsdefizit in Frage kommt.⁴⁰¹⁶ Davon zu trennen ist die (weiter hinten zu diskutierende) Frage der *Zumutbarkeit* der weich paternalistischen Intervention: Der Gefahr, dass die grundrechtlich geschützte Freiheit unterlaufen wird, ist durch eine *differenzierte und umfassende Interessenabwägung* sowie durch hohe *Begründungsanforderungen* bezüglich der Zumutbarkeit des aufgedrängten Schutzes Rechnung zu tragen.⁴⁰¹⁷

B. Charakterisierung des Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungsdefizits

Welche Entscheidungen dürfen aus einer verfassungsrechtlichen Sicht als «defizitär» begriffen werden und zwar als so defizitär, dass ein *weich* paternalistisches Eingreifen *überhaupt* in Frage kommen kann? Welche Umstände dürfen *nicht* dazu verleiten, von einem defizitären Verhalten zu sprechen? Wo ist (besondere) Zurückhaltung mit der Unterstellung eines «unfreiwilligen» Verhaltens angezeigt? Diese Fragen sind nachfolgend zu vertiefen.

⁴⁰¹² Vorne, Teil 3 IV. E. 2. c), insb. bei Fn. 3381 ff.

⁴⁰¹³ Vorne, bei Fn. 2077 f. und Teil 2 II. C. 4, Ziff. (7.) bei Fn. 1185.

⁴⁰¹⁴ Vorne, bei Fn. 2196 ff., 2228 und 3583 ff., sowie hinten, bei Fn. 4318.

⁴⁰¹⁵ Vgl. vorne, Teil 3 III. C. 2, und hinten, bei Fn. 4116; s.a. hinten, bei Fn. 4077.

⁴⁰¹⁶ Nachfolgend, Teil 4 III. B.

⁴⁰¹⁷ Hinten, Teil 4 III. C.

1. Vorbemerkungen

a) Das Selbstbestimmungsdefizit muss sich nachteilig auswirken

Zunächst ist festzuhalten, dass eine irgendwie geartete Beeinträchtigung in der Willensbildung und -umsetzung für sich genommen noch keinen Ansatzpunkt für einen Schutz vor sich selbst bildet. Erforderlich ist, dass diese zu einer «ungewollten» Wahl bzw. zu einer *nicht beabsichtigten Schmälerung des individuellen Wohls* führt.⁴⁰¹⁸ Hätte sich die Betroffene ohne die sich ungünstig auf die Selbstbestimmung auswirkenden Umstände gleich entschieden, liegt kein für die Begründung einer paternalistischen Intervention relevantes Defizit vor.⁴⁰¹⁹ Das Selbstbestimmungsdefizit ist so gesehen eine notwendige, aber *keine hinreichende* Bedingung dafür, der Einzelnen einen weich paternalistischen Schutz aufzudrängen.⁴⁰²⁰

Es besteht kein Grund, den Urteilsunfähigen daran zu hindern, eine *sichere* Brücke zu überqueren; anders ist dies, wenn die Brücke vom Einsturz bedroht ist.⁴⁰²¹ Eine Gurtentragungspflicht findet keine (weich paternalistische) Legitimation in einer falschen Risikoeinschätzung, wenn sich der Einzelne, würde er das Risiko eines Unfalls richtig einschätzen, dennoch gegen das Tragen der Gurten entscheiden würde.⁴⁰²²

Richtigerweise wird in Art. 390 Abs. 1 ZGB nicht allein auf einen «Schwächezustand» abgestellt, um eine Beistandschaft zu rechtfertigen. Zusätzlich muss sich dieser Schwächezustand so auswirken bzw. dazu führen, dass die Person «ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann».⁴⁰²³

In der Erhöhung der «Rationalität» menschlichen Entscheidungsverhaltens findet eine aufgedrängte Fürsorge für sich genommen noch keine ausreichende Rechtfertigung.⁴⁰²⁴ Dies ist

⁴⁰¹⁸ Vgl. FEINBERG, Harm to Self, 119 f.; s.a. vorne, bei Fn. 2877, und hinten, bei Fn. 4125.

⁴⁰¹⁹ Vgl. PERŠAK, 180; vgl. bezogen auf die ärztliche Aufklärungspflicht und einen Aufklärungsmangel VAN SPYK, 206 f., s.a. 241; ferner TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 162 (im Zusammenhang mit dem Wunsch zu sterben): «Als Kontrollüberlegung kann man fragen, ob die Entscheidung ohne die nachteiligen äusseren Umstände dennoch gleich getroffen worden wäre.»

⁴⁰²⁰ Siehe aus philosophischer Sicht FEINBERG, Legal Paternalism, 8; s.a. DERS., Harm to Self, 119; ferner MURPHY, 466 und 477 ff.; POPE, 678 f. und 715.

⁴⁰²¹ FEINBERG, Legal Paternalism, 8.

⁴⁰²² Vgl. PERŠAK, 180.

⁴⁰²³ Vgl. dazu CHK ZGB-FOUNTOULAKIS, Art. 390, Rz. 4; Botsch. Erwachsenenschutz, 7043. Problematisch ist allerdings, dass der Schwächezustand für sich genommen noch kein Selbstbestimmungsdefizit begründet – der Einzelne kann durchaus (freiverantwortlich) in Kauf nehmen, seine eigenen Angelegenheiten nicht angemessen selbst besorgen zu können, vgl. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iii); s.a. Teil 4 III. B. 10.

⁴⁰²⁴ Vgl. FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 394 f.

insbesondere im Zusammenhang mit verhaltensökonomisch geprägten Legitimationsansätzen für paternalistisches Handeln von Bedeutung (libertärer Paternalismus).⁴⁰²⁵

b) Beurteilung mit Blick auf die konkrete Entscheidungssituation

Es ist immer bezogen auf die *konkrete Entscheidungssituation* zu beurteilen, ob ein Selbstbestimmungsdefizit vorliegt.⁴⁰²⁶ Dabei ist auch ein allfälliges Vorwissen zu berücksichtigen.

Eine medizinische Zwangsbehandlung kann nicht schon deshalb angeordnet werden, weil die betroffene Person in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit als eingeschränkt erscheint und ohne Behandlung eine (schwere) Gesundheitsschädigung droht. Vielmehr ist erforderlich, dass der Betroffene bezüglich seiner *Erkrankung* und *Behandlungsbedürftigkeit* bzw. den *Folgen eines Behandlungsverzichts* einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt – im Kontext medizinischer Zwangsbehandlungen muss diesbezüglich grundsätzlich *Urteilsunfähigkeit* vorliegen.⁴⁰²⁷

Wer aus eigener Erfahrung *bereits weiss*, wie sich eine Krankheit auf ihn auswirkt, verfügt diesbezüglich über kein Selbstbestimmungs- bzw. Informationsdefizit.⁴⁰²⁸ Entsprechend verhält es sich bezogen auf Operationsrisiken.⁴⁰²⁹

2. Inkaufnahme eines Risikos bedeutet kein Freiwilligkeitsdefizit

Als problematisch können sich Fälle erweisen, in denen der Einzelne die Schädigung eigener Rechtsgüter *in Kauf* nimmt, um ein *bestimmtes* Ziel zu erreichen. Aus grundrechtlicher Sicht ist es allerdings dem Einzelnen überlassen, zu welchen Zwecken er seine Rechtsgüter gefährdet,⁴⁰³⁰ was der Annahme eines defizitären Verhaltens zum Vornherein Grenzen setzt. Zudem können Nachteile, die der Einzelne zwecks Erreichung eines bestimmten Ziels in Kauf nimmt, nicht als (ungewollter) «Wohlfahrtsverlust» oder «Schaden» begriffen werden.⁴⁰³¹ Wer einen Nachteil bewusst in Kauf nimmt, handelt insofern nicht «unfreiwillig». Relevant ist dies etwa für die (zu verneinende) Frage, ob der blosser «Protestcharakter» eines Hungerstreiks eine Zwangsernährung rechtfertigen kann.⁴⁰³² Auch geht es zu weit, öko-

⁴⁰²⁵ Siehe hinten, bei Fn. Teil 4 III. C. 4. b), Ziff. (1.) bei Fn. 4642 f.

⁴⁰²⁶ MURPHY, 467 f.; bezogen auf die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) siehe hinten, bei Fn. 4223.

⁴⁰²⁷ Dazu im Einzelnen hinten, Teil 4 III. C. 4. a) iii).

⁴⁰²⁸ Botsch. Erwachsenenschutz, 7033.

⁴⁰²⁹ Ein Patient braucht deshalb nicht über bereits bekannte Operationsrisiken aufgeklärt zu werden, siehe VGer BE, Urteil vom 6. März 2000, VGE 20559, BVR 2000, 438 ff., E. 3c, 6c und 8, 443, 447 und 451.

⁴⁰³⁰ Vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (2.) bei Fn. 1331 ff.

⁴⁰³¹ Vorne, bei Fn. 3930 f.

⁴⁰³² Dazu hinten, bei Fn. 4541 ff.

nomischen Überlegungen oder finanziellen Anreizen pauschal negative Auswirkungen auf die Selbstbestimmung zu unterstellen.⁴⁰³³

3. Unbeständigkeit von Präferenzen

Dass die Wünsche und Präferenzen des Einzelnen (häufig) instabil und nicht beständig sind,⁴⁰³⁴ begründet für sich genommen nicht zwingend ein Selbstbestimmungsdefizit.⁴⁰³⁵ Letztlich ist es nie ausgeschlossen, dass ein Sachverhalt zu einem späteren Zeitpunkt anders beurteilt wird oder ein Wandel in den individuellen Einstellungen stattfindet. Ein defizitäres Entscheidungsverhalten schon deshalb anzunehmen, weil sich die Einzelne in der Zukunft anders entscheiden könnte, liesse die Selbstbestimmung geradezu leerlaufen, zumal jeweils die *aktuelle* Entscheidung Schutz erfährt und zu respektieren ist.⁴⁰³⁶

Allerdings: Wenn die Einzelne nicht hinreichend in Rechnung stellt oder zu stellen vermag, dass (ihre) Entscheidungen einer «besseren» Einsicht zugänglich sind, kann darin durchaus ein Freiwilligkeitsdefizit liegen. Nach den Erkenntnissen der Verhaltensökonomie neigen die Menschen zudem dazu, die Dauer von emotionalen Zuständen («*hot states*») wie Verliebtheit, Trauer oder eine depressive Verstimmung zu überschätzen.⁴⁰³⁷ Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass selbst von einem seit vielen Jahren bestehenden Wunsch nicht zwangsläufig auf die *Freiverantwortlichkeit* des Handelns geschlossen werden darf, da dieser Wunsch durchaus auf Fehlvorstellungen beruhen kann. Relevant ist dies alles z.B. für den Umgang mit individuellen Sterbewünschen.⁴⁰³⁸

4. Wissen um die Möglichkeit einer «unklugen» Wahl

Wer in seinen Denk- und Abwägungsprozess die Möglichkeit miteinschliesst, dass er seine Entscheidung nachträglich bereut, unterliegt bezogen auf die getroffene

⁴⁰³³ Vgl. dazu weiter hinten Teil 4 III. B. 6, insb. bei Fn. 4078 und 4080 ff.

⁴⁰³⁴ Bezogen auf Sterbewünsche vgl. hinten, bei Fn. 4473 f.

⁴⁰³⁵ Vgl. GUTMANN, Kritik, 235 ff.

⁴⁰³⁶ Vorne, bei Fn. 1336, s.a. bei Fn. 1355 f.; ferner KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 9, Rz. 115, wonach der Staat ein Verbot von Tätowierungen nicht einzig mit der Begründung erlassen könnte, dass «die meisten Betroffenen die Tätowierung früher oder später wieder rückgängig machen wollen. Die Entscheidung über den Gebrauch seiner Grundrechte steht grundsätzlich den Grundrechtsträgern selbst zu und der Staat hat den *freien Willen* einer Person entsprechend zu respektieren» (Herv. d. Verf.).

⁴⁰³⁷ Vorne, bei Fn. 30.

⁴⁰³⁸ Vgl. hinten, bei Fn. 4474 ff.

Wahl keinem eigentlichen Defizit. Zudem gehört es zur grundrechtlich geschützten Freiheit, eine Entscheidung zu treffen, die man später möglicherweise bereut bzw. bei der man nicht sicher ist, ob sie sich nachträglich als «richtig» herausstellen wird.⁴⁰³⁹ Problematisch sind allerdings diejenigen Fälle, in welchen das Risiko eines Schadeneintritts zwar bekannt ist, aber *falsch eingeschätzt* wird.⁴⁰⁴⁰ Entsprechendes gilt, wenn der Einzelne zwar vielleicht anders handeln möchte, aber einer «Willensschwäche» unterliegt.⁴⁰⁴¹

5. Trennung zwischen Selbstbestimmungsdefizit und der «objektiv vernünftigen» oder «besten» Wahl

Zwischen der Frage der Freiwilligkeit und der («objektiven») Vernünftigkeit ist klar zu unterscheiden:⁴⁰⁴² Insbesondere darf allein aus dem Umstand, dass die Einzelne nicht die (von aussen gesehen) *beste Option* wählt, noch nicht auf ein Selbstbestimmungsdefizit geschlossen werden. Da (fast) immer bessere Optionen denkbar sind, müssten bei einer solchen Auffassung letztlich eine Vielzahl von Entscheidungen als «unfreiwillig» gelten.⁴⁰⁴³ Auch demjenigen, der seinen Nutzen und Profit nicht maximieren *will*, kann keineswegs unterstellt werden, er unterliege einem Selbstbestimmungsdefizit.⁴⁰⁴⁴ Entsprechendes gilt bezogen auf einen Menschen, der seine Freiheit *nicht maximieren* bzw. auf künftige Handlungsoptionen verzichten will. Ein «freiheitsmaximierender Paternalismus» lässt sich (auch) aus diesem Grund nicht als weicher Paternalismus begreifen und rechtfertigen.⁴⁰⁴⁵ Dass das Handlungsziel oder die dafür eingesetzten Mittel als unvernünftig, ungewöhnlich oder nicht nachvollziehbar erscheinen oder dass sich der Einzelne – von aussen gesehen – einen (schweren) «Schaden» zufügt, ist ebenfalls unerheblich, solange er in Übereinstimmung mit seinen eigenen Werten, Wünschen und (selbstbestimmt gebildeten) Präferenzen handelt.⁴⁰⁴⁶ Es kommt darauf an, ob die Entscheidung

⁴⁰³⁹ Vorne, bei Fn. 1202.

⁴⁰⁴⁰ Vgl. bezogen auf Helm- und Gurtentragpflichten vorne, bei Fn. 26, und hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii).

⁴⁰⁴¹ Vgl. zur Problematik von «Willensschwäche» und «Selbstkontrollproblemen» hinten, Teil 4 III. B. 8.

⁴⁰⁴² SCHRAMME, *Indirect Paternalism*, 104; KIENZERLE, 166 ff.

⁴⁰⁴³ Vgl. MONA, *Unfreiheit*, 29.

⁴⁰⁴⁴ Vgl. CAMERER et al., 1216 f.; s.a. BUBLITZ, 58, wonach das Recht nicht nur eigennützig motiviertes Verhalten als «rationales» Verhalten akzeptieren dürfe.

⁴⁰⁴⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 3821.

⁴⁰⁴⁶ Vgl. MURMANN, 267 f.; THÜSING, Rz. 15; BUYX, 271; WOLF, *Konflikte*, 4 f.; MURPHY, 473 und 478; BIRNBACHER, 13 f.; vgl. bezogen auf einen Aufklärungsverzicht im medizinischen Kontext: GETH/MONA, 161; vgl. im Kontext der Urteilsfähigkeit CHK ZGB-

«*subjektiv*», nicht ob sie «*objektiv*» rational bzw. irrational ist.⁴⁰⁴⁷ Auf ein Defizit oder einen «*irrationalen*» Entscheid darf insbesondere nicht deshalb geschlossen werden, weil die Einzelne von einem (angeblich) «*objektiven*» Standard des individuellen Wohls bzw. den mehrheitlich geteilten Vorstellungen über ein «*gutes*» und «*richtiges*» Lebens abweicht (was nicht zuletzt im Kontext des *Nudging* von Bedeutung ist⁴⁰⁴⁸).

So kann – entgegen einem in der philosophischen Debatte vertretenen Standpunkt – ein masochistisches **Verlangen nach Schmerz** sehr wohl einem rationalen Entscheid entspringen und darf nicht einfach einer «*Inkompetenz*» gleichgesetzt werden.⁴⁰⁴⁹ Einem Wunsch, **Sterbehilfe** in Anspruch zu nehmen, kann nicht deshalb die Freiwilligkeit abgesprochen werden, weil die Betroffene nicht terminal krank ist oder ihr Entscheid – von aussen gesehen – nicht auf «*guten*» Gründen beruht,⁴⁰⁵⁰ zumal die Freiheit zu sterben ohnehin nicht von solchen Voraussetzungen abhängig ist.⁴⁰⁵¹ Für problematisch erachte ich es, wenn die Beurteilung der Freiwilligkeit einer **Organspende** mit der Frage verknüpft wird, ob der Einzelne aus altruistischen Gründen handelt oder nicht. Auch eine eigennützig motivierte Organspende kann vom Einzelnen freiverantwortlich gewollt sein.⁴⁰⁵²

Von einem – von aussen gesehen – unvernünftigen oder den «*wohlverstandenen*» Interessen zuwiderlaufenden Verhalten darf auch nicht einfach auf das Vorliegen von *Urteilsunfähigkeit* geschlossen werden.⁴⁰⁵³

BREITSCHMID, Art. 16, Rz. 2 («*stimmiges, emotional getragenes, kohärentes Resultat der Willensbildung*» [Herv. im Original]).

⁴⁰⁴⁷ Dazu vorne, Teil 4 II. B. 2, siehe insb. bei Fn. 3899 f.

⁴⁰⁴⁸ GLOD, *Nudges*, 614 ff.; hinten, Teil 4 III. C. 4. b), Ziff. (2.) bei Fn. 4649 ff.; vgl. bereits vorne, Teil 1 II. B. 10, Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff.

⁴⁰⁴⁹ Vgl. aber MUPRHY, S. 473 und Fn. 15, wonach kein rationaler Mensch ein masochistisches Verlangen nach Schmerz haben könne.

⁴⁰⁵⁰ So von einem ethischen Standpunkt aus auch PETER SCHABER/ANDREAS MAIER/HOLGER BAUMANN, *Assisted Suicide and Autonomy, Lay Summary*, 7 ff. (abrufbar unter: www.nfp67.ch/SiteCollectionDocuments/Lay%20summary%20final%20report_Schaber_def.pdf).

⁴⁰⁵¹ Siehe vorne, bei Fn. 1343 ff.

⁴⁰⁵² Vgl. demgegenüber BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3402, wonach es gerechtfertigt sei, die *Freiwilligkeit* einer Spende nicht regenerierungsfähiger Organe nur bei einem altruistischen Motiv anzunehmen; dazu auch hinten, bei Fn. 4463 ff.

⁴⁰⁵³ Vgl. BGE 127 I 6, E. 7 b/bb und cc; s.a. EVG, Urteil vom 6. Mai 2002, U 395/01, E. 1 (Leistungspflicht der Unfallversicherungen bei Suizid), wonach für den Nachweis von *Urteilsunfähigkeit* bezüglich einer Suizidhandlung «*nicht allein entscheidend [sei]*, ob diese als unvernünftig, uneinfühlbar oder abwegig» erscheine; ferner TAG, *Hungerstreik*, 44; DITTMANN, *Urteilsfähigkeit*, 40 f. und 44; FamKomm *Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL*, Art. 16 ZGB, Rz. 3; AEBI-MÜLLER, 155; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 38; FamKomm *Erwachsenenschutz-GUILLOD*, Art. 434 ZGB, Rz. 21; MICHEL, *Rechte*

Nur weil der Patient eine aus medizinischer Sicht notwendige Behandlung verweigert, darf ihm nicht die Urteilsfähigkeit abgesprochen werden.⁴⁰⁵⁴

Entsprechendes gilt, wenn die Einzelne in – von aussen gesehen – «*menschenunwürdigen*» Umständen lebt. Eine Person kann durchaus den freien Wunsch haben, in diesem Zustand zu verbleiben.⁴⁰⁵⁵

Zwischen den Handlungszielen und der Frage der Freiwilligkeit individuellen Verhaltens bestehen jedoch durchaus *Berührungspunkte*: Wenn sich jemand dem Risiko schwerer und irreversibler Schädigungen aussetzt, stellt sich verstärkt als bei geringfügigen Schädigungen die Frage, ob sie oder er tatsächlich freiverantwortlich handelt.⁴⁰⁵⁶ Auch kann ungewöhnliches oder nicht nachvollziehbares Verhalten allenfalls ein Indiz für ein Selbstbestimmungsdefizit – möglicherweise gar für das Vorliegen von Urteilsunfähigkeit – sein.⁴⁰⁵⁷ Entsprechendes gilt, wenn die Einzelne eine Handlung vornimmt, die zur Erreichung ihrer Ziele gar nicht geeignet ist⁴⁰⁵⁸ oder die mit viel stärkeren Freiheits- und Wohlfahrtsverlusten einhergeht, als dies zur Zweckerreichung notwendig wäre.⁴⁰⁵⁹

Freiwilliges Handeln ist selbst in Extremfällen wie der «**Selbstversklavung**» nicht ausgeschlossen: Der Einzelne kann dafür durchaus «rationale», z.B. finanzielle Gründe haben und sich der Konsequenzen vollumfänglich bewusst sein.⁴⁰⁶⁰ Allerdings stellt sich bei einem solchen Bedürfnis verstärkt die Frage, ob der Einzelne die Konsequenzen eines solchen Entscheids tatsächlich

von Kindern, 45; CHK ZGB- BREITSCHMID, Art. 16, Rz. 2; hinten, bei Fn. 4242. Zur Problematik, mittels einer Verneinung der Urteilsfähigkeit das objektiv Vernünftige oder gesellschaftlich Akzeptierte durchzusetzen, vgl. vorne, bei Fn. 2128 f. und 4215.

⁴⁰⁵⁴ FamKomm Erwachsenenschutzrecht-GUILLOD, Art. 434 ZGB, Rz. 17 ff., insb. Rz. 20; JOSET, Bem. zu BGE 127 I 6, 1217; DITTMANN, Urteilsfähigkeit, 41.

⁴⁰⁵⁵ Vgl. TIEDEMANN, 447; zur Unzulässigkeit, die Würde gegen die Würdeträgerin selbst zu richten, vgl. vorne, Teil 2 II. B.

⁴⁰⁵⁶ Vgl. OHLY, 106; vorne, bei Fn. 1189, und hinten, bei Fn. 4428 f. und 4434; s.a. Appellationsgericht BS, Urteil vom 1. Oktober 2008, AGE AS-2008/320, E. 2.2: «Immerhin darf wohl davon ausgegangen werden, dass der Todeswunsch bei urteilsfähigen Menschen ausser bei grossem Leiden und hohem Alter die Ausnahme ist.»

⁴⁰⁵⁷ FamKomm-Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 3; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 38; AEBI-MÜLLER, 155; OFK ZGB-FANKHAUSER/ BLEICHENBACHER, Art. 16, Rz. 18; BGE 124 III 5, E. 4c/cc (soweit bereits Zweifel an der Urteilsfähigkeit bestehen); FEINBERG, Harm to Self, 120 und 133; s.a. MAYR, 69; hinten, bei Fn. 4244 und 4429.

⁴⁰⁵⁸ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 37 f.

⁴⁰⁵⁹ Vgl. WEISSENBERGER, Einwilligung, 75; vgl. bereits vorne, bei Fn. 1330 und in Fn. 3770.

⁴⁰⁶⁰ BUYX, 270 f.; DWORKIN, Second Thoughts, 109 f.; FEINBERG, Legal Paternalism, 12; OHLY, 75 (wonach auch eine Selbstversklavung «auf rationalen Motiven beruhen» könne); s.a. KRONMAN, 777.

einschätzen kann und ob er wirklich urteilsfähig ist.⁴⁰⁶¹ Zudem dürfte eine solch weitgehende Freiheitsaufgabe auch gesamtgesellschaftliche Interessen tangieren.⁴⁰⁶²

6. Beeinflusste, finanziell motivierte und unter «Druck» gebildete Ziele sind nicht zwingend «defizitär»

Aus dem Umstand, dass ein Wunsch oder Ziel durch äussere Umstände oder Dritte *beeinflusst* und «*mitgeformt*» ist bzw. sich die Betroffene ohne äusseren Einfluss *anders entscheiden* würde, darf nicht einfach geschlossen werden, der getroffene Entscheid sei «eigentlich nicht gewollt»⁴⁰⁶³ (vorbehalten bleiben Fälle gezielter, unerwünschter Druckausübung, Manipulation oder Nötigung⁴⁰⁶⁴). Die Einzelne entscheidet sich immer noch für das, was sie will, nur tut sie es aufgrund eines geänderten «Wertegefüges» bzw. aufgrund gewandelter «Einstellungen»; sie entscheidet sich so gesehen bloss für *etwas anderes*.⁴⁰⁶⁵ Wenn einer Entscheidung bereits deshalb die Qualität als «freiwillig» und «autonom» abgesprochen würde, weil sie durch äussere Umstände und Dritte beeinflusst ist, liefe die Selbstbestimmung leer, was (auch) mit der Menschenwürde nicht vereinbar wäre.⁴⁰⁶⁶ In einem freiheitlichen Staat sind auch Entscheidungen zu akzeptieren, die äusseren Einflüssen unterliegen bzw. unterlegen haben.⁴⁰⁶⁷ In erster Linie muss massgeblich sein, ob sich die Einzelne mit der getroffenen Entscheidung «identifiziert».⁴⁰⁶⁸

Grösste Zurückhaltung ist namentlich damit geboten, Freiwilligkeitsdefizite unter Hinweis auf *kulturelle oder religiöse Einflüsse* zu begründen,⁴⁰⁶⁹ zumal sich damit auch eine Diskriminierungsproblematik verbindet. Relevant ist dies etwa im Zusammenhang mit der Gesichtverschleierung.⁴⁰⁷⁰ Problematisch ist es ferner, wenn die staatliche Gesundheitspolitik die «*sozialen Hintergrundfaktoren*» oder ein

⁴⁰⁶¹ Vgl. DWORKIN, Second Thoughts, 109 f.; WOLF, Paternalismuskritik, 64.

⁴⁰⁶² Vorne, bei Fn. 1078 ff. und 3217; s.a. bei Fn. 3773 f.

⁴⁰⁶³ Vgl. MARK KELMAN, Law and Behavioral Science: Conceptual Overviews, Northwestern University Law Review 2003, 1347 ff., 1383 f.; GUTMANN, Freiwilligkeit, 151: «Freiwillig zu handeln ist *nicht* gleichbedeutend damit, *unbeeinflusst* von Dritten in dem Sinn zu handeln, dass diese nicht die Attraktivität bestimmter Handlungsoptionen verändern bzw. neue Handlungsgründe schaffen.»; VAN SPYK, 241; ENGLERTH, Wert des Rauchens, 243.

⁴⁰⁶⁴ VAN SPYK, 223 f.

⁴⁰⁶⁵ BUBLITZ, 70 ff.

⁴⁰⁶⁶ Vgl. ENDERS, Menschenwürde, 449; MURMANN, 267 f.; MAHLMANN, Dignity, 390; s.a. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (7.) bei Fn. 1185 ff.

⁴⁰⁶⁷ HUSTER, Selbstbestimmung, 86 f.

⁴⁰⁶⁸ SCHRAMME, Indirect Paternalism, 104.

⁴⁰⁶⁹ SCHRAMME, Indirect Paternalism, 103 f.

⁴⁰⁷⁰ S.a. vorne, bei Fn. 3675 ff., und hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (2.), insb. bei Fn. 4321.

«schichtenspezifisches Gesundheitsverhalten» zum Anlass für paternalistische Interventionen nimmt. Dass die gesundheitsbezogene Lebensgestaltung auch durch die (sozialen) Umstände beeinflusst wird, bedeutet noch nicht, dass der solchen Umständen (besonders) ausgesetzte Einzelne nicht in Übereinstimmung mit seinen – wenn auch durch die Umstände mitgeprägten – Präferenzen handeln könnte.⁴⁰⁷¹ Zudem trüge eine solche Gesundheitspolitik zumindest diskriminatorische Züge.⁴⁰⁷²

Ebenfalls differenziert zu betrachten sind Entscheidungssituationen, in denen die *tatsächlichen Handlungsoptionen verengt* sind, ein «Machtungleichgewicht» besteht oder ein z.B. finanzieller oder emotionaler *Druck* vorliegt. Solche Umstände dürfen nicht pauschal als Freiwilligkeitsdefizit begriffen werden.⁴⁰⁷³ Der Einzelne kann selbst in ausgesprochen schwierigen Situationen – z.B. bei Vorliegen eines eigentlichen «Leidensdrucks» – durchaus in der Lage sein, die für ihn «richtige» Entscheidung zu treffen.⁴⁰⁷⁴ Eine unter (grossem) Druck gefällte Entscheidung kann in der konkreten Situation durchaus vernünftig, die beste Option und «subjektiv rational» sein.⁴⁰⁷⁵ Dies muss erst recht gelten, wenn es dem Einzelnen gerade darum geht, ein (unerträgliches) *Leiden zu beenden* (z.B. durch einen Suizid).⁴⁰⁷⁶ Die Freiwilligkeit unter Hinweis auf eine «Notlage» zu verneinen birgt schliesslich (wiederum) das Risiko einer Diskriminierung – z.B. wegen der sozialen Stellung, wenn (finanziell motivierte) Entscheidungen gewisser Personen mit der Begründung nicht respektiert werden, sie befänden sich in einer armutsbedingten Notlage.⁴⁰⁷⁷ Ganz allgemein ist Zurückhaltung damit angebracht, finanziell motivierten Ent-

⁴⁰⁷¹ Grundsätzlich kritisch auch HUSTER, Erziehungsambitionen, 223 (relativierend dann allerdings auf S. 225: «Vermutlich wird man hier zu einer Abstufung der Art kommen, dass politische Interventionen umso eher möglich sind, je stärker der Verdacht ist, dass sich in einem gesundheitsriskanten Verhalten nicht das wohlverstandene Interesse des Individuums, sondern die sozialen Hintergrundfaktoren Bahn brechen.»); kritisch auch KOLBE, 351 ff., insb. 351.

⁴⁰⁷² Vgl. vorne, bei Fn. 2590 ff.

⁴⁰⁷³ Vgl. VAN SPYK, 224 (bezogen auf Notlagen und Abhängigkeitsverhältnisse); GUTMANN, Freiwilligkeit, 181 ff. und 204.

⁴⁰⁷⁴ MURMANN, 269 f.; RIGOPOULOU, 76.

⁴⁰⁷⁵ GUTMANN, Freiwilligkeit, 182 ff., der darauf hinweist, dass man sich durchaus «freiwillig ausbeuten lassen» könne und ein gut gemeinter Schutz vor Ausbeutung – insbesondere wenn er mit einer Schmälerung von Handlungsoptionen einhergehe – die Handlungsfreiheit des «Ausgebeuteten» zu verringern vermöge.

⁴⁰⁷⁶ Vgl. SCHMITZ, 186.

⁴⁰⁷⁷ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4115 f., wonach (finanzielle) «Schwäche» nicht einfach mit einem Selbstbestimmungsdefizit gleichgesetzt werden kann.

scheidungen (z.B. bezogen auf die Spende von Organen und Zellen) die Freiwilligkeit abzusprechen.⁴⁰⁷⁸

Eine Person, die aufgrund einer schweren, lebensbedrohlichen Erkrankung gar keine andere Wahl sieht, als einem risikoreichen **medizinischen Eingriff** zuzustimmen, wenn sie nicht versterben will, handelt ungeachtet der offensichtlichen Drucksituation freiwillig.⁴⁰⁷⁹

Wer aus einer finanziellen Notlage heraus und im Bewusstsein der gesundheitsschädigenden Konsequenzen ein **Organ verkaufen will**, handelt m.E. ebenfalls *nicht zwingend* unfreiwillig. Möglicherweise erblickt der Betroffene im Verkauf eines Organs die einzige, realistische Möglichkeit, an dringend benötigte finanzielle Mittel zu gelangen.⁴⁰⁸⁰ Gleich verhält es sich bezogen auf eine entgeltliche **Eizellenspende**: Selbst wer sich aus einer finanziellen Notlage bzw. aus Armut für eine entgeltliche Spende entscheidet, handelt nicht zwingend unfreiwillig; eine solche Spende kann im Licht der gesamten Umstände (Sicherung des Lebensunterhalts für die Familie usw.) durchaus abgewogen und rational sein.⁴⁰⁸¹ Das alles bedeutet – dies sei klargestellt – nicht, dass der Staat einen Verkauf von Organen und Zellen erlauben müsste; nur kann er sich für ein Verbot nicht einfach auf den Standpunkt stellen, dies sei zum Schutz der Freiwilligkeit des Einzelnen zwingend erforderlich oder ohne weiteres gerechtfertigt. Bezogen auf die (entgeltliche) **Teilnahme an einem Forschungsprojekt** siehe auch vorne, bei Fn. 663 und 4000 f.

Wer deshalb der **Sexarbeit nachgeht**, weil ihr oder ihm keine andere Möglichkeit offensteht, ein Einkommen (in der gewünschten Höhe) zu erzielen, handelt zwar unter einem gewissen (finanziellen) Druck. Trotzdem kann diese Entscheidung aus der Sicht der oder des Betroffenen die beste Option sein. Sehr problematisch ist m.E. die Argumentation des Bundesgerichts, wenn es einer Einwilligung in die Tätigkeit als Prostituierte und einer (illegalen) Überführung in die Schweiz (Problematik des «Menschenhandels»; Art. 182 StGB) deshalb die Freiwilligkeit abspricht, weil die Betroffene in ihrem Herkunftsland «schwierigen wirtschaftlichen oder sozialen Umständen» oder «einschränkenden persönlichen und/oder finanziellen Abhängigkeiten» ausgesetzt ist;⁴⁰⁸² die «Situation der Bedürftigkeit und Verwundbarkeit» in einer «ausweg-

⁴⁰⁷⁸ Vgl. HÖRNLE, 125; KLIMPEL, 155 f.; GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 129; s.a. CHINNOW, 77, wonach die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Fernsehshow, in der sich die Teilnehmerinnen und Teilnehmer öffentlich zur Schau stellen, nicht mit der Begründung verneint werden könne, es werde dafür ein Entgelt in Aussicht gestellt; ferner BÜCHLER, Reproduktive Autonomie, 402: «Ob das kategorische Verbot, für die Teilnahme an fremden fortpflanzungsmedizinischen Verfahren ein Entgelt zu erhalten, zum Schutz selbstbestimmter Entscheidungen zwingend ist, darf jedenfalls bezweifelt werden.»

⁴⁰⁷⁹ Vgl. RÖNNAU, 230.

⁴⁰⁸⁰ Vgl. GUTMANN, Freiwilligkeit, 183 f.; vgl. demgegenüber GRUBERSKI, Kommerzialisierungsverbot, 120; s.a. vorne, bei Fn. 3645; allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass finanzielle Anreize im Einzelfall so stark sind, dass sie die Freiverantwortlichkeit des Spendeentscheiders in Frage stellen können; s.a. SCHROTH, Paternalismusproblem, 217 f.

⁴⁰⁸¹ HÖRNLE, 125 f.

⁴⁰⁸² BGer 6B_469/2014, E. 3.3; BGer 6B_128/2013, E. 1.2; BGer 6B_81/2010, E. 4.1 f.; ferner BGE 129 IV 81, E. 1.4 und 3.2; grundsätzlich zustimmend OFK StGB/JStG-DONATSCH, Art. 182 StGB, Rz. 6, sowie GUIDO JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2003 (ohne Entscheide betreffend die internationale Zusammenarbeit

losen Lage» nimmt der Entscheidung, sich zu prostituieren, nach Auffassung des Bundesgerichts die Freiwilligkeit.⁴⁰⁸³ Warum aber soll sich eine Person nicht aus freien Stücken dazu entschliessen können, einer schwierigen wirtschaftlichen Situation zu entrinnen, erst recht, wenn die Situation im Heimatland desolat ist und ein Leben nach den eigenen Vorstellungen verunmöglicht?⁴⁰⁸⁴ Hier besteht die ganz erhebliche Gefahr, unter Berufung auf einen angeblichen Mangel an Freiwilligkeit das (angeblich) objektiv «Vernünftige» oder (vermeintlich) moralisch Richtige durchzusetzen.⁴⁰⁸⁵ Ob sich die betroffene Person deshalb für die Prostitution entscheidet, um den Lebensunterhalt eigenständig bestreiten zu können bzw. ihre finanzielle Situation zu verbessern, ist ihr überlassen; ihr die Fähigkeit zu selbstbestimmtem und eigenverantwortlichem Handeln abzusprechen, allein weil sie aus schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen kommt, ist m.E. nicht statthaft.⁴⁰⁸⁶ Zudem stellt sich zumindest die Frage einer unzulässigen Diskriminierung wegen der sozialen Stellung, wenn wirtschaftlich schwach gestellten Personen die Möglichkeit genommen wird, sich für die Sexarbeit entscheiden zu können.⁴⁰⁸⁷ Selbstverständlich ist *keineswegs ausgeschlossen*, dass die Betroffenen hinsichtlich ihres Entscheids, die eigene Heimat zu verlassen und sich im Ausland zu prostituieren, Defiziten unterliegen, etwa wenn ihnen Alternativen oder Hilfsangebote im Heimatland nicht bekannt sind oder sie von falschen Voraussetzungen ausgehen, wie sich die mit der Arbeit im Zielland einhergehende körperliche und psychische Belastung tatsächlich gestaltet und welcher Fremd-

in Strafsachen), ZBJV 2005, 349 ff., 373, wonach es sich «von selbst» verstehe, dass «die unter dem Druck desolater sozialer und wirtschaftlicher Verhältnisse zustande gekommene Einwilligung unbeachtlich» sei; s.a. Botsch. vom 11. März 2005 über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes, betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornografie, und über die entsprechende Änderung der Strafnorm über den Menschenhandel, BBl 2005 2807, 2834.

⁴⁰⁸³ BGer 6B_81/2010, E. 4.2.

⁴⁰⁸⁴ Vgl. dazu auch: Die emanzipierte Prostituierte – Natalie Trummer von Terre des Femmes Schweiz zur feministischen Debatte über die Sexarbeit, NZZ vom 18. Oktober 2014, 23.

⁴⁰⁸⁵ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4391.

⁴⁰⁸⁶ Zu Recht kritisch auch HURTADO POZO, Droit pénal: Partie spéciale, Rz. 2520 («véritable mise sous tutelle»); BSK StGB II-DELNON/RÜDY, Art. 182, Rz. 25; HEINZL, 137 ff., insb. 137 («unzulässige Bevormundung»); JÜRIG KRUMM, Die Zukunft des Prostitutionsstrafrechts, Diss., Zürich 2014, Rz. 451 ff.; JASMINE STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung in den Tatbestand des Menschenhandels – Eingriff in die persönliche Freiheit oder legitimer Schutz besonders verletzbarer Personen?, in: ANDORNO/THIER, 151 ff., 171 ff.; s.a. Die emanzipierte Prostituierte – Natalie Trummer von Terre des Femmes Schweiz zur feministischen Debatte über die Sexarbeit, NZZ vom 18. Oktober 2014, 23; vgl. ferner die Schlussfolgerungen im Ber. BR Prostitution und Menschenhandel, 98: «Prostitution erfolgt sehr oft aus einer ökonomischen oder sozialen Notlage heraus. Das schliesst nicht aus, dass Prostitution freiwillig erfolgen kann.»; vgl. zur Freiwilligkeit der Prostitution auch hinten, bei Fn. 4390 ff.; möglicherweise spielen auch noch andere Gründe eine Rolle, sich ins Ausland zu begeben, um dort der Sexarbeit nachzugehen, etwa die Angst vor einem Reputationsverlust im Heimatland, vgl. KILLIAS/BIBERSTEIN, 788.

⁴⁰⁸⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 2597 ff.

bestimmung sie sich dort ausliefern.⁴⁰⁸⁸ Pauschal lassen sich solche Defizite jedoch nicht unterstellen. Im Übrigen ist selbstverständlich nicht zu übersehen, dass ein eigentlicher – mit der Prostitution aber keineswegs zwingend verbundener oder gleichzusetzender⁴⁰⁸⁹ – *Menschenhandel* aufgrund seiner kriminogenen Folgen auch gesamtgesellschaftliche Interessen betrifft. Das Feld einer paternalistischen Argumentation ist dann aber verlassen.

Der Beschuldigte, der einen **Lügendetektortest** wünscht bzw. in einen solchen einwilligt, handelt keineswegs zwingend unfreiwillig. Zwar ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass er – wenn solche Tests grundsätzlich als zulässig erachtet werden – nur deshalb zustimmt, weil er sich mit einer Verweigerung der Einwilligung (zusätzlich) «verdächtig» machen könnte.⁴⁰⁹⁰ Doch darf dies nicht verallgemeinert werden. Vielmehr kann sich der Beschuldigte auch erhoffen, mit der Teilnahme am Lügendetektortest seine Unschuld zu bestärken und einer Inhaftierung oder Verurteilung entgegenzuwirken. Einer Einwilligung in den Lügendetektortest pauschal die Freiwilligkeit abzuspochen ist nicht sachgerecht und kann sogar dazu führen, dass der Einzelne eines Mittels beraubt wird, Zweifel an seiner Schuld zu wecken.⁴⁰⁹¹ Offen soll hier bleiben, ob und in welchem Umfang ein Lügendetektortest überhaupt (einigermaßen) verlässliche Ergebnisse liefert.

Vergleichbar ist die Problematik bei **psychologischen Tests zur Einschätzung einer Homosexualität** im Asylverfahren. Eine diesbezügliche Einwilligung eines Asylbewerbers, der angibt, dass ihm in seinem Herkunftsland wegen seiner Homosexualität Verfolgung droht, wird man *nicht einfach als «freiwillig»* bezeichnen können. Sie kann von der Befürchtung getragen sein, ansonsten im Asylverfahren Nachteile zu erfahren bzw. sich «verdächtig» zu machen.⁴⁰⁹² Es dürfte aber nicht ausgeschlossen sein, dass ein solcher Test freiwillig vom Einzelnen gewollt bzw. gewünscht sein kann, weil er sich davon konkrete Vorteile verspricht. Allerdings stellt sich wie bei Lügendektoren die Frage, ob eine Zulassung solcher Tests nicht (zumindest) einen mittelbaren Druck auf andere Personen ausübt bzw. dazu führt, dass solche Tests von den Behörden regelmässig einverlangt werden (und damit letztlich auch solche Asylsuchende betrifft, die solche Tests ablehnen – mit der zutreffenden Begründung, dass sie damit in ihrer Persönlichkeit verletzt werden).⁴⁰⁹³

Aus dem Vorliegen eines **Machtungleichgewichts** darf nicht ohne weiteres gefolgert werden, ein freiwilliger Entscheid sei nicht möglich. So lässt sich m.E. *nicht generell sagen*, die Einwilligung des Antragstellers bei einer Krankenversicherung in eine **Genomanalyse** und die Zurverfügungstellung der dabei gewonnenen Daten erfolgten höchstwahrscheinlich unfreiwillig.⁴⁰⁹⁴ Vielmehr müsste man etwa auch wissen, ob der Betroffene über Alternativen verfügt oder mit der Einwilligung Vorteile verbunden sind, die aus seiner Sicht allfällige Nachteile überwiegen.

Bezogen auf den (Gruppen-)Druck in einer **Haftsituation** siehe hinten, bei Fn. 4522 ff.

⁴⁰⁸⁸ Vgl. MANFRED PAULUS, Veränderungsprozesse im Schatten des Rotlichtmilieus, Kriminallistik 2014, 506 ff., 507, s.a. Ber. BR Prostitution und Menschenhandel, 43 f.

⁴⁰⁸⁹ KILLIAS/BIBERSTEIN, 781 ff., insb. 789; Ber. Erotikgewerbe, 8 f.

⁴⁰⁹⁰ Vgl. vorne, Fn. 2659.

⁴⁰⁹¹ Vgl. CHEN, 144 f.

⁴⁰⁹² EuGH, Urteil vom 25. Januar 2018, C-473/16, Rz. 53.

⁴⁰⁹³ EuGH, Urteile vom 2. Dezember 2014, C-148/13 bis C-150/13, Rz. 65 f.

⁴⁰⁹⁴ Vgl. demgegenüber SCHEFER, Kerngehalte, 377.

7. Verfolgung der kurzfristigen anstelle der langfristigen Präferenzen bedeutet für sich genommen kein Selbstbestimmungsdefizit

Dass in einer konkreten Entscheidungssituation die kurzfristigen Präferenzen den langfristigen Präferenzen übergeordnet werden, lässt für sich genommen nicht den Schluss zu, die Betroffene unterliege einem *Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungsdefizit*.⁴⁰⁹⁵ Ansonsten würde das Recht, verschiedene Präferenzen und Ziele zu gewichten und gegeneinander abzuwägen, geradezu leerlaufen.⁴⁰⁹⁶ Es lässt sich auch nicht behaupten, das *Abweichen von langfristigen Präferenzen* sei zwingend *irrational* oder ein Ausdruck von *Willensschwäche* und *mangelnder Selbstkontrolle*⁴⁰⁹⁷ (soweit man darin überhaupt ein Selbstbestimmungsdefizit erblicken kann⁴⁰⁹⁸). Es kann durchaus gute und rationale Gründe geben, einen langfristigen Lebensplan oder langfristige Ziele (z.B. eine gesunde Lebensweise) kurzfristigen Zielen unterzuordnen.⁴⁰⁹⁹

Wer sich in einer Stresssituation eine Zigarette anzündet, um sich zu «beruhigen», handelt trotz einer allenfalls vorhandenen Präferenz für ein «rauchfreies» Leben keineswegs zwingend «unfreiwillig».⁴¹⁰⁰

8. Problematik der «Willensschwäche»

Aus dem Umstand, dass der Einzelne einer Willensschwäche oder einem Selbstkontrollproblem⁴¹⁰¹ unterliegt, darf – jedenfalls aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive – nicht ohne weiteres gefolgert werden, er sei zu einem freiverantwortlichen Handeln nicht oder nur beschränkt in der Lage: Versuchungen zu erliegen, die Erreichung gewisser Ziele zurückzustellen, zu wissen, was «eigentlich» besser wäre, aber dennoch anderen Bedürfnissen zu folgen, sind menschliche Eigenschaften. Diese dem Menschen innewohnenden Neigungen darf das Recht nicht *per se* als Defizit begreifen und einer Korrektur zugänglich zu machen, zumal ansonsten die Gefahr besteht, die grundrechtlich geschützte Freiheit zu *unterlaufen*.⁴¹⁰² Auch

⁴⁰⁹⁵ So auch KIENZERLE, 146.

⁴⁰⁹⁶ Vgl. vorne, bei Teil 4 II. A. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3855 ff.

⁴⁰⁹⁷ Zur Willensschwäche und mangelnden Selbstkontrolle siehe vorne, bei Fn. 23 ff.

⁴⁰⁹⁸ Vgl. gerade nachfolgend, Teil 4 III. B. 8.

⁴⁰⁹⁹ Vorne, bei Fn. 3873 ff.

⁴¹⁰⁰ Vgl. VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 101.

⁴¹⁰¹ Dazu vorne, bei Fn. 23 ff.

⁴¹⁰² Vgl. vorne, bei Fn. 1186, 2073 ff. und 3995 ff.

ist zu berücksichtigen, dass der Mensch ein legitimes Bedürfnis nach Spontaneität hat.

Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich jedoch nicht pauschal sagen, eine Willensschwäche oder ein Selbstkontrollproblem dürften aus einer verfassungsrechtlichen Sicht nie als Freiwilligkeitsdefizit begriffen werden. Allerdings obliegt dem Staat der Nachweis, dass ein Selbstkontrollproblem *tatsächlich vorliegt*, sich die Einzelne ohne das Selbstkontrollproblem *anders entschieden* hätte (was die – sehr schwierig zu erlangende – Kenntnis der langfristigen Präferenzen voraussetzt⁴¹⁰³) und dass der aufgedrängte Ausgleich der Willensschwäche (bzw. das Verhindern der damit verbundenen Folgen) die Einzelne tatsächlich (und aus ihrer subjektiven Sicht) *besserstellt*.⁴¹⁰⁴ Dabei kann die Korrektur einer Willensschwäche – wie zu zeigen ist – nur in engen Grenzen als zumutbar erachtet werden: Es handelt sich um *keine erhebliche Verzerrung*⁴¹⁰⁵ und zudem um eine solche, die eng mit *individuellen Abwägungen* verbunden ist^{4106, 4107}.

9. Stellenwert von «Verhaltensanomalien» und Rationalitätsdefiziten

Aus ähnlichen wie den eben genannten Gründen⁴¹⁰⁸ ist es problematisch, wenn durch *Verhaltensanomalien* beeinflusste Entscheidungen als defizitär erachtet werden.⁴¹⁰⁹ Insbesondere besteht die Gefahr, dass letztlich «normales», menschliches (Entscheidungs-)Verhalten als «korrekturbedürftig» erscheint.⁴¹¹⁰ Dennoch: Abweichungen von einem rationalen Verhalten *grundsätzlich* die Geeignetheit abzusprechen, Ansatzpunkt für eine (weich) paternalistische Intervention zu sein, erscheint mir zu pauschal – und zwar selbst dann, wenn man die «Herbeiführung vollständig rationaler Entscheidungen» nicht als «Aufgabe des Rechts» begreifen will.⁴¹¹¹ Zwischen der Herbeiführung *rationaler* Entscheidungen und dem Verhin-

⁴¹⁰³ Vgl. vorne, bei Fn. 3870 ff.

⁴¹⁰⁴ Hinten, Teil 4 III. C; zur Problematik der Willensschwäche vgl. insb. bei Fn. 4327 und 4670.

⁴¹⁰⁵ Hinten, bei Fn. 4292.

⁴¹⁰⁶ Hinten, bei Fn. 4327.

⁴¹⁰⁷ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4670.

⁴¹⁰⁸ Vorne, bei Fn. 4102.

⁴¹⁰⁹ Vgl. auch vorne, bei Fn. 1186 und bei Fn. 2073 ff.

⁴¹¹⁰ HEINIG, Nudging, Absatz 7; ferner KOLBE, 324 ff.; HUSTER, Selbstbestimmung, 49 f.

⁴¹¹¹ Zurückhaltender demgegenüber FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 34 und 42 (soweit die «Rationalitätsdefizite nicht die Schwelle eines rechtlichen Autonomiedefizits überschreiten»); ebenso FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 394, und RIGOPOULOU, 40; *wie hier*:

dern einer Entscheidung, welche die Einzelne so «eigentlich» nicht treffen will, ist zwar zu unterscheiden. Auch Rationalitätsdefizite können sich jedoch negativ auf die freie Willensbildung auswirken: Etwa wenn die Einzelne aufgrund von Verhaltensanomalien Risiken unterschätzt (z.B. aufgrund eines Überoptimismus) oder wenn sie nur beschränkt fähig ist, die zur Verfügung stehenden Informationen zu verarbeiten.⁴¹¹² Zwischen Defiziten in der «Selbstbestimmung» und einer bloss beschränkten «Rationalität» zu unterscheiden, dürfte ohnehin häufig schwierig sein.⁴¹¹³ Ob solche Verhaltensanomalien korrigiert werden *dürfen* (z.B. durch das Aufdrängen von Informationen, den Einsatz von *Nudges* oder gar von Zwang) ist jedoch eine andere Frage.⁴¹¹⁴

10. Schwächezustände, Verwundbarkeit, Verletzlichkeit und Minderjährigkeit

Nur weil jemand als «schwach» oder «verletzlich» erscheint (schlechter Gesundheitszustand, geringes Einkommen, Inhaftierung usw.), bedeutet das für sich genommen nicht, dass er nicht dazu in der Lage wäre, seine Optionen angemessen zu gewichten und einen für ihn richtigen, seinen eigenen Wünschen entsprechenden Entscheid zu treffen.⁴¹¹⁵ Eine Unterstellung von Freiwilligkeitsdefiziten allein aufgrund des Vorliegens von «Schwäche» kann zudem zu Konflikten mit dem Diskriminierungsverbot führen (etwa beim Anknüpfen an eine schwache soziale Stellung oder an eine geistige oder körperliche Beeinträchtigung).⁴¹¹⁶ Auch die Handlungen von *minderjährigen* Personen dürfen nicht einfach als defizitär eingestuft werden.⁴¹¹⁷

VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 110 und 140; DIES., Nudge, 112; SCHÄFER/OTT, 156 f.; KOLBE, 320 f. und 324 ff.; VOLKMANN, Bürger, 43 ff.; HEINIG, Sozialstaat, 266; s.a. OSWALD, 105.

⁴¹¹² CAMERER et al., 1216 ff.; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 123 f.; KOLBE, 324 f.; LAURA MARINA GRÜNIG, Konsument als homo oeconomicus?, recht 2016, 14 ff., 26 f.

⁴¹¹³ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 34; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 394.

⁴¹¹⁴ Vgl. hinten, bei Fn. 4250 ff. sowie Teil 4 III. C; siehe insb. die Beispiele in Teil 4 III. C. 4. a).

⁴¹¹⁵ Teil 4 II. A. 2, Ziff. (3.) bei Fn. 3775 ff.; s.a. vorne, Teil 2 III. A. 4 sowie Teil 4 III. B. 6; zur Problematik, dass im (paternalistisch motivierten) Erwachsenenschutzrecht an Schwächezustände angeknüpft wird vgl. hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iii).

⁴¹¹⁶ Vgl. vorne, Teil 3 III. C. 2; s.a. bei Fn. 4077.

⁴¹¹⁷ Vorne, bei Fn. 2748; siehe ferner Teil 3 IV. E. 2. c), Ziff. (2.) bei Fn. 3381 ff., sowie hinten, bei Fn. 4237 ff.; s.a. vorne, Teil 2 III. A. 4; bezogen auf die Diskriminierungsproblematik siehe vorne, bei Fn. 2605 ff.

11. Relevanz einer «Mitverantwortung» des Staates für die Ursachen selbstgefährdenden Verhaltens?

Aus dem Umstand, dass der Staat eine «Mitverantwortung» für die Umstände trägt, die den Einzelnen zu einem selbstgefährdenden Verhalten veranlassen – zu denken ist an eine Inhaftierung, die zu einem Hungerstreik führt –, lässt sich nicht der Schluss ziehen, der Einzelne würde diesbezüglich unfreiwillig handeln.⁴¹¹⁸ Die Mitverantwortung des Staates ist für die Frage von Bedeutung, ob eine Schutzpflicht besteht⁴¹¹⁹ (die jedoch immer eine *Schutzberechtigung* voraussetzt⁴¹²⁰), nicht aber für die Beurteilung, ob der Einzelne *autonom* handelt.

12. Problematische Trennung zwischen Freiwilligkeit und «materieller Richtigkeit»

Zu pauschal, jedenfalls nicht verallgemeinerungsfähig, ist die vom Bundesgericht in einem älteren Entscheid angestellte Differenzierung zwischen einem «freiwilligen» und einem «materiell richtigen» Entscheid (i.c. ging es um die Zustimmung zu einem vorzeitigen Haftantritt): Die Freiwilligkeit beziehe sich auf die Frage, ob der Verzicht dem «eigenen, ungehinderten Willen» entspreche. Zur – von der Freiwilligkeit zu unterscheidenden – materiellen Richtigkeit zähle hingegen die Frage, «[o]b die Tragweite der getroffenen Entscheidung ganz oder bloss teilweise bedacht wird, ob die für den Entschluss massgebenden Gesichtspunkte vollständig oder bloss lückenhaft bekannt sind und ob bestimmte der Zustimmung zugrunde gelegte Voraussetzungen sich in der Folge einstellen».⁴¹²¹ Für die Beurteilung der *Freiwilligkeit* einer Entscheidung ist *durchaus massgeblich*, ob die Einzelne hinreichend informiert ist und ob sie die Konsequenzen ihres Verhaltens (richtig) einschätzen kann.⁴¹²²

⁴¹¹⁸ Vgl. bezogen auf den Hungerstreik eines (allerdings verzweifelten) Strafgefangenen aber BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 19: «Sofern ein Inhaftierter sich aus Verzweiflung über die fortdauernde Inhaftierung töten will, *mithin aus vom Staat verantworteten Umständen* und nicht aus einem autonomen Handlungsmotiv, ist die Zwangsernährung als Schutz des Lebens grundrechtlich geboten [...]» (Herv. d. Verf.).

⁴¹¹⁹ Vorne, bei Fn. 2777 ff.

⁴¹²⁰ Dazu vorne, bei Fn. 2662.

⁴¹²¹ BGE 104 Ib 24, E. 3a; s.a. BGE 117 Ia 72, E. 1c; vgl. bereits vorne, Fn. 2069 a.E.

⁴¹²² Vgl. etwa TSCHECHENSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 163 und 603 mit Fn. 180; vgl. auch hinten, bei Fn. 4261 f.

C. Zumutbarkeitsprüfung

1. Im Allgemeinen

Vom Vorliegen eines sich negativ auswirkenden Selbstbestimmungsdefizits⁴¹²³ darf nicht darauf geschlossen werden, es sei auch legitim und zumutbar, dieses zum Anlass einer paternalistischen Intervention zu nehmen. Darüber ist im Rahmen der *Zumutbarkeitsprüfung* – in die sich im hier vorliegenden Kontext die Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung integrieren lassen⁴¹²⁴ – zu entscheiden. Referenzpunkt ist dabei immer die Frage, ob sich die Massnahme als verhältnismässig erweist, um die Betroffene vor einer defizitären Entscheidung *und* deren ungewollten Konsequenzen zu schützen, letztlich also einen «*ungewollten*» Nachteil – und nicht einfach einen Nachteil oder Schaden an sich – zu verhindern.⁴¹²⁵

2. Präzisierungen

a) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Massnahme

Zum Vornherein kommen nur Massnahmen in Frage, die sich als *geeignet* erweisen, um aus Selbstbestimmungsdefiziten resultierende («*ungewollten*») Folgen abzuwenden, und hierfür gleichzeitig das *mildeste* Mittel darstellen.⁴¹²⁶

So ist z.B. zu prüfen, ob Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch Formvorschriften tatsächlich geeignet sind, den Geschützten vor einem *übereilten und unüberlegten* Vertragsschluss zu bewahren.⁴¹²⁷ Beratungsverfahren und Rezeptpflichten (Abgabe von Betäubungsmitteln) für Suizidwillige haben sich als geeignet und erforderlich zu erweisen, um den Einzelnen *vor einem übereilten, nicht wohlherwogenen* Suizid abzuhalten.⁴¹²⁸

Mangelt es an der Geeignetheit und der Erforderlichkeit, ist die Massnahme auch *nicht zumutbar*. Der Einzelnen würden *unnötige Freiheitsverluste* aufgebürdet.⁴¹²⁹

⁴¹²³ Vgl. vorne, Teil 4 III. B. 1. a).

⁴¹²⁴ Vgl. vorne, Teil 4 I, Ziff. (2.) bei Fn. 3718 ff., und hinten, bei Fn. 4129 und 4279.

⁴¹²⁵ FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 393; OSWALD, 99, 115 und 118; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 38 f.; ferner FEINBERG, Harm to Self, 119 f.; NOWLIN, 284; DANIEL WIKLER, Paternalism and the Mildly Retarded, in: SARTORIUS, Paternalism, 83 ff., 84; s.a. vorne, Teil 4 III. B. 1. a). und – bezogen auf autonomieorientierte Schutzpflichten – vorne, bei Fn. 2877.

⁴¹²⁶ Vgl. KIENZERLE, 177 ff.; ferner VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 133 ff.; VAN SPYK, 96 und 99; aus philosophischer Sicht CONLY, 150 ff.; KLEINIG, 74 f. und 76 f.

⁴¹²⁷ Vgl. BELSER, Vertragsrecht, 169.

⁴¹²⁸ BGE 133 I 58, 6.3.2.

⁴¹²⁹ Vgl. vorne, Teil 4 I, Ziff. (2.) bei Fn. 3718 ff., und hinten, bei Fn. 4279.

Mit Blick auf die Prüfung der **Geeignetheit** ist insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

- (1.) An der Geeignetheit mangelt es dem autonomieorientierten Schutz dann, wenn er nicht die *Freiwilligkeit* einer Entscheidung sichern bzw. unfreiwillige Handlungen oder Unterlassungen verhindern will, sondern wenn er darauf abzielt, individuelles Handeln mit (moralischem) Druck, Täuschungen, Lügen oder Manipulation in eine gewisse Richtung zu lenken. Letzteres unterläuft das Ziel, die *Selbstbestimmung* zu erhöhen und abzusichern.⁴¹³⁰
- (2.) Ob das gewählte Mittel *tatsächlich* geeignet ist, das Defizit zu korrigieren bzw. unfreiwillige Schäden zu verhindern, und ob nicht allenfalls *gegenläufige, kontraproduktive* Effekte bestehen,⁴¹³¹ ist immer sorgfältig zu prüfen. Die Geeignetheit darf nicht vorschnell bejaht werden.

Gerade bei *staatlichen Aufklärungsmassnahmen und Warnungen* ist zuweilen fraglich, ob das von ihnen angestrebte Ziel tatsächlich erreicht wird.⁴¹³² Beispielsweise bestehen bezüglich «kombinierter Bild-/Textwarnhinweisen» auf Zigarettenverpackungen Zweifel, ob sie tatsächlich dazu geeignet sind, erfolgreich über die Gefahren des Rauchens aufzuklären und die Nachfrage nach Tabakprodukten zu vermindern.⁴¹³³ Bei (staatlichem) Informationshandeln ist zudem auf die Problematik der «Überinformation» bzw. des «*information overload*» hinzuweisen: Die Informationsverarbeitungskapazität des menschlichen Gehirns ist begrenzt; ein Zuviel an Information kann dazu führen, dass die Information gar nicht mehr zur Kenntnis genommen wird oder wesentliche

⁴¹³⁰ Vgl. im Zusammenhang mit der ärztlichen Aufklärungspflicht und der Gültigkeit der Einwilligung des Patienten BGER 4P.265/2002, E. 5.2: «Le consentement éclairé du patient doit être donné librement, et pour être valable, il ne doit être entaché ni de tromperies (mensonges du médecin), ni de pressions, et encore moins de menaces. Les pressions d'ordre psychologique ne sont pas évidentes à définir; il peut être en effet difficile de distinguer le conseil et la persuasion dont fait preuve un médecin consciencieux de la pression morale exercée par le praticien dont l'intensité invalide le consentement du malade [...]»

⁴¹³¹ Solche kontraproduktiven Effekte dürfen bei der Geeignetheitsprüfung nicht ausser Acht gelassen werden, siehe MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 29; aus philosophischer Sicht und im spezifischen Kontext des Schutzes vor sich selbst: KLEINIG, 76.

⁴¹³² Vgl. NÜTZI, 180 und 193; kritisch zur Wirksamkeit von Aufklärungs- und Informationskampagnen DAVID R. WENGER, Gesundheitsförderung zwischen Eigenverantwortung und Staatsaufgabe – Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines Bundespräventionsgesetzes, Sicherheit & Recht 2010, 132 ff., 133 f.; dass Aufklärungskampagnen *generell wirkungslos* wären, dürfte sich jedoch *nicht* behaupten lassen (vgl. KOLBE, 105).

⁴¹³³ Vgl. MEINHARD HILF/ECKGARD PACHE/MEIKE RICHTER, Rechtsgutachten zum Kommissionsvorschlag einer neuen Tabakprodukterichtlinie, Baden-Baden 2014, 47 ff. und 118; s.a. hinten, bei Fn. 4577.

Punkte nicht wahrgenommen bzw. «überlesen» werden.⁴¹³⁴ Damit wird das Ziel, die Selbstbestimmung zu erhöhen, nicht erreicht.⁴¹³⁵ Staatliche Beratung, welche die Einzelne in die Lage versetzen soll, einen wohlinformierten Entscheid zu treffen, birgt je nach Ausgestaltung zudem die Gefahr, dass andere, neue Verzerrungen in der Entscheidungsbildung entstehen.⁴¹³⁶ Etwa wenn Risiken einer Behandlung übermässig betont werden oder die Einzelne sonst wie verunsichert wird.⁴¹³⁷

Mit Blick **auf restriktive Regulierungen im Bereich von Tabak, Alkohol und Betäubungsmitteln** ist zu bedenken, dass der Konsum psychoaktiver bzw. berauschender Substanzen einem *menschlichen Bedürfnis* zu entsprechen scheint.⁴¹³⁸

Bei gewissen **obligatorischen Schutzmassnahmen (z.B. Helmtragspflichten)** ist zu fragen, ob sie ein risikoreiches Verhalten nicht gerade befördern und der beabsichtigte Schutz damit leerläuft oder sich zumindest abschwächt.⁴¹³⁹

Bezogen auf ein **Verhüllungsverbot** vgl. vorne, bei Fn. 3678 f.

- (3.) Dass die Massnahme, um geeignet zu sein, «nicht gänzlich wirkungslos» sein darf (Teileignung)⁴¹⁴⁰ bzw. «zur Zielerreichung» zumindest «einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag» zu leisten vermag (Zwecktauglichkeit)⁴¹⁴¹, reicht m.E. nicht aus, wenn es um eine *paternalistisch* motivierte Intervention geht:⁴¹⁴² Wenn eine Massnahme ergriffen werden könnte, die *besser* dazu geeignet ist, den ungewollten Schaden zu verhindern, führte dies insofern zu weniger ausgeprägten Wohlfahrtsverlusten, als die Einzelne nicht (in ihrem eigenen Interesse) mit einer *nur beschränkt* tauglichen Massnahmen belastet wird. Hier verfliessen indessen die Grenzen zur *Erforderlichkeitsprüfung* (das *andere, besser* geeignete Mittel ist *insofern* milder, als es das individuelle Wohl eher erhöht und damit die mit dem Eingriff verbundenen Nachteile *eher kompensiert* werden) und zur *Zumutbarkeitsprüfung* (ist es tatsächlich zu-

⁴¹³⁴ KOLLER-TUMLER, 77; illustrativ auch BGer U 255/03, E. 2.2 (bezüglich einer Überinformation der Arbeitnehmer), und VGer BE, Urteil vom 6. März 2000, VGE 20559, BVR 2000, 438 ff., E. 3d, 443 (bezogen auf die ärztliche Aufklärungspflicht).

⁴¹³⁵ Vgl. VGer BE, Urteil vom 6. März 2000, VGE 20559, BVR 2000, 438 ff., E. 3d, 443; vgl. im Kontext des Konsumentenschutzes auch vorne, bei Fn. 3520.

⁴¹³⁶ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 138 f.; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 35.

⁴¹³⁷ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 35.

⁴¹³⁸ Vgl. bezogen auf Betäubungsmittel SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 42 und 73. Die Alkoholprohibition in den USA in den 1920er bis Anfang der 1930er Jahre soll sich nur sehr geringfügig auf den Alkoholkonsum ausgewirkt haben, siehe JEFFREY A. MIRON/JEFFREY ZWIEBEL, Alcohol Consumption During Prohibition, The American Economic Review, 1991, 242 ff., 246; zu den (kontraproduktiven) gesundheitsschädigenden Effekten einer restriktiven Drogenpolitik siehe hinten, bei Fn. 4364.

⁴¹³⁹ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 29 mit Fn. 99.

⁴¹⁴⁰ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 29.

⁴¹⁴¹ BVGE 2009/61, E. 7.2; BVGer B-1007/2017, E. 7.3.3.

⁴¹⁴² A.A. KOLBE, 356 f.

mutbar, die Einzelne einem zur Erhöhung ihres Wohls nur beschränkt dienlichen Eingriff auszusetzen, wenn ein besser geeignetes Mittel zur Verfügung steht?).⁴¹⁴³

In diese Richtung lässt sich m.E. die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verhältnismässigkeit einer (altrechtlichen) Entmündigung bzw. einer umfassenden Beistandschaft verstehen: Solche Massnahmen sind nicht nur dann unverhältnismässig, wenn sie geradezu untauglich sind, sondern auch wenn sie zu «*mild*» sind, um das von ihnen angestrebte Ziel eines Schutzes vor sich selbst zu erreichen.⁴¹⁴⁴ Darin kommt m.E. zum Ausdruck, dass ein Handeln im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen nicht nur untaugliche – und damit per se ungeeignete – Massnahmen ausschliesst, sondern auch freiheitsbeschränkende Belastungen, mit welchen dem Einzelnen nicht möglichst optimal geholfen wird. Solche muss sich er sich m.E. nicht aufdrängen lassen.

Aus diesem Grund ist bspw. auch zu fragen, ob die gewählte Massnahme eigenständige Lernprozesse ermöglicht bzw. Raum dafür lässt. Die Möglichkeit, aus den eigenen Fehlern zu lernen, kann – muss aber nicht⁴¹⁴⁵ – das effizienteste Mittel sein, um eine Wiederholung der selben Fehler in der Zukunft zu verhindern;⁴¹⁴⁶ die Menschen sind durchaus in der Lage, aus Fehlern zu lernen, sich anzupassen und Strategien im Umgang mit (Rationalitäts-)Defiziten zu entwickeln.⁴¹⁴⁷ Das spricht z.B. auch gegen den Einsatz von nicht erkennbaren, manipulativen Massnahmen, weil es solch hintergründige «Manipulationen» erschweren, eigene Lernprozesse in Gang zu setzen.⁴¹⁴⁸

Zudem ist der Betroffene soweit möglich *miteinzubeziehen*, um ein möglichst optimales und effizientes Ergebnis zu erzielen.⁴¹⁴⁹

Allerdings: Selbst bei einer paternalistisch motivierten Intervention kann nicht gefordert werden, dass sie den ungewollten Schaden *mit Sicherheit* abwendet, soweit dies von nur bedingt vorhersehbaren Umständen – wie z.B.

⁴¹⁴³ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4278 f.

⁴¹⁴⁴ Siehe BGer 5A_12/2012, E. 3.1: «Pour respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité, la mesure tutélaire doit avoir l'efficacité recherchée tout en sauvegardant au maximum la sphère de liberté de l'intéressé. Son but est de protéger le faible contre lui-même et contre l'exploitation par des tiers. Une mesure est disproportionnée si elle est trop radicale ou trop légère pour parvenir à cette fin [...]»; ferner BGer 5A_55/2010, E. 5.1, sowie BGer 5A_617/2014, E. 4.2, und BGer 5C.74/2003, E. 4.2.

⁴¹⁴⁵ Vgl. hinten, 4341 ff.

⁴¹⁴⁶ KLEINING, Paternalism, 74.

⁴¹⁴⁷ Vgl. RACHLINSKI, Paternalism, 1168.

⁴¹⁴⁸ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 95 f. und 109, bezogen auf «*invisible nudges*»; s.a. hinten, bei Fn. 4350.

⁴¹⁴⁹ Vgl. bezogen auf Kinder und Jugendliche – allerdings nicht im spezifischen Kontext des Paternalismus – SGK BV (3. Aufl.)-BIGLER-EGGENBERGER/SCHWEIZER, Art. 41, Rz. 80.

dem Verhalten des Betroffenen⁴¹⁵⁰ – abhängig ist.⁴¹⁵¹ Auch bei medizinischen Massnahmen steht häufig nicht mit Gewissheit fest, ob sie tatsächlich erfolgreich sind. Eine Behandlung darf gegenüber einer fürsorglich untergebrachten, bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähigen Person auch dann (ohne ihre Zustimmung) angeordnet werden (Art. 434 ZGB), wenn nicht mit Sicherheit feststeht, dass sich damit ein Gesundheitsschaden vermeiden lässt. Zumindest muss dafür aber eine «hohe Wahrscheinlichkeit» bestehen.⁴¹⁵² Geht es um die Frage, ob eine (autonomieorientierte) staatliche Massnahme geeignet ist, den Alkoholkonsum zu verringern – z.B. durch eine Erhöhung der Preise –, wird man ebenfalls keine absolute Sicherheit verlangen können, dass dieses Ziel tatsächlich erreicht wird.⁴¹⁵³ Auch hier ist m.E. aber zumindest eine *hohe Wahrscheinlichkeit* zu fordern.⁴¹⁵⁴

Bei der **Erforderlichkeit** ist von Bedeutung, wie *intensiv* der Eingriff ist. Das ist erheblich subjektiv geprägt und diese subjektive Bewertung ist im konkreten Fall auch tatsächlich zu berücksichtigen.⁴¹⁵⁵ Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, allgemeine Kriterien zu formulieren, die regelmässig besonders stark ins Gewicht fallen dürften.⁴¹⁵⁶ Im Allgemeinen wird etwa massgeblich sein, wie stark die *Wahlfreiheiten* verengt werden, inwiefern sich die Einzelne *noch anders entscheiden* kann, wie umfassend in die *Persönlichkeit* eingegriffen wird, wie stark die *Präferenzen mitbeeinflusst* werden und welche *Nebenfolgen* mit der Intervention verbunden sind.⁴¹⁵⁷ Vor diesem Hintergrund lässt sich beispielhaft Folgendes sagen:

- (1.) Zunächst ist zu prüfen, ob dem Einzelnen tatsächlich ein Schutz vor sich selbst *aufgedrängt* werden muss, oder ob es ausreicht, *Hilfsangebote* und allenfalls *Selbstbindungsmechanismen*⁴¹⁵⁸ zur Verfügung zu stellen.⁴¹⁵⁹
- (2.) Massnahmen, welche die *Wahlfreiheiten* zwischen verschiedenen Handlungsoptionen *offenlassen*, sind solchen, die Wahlfreiheiten verengen («Verfügungs-

⁴¹⁵⁰ Vgl. bezogen auf Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts BK ZGB-SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, Rz. 253.

⁴¹⁵¹ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4382 f. und 4407 f.

⁴¹⁵² BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435, Rz. 20.

⁴¹⁵³ Siehe BGE 109 Ia 33, E. 4b.

⁴¹⁵⁴ Sehr grosszügig hingegen das Bundesgericht bei der Bejahung der Frage, ob ein «Sirup-Artikel» (vorne, bei Fn. 673 f.) dazu geeignet ist, den Alkoholkonsum zu reduzieren (BGE 109 Ia 33, E. 4c).

⁴¹⁵⁵ Vgl. vorne, Teil 4 II. B. 2, dort Ziff. (1.)(b); dazu auch hinten, Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.) bei Fn. 4282 ff.

⁴¹⁵⁶ Vgl. hinten, bei Fn. 4289.

⁴¹⁵⁷ Vgl. im Einzelnen hinten, bei Fn. 4305 ff.

⁴¹⁵⁸ Dazu vorne, Teil 1 II. B. 4, Ziff. (1.) und (2.) bei Fn. 273 ff. bzw. 287 ff.

⁴¹⁵⁹ Vgl. WAGNER-VON PAPP, 384 f.

verbote»), vorzuziehen.⁴¹⁶⁰ Es macht einen Unterschied, ob die Betroffene einen Entscheid gar nicht (mehr) treffen bzw. sich nicht anders entscheiden darf (Gurtentragungspflicht, Zwangsmedikation) oder ob sie lediglich – wenn auch gegen ihren Willen – informiert, beraten oder einer Bedenkfrist unterworfen wird (und ihr damit die Freiheit, bestimmte Handlungsoptionen zu wählen, grundsätzlich erhalten bleibt).⁴¹⁶¹

Geht es um ein **Informationsdefizit** (Unwissenheit, Fehlvorstellungen usw.), dürfte sich eine Aufklärung grundsätzlich als ausreichend erweisen, um das Defizit zu korrigieren und die daraus resultierenden negativen Folgen zu verhindern.⁴¹⁶² Will ein Strafgefangener mutmasslich nur deshalb an einer **Heilmittelstudie** mitmachen, weil er sich fälschlicherweise Hafterleichterungen erhofft, reicht es aus, ihn über diesen Irrtum aufzuklären; ein gänzlich Verbot der Teilnahme wäre insofern nicht erforderlich.⁴¹⁶³ Bezüglich der Aufklärung über die Risiken einer **Selbstverteidigung** im Strafverfahren vgl. hinten, bei Fn. 4953.

Bei der **Leihmutterschaft** stellt sich die Frage, ob der Schutz der Leihmütter nicht durch die Einräumung einer **Bedenkfrist** nach der Geburt sichergestellt werden könnte, anstatt die Leihmutterschaft generell zu verbieten⁴¹⁶⁴ (allerdings ist zu bedenken, dass das Verbot der Leihmutterschaft auch mit Drittinteressen gerechtfertigt wird)⁴¹⁶⁵.

Um die nachteiligen Folgen von **Verträgen** zu verhindern, die nicht oder nur bedingt dem freien Willen eines Vertragspartners entsprechen, ist zu überlegen, ob es hierfür tatsächlich **zwingender Bestimmungen** – etwa in der Gestalt von Formvorschriften⁴¹⁶⁶ – bedarf; würde eine gerichtliche Überprüfung des Vertrags im Einzelfall bzw. auf Klage hin nicht ausreichen?⁴¹⁶⁷

Im Bereich des **Konsumentenschutzes** ist zu prüfen, ob z.B. durch Verhaltensanomalien beeinflusste Kaufentscheidungen nicht durch die Einräumung von **Widerrufsrechten** anstelle von Verboten korrigiert werden können⁴¹⁶⁸ (falls sich ein paternalistisch motiviertes Eingreifen überhaupt rechtfertigt).

⁴¹⁶⁰ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 110 und 112; DIES., Paternalismusgefahr, 133 und 138 ff.; MÖLLER, Paternalismus, 190 f.; RIGOPOULOU, 83; OSWALD, 116 f.; ENGLERTH, Wert des Rauchens, 239; KIRSTE, Paternalismus, 31; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 39; KOLBE, 358 f.

⁴¹⁶¹ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 124 ff. und 133 ff., insb. 124, 136 und 138; ENDERLEIN, 47, 69 und 153; KOLBE, 341; MÜLLER, Selbstbestimmung, 81.

⁴¹⁶² REGAN, 114 f.; s.a. KOLBE, 314 ff.

⁴¹⁶³ OSWALD, 116 f.

⁴¹⁶⁴ BERTSCH, 52 und 239 f.

⁴¹⁶⁵ Vorne, bei Fn. 3633 ff.

⁴¹⁶⁶ Vgl. vorne, Teil I II. D, dort Ziff. (3.) bei Fn. 542.

⁴¹⁶⁷ Vgl. BELSER, Vertragsrecht, 170 f., s.a. 120 ff., insb. 121 f. und 658.

⁴¹⁶⁸ Vgl. LEISTNER, Behavioural Economics, 19 ff., der allerdings auf die Bedenken hinweist, die gegenüber der Effektivität von Widerrufsrechten geäussert werden. Widerrufsrechte können aber ein Mittel sein, um unterschiedlich gelagerte Schutzbedürfnisse miteinander in Einklang zu bringen (vgl. LEISTNER, Behavioural Economics, 20 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4781 f.).

Allerdings können die Defizite so erheblich sein, dass die Wahlfreiheiten offenlassenden Instrumente *keine (genügende) Wirkung* zeigen – etwa weil die Person eine Information (Warnung, Aufklärung) gar nicht (hinreichend) verarbeiten kann oder eine Bedenkfrist nicht ausreichend ist, um einen reflektierten Entscheid zu ermöglichen. Solche Massnahmen wirken sich dann zwar weniger stark auf individuelle Entscheidungsspielräume aus, sind aber *nicht gleich geeignet*, um einen «unfreiwilligen» Entscheid zu verhindern.⁴¹⁶⁹

- (3.) Ein grundsätzlich milderer Mittel zu einem (generellen) Verbot stellen Verfahren dar, in denen individuell überprüft wird, ob *überhaupt* ein Freiwilligkeitsdefizit vorliegt.⁴¹⁷⁰

Anstelle eines generellen Verbots von **Betäubungsmitteln** könnte z.B. erwogen werden, die Abgabe von Betäubungsmitteln an solche Personen zu erlauben, deren Konsumentenscheid sich anlässlich eines Überprüfungsverfahrens als wohlwogener herausgestellt hat.⁴¹⁷¹

Ob solche Überprüfungsverfahren immer geeignet sind, Freiwilligkeitsdefizite zu verhindern, ist eine andere Frage: Möglicherweise lassen sich solche gar nicht verlässlich oder jedenfalls nicht ausreichend schnell feststellen. Darauf ist zurückzukommen.⁴¹⁷²

- (4.) Ist es möglich, das Defizit mit einer *generellen Information zu beseitigen* (Warnungen auf Produkten, Abgabe einer Informationsbroschüre, behördliche Empfehlungen im Internet usw.), ist auf eine eingriffsintensivere *individuelle (obligatorische) Beratung und Überprüfung der Freiwilligkeit* zu verzichten.⁴¹⁷³

Mit einer zwangsweisen Beratung und Aufklärung sind Zeitverluste verbunden, die Einzelne wird in eine direkte Konfrontation mit dem Staat oder – mit Abklärungspflichten belasteten – privaten Dritten gedrängt, möglicherweise muss sie auch intime Sacherhalte oder persönliche Motive darlegen; zudem besteht die Gefahr, dass gleichzeitig auf individuelle Präferenzen, Einstellungen und Überzeugungen Einfluss genommen wird oder allenfalls (neue) Verzerrungen generiert werden.⁴¹⁷⁴

⁴¹⁶⁹ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 40; REGAN, 115; s.a. MÖLLER, Paternalismus, 190 f.

⁴¹⁷⁰ KIENZERLE, 180; solche Abklärungsverfahren sind indessen keineswegs unproblematisch, vgl. dazu nachfolgend, Ziff. (4.), und hinten, Teil 4 III. C. 3. c) i).

⁴¹⁷¹ Vgl. bezogen auf die Abgabe von «Ersatzdrogen» (wie z.B. Methadon) VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 139; DIES., Nudge, 111. Zu beachten ist allerdings, dass es im Betäubungsmittelbereich nicht nur um einen Schutz vor sich selbst geht (vorne, bei Fn. 600 ff.); zudem stellt sich die Frage, ob solche Überprüfungsverfahren praktikabel wären und ob die Betäubungsmittel nicht dennoch den Weg zu denjenigen Personen finden würden, die eines Schutzes (vor sich selbst) bedürfen (hinten, bei Fn. 4727).

⁴¹⁷² Hinten, Teil 4 III. C. 3. c) ii, Ziff. (2.) bei Fn. 4457 ff.

⁴¹⁷³ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 138 f.; DIES., Nudge, 110 f.; OSWALD, 116 f.

⁴¹⁷⁴ Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 138 f.; DIES., Nudge, 110; s.a. vorne, bei Fn. 3853 und 4136 f., sowie hinten, bei Fn. 4416.

Die allgemeine Information erweist sich gegenüber einem individuellen Beratungs- und Aufklärungsgespräch allerdings dann *nicht als das gleich geeignete Mittel*, wenn sie den Empfänger gar nicht (mehr) erreicht,⁴¹⁷⁵ wenn sie nicht oder nicht genügend geeignet ist, die festgestellten Selbstbestimmungsdefizite zu korrigieren, oder wenn überhaupt erst festgestellt werden muss, ob und inwiefern die Freiverantwortlichkeit reduziert ist.⁴¹⁷⁶

- (5.) Soll einem übereilten Entscheid durch eine «Abkühlzeit» («*cooling-off-period*») entgegengewirkt werden, ist ein *Widerrufsrecht* (Widerruf von Antrag bzw. Annahmeerklärung, vgl. z.B. Art. 40a ff. OR) grundsätzlich weniger eingriffsintensiv als eine *vorgegebene Abkühl- bzw. Wartezeit*, bevor der Einzelne rechtswirksam eine Handlung vornehmen bzw. eine Einwilligungserklärung abgeben kann. Es dürfte für die meisten Menschen einen Unterschied machen, ob sie ihre Einwilligung sofort rechtswirksam erklären und darauf allenfalls zurückkommen können oder ob ihnen zunächst eine Wartezeit aufgedrängt wird. Bei Handlungen mit *irreversiblen* Folgen ist ein Zurückkommen auf den Entscheid allerdings nicht möglich, weshalb sich ein (nachträgliches) Widerrufsrecht hier nicht als zielführend erweist.⁴¹⁷⁷

Bei der Ausgestaltung von «Widerrufsrechten» sind auch andere Aspekte zu berücksichtigen: Wird es dem Einzelnen ermöglicht, einen Vertrag zu widerrufen, werden dadurch allenfalls Interessen des Vertragspartners und die Rechtsicherheit tangiert.⁴¹⁷⁸ Die Vertragsfreiheit ist (auch) so auszugestalten, dass sie einen «verlässlichen Rechtsrahmen» schafft und dass berechtigtes Vertrauen geschützt sowie die Verkehrssicherheit gewahrt wird.⁴¹⁷⁹

- (6.) Eigentlicher *physischer Zwang* und Einschränkungen der Bewegungsfreiheit kommen selbstverständlich nur in Frage, wenn keine mildereren Mittel wie Information, Beratung, Bedenkfristen usw. zur Verfügung stehen, um das Selbstbestimmungsdefizit bzw. die daraus resultierenden Nachteile zu beseitigen.⁴¹⁸⁰ Selbst wenn sich eine (medizinische) Zwangsmassnahme gegen eine urteilsunfähige Person richtet, diese aber – gestützt auf ihren natürlichen Willen – die Behandlung ablehnt, ist vorgängig zu versuchen, die betroffene Person sachlich von der Notwendigkeit der Behandlung zu *überzeugen*.⁴¹⁸¹ In

⁴¹⁷⁵ Dass eine allgemeine Information den Einzelnen tatsächlich erreicht, ist keineswegs sicher gestellt, vgl. MÖLLER, Paternalismus, 190 f.; s.a. HAUPT, 787.

⁴¹⁷⁶ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 100 und 110; DIES., Paternalismusgefahr, 138 f.

⁴¹⁷⁷ CAMERER et al., 1240.

⁴¹⁷⁸ Vgl. BELSER, Vertragsrecht, 206 f.; ferner HABERSACK, 44 und 165 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4562.

⁴¹⁷⁹ BUMKE, 65 f.

⁴¹⁸⁰ Vgl. MAYR, 66 f.; bezogen auf die Zwangsernährung siehe hinten, bei Fn. 4516 f.

⁴¹⁸¹ BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1, BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 86.

jedem Fall ist diejenige schadensverhütende (Zwangs-)Massnahme zu wählen, die am wenigsten eingriffsintensiv ist.

Eine **fürsorgerische Unterbringung** erweist sich nur als zulässig, wenn die notwendige Fürsorge nicht anderweitig erbracht werden kann, was das Gesetz in Art. 426 Abs. 1 ZGB zum Ausdruck bringt.⁴¹⁸² Zu prüfen ist namentlich, ob eine *ambulante* Behandlung ausreicht.⁴¹⁸³ Vorgängig zur Anwendung **körperlichen Zwangs** (Fixierung, Medikation) gegenüber einer unruhigen und aufgebracht Person in einer psychiatrischen Einrichtung sind selbstverständlich andere beruhigende Massnahmen zu versuchen.⁴¹⁸⁴ Von mehreren gleichermassen zur Zielerreichung geeigneten **Medikamenten** ist dasjenige zu verabreichen, das sich am wenigsten negativ auf den Betroffenen auswirkt.⁴¹⁸⁵

Um zu verhindern, dass sich eine durch die Polizei **inhaftierte Person** selbst gefährdet, ist eine **Leibesvisitation**, bei der sich der Betroffene nackt ausziehen muss, nicht zwingend erforderlich. Für den Ausschluss einer Selbstgefährdung kann es genügen, den Betroffenen über den Kleidern abzutasten und ihm gegebenenfalls den Gürtel und die Schnürsenkel wegzunehmen.⁴¹⁸⁶

- (7.) Bevor der Betroffene direkt mit Massnahmen belastet wird, ist zu prüfen, ob die *Ursachen* für ein (unfreiwillig) selbstschädigendes Verhalten beseitigt werden können. Dies ganz besonders dann, wenn der Staat – wie etwa im besonderen Rechtsverhältnis – starken Einfluss auf die Lebensumstände ausübt.

Zum Beispiel ist zu prüfen, ob die Haftbedingungen verbessert werden können, die den hungerstreikenden Strafgefangenen belasten.⁴¹⁸⁷

- (8.) Ein für den Einzelnen *erkennbares* Einwirken auf seine Entscheidung ist weniger eingriffsintensiv als heimliches, intransparentes, manipulatives Handeln, geht mit letzterem doch eine besondere Gefährdung des Betroffenen einher.⁴¹⁸⁸ Auch können sich Lerneffekte nicht oder nur bedingt einstellen.⁴¹⁸⁹

⁴¹⁸² Vgl. bereits BGE 106 Ia 33, E. 4a, wonach es für eine «Anstaltseinweisung» nicht ausreicht, «dass der Bevormundete geistesschwach oder geisteskrank ist, vermögen doch zahlreiche Geistesranke und Geistesschwache bei fachgerechter Betreuung ein Leben ausserhalb von Anstalten zu führen»; siehe – bezogen auf die Einweisung in eine geeignete Einrichtung zwecks psychiatrischer Begutachtung – auch Art. 449 Abs. 1 ZGB.

⁴¹⁸³ BERNHART, Rz. 386; BGER 5A_688/2009, E. 4.4; BGER 5A_687/2013, E. 3.3.

⁴¹⁸⁴ EGMR, Urteil vom 19. Februar 2015 i.S. M.S. gegen *Kroatien* (Nr. 2), Nr. 75450/12, Ziff. 103 ff.

⁴¹⁸⁵ Vgl. BGE 130 I 16, E. 5.1 und 5.3 f.; BGER 5A_666/2013, E. 3.3.

⁴¹⁸⁶ So BGER 1B_176/2016, E. 6.6.

⁴¹⁸⁷ Vgl. PAYLLIER, Hungerstreik, 328 f.; ferner URWYLER/NOLL, Rz. 23 f. und 33, wonach unbedingt «zu verhindern» sei, «dass eine unzureichende Ausgestaltung des Vollzugs (u.a. auch wegen finanzieller Gründe) Personen zum Sterbewunsch» treibe; s.a. vorne, Fn. 2779, und hinten, bei Fn. 4527.

⁴¹⁸⁸ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 110; GRÜNE-YANOFF, 636 ff., insb. 638; s.a. vorne, bei Fn. 2573 ff.

⁴¹⁸⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 4148.

Auf Selbstbestimmungsdefizite bzw. deren negative Folgen ist (auch unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit⁴¹⁹⁰) deshalb in erster Linie auf *transparente Art und Weise* einzuwirken. Allerdings sind Situationen denkbar, in denen Autonomiedefizite wirksamer durch ein nicht erkennbares Handeln korrigiert werden, etwa weil sich der Einzelne einer offen erfolgenden Intervention entzieht oder diese innerlich ablehnt.⁴¹⁹¹ Ob solche verdeckten Massnahmen zumutbar sind, ist jedoch eine andere Frage.⁴¹⁹²

- (9.) Hinzuweisen bleibt auf Folgendes: Hinsichtlich der Auswirkungen auf die individuelle *Selbstbestimmung* lässt sich nicht generell sagen, dass ein *indirekter Paternalismus* verglichen mit einem direkten Paternalismus das mildere Mittel wäre; beide Formen können sich bezogen auf die Handlungsoptionen und Wahlmöglichkeiten gleichermaßen freiheitsbeschränkend auswirken.⁴¹⁹³ Ein indirekter Paternalismus kann für den Geschützten aber insofern milder sein, als nicht ihm selbst, sondern einem Dritten (strafrechtliche) Konsequenzen angedroht werden.⁴¹⁹⁴

Ob sich der angestrebte Zweck auf weniger eingriffsintensive Art und Weise erreichen lässt, ist eine nicht immer einfach zu beantwortende, auch von Wertungen abhängige Frage.⁴¹⁹⁵

Ist es zum Schutz der Patienteninteressen beim **Versandhandel nicht rezeptpflichtiger Medikamente** tatsächlich erforderlich, eine ärztliche Verschreibung zu verlangen und v.a., dass diese *vor* der Bestellung vorliegen muss? Nach der (noch geltenden)⁴¹⁹⁶ Bestimmung von Art. 27 HMG ist der Versandhandel von Medikamenten (ausgenommen sind frei verkäufliche Präparate, siehe Art. 23 Abs. 2 HMG) grundsätzlich untersagt (Abs. 1), wobei unter gewissen Bedingungen eine (Ausnahme-)Bewilligung erteilt werden kann. Vorausgesetzt ist u.a., dass «für das betreffende Arzneimittel eine ärztliche Verschreibung vorliegt» (Abs. 2 Bst. a). Das gilt selbst dann, wenn es sich um *nicht rezeptpflichtige* Arzneimittel handelt. Damit soll die für den Patienten- und Konsumentenschutz als notwendig erachtete Beratung und Information gewährleistet werden, die bei nicht rezeptpflichtigen Medikamenten durch die Apothekerin oder den Apotheker sichergestellt wird.⁴¹⁹⁷

⁴¹⁹⁰ Zur gebotenen Erkennbarkeit staatlichen Handelns vgl. vorne, Teil 3 III. B.

⁴¹⁹¹ GRÜNE-YANOFF, 637 f.

⁴¹⁹² Siehe hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (4.) bei Fn. 4333, und – bezogen auf *Nudges* – hinten, bei Fn. 4667.

⁴¹⁹³ Vgl. aus ethischer Sicht aber BIRNBACHER, 18 f., wonach ein indirekter Paternalismus einem direkten tendenziell vorzuziehen sei; vgl. dazu auch bereits vorne, bei Fn. 1417 (mit weiteren Verweisen).

⁴¹⁹⁴ Zur gebotenen Berücksichtigung der Belastungen Dritter anlässlich einer umfassenden Interessenabwägung siehe hinten, Teil 5 I. C.

⁴¹⁹⁵ MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 30.

⁴¹⁹⁶ Hinten, Fn. 4203.

⁴¹⁹⁷ Botsch. HMG, 3513 ff.; BGE 142 II 80, E. 2.4 und 5.3; KIESER, HMG, Rz. 170.

Nach der Absicht des Gesetzgebers⁴¹⁹⁸ und der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es nicht rechtmässig, wenn der Patient einen Gesundheitsfragebogen ausfüllt, das Medikament bei der Versandapotheke bestellt und der Arzt (i.d.R. ohne direkten Kontakt mit dem Kunden, aber mit der Möglichkeit von Rückfragen) vor dem Versand der Bestellung den Fragebogen prüft und eine Verschreibung ausstellt.⁴¹⁹⁹ Die Verschreibung müsse bereits *vor dem Bestellen* vorliegen.⁴²⁰⁰ Das Ausfüllen eines Gesundheitsfragebogens könne – so das Bundesgericht – den persönlichen Kontakt mit dem Arzt, der als Surrogat für die mangelnde Fachberatung in der Apotheke eingeführt worden sei, nicht ersetzen.⁴²⁰¹

Man mag mit guten Gründen bezweifeln, ob diese zumindest *auch* paternalistisch motivierte⁴²⁰² Erschwerung, Medikamente über den Versandhandel zu beziehen, gerechtfertigt ist. Ist der Schutz durch einen Fragebogen und eine anschliessende ärztliche Verschreibung tatsächlich unzureichend? Ist der persönliche Kontakt mit dem Arzt wirklich *erforderlich*? Die zur Rechtfertigung des persönlichen Kontakts vom Bundesgericht angegebenen Gründe (vgl. insb. E. 5.5.3 f.) vermögen nicht restlos zu überzeugen: Das Gespräch dem Fragebogen mit der Begründung vorzuziehen, der Kunde könne nicht überprüfen, welcher Arzt das Rezept ausgestellt hat und keine Rückfragen stellen, ist m.E. kein stichhaltiges Argument – hier wird ein Bedürfnis unterstellt, das der Kunde *eben gerade nicht hat*, wenn er sich für den Versandhandel entscheidet. Ebenfalls nicht vollends überzeugend erscheint mir das Argument, dass «*die auf dem Gesundheitsfragebogen gemachten Angaben [...] vom Arzt nicht überprüft werden [können]*». Zwar ist die Kenntnis des Gesundheitszustands zweifellos wichtig und es mag zutreffen, dass die Richtigkeit der auf einem Fragebogen gemachten Angaben nur schwer zu überprüfen ist; allerdings stellt sich die Frage, ob die Gesundheitsangaben in einer *Apotheke durch eine Fachperson* tatsächlich besser überprüft werden können, jedenfalls soweit Falschangaben (z.B. über das Gewicht, die Grösse oder das Alter) nicht mit einem Blick auf den Kunden erkannt werden können; zudem ist es dem Arzt möglich, Rückfragen telefonisch zu stellen. Wie das Bundesgericht m.E. hingegen zu Recht feststellt, ist es problematisch, wenn im Fragebogen keine Angaben zum Grund des Arzneimittelbezugs gemacht werden müssen. Wiederum weniger überzeugend ist das Argument, dass mangels persönlichen Kontakts zwischen Arzt und Patient nicht sichergestellt sei, dass die Person, auf die das Rezept ausgestellt werde, identisch mit derjenigen Person sei, die das Arzneimittel letztlich entgegennehme. Das scheint mir ein generelles Problem des Versandhandels zu sein, das auch dann bestehen dürfte, wenn das Rezept anlässlich eines persönlichen Kontakts ausgestellt wird.

Die Regeln zum Versandhandel mit nichtverschreibungspflichtigen Arzneimitteln sollen revidiert werden.⁴²⁰³

⁴¹⁹⁸ Vgl. die m.E. zutreffende Zusammenfassung der parlamentarischen Beratung in BGE 142 II 80, E. 4.2.2; vgl. insbesondere das Votum Egerszegi-Obrist, AB S 2014 1156.

⁴¹⁹⁹ BGE 142 II 80, E. 3.

⁴²⁰⁰ BGE 142 II 80, E. 4.

⁴²⁰¹ BGE 142 II 80, E. 5, insb. E. 5.5.

⁴²⁰² Das Heilmittelgesetz steht im Dienste der Gesundheit des Menschen und soll dazu beitragen, dass die in Verkehr gebrachten Heilmittel ihrem Zweck entsprechend und massvoll verwendet werden (Art. 1 HMG); s.a. vorne, bei Fn. 714 ff.

⁴²⁰³ Versandhandel mit nichtverschreibungspflichtigen Arzneimitteln, Bericht des Bundesrates vom 24. November 2021 in Erfüllung des Postulates 19.3382 Stahl vom 22. März 2019, ab-

b) Beurteilung der Zumutbarkeit einzig aufgrund der Art und Schwere des Selbstbestimmungsdefizits?

i) Vorbemerkungen

Für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer weich paternalistischen Massnahme stellt sich auf einer grundsätzlichen Ebene die Frage, ob der *Art* des Selbstbestimmungsdefizits (z.B.: eigentliche Urteilsunfähigkeit oder «blosse» Willensschwäche?) für sich genommen eine entscheidende Bedeutung zukommt. Gibt es (sich negativ auswirkende) Selbstbestimmungsdefizite, bei deren Vorliegen eine (den Erfordernissen der Geeignetheit und Erforderlichkeit genügende) autonomieorientierte paternalistische Intervention *per se* als *zumutbar* gelten muss? Gibt es umgekehrt gewisse Defizite, die als Anknüpfungspunkt für eine *zumutbare* autonomieorientierte Intervention *generell ausschneiden* müssen?⁴²⁰⁴ Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich *allein* aufgrund der Art und Schwere des in Frage stehenden Selbstbestimmungsdefizits *noch nicht entscheiden*, ob eine *weich* paternalistische Massnahme zumutbar oder eben unzumutbar ist.

ii) Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB

(a) Schwelle zwischen Selbst- und Fremdbestimmung?

Zu betrachten sind zunächst Fälle, in denen der Einzelne *gar nicht in der Lage ist, vernunftgemäss zu handeln*. Bedeutsam sind insbesondere die in Art. 16 ZGB aufgezählten – pathologischen, biologischen und (entwicklungs-)psychologischen⁴²⁰⁵ – «Ausnahmезustände»⁴²⁰⁶ oder «Schwächezustände»⁴²⁰⁷: Kindesalter, geistige Behin-

rufbar unter: www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2019/20193382/Bericht%20BR%20D.pdf.

⁴²⁰⁴ Einen solchen Ansatz verfolgt in der philosophischen Literatur z.B. MURPHY, 468 ff., insb. 473 ff., der neben Fällen von Unwissenheit (*ignorance*) und Zwang (*compulsion*) einen paternalistischen Eingriff nur dann für gerechtfertigt hält, wenn der Einzelne «frei von Vernunft» (*devoid of reason*) ist. Letzteres liege vor, wenn der Einzelne gar nicht entscheiden könne, z.B. weil er im Koma liege, oder wenn er irrational handle. Ein irrationales Handeln liege vor, wenn der Einzelne an etwas glaube oder etwas wolle, was *kein rationaler Mensch glauben oder wollen* könne: Wenn er – nach m.E. sehr fragwürdiger Auffassung – z.B. ein masochistisches Verlangen nach starken Schmerzen habe (vgl. vorne, bei Fn. 4049), wenn er systematischen Entscheidfehlern unterliege, also regelmässig Fakten falsch gewichte, oder wenn er gar nicht abschätzen könne, welche Informationen für den in Frage stehenden Entscheid relevant sind, weil er z.B. relevante Umstände gar nicht in Betracht ziehe.

⁴²⁰⁵ CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 16, Rz. 1; WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 39; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 1; BERNHART, Rz. 75.

⁴²⁰⁶ GUTZWILLER, 1225.

⁴²⁰⁷ BGer 5A_272/2017, E. 5.3 f.

derung, psychische Störung, Rausch oder ähnliche Zustände. Bei Letzteren ist an Zustände zu denken, die dem *Drogen- oder Alkoholrausch* ähnlich sind,⁴²⁰⁸ wie Bewusstseinsstörungen aufgrund von starkem Fieber, Hypnose, Medikamenten, Schlafwandeln;⁴²⁰⁹ eher nicht in Frage kommen dürften hingegen Gefühle wie Wut, Hass u.ä.,⁴²¹⁰ soweit solche Zustände nicht bereits Ausdruck einer psychischen Störung sind.⁴²¹¹

Ein (weicher) Paternalismus gegenüber Personen, die etwa aufgrund ihres Kindesalters oder psychischer Erkrankungen (wie z.B. einer Demenz⁴²¹²) *urteilsunfähig* sind, wird gemeinhin für zulässig (und geboten) gehalten.⁴²¹³ Teilweise ist er sogar verfassungsrechtlich gefordert.⁴²¹⁴ Die Urteilsfähigkeit markiert so gesehen eine – wenn auch missbrauchsanfällige, für die Durchsetzung des «objektiv Vernünfti-

⁴²⁰⁸ BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 33.

⁴²⁰⁹ FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 16: BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 33.

⁴²¹⁰ Inwiefern Wut, Hass oder andere emotionale Ausnahmezustände unter die «ähnlichen Zustände» zu subsumieren sind, ist umstritten, vgl. GUTZWILLER, 1225; zurückhaltend BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 33a; gemäss BK ZGB-AEBI-MÜLLER/BUCHER, Art. 16, Rz. 108 «[genügen] Gefühlsausbrüche ohne pathologischen Wert wie Ärger oder Wut, Leidenschaft u.dgl. [...] für sich genommen nicht als objektive Gründe einer Urteilsunfähigkeit». Das Bundesgericht will nicht ausschliessen, dass auch «starke Gefühle von Angst, Kummer, Zorn oder leidenschaftlicher Wut [...] oder Kurzschlussreaktionen nach einem Beziehungskonflikt» einen Schwächezustand nach Art. 16 ZGB begründen können (BGer 5A_272/2017, E. 5.4). Die Lehre plädiert jedenfalls für eine zurückhaltende Handhabung des unbestimmten Rechtsbegriffs der «ähnlichen Zustände» (KuKo ZGB-HOTZ, Art. 16, Rz. 9; ferner CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 16, Rz. 8 [«nicht zu weit ausgedehnt»]; BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 33a [«dürfen nicht beliebig ausgeweitet werden»]) – aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dem insbesondere mit Blick darauf zuzustimmen, dass sich zu hohe Freiwilligkeitsanforderungen zumindest wie ein (verfassungsrechtlich unzulässiger) *harter* Paternalismus *auswirken* können (vorne, bei Fn. 3996 ff.), weshalb die *Urteilsunfähigkeit* nicht vorschnell bejaht werden darf (siehe hinten, bei Fn. 4217; zur gebotenen verfassungskonformen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe siehe hinten, bei Fn. 4852).

⁴²¹¹ Vgl. CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 16, Rz. 8.

⁴²¹² BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 29.

⁴²¹³ SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 37; SCHWABE, 70; MÖLLER, Paternalismus, 135, 145 ff.; HÄFELI, Rz. 278; LITWIN, 17; KIRCHGÄSSNER, Rz. 8; JOST, 52; ENDERLEIN, 41; SARTORIUS, Introduction, x; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 109; DIES., Nudge, 85; RAWLS, 281; MILL, 186 (Kap. V; siehe vorne, Fn. 3941); BGer 5A_1021/2021, E. 5.6.2; BVerfGE 58, 208, 224 ff. (psychisch kranke Person); vgl. bezogen auf Kinder und Jugendliche bereits vorne, bei Fn. 3364.

⁴²¹⁴ Vgl. Art. 118b Abs. 2 Bst. c BV (Forschung am Menschen); dazu vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) i) (b); zu den autonomieorientierten Schutzpflichten siehe vorne, Teil 3 IV. B. 3.

gen» instrumentalisierbare⁴²¹⁵ – «Schwelle» zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung.⁴²¹⁶

Diese Schwelle ist allerdings etwas zu *relativieren*: Bei der Interpretation der Urteilsfähigkeit ist darauf zu achten, dass das Institut – z.B. über zu hohe Anforderungen an das «vernunftgemässe» Handeln – nicht zu einem Einfallstor für eine staatliche, dem Einzelnen *schädliche* «Bevormundung» wird.⁴²¹⁷ Vor allem aber ist zu bedenken, dass selbst bei der *Verneinung* der Urteilsfähigkeit noch nicht entschieden ist, inwiefern ein paternalistisches Eingreifen *tatsächlich* gerechtfertigt ist: Abgesehen davon, dass sich die Urteilsunfähigkeit negativ auswirken muss,⁴²¹⁸ darf der Staat auch dem urteilsunfähigen Einzelnen *keinen Schaden* zufügen, was eine Berücksichtigung der mit der aufgedrängten Fürsorge verbundenen Wohlfahrtsverluste bedingt.⁴²¹⁹ *Allein* auf eine (sich für den Betroffenen negativ auswirkende) Urteilsunfähigkeit darf also nicht verwiesen werden, um eine bestimmte paternalistische Massnahme zu rechtfertigen. Eine «absolute» Schwelle zwischen «Selbstbestimmung» und «Fremdbestimmung» markiert die Urteilsunfähigkeit so gesehen nicht.

Schliesslich bleibt auf Folgendes hinzuweisen: Paternalistische Massnahmen gegenüber urteilsunfähigen Person finden ihre Rechtfertigung nicht einfach darin, dass es bei Vorliegen von Urteilsunfähigkeit keinen Sinn ergeben oder dass kein Grund bestehen würde, «Selbstbestimmung» zu schützen, da diese gar nicht vorhanden sei.⁴²²⁰ Auch ist es nicht so, dass dem Urteilsunfähigen keine Freiheit genommen werden könnte bzw. seine «Selbstbestimmung» durch paternalistisches Eingreifen gar nicht tangiert würde.⁴²²¹ Zwar liegt Selbstbestimmung im Sinne einer «Freiverantwortlichkeit» nicht vor, doch sind der «*natürliche Wille*» einer urteilsunfähigen Person, ihre «Selbсторientierung», ihre Wünsche, Ängste und Bedürfnisse grundrechtlich *keineswegs irrelevant*. Sie hat einen Anspruch darauf, darin ernst genommen und so weit möglich berücksichtigt zu werden.⁴²²² Entscheidend ist vielmehr,

⁴²¹⁵ Vorne, bei Fn. 2128 f.

⁴²¹⁶ Vgl. MICHEL, Rechte von Kindern, 44 und 76, s.a. 176; AEBI-MÜLLER, 156.

⁴²¹⁷ Zu Recht mahnend PETERMANN, Urteilsfähigkeit, 288; s.a. vorne, Fn. 4210 a.E., und hinten, Teil 5 II. B. 3. b) vi.

⁴²¹⁸ Vgl. vorne, Teil 4 III. B. 1. a).

⁴²¹⁹ Vgl. hinten, bei Fn. 4272 f.; zur Interessenabwägung als solche: Teil 4 III. C. 2. c); zum Grundsatz, dass der Staat der Einzelnen mit einem paternalistischen Schutz nicht schaden darf, siehe vorne, Teil 4 II. B.

⁴²²⁰ Vgl. demgegenüber RIGOPOULOU, 74 und 78; MÖLLER, Paternalismus, 148 f.; s.a. ENDERLEIN, 148; HILLGRUBER, Schutz, 121 ff.

⁴²²¹ Vgl. aber etwa: SCHWABE, 70; LITWIN, 17, 40 und 107; sowie aus philosophischer Sicht MAYR, 51 f.

⁴²²² Vorne, Teil 2 III. F. 3. c) ii, insb. bei Fn. 2148 f.

dass die bezogen auf eine Entscheidung urteilsunfähige Person nicht in der Lage ist, die damit verbundenen Konsequenzen einzusehen oder sich einer gewonnenen Einsicht entsprechend zu verhalten.

(b) *Bemerkungen zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit*

Die Urteilsfähigkeit ist jeweils bezogen auf einen bestimmten Zeitpunkt und die Schwierigkeit, Tragweite und Komplexität der konkret in Frage stehenden Entscheidung zu beurteilen.⁴²²³ Dabei ist die Beurteilung der Urteilsunfähigkeit durchaus anspruchsvoll.⁴²²⁴

Je komplexer der Sachverhalt ist und je grösser die Tragweite und die möglichen Nachteile einer Entscheidung für die Einzelne sind, desto eher ist diesbezüglich die Urteilsfähigkeit zu *verneinen*. Umgekehrt ist bei wenig komplexen Fragen oder bei Entscheidungen, die nur geringfügige negative Auswirkungen haben (können) oder gar Vorteile bringen, die Urteilsfähigkeit eher zu *bejahen*.⁴²²⁵ An die Urteilsfähigkeit sind zum Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen auch dann geringere Anforderungen zu stellen, wenn die Ausübung *höchstpersönlicher Rechte* betrof-

⁴²²³ Zu dieser *Relativität* der Urteilsfähigkeit siehe FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 8; BGE 134 II 235, E. 4.3.2; BGE 124 III 5, E. 1a; BGER 5A_912/2014, E. 3.2.1; KLEY/ZAUGG, 186.

⁴²²⁴ Vorne, bei Fn. 2125 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 4217.

⁴²²⁵ Siehe dazu BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 35 f.; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, 41 f.; so sind etwa an die für eine Eheschliessung notwendige Urteilsfähigkeit nicht zu hohe Anforderungen zu stellen, wenn die Ehe offensichtlich im Interesse des Ehemwilligen liegt und «seinem Wohlergehen dient» (vgl. BGE 109 II 273, E. 4b; s.a. BGE 127 III 342, E. 3b); vgl. im Kontext der Forschung am Menschen ferner Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6734 f., wonach «[d]ie Anforderungen an die Urteilsfähigkeit [...] besonders hoch [sind], je höhere Risiken und Belastungen eine Person auch in einem fremden, d.h. wissenschaftlichen Interesse auf sich nimmt, *ohne einen entsprechenden direkten Nutzen vom Forschungsvorhaben zu haben.*» (Herv. d. Verf.); keine hohen Anforderungen an die Urteilsfähigkeit sind dann zu stellen, wenn es um einen *schmerzhaften*, aber medizinisch *nicht unbedingt notwendigen* Eingriff geht (BGE 134 II 235, E. 4.3.2 ff. – i.c. wurde die Urteilsfähigkeit eines Kindes von etwas mehr als 13 Jahren bezogen auf einen rektalen Eingriff, um das Steissbein in seine ursprüngliche Position zu bringen, *bejaht*); umstritten ist, ob hinsichtlich der *Einwilligung* in eine medizinische Behandlung höhere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit zu stellen sind als bezogen auf die *Verweigerung* einer medizinischen Behandlung (vgl. zu dieser Diskussion m.H. auf die Lehre WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 84 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4296); so pauschal wird man das wohl nicht sagen können – auch die Verweigerung einer Behandlung kann komplexe Fragen aufwerfen und für den Einzelnen schwerwiegende Auswirkungen haben, vgl. WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 84 f.; BERNHART, Rz. 75; FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 370 ZGB, Rz. 32; BGE 127 I 6, E. 7 b/cc; vgl. im Kontext der Forschung am Menschen auch Botsch. Verfassungsartikel Forschung am Menschen, 6736: «Je schwerwiegender die Folgen einer Nichtteilnahme für die betreffende Person sind, desto höhere Anforderungen sind an ihre Urteilsfähigkeit zu stellen.»

fen ist⁴²²⁶ – besonders dann, wenn es um absolut höchstpersönliche, vertretungsfeindliche Rechte geht, ansonsten die Einzelne in solch zentralen Bereichen ihrer Persönlichkeit gar keine Rechte und Pflichten eingehen könnte.⁴²²⁷ Entsprechendes gilt, wenn die Ausübung verfassungsmässiger Rechte – wie z.B. das Recht auf Ehe – in Frage steht; ansonsten besteht die Gefahr, dass diese Rechte leerlaufen.⁴²²⁸ Allerdings sollte m.E. nicht übersehen werden, dass gerade Entscheidungen in höchstpersönlichen Lebensbereichen von einer grossen Tragweite sein können und sich erheblich nachteilig auszuwirken vermögen; dies sollte bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit nicht ausser Acht gelassen werden.⁴²²⁹

Vom Vorliegen eines Ausnahmestands i.S.v. Art. 16 ZGB darf nicht einfach auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden. So hat eine psychische Erkrankung nicht zwingend zur Folge, dass Urteilsunfähigkeit angenommen werden dürfte, es ist auch hier die konkret in Frage stehende Handlung von Bedeutung.⁴²³⁰ Die Urteilsfähigkeit kann beispielsweise auch bezogen auf einen Suizid trotz einer psychischen Erkrankung gegeben sein.⁴²³¹

Von Bedeutung ist immer auch, wie stark die Entscheidung vom persönlichen Empfinden geprägt ist: Im Kontext der Sterbehilfe darf nicht unberücksichtigt gelassen werden, dass häufig nur die Betroffene selbst in der Lage ist, das eigene (körperliche oder seelische) Leiden bzw. dessen Ausmass einzuschätzen.⁴²³²

Die Fähigkeit, eine Situation verstehen und richtig einschätzen zu können,⁴²³³ setzt nicht voraus, dass beim Betroffenen Sach- oder Spezialkenntnisse vorhanden sind; es genügt, wenn er sich die nötigen Kenntnisse anzueignen bzw. einzusehen vermag, dass er auf zusätzliche Information angewiesen ist oder den Rat eines sachverständigen Dritten einholen muss.⁴²³⁴

Bei *Erwachsenen* ist grundsätzlich von der Urteilsfähigkeit auszugehen (anders ist dies bei Vorliegen eines «dauernden Schwächezustands gemäss Art. 16 ZGB»: hier wird die Urteilsunfähigkeit vermutet).⁴²³⁵ Diese Vermutung der Urteilsfähigkeit ergibt sich aus verfassungsrechtlicher Sicht schon aus der Würde und dem – nicht zuletzt den Grundrechten zu entnehmenden – Bild des zur Eigenverantwortung

⁴²²⁶ PETERMANN, Demenz, Rz. 27; DERS., Sterbehilfe, 42; DERS., Entwurf, 1122 f.; BERNHART, Rz. 75; BGE 109 II 273, E. 4b (im Zusammenhang mit der Ehefähigkeit).

⁴²²⁷ BSK ZGBI-FANKHAUSER, Art. 16, Rz. 35; BK ZGB- BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16, Rz. 122.

⁴²²⁸ BGE 109 II 273, E. 3 und 4b; CHK ZGB-KELLER, Art. 94, Rz. 3: s.a. SGK BV-REUSSER, Art. 14, Rz. 15.

⁴²²⁹ So auch BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16, Rz. 123.

⁴²³⁰ BGE 127 I 6, E. 7 b/aa; BGer 5A_912/2014, E. 3.2.1; BGer 2C_410/2014, E. 6.3; BGer 2C_410/2014, E. 6.5; GMÜR, 37.

⁴²³¹ BGer 2C_410/2014, E. 6.5; BGE 133 I 58, E. 6.3.5.1.

⁴²³² VENETZ, Urteilsfähigkeit, 62; s.a. vorne, bei Fn. 3914.

⁴²³³ Vorne, Fn. 2119.

⁴²³⁴ Siehe BGE 77 II 97, E. 1; BVGer A-2619/2010, E. 5.1; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16, Rz. 110; KuKo ZGB-HOTZ, Art. 16, Rz. 1.

⁴²³⁵ BGE 144 III 264, E. 6.1.2 f.; ferner BGer 2C_410/2014, E. 6.3; BGE 134 II 235, E. 4.3.3.

fähigen und gewillten Menschen.⁴²³⁶ Bei *minderjährigen Personen* darf die Urteilsfähigkeit nicht vorschnell verneint werden,⁴²³⁷ auch nicht bei existenziellen Entscheidungen wie dem eigenen Tod⁴²³⁸ und erst recht nicht bei medizinischen Behandlungsentscheidungen.⁴²³⁹ Zu berücksichtigen ist ferner, dass «blosse Zweifel» am Geisteszustand für sich genommen nicht ausreichen, um die Vermutung der Urteilsfähigkeit umzustossen.⁴²⁴⁰ Auch aus einem häufigen «Umentscheiden» oder einer «ambivalenten» Haltung darf nicht einfach auf das Vorliegen einer (psychischen) Erkrankung oder gar auf Urteilsunfähigkeit geschlossen werden,⁴²⁴¹ ebenso wenig, wenn der Entscheid als «unvernünftig» oder «abwegig»⁴²⁴² oder als übereilt und einseitig getroffen erscheint.⁴²⁴³ Ungewöhnliches, schwer nachvollziehbares Verhalten kann allerdings ein Anzeichen dafür sein, dass möglicherweise Urteilsunfähigkeit vorliegt und diese näher abzuklären ist.⁴²⁴⁴

iii) Andere Selbstbestimmungsdefizite?

Schwieriger zu beurteilen sind Fälle, in denen die Einzelne aus anderen als den in Art. 16 ZGB genannten Ausnahmesituationen nicht (oder nur beschränkt) zu einer freien Willensbildung und/oder -umsetzung in der Lage ist.

Art. 16 ZGB regelt zwar abschliessend die objektiven Gründe, die zur «*Urteilsunfähigkeit*» führen;⁴²⁴⁵ indessen können den Einzelnen auch andere Ursachen in seiner Fähigkeit zu vernunft-

⁴²³⁶ Vorne, bei Fn. 1185 und bei Fn. 2534 ff.

⁴²³⁷ Vgl. BGE 134 II 235, E. 4.3. ff. (vgl. dazu vorne, Fn. 4225).

⁴²³⁸ Vgl. VENETZ, Urteilsfähigkeit, 61 f., wonach nicht auszuschliessen sei, dass eine unmündige Person die Tragweite eines Sterbewunschs hinreichend zu erfassen und zu überblicken vermöge.

⁴²³⁹ Dazu BGE 134 II 235, E. 4 (vgl. vorne, Fn. 4225); illustrativ auch OGer LU, Entscheid vom 3. Dezember 2007, 30 07 22, FamPra.ch 2008, 445 ff. (Urteilsfähigkeit eines 17-jährigen, an Krebs erkrankten Patienten bezüglich des Verzichts auf eine weitere Chemotherapie).

⁴²⁴⁰ BGer 2C_410/2014, E. 6.3; BGE 144 III 264, E. 6.1.3.

⁴²⁴¹ BGE 127 I 6 S. 20, E. 7b/bb.

⁴²⁴² Vorne, bei Fn. 4053 f.

⁴²⁴³ Vgl. bezogen auf die Frage nach der Leistungspflicht der Unfallversicherung bei einem Suizid (war der Versicherte i.S.v. Art. 48 UVV ohne Verschulden gänzlich unfähig, vernunftgemäss zu handeln?) das EVG, Urteil vom 6. Mai 2002, U 395/01, E. 1 – danach genügt «[e]ine blosse «Unverhältnismässigkeit» der Tat, indem der Suizident seine Lage in depressiv-verzweifelter Stimmung einseitig und voreilig einschätzt, [...] zur Annahme von Urteilsunfähigkeit nicht.»

⁴²⁴⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 4057 ff., und hinten, bei Fn. 4429.

⁴²⁴⁵ FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 11; WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 39; vgl. aber CHK ZGB-BREITSCHMID, Art. 16 ZGB, Rz. 1 (keine abschliessende Aufzählung im Gesetz) – zu berücksichtigen bleibt aber die grundsätzliche Offenheit des Begriffs der «ähnlichen Zustände», siehe FamKomm Erwachsenenschutz-

gemäßem Handeln beschränken.⁴²⁴⁶ Mangels Vorliegens eines gesetzlich vorgesehenen objektiven Grunds führen diese aber nicht zu einer Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB.⁴²⁴⁷

Zu denken ist an eigentliche *Irrtümer*, aber auch etwa daran, dass die Einzelne Risiken bzw. negative Konsequenzen eines Tuns oder Unterlassens *falsch einschätzt*; z.B. weil sie einem *Überoptimismus* oder einer *Selbstüberschätzung* unterliegt, ihr *Alternativen nicht (vollumfänglich) bekannt* sind oder weil sie sich in einem geistigen Zustand befindet, der es ihr *verunmöglicht oder erschwert*, sämtliche Optionen *neutral* zu gewichten oder ihren eigentlichen Bedürfnissen zu folgen (innerer Druck und Hemmungen, Angst, Übereilung, aber möglicherweise auch eine Willensschwäche; zu denken ist ferner an Euphorie, Wut, Verliebtheit oder Enttäuschung).⁴²⁴⁸

Ob der Staat auch solche Defizite (bzw. damit verbundene, negative Auswirkungen⁴²⁴⁹) zum Anlass eines paternalistisch motivierten Eingreifens machen darf – sei es in Form von Information und Beratung, *Nudges* oder gar von Verboten oder (körperlichem) Zwang – ist nicht ganz einfach zu beantworten. Je weiter man sich von einer eigentlichen, anhand bestimmter Kriterien umschriebenen Urteilsunfähigkeit entfernt, desto schwieriger wird die Begründung und desto mehr besteht die Gefahr einer gewissen «Willkürlichkeit» in der Festlegung von Eingriffsgründen bzw. der einer paternalistischen Korrektur zugänglichen Defizite.⁴²⁵⁰ Und je geringfügigere Entscheidungsdefizite eine staatliche Intervention rechtfertigen (sollen), desto mehr nähert sich die staatliche Fürsorge einem harten Paternalismus an und desto grösser wird das Konfliktpotential mit der grundrechtlich geschützten Freiheit an sich.⁴²⁵¹ Besonders problematisch wäre es, wenn Abweichungen von Rationalitätsannahmen («Verhaltensanomalien») oder die Willensschwäche undifferenziert als *korrekturbedürftige* und einer paternalistischen *Intervention zugängliche* Defizite begriffen würden.⁴²⁵²

Allerdings wird man aus einer verfassungsrechtlichen Sicht keineswegs pauschal sagen können, dass Verzerrungen unterhalb der Schwelle zur eigentlichen «Urteils-

BÜCHLER/MICHEL, Art. 16 ZGB, Rz. 11 – immerhin: es muss sich um *ähnliche* Zustände handeln (vgl. vorne, bei Fn. 4208 ff.).

⁴²⁴⁶ BELSER, Vertragsrecht, 206 f.

⁴²⁴⁷ WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 39.

⁴²⁴⁸ BELSER, Vertragsrecht, 206 f.; WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, S. 39 mit Fn. 268 (Leidenschaft oder Wut) – allerdings ist es nicht ausgeschlossen, emotionale Ausnahmezustände unter die «ähnlichen Zustände» zu subsumieren, jedenfalls wenn sie mit einer psychischen Störung in Verbindung stehen, siehe vorne, bei Fn. 4210 f.

⁴²⁴⁹ Vorne, Teil 4 III. B. 1.

⁴²⁵⁰ Vgl. SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 37.

⁴²⁵¹ Siehe vorne, bei Fn. 3994 ff.

⁴²⁵² Vgl. dazu vorne, Teil 4 III. B. 8 und 9; zurückhaltend auch VAN AAKEN, Nudge, 86; KOLBE, 324 ff.; s.a. SCHÄFER/OTT, 157 («eng begrenzte Ausnahmefälle»), und HUSTER, Selbstbestimmung, 49 f.; vgl. auch hinten, Teil 4 III. C. 4. b).

unfähigkeit» im vorgenannten Sinn keinen legitimen Angriffspunkt für eine paternalistische Intervention bilden könnten.⁴²⁵³ Auch andere Defizite können schwerwiegend sein (schwere Irrtümer⁴²⁵⁴) oder sich zumindest erheblich nachteilig für den Einzelnen auswirken (zu optimistische Einschätzung eines Unfallrisikos mit potentiell tödlichen Folgen, übereilter Entscheid mit schwerwiegenden Konsequenzen für die individuelle Gesundheit). Es ist m.E. nicht möglich, innerhalb der – nicht zu einer Urteilsunfähigkeit führenden – Selbstbestimmungsdefizite⁴²⁵⁵ solche zu bestimmen, deren Korrektur dem Einzelnen *generell unzumutbar* wäre. Angezeigt ist vielmehr eine Betrachtung des konkret vorliegenden Entscheidungsdefizits im *Gesamtkontext* der jeweiligen Entscheidung und deren (*nachteiligen*) *Auswirkungen* – insbesondere mit Blick auf die Frage, wie *zeitnah* und *wahrscheinlich* und vor allem wie *gross* der (nicht oder nur bedingt freiverantwortlich gewollte) Nachteil ist. Die Frage der «Freiwilligkeit» ist insofern nach einem «variablen» oder «relativen» Massstab zu beurteilen,⁴²⁵⁶ wie dies auch im Zusammenhang mit der Beurteilung der Urteilsfähigkeit gehandhabt wird.⁴²⁵⁷ Wollte man *allein* aufgrund der *Art* und *Schwere* des (sich nachteilig auswirkenden) Defizits darüber entscheiden, ob ein Schutz vor sich selbst *unzumutbar* ist, müsste man auch darlegen, dass die Korrektur gewisser Defizite dem Wohl des Einzelnen regelmässig *zuwiderläuft*, oder anders gesagt: dass es beim Vorliegen gewisser Defizite unabhängig davon, wie nachteilig sie sich auswirken, *immer* besser wäre, den Einzelnen in Ruhe zu lassen und seine «Fehler» machen zu lassen. Damit setzte man sich aber dem Vorwurf aus, vorschnell ein doch relativ abstraktes und objektiviertes Urteil über das individuelle Wohl zu fällen, das zudem sehr *einseitig* bestimmt wird, nämlich unter gänzlicher Ausblendung der Konsequenzen eines Verhaltens für den betroffenen Einzelnen. Damit geriete man auch in einen Widerspruch zu der verfassungsrechtlich geforderten Beurteilung des Wohls (in erster Linie) nach Massgabe der subjektiven Perspektive und damit letztlich auch der *individuellen* Umstände. Die Festlegung gewisser Defizite, bei deren Vorliegen es für die Einzelne immer besser

⁴²⁵³ Vgl. im Kontext der Sterbehilfe BGE 136 II 415, E. 2.3.4, wonach es «fraglich» sei, «ob die Urteilsfähigkeit bezüglich des Sterben-Wollens das ausschlaggebende Kriterium für die Bejahung eines autonomen Sterbewunsches sein» könne.

⁴²⁵⁴ Hier wird man von einem wirklich «freiwilligen» Verhalten kaum mehr sprechen können, vgl. FEINBERG, Legal Paternalism, 7 und 10.

⁴²⁵⁵ Davon zu trennen ist die Frage, ob *überhaupt* ein Freiwilligkeits- oder Selbstbestimmungsdefizit vorliegt. Zu den Voraussetzungen, unter denen aus verfassungsrechtlicher Sicht von einem derartigen Defizit gesprochen werden kann, siehe vorne, Teil 4 III. B.

⁴²⁵⁶ Ein Verständnis der Freiwilligkeit als «variables Konzept» («*variable concept*») vertritt (bezogen auf paternalistisches Staatshandeln) etwa FEINBERG, Harm to Self, 118 ff., insb. 118 und 121 ff.

⁴²⁵⁷ Vorne, bei Fn. 4223 ff.

wäre und immer in ihrem wohlverstandenen Interesse läge, vor jeglicher Einflussnahme verschont zu bleiben, verträgt sich damit m.E. nicht.

Jedenfalls nach der Rechtsprechung kann ein paternalistischer Schutz auch dann zulässig sein, wenn die Gefahr eines *überstürzten, unüberlegten, voreiligen bzw. übereilten* Entscheids besteht,⁴²⁵⁸ die Autonomie durch *sozialen Druck oder Angst* beeinträchtigt ist,⁴²⁵⁹ eine «*Schwäche des Willens*» vorliegt⁴²⁶⁰ oder wenn der Einzelne die Tragweite seines Entschlusses nicht *vollumfänglich* überblickt.⁴²⁶¹ Informationsdefizite – allen voran Unwissenheit und eigentliche Irrtümer – gelten ganz allgemein als grundsätzlich legitime Ansatzpunkte für eine paternalistische Intervention.⁴²⁶²

⁴²⁵⁸ Vgl. im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der *Suizidbeihilfe* und der (rezeptfreien) Abgabe von Betäubungsmitteln: BGE 133 I 58, E. 6.3.2 und 6.3.4 («Schutz vor unüberlegten, voreiligen Entschlüssen», «Schutz vor einem übereilten Entscheid»); EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas* gegen *Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 56 («*hasty decisions*»); s.a. BVerwG, Urteil vom 2. März 2017, 3 C 19.15, Rz. 30 f.; im Zusammenhang mit der Aufnahme von *Konsumkrediten* vgl. BGE 120 Ia 286, E. 3a (zulässiger Schutz der «leichtsinnigen» Kreditnehmer; allerdings ist dieser Schutz nur teilweise paternalistisch motiviert, vgl. vorne, Fn. 2321); betreffend die Verhinderung eines «überstürzten» Kirchenaustritts «unter dem momentanen Einfluss von Drittpersonen» durch Bedenkfristen vgl. BGE 104 Ia 79, E. 3a, und BGE 134 I 75, E. 4.3 (dazu auch vorne, bei Fn. 2197 ff.).

⁴²⁵⁹ Vgl. im Kontext der (hinreichenden) Autonomie des Sterbewunschs: BGE 136 II 415, E. 2.3.4 («Furcht, im Stich gelassen zu werden und andern zur Last zu fallen», «Sorge um die finanziellen Folgen der Pflege»); vgl. bezogen auf den Passivraucherschutz BGE 139 I 242, E. 3.4.4 (Schutz der Passivraucher vor dem sozialen Druck, ihren Kollegen in den Raucherraum folgen zu müssen – zu der damit verbundenen Problematik siehe hinten, bei Fn. 4883 ff.).

⁴²⁶⁰ Vgl. dazu den allerdings schon älteren BGE 108 II 92, E. 2, wonach die «Schwäche des Willens» eine Entmündigung wegen Misswirtschaft (aArt. 370 ZGB) zu rechtfertigen vermöge – wegen Misswirtschaft sei (auch) zu entmündigen, «wer aus Energielosigkeit, Leichtfertigkeit oder ähnlichen Gründen sich nicht die nötigen Subsistenzmittel» verschaffe.

⁴²⁶¹ Vgl. bezogen auf das Erkennen der Tragweite einer Zahnerkrankung BGE 118 Ia 427, E. 7c.

⁴²⁶² VAN SPYK, 112 ff. und 208; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 163 und 206 sowie 603 mit Fn. 180; aus philosophischer Sicht: GLOD, *Paternalism*, 8; MURPHY, 468 f.; FEINBERG, *Harm to Self*, 104, 113 und 120; vgl. auch das viel zitierte Brückenbeispiel bei MILL, 186 (Kap. V): «Again, it is a proper office of public authority to guard against accidents. If either a public officer or any one else saw a person attempting to cross a bridge which had been ascertained to be unsafe, and there were no time to warn him of his danger, they might seize him and turn him back, without any real infringement of his liberty; for liberty consists in doing what one desires, and he does not desire to fall into the river.»; die Irrtumsfreiheit gilt z.B. auch im Strafrecht grundsätzlich als Einwilligungsvoraussetzung (siehe WOHLERS, *Handkomm. StGB*, Vorbem. zu den Art. 14 ff., Rz. 8 – allerdings mit Differenzierungen bei einem «blossen Motivirrtum»); ausserdem fällt die Straflosigkeit der Mitwirkung an einer fremden Selbstgefährdung dahin, wenn der «Veranlasser oder Förderer [...] erkennt, dass das Opfer die Tragweite seines Entschlusses nicht überblickt»

Umgekehrt ist es m.E. aber auch *nicht* möglich, Selbstbestimmungsdefizite zu bestimmen, bei deren Vorliegen eine paternalistische Intervention *regelmässig zumutbar wäre*. Es kann hier auf das bereits zur Urteilsfähigkeit Ausgeführte verwiesen werden.⁴²⁶³

Das alles bedeutet aber nicht, dass die Art und Schwere des Selbstbestimmungsdefizits irrelevant wären: Für die – hinten darzustellende⁴²⁶⁴ – *Abwägung* zwischen den (durch das Defizit verursachten) nachteiligen Folgen und den durch die paternalistische Intervention bedingten Freiheits- und Wohlfahrtsverlusten spielt es durchaus eine Rolle, wie schwer die Einzelne in ihrer Selbstbestimmung beschränkt ist: Je weniger die Einzelne in ihrer Selbstbestimmung verzerrt ist, desto umfassender ist die individuelle Entscheidung über das eigene Wohl zu respektieren.⁴²⁶⁵

iv) Zusammenfassende Bemerkungen

Aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive lassen sich m.E. keine Kategorien von Freiwilligkeitsdefiziten begründen, bei denen sich die Zumutbarkeit oder die Unzumutbarkeit einer weich paternalistischen Intervention zum Vornherein bejahen liesse: Soll eine *urteilsunfähige Person* vor den (für sie) negativen Folgen ihres Handelns geschützt werden, ist immer auch zu fragen, was die *nachteiligen Folgen* der paternalistischen Intervention sind. Defizite *unterhalb der Schwelle zur Urteilsfähigkeit* können ebenfalls einen legitimen Ansatzpunkt für paternalistisches Handeln darstellen, da der Gesamtkontext der Entscheidung berücksichtigt werden muss, insbesondere dessen (allenfalls schwerwiegenden) negativen Auswirkungen. Massgeblich ist aber (auch hier), dass die paternalistische Intervention dem Betroffenen *einen Vorteil* bringen muss. Diese – zentrale – Zulässigkeitsbedingung ist nachstehend genauer auszuführen.

c) Aufrechnung der Wohlfahrtsgewinne gegen die «Kosten» der Intervention

i) Vorbemerkungen

Die *Zumutbarkeit* einer weich paternalistischen Intervention kann nur dann bejaht werden, wenn sie für den Betroffenen tatsächlich *von Vorteil* ist. Das fliesst bereits

(BGE 134 IV 149, E. 4.5; BGE 134 IV 193, E. 9.1; BGE 131 IV 1, E. 3.3; s.a. BGE 125 IV 189, E. 3a); vgl. demgegenüber den vorne zitierten – m.E. nicht verallgemeinerungsfähigen – BGE 104 Ib 24, E. 3a (dazu im Einzelnen vorne, Teil 4 III. B. 12).

⁴²⁶³ Vorne, bei Fn. 4219 f.

⁴²⁶⁴ Vgl. nachfolgend Kap. c).

⁴²⁶⁵ Hinten, bei Fn. 4291 f., 4311, 4374 und 4406.

aus der Menschenwürde.⁴²⁶⁶ Ausserdem ist eine aufgedrängte (paternalistische) Fürsorge, die dem Betroffenen keinen Vorteil verschafft oder ihm allenfalls schadet, gar nicht durch ein *zulässiges öffentliches Interesse* gedeckt.⁴²⁶⁷ Es sind deshalb immer die durch den Eingriff bewirkten *Selbstbestimmungs-, Freiheits- und Wohlfahrtsverluste* in Rechnung zu stellen.⁴²⁶⁸ Vorzunehmen ist eine *Abwägung* zwischen dem (subjektiven) *Nutzen* der Intervention und den damit für den Einzelnen verbundenen *Nachteilen*⁴²⁶⁹ (wobei der diesbezügliche Abwägungsspielraum davon abhängt, wie stark die Einzelne in ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit eingeschränkt ist⁴²⁷⁰). Die individuelle Freiheit und Selbstbestimmung stellen so gesehen nicht nur das Ziel, sondern gleichzeitig eine wesentliche *Schranke* für den weich paternalistischen Eingriff dar.⁴²⁷¹

⁴²⁶⁶ Vorne, Fn. 1164; zur Bedeutung der Menschenwürde bei der Zumutbarkeitsprüfung s.a. vorne, bei Fn. 897.

⁴²⁶⁷ Vorne, Teil 4 II. B.

⁴²⁶⁸ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 41; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 393; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 135; KOLBE, 340 ff.; CONLY, 6 f.; vgl. aus rechtsphilosophischer Sicht: VANDEVEER, 355 ff.; BROCK, 256 (allerdings nur im Zusammenhang mit der Anwendung von Zwang); im Kontext des *Nudging*: GLOD, Nudges, 613 (Vergleich des Nutzens aus einem *Nudging* mit den dadurch bewirkten Kosten); im Ergebnis auch MURMANN, 268 (Berücksichtigung der «Entfaltungsinteressen» wie auch des «Schutzanspruch[s] der defizitären Persönlichkeit vor ihrem eigenen Selbstverständnis und dem diesem gemässen Entscheidungen»); mahndend bereits MURER, Schutz, 368 f., wonach auch beim Schutz der «Schwachen» zu berücksichtigen sei, dass «wohlgemeinte Schutz- und Beistandsmassnahmen» Kehrseiten haben können und deren Selbstbestimmung und Eigenverantwortung respektiert werden müssen.

⁴²⁶⁹ Es geht damit *nicht* um eine Abwägung zwischen «*gegenläufigen*» Grundrechtsgehalten (z.B. zwischen der Selbstbestimmung und der körperlichen Integrität), zwischen der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung und *grundrechtlichen Schutzpflichten* oder zwischen dem Anspruch auf Freiheit vom Staat und einem *objektiv definierten öffentlichen Interesse*, dazu vorne, Teil 4 I, dort insb. Ziff. (4.), und bei Fn. 2870 f.

⁴²⁷⁰ Hinten, bei Fn. 4291 f., 4311, 4374 und 4406; s.a. vorne, bei Fn. 4265.

⁴²⁷¹ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 38 ff.; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 135; OSWALD, 118; JOOST, 153; OHLY, 87 ff.; KIENZERLE, 182 f.; vgl. ferner MAYR, 52 f., und KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 97; s.a. WIEGAND, 142 f. und 144 (im Zusammenhang mit dem therapeutischen Privileg); GERT/CULVER, 199 ff., 202 (Berücksichtigung sowohl der mit der Intervention verbundenen Wohlfahrtsgewinne wie auch der Wohlfahrtsverluste); vgl. bezogen auf eine zwangsweise Behandlung psychisch kranker Menschen auch BGE 130 I 16, E. 5.2, wonach die Grenze zwischen Selbstbestimmung und staatlicher Fürsorge eine umfassende Interessenabwägung erforderlich mache; siehe ferner BGE 133 I 58, E. 6.3.2 (Verhältnismässigkeit der mit einer Rezeptpflicht für Natrium-Pentobarbital [allenfalls] verbundenen Verminderung der Selbstbestimmung angesichts der *schwerwiegenden Konsequenzen* einer übereilten Selbsttötung).

Zu bemerken ist hierzu Folgendes:

- (1.) Dass dem Einzelnen kein «Schaden» zugefügt werden darf, sondern er in seinem Wohl zu befördern ist, gilt *unabhängig* von der Art des *Selbstbestimmungsdefizits*. Eine Abwägung zwischen «Kosten» und Nutzen des Eingriffs hat insbesondere auch dann stattzufinden, wenn der Einzelne *urteilsunfähig* ist,⁴²⁷² ja ist hier besonders wichtig.⁴²⁷³
- (2.) Ein individueller Wohlfahrtsgewinn kann auch dann vorliegen, wenn die zu verhindernden Schäden *gering* sind, insbesondere wenn die paternalistische Massnahme nur mit einer geringfügigen Belastung einhergeht. Es lässt sich deshalb – jedenfalls aus einer verfassungsrechtlichen Sicht – nicht sagen, eine weich paternalistische Intervention sei generell nur zulässig, wenn schwere Schäden drohen.⁴²⁷⁴

Beispielsweise darf gegenüber dem *Urteilsunfähigen* (unter Vorbehalt der Entscheidungs- und Mitspracherechte der vertretungsberechtigten Person und abweichender gesetzlicher Regelungen⁴²⁷⁵) auch bei geringfügigen (potentiellen) Schäden eingeschritten werden, wenn damit dem Wohl des Einzelnen gedient wird.⁴²⁷⁶ Dass der Gesetzgeber eine notwendige Verteidigung in Fällen von eigentlicher *Verteidigungsunfähigkeit* (Art. 130 Bst. c StPO) nicht zusätzlich von der Frage abhängig macht, ob dem Einzelnen ein schwerer Schaden droht – mithin auch Bagatellfälle umfasst sind⁴²⁷⁷ –, ist aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive nicht *per se* zu kritisieren. Entsprechendes muss bei anderen De-

⁴²⁷² Vgl. MURMANN, 268; vorne, bei Fn. 4219; vgl. bezogen auf die medikamentöse Zwangsbehandlung einer sich «weder krankheits- noch behandlungseinsichtig» zeigenden Person BGer 5A_666/2013, E. 3.3–3.5; ferner BGE 130 I 16, E. 5.1 ff., insb. E. 5.3; bezogen auf eine Zwangsernährung siehe BGer 5A_1021/2021, E. 5.6.

⁴²⁷³ Vgl. – allerdings nicht spezifisch bezogen auf urteilsunfähige Personen – EGMR, Urteil vom 19. Februar 2015 i.S. *M.S. gegen Kroatien* (Nr. 2), Nr. 75450/12, Ziff. 98: «Furthermore, the Court reiterates that the position of inferiority and powerlessness which is typical of patients confined in psychiatric hospitals calls for increased vigilance in reviewing whether the Convention has been complied with.»

⁴²⁷⁴ Anders aus rechtsphilosophischer Sicht wohl MURPHY, 479 und 483, der auch für Fälle einer schweren geistigen Beeinträchtigung und von Unwissenheit einen schweren drohenden Schaden zu verlangen scheint, um ein paternalistisches Handeln zu rechtfertigen.

⁴²⁷⁵ Vgl. z.B. Art. 434 ZGB.

⁴²⁷⁶ SCHÖNE-SEIFERT, Paternalismus, 120; Botsch. Erwachsenenschutz, 7069: «Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann der Chefarzt oder die Chefarztin der zuständigen Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: 1. Der betroffenen Person droht ohne Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden (Abs. 1 Ziff. 1), während sonst bei urteilsunfähigen Personen grundsätzlich jede ihrem Wohl dienende medizinische Massnahme mit Zustimmung der vertretungsberechtigten Person (Art. 378) ergriffen werden kann.» (Herv. d. Verf.).

⁴²⁷⁷ ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 18.

fiziten gelten, wie etwa bei Irrtümern: Es ist nicht generell unzulässig, einen Irrtum auch dann durch eine Warnung zu korrigieren, wenn dem Einzelnen *kein schwerer* Schaden droht.

- (3.) Massnahmen, die sich als *nicht geeignet* erweisen – wobei an die Geeignetheit eines Schutzes vor sich selbst strenge Voraussetzungen zu stellen sind⁴²⁷⁸ – oder *nicht das mildeste Mittel* darstellen, sind auch nicht zumutbar, da sie mit übermässigen Wohlfahrtsverlusten verbunden sind.⁴²⁷⁹
- (4.) Der mit einer Intervention verbundene Nutzen ist auch dann mit den damit verbundenen Nachteilen zu vergleichen, wenn der paternalistisch motivierten Massnahme *die Grundrechtsrelevanz abgesprochen* wird: Dass die Einzelne mit einem Schutz vor sich selbst bessergestellt wird, ist durch das Verhältnismässigkeitsprinzip geboten, das aber auch ausserhalb von Grundrechtseingriffen zu beachten ist.⁴²⁸⁰ Weiter fliesst aus dem – allgemein für staatliches Handeln geltenden (Art. 5 Abs. 2 BV) – Erfordernis des (*verfassungsrechtlich zulässigen*) *öffentlichen Interesses*, dass die Einzelne in ihrem Wohl tatsächlich befördert wird und dass ihr keinesfalls geschadet werden darf, wenn in ihrem «eigenen» Interesse gehandelt wird.⁴²⁸¹
- (5.) Bei der Frage, ob das Verhältnis zwischen Nutzen und Nachteilen einer staatlichen Intervention *angemessen* ist, und was als *Schaden* und was (in welchem Umfang) als *Wohlfahrtsverlust* zu berücksichtigen ist, muss primär die (individuell unterschiedliche) *subjektive Sicht* des Betroffenen massgeblich sein.⁴²⁸² Auch bei der Beurteilung der *Intensität* des (paternalistisch motivierten) Grundrechtseingriffs sind in erster Linie *subjektive Kriterien* wesentlich.⁴²⁸³ Dies ist eine Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach über die Intensität eines Grundrechtseingriffs grundsätzlich anhand *objektiver* Kriterien zu entscheiden ist und es insofern auf das subjektive Empfinden des betroffenen Grundrechtsträgers nicht ankommt.⁴²⁸⁴ Zu beachten ist allerdings: Je enger das Grundrecht mit der Persönlichkeit oder persönlichen Ansichten und Einstellungen verwoben ist, desto problematischer ist die Be-

⁴²⁷⁸ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (3.) bei Fn. 4140 ff.

⁴²⁷⁹ Vgl. vorne, Teil 4 I, Ziff. (2.), und bei Fn. 4129.

⁴²⁸⁰ Vorne, bei Fn. 3702.

⁴²⁸¹ Vorne, bei Fn. 3885 ff.

⁴²⁸² Vorne, Teil 4 II. B. 2, insb. Ziff. (1.)(a) bei Fn. 3902 ff., und bei Fn. 3949.

⁴²⁸³ Dazu vorne, Teil 4 II. B. 2, insb. Ziff. (1.)(b.), und bei Fn. 3949.

⁴²⁸⁴ BGE 142 I 49, E. 7.1; BGE 139 I 280, E. 5.2; BGE 137 I 209, E. 4.3; BGE 130 I 65, E. 3.3; BGer 2C_132/2014, E. 5.3.2; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 9, Rz. 34; kritisch dazu TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2013/2014, 809.

schränkung auf objektive Kriterien,⁴²⁸⁵ was das Bundesgericht zumindest für die Glaubens- und Gewissensfreiheit anerkennt.⁴²⁸⁶ Ausserdem gilt: Je weitreichender der Eingriff und je grösser die damit verbundene Gefahr ist, individuelle Freiheiten *leerlaufen* zu lassen, desto wichtiger wird die Berücksichtigung der «individuellen Umstände».⁴²⁸⁷ Im Kontext eines paternalistischen Eingriffs ist die Berücksichtigung der persönlichen Wertungen und Einschätzungen geradezu *unausweichlich*: Es geht um die Interessen des konkreten Einzelnen, das individuelle Wohl darf nicht einfach nach objektiven Kriterien bestimmt werden, der Betroffene verfügt über das Recht, sein eigenes Wohl zu definieren und es ist unbedingt zu vermeiden, Freiheiten illusorisch werden zu lassen und den Einzelnen schlechter zu stellen. Vom subjektiven Empfinden kann und darf deshalb nicht abstrahiert werden.⁴²⁸⁸

Das schliesst es jedoch nicht aus, Kriterien zu formulieren, die bei der Frage der Eingriffsintensität besonders zu berücksichtigen sind, weil sie für zahlreiche Menschen von Bedeutung sein dürften.⁴²⁸⁹ Zudem ist damit nicht gesagt, dass es bei der Frage, ob eine Person zu ihrem eigenen Wohl handelt, *ausschliesslich* auf die Meinung der Betroffenen ankommen würde – sie unterliegt ja *Selbstbestimmungsdefiziten*, die ihr die Einschätzung *zumindest erschweren*, was ihr schadet und was ihr nützt. Ausserdem hängt das Mass der staatlicherseits zu respektierenden Selbsteinschätzung, was dem eigenen Wohl dienlich und schädlich ist, auch von der konkret vorhandenen Selbstbestimmungsfähigkeit ab.⁴²⁹⁰ Für die Frage, *in welchem Umfang* die subjektive Einschätzung zu respektieren ist, kommt es immer darauf an, *wie stark* der Einzelne in seiner Fähigkeit, eigenverantwortlich und selbstbestimmt über sein Wohl zu ent-

⁴²⁸⁵ Vgl. bezogen auf die Gewissensfreiheit HILTI, Gewissensfreiheit, 238.

⁴²⁸⁶ Siehe BGE 142 I 49, E. 7.1, und BGE 139 I 280, E. 5.2 – das Bundesgericht stellt hier nicht – wie üblich – auf objektive Kriterien ab, um die Intensität eines Grundrechtseingriffs zu beurteilen, sondern auf das *objektiv nachvollziehbare subjektive Empfinden* der Betroffenen; zustimmend TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2013/2014., 809.

⁴²⁸⁷ Siehe im Zusammenhang mit der grundrechtlichen Verhältnismässigkeitsprüfung MÜLLER, Grundrechtstheorie, 136: «Je mehr man sich dem Kern eines Grundrechts nähert, um so weniger ist Typisierung zulässig und um so mehr ist Individualisierung» – im Sinne einer «Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse» – «geboten».

⁴²⁸⁸ Vorne, Teil 4 II. B. 2.

⁴²⁸⁹ Siehe vorne, bei Fn. 4155 f.; zu den Kriterien hinten, Teil 4 III. C. 2. c) ii.

⁴²⁹⁰ BVerfGE 58, 208 (225): «Das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch gegenüber dem Gemeinwohl zukommt, darf aber nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten des Fürsorgebedürftigen bestimmt werden, sich frei zu entschliessen.»; KOLBE, 302 f.; s.a. vorne, bei Fn. 3946 ff. und bei Fn. 3977.

scheiden, *verzerrt* ist. Je besser der Einzelne in der Lage ist, seine Präferenzen frei zu bilden und zu gewichten, desto eher ist davon auszugehen, dass die staatliche Intervention keinen Nutzen bringt,⁴²⁹¹ und desto eher bringt er eine seinen individuellen Präferenzen entsprechende Abwägung zum Ausdruck, in die sich der Staat nicht einzumischen hat. So macht es einen Unterschied, ob eine eigentliche Unwissenheit oder ein regelrechter Irrtum vorliegt oder ob dem Einzelnen die Konsequenzen seines Handelns bekannt sind, er aber Mühe hat, seinem kurzfristigen Verlangen zu widerstehen.⁴²⁹² Je weniger die Einzelne in ihrer Entscheidungsfindung verzerrt ist, desto weniger Spielraum besteht für den Staat, die Ziele und Abwägungen des Individuums zu hinterfragen und zu übersteuern.

Die Prüfung, ob eine paternalistische Massnahme tatsächlich dem Wohl des Betroffenen dient, hat sich aber an seiner Individualität, seinen Wertungen, Überzeugungen und Einstellungen auszurichten. Selbst bei Personen, die schweren Defiziten unterliegen oder die *nicht (mehr) urteilsfähig sind*, sind subjektive Wertungen nicht *irrelevant*. Auch hier geht es nicht darum, das objektiv Vernünftige durchzusetzen, was auf Gesetzesstufe Art. 378 Abs. 3 ZGB zum Ausdruck bringt: «*Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.*» Abgestellt wird hier auf eine subjektive («mutmasslicher Wille») und eine objektive Komponente.⁴²⁹³ Freilich lässt die Bestimmung offen, welcher Komponente der Vorrang einzuräumen ist, wenn sich mutmasslicher Wille und «objektive» Interessen nicht decken.⁴²⁹⁴ Nicht zuletzt mit Blick auf verfassungsrechtliche Wertungen erscheint mir die Auffassung überzeugender, wonach die objektiven Interessen nur dann eine Rolle spielen dürfen, wenn sich der mutmassliche Wille *nicht ermitteln* lässt. Der mutmassliche Wille geniesst somit den Vorrang vor den objektiven Interessen.⁴²⁹⁵

⁴²⁹¹ Vgl. auch vorne, bei Fn. 3944 ff.

⁴²⁹² Zur Willensschwäche siehe vorne, Teil 4 III. B. 8.

⁴²⁹³ BSK ZGBI-EICHENBERGER, Art. 378, Rz. 12 f.; ESR Komm-GASSMANN, Art. 377/378 ZGB, Rz. 12; Botsch. Erwachsenenschutzrecht, 7037 (massgebend seien der «mutmassliche Wille und die – *objektiven* – Interessen der urteilsunfähigen Person» [Herv. d. Verf.]).

⁴²⁹⁴ BSK ZGBI-EICHENBERGER, Art. 378, Rz. 13.

⁴²⁹⁵ ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 69 ff. und 75; BSK ZGBI-EICHENBERGER, Art. 378, Rz. 13 (allerdings differenzierend für kontraindizierte Massnahmen); ESR Komm-GASSMANN, Art. 377/378 ZGB, Rz. 12; WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 113; s.a. vorne, bei Fn. 2162; aus medizinethischer Sicht vgl. SCHÖNE-SEIFERT, Paternalismus, 120: Die Behandlung eines Autonomiedefiziten unterliegenden Patienten sei, «wenn es entsprechende Eviden-

Allerdings ist umstritten, ob dies auch dann gelten soll, wenn es um die stellvertretende Einwilligung in (medizinische) *Eingriffe* geht: Hier wird zuweilen die Auffassung vertreten, dass das objektive Interesse vorgehen müsse, eine solche (stellvertretende) Einwilligung mithin nur zulässig sei, wenn der Eingriff medizinisch indiziert sei; für die Frage der Ablehnung («Eingriffsveto») sollen hingegen die subjektiven bzw. die mutmasslichen Interessen relevant sein.⁴²⁹⁶ Insbesondere mit Blick auf das verfassungsrechtliche Verbot eines eigentlichen Vernunftpaternalismus scheint mir ein (pauschaler) Vorrang der objektiven Interessen bei einer Eingriffszustimmung nicht überzeugend; jedenfalls sollte man in den objektiven Interessen keine absolute Schranke für eine Einwilligung erblicken.⁴²⁹⁷

Mit der Beachtung des mutmasslichen Willens wird die Selbstbestimmung des Urteilsunfähigen «fortgeschrieben».⁴²⁹⁸ Abzustellen ist auf «frühere Willensäusserungen oder Werthaltungen», die der Betroffene «durch die Art der Lebensführung zum Ausdruck gebracht hat».⁴²⁹⁹ Dies ist selbst bezogen auf weitreichende Massnahmen von Bedeutung, wie z.B. den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen gegenüber einem schwer hirnerkrankten, sich in einem chronisch vegetativen Zustand befindenden Patienten.⁴³⁰⁰ Unter dem Gesichtspunkt des mutmasslichen Willens ist relevant, was der Einzelne aufgrund seiner Persönlichkeit und seines persönlichen Hintergrunds gewollt hätte, wenn er nicht in den Zustand der Urteilsunfähigkeit gefallen wäre, bzw. welchen Eingriffen er im Zustand der Urteilsfähigkeit aufgrund seiner individuellen, persönlichen Überzeugungen zugestimmt (oder nicht zugestimmt) hätte.⁴³⁰¹ Bei der Bestimmung des mutmasslichen Willens sind

zen gibt, an seinem mutmasslichen Willen auszurichten, erst nachrangig ersatzweise am intersubjektiv verstandenen Patientenwohl»; s.a. vorne, bei Fn. 3940.

⁴²⁹⁶ Vgl. dazu BSK ZGBI-EICHENBERGER, Art. 378, Rz. 13 m.w.H.

⁴²⁹⁷ Vgl. ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 71, wonach «von einem allgemeinen Vorrang des mutmasslichen Willens vor den objektiven Interessen auszugehen» sei; ob es um eine Eingriffseinwilligung oder -verweigerung geht, wird zuweilen auch als relevant erachtet, um die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit bei medizinischen Behandlungsentscheidungen zu beurteilen, siehe vorne, Fn. 4225.

⁴²⁹⁸ ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 72.

⁴²⁹⁹ BSK ZGBI-EICHENBERGER, Art. 378, Rz. 13 (bezogen auf einen Patienten); ferner BGE 114 Ia 350, E. 7b/bb (im Kontext einer medizinischen Behandlungsentscheidung): «Il [der gesetzliche Vertreter, d. Verf.] doit, dans sa décision, tenir compte des vœux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement.»

⁴³⁰⁰ EGMR, Urteil vom 25. Juni 2015 i.S. *Lambert* gegen *Frankreich*, Nr. 46043/14, Ziff. 176 ff.; vgl. auch hinten, bei Fn. 4304.

⁴³⁰¹ Vgl. MÖLLER, *Paternalismus*, 149; bezogen auf die Zwangsernährung eines urteilsunfähigen gewordenen Häftlings TAG, Hungerstreik, 62 f.; WMA Declaration of Malta, Ziff. 19; bezogen auf eine ärztliche Behandlungsentscheidung: BRÜCKNER, 471 f.; s.a. Art. 9 Biomedizin-konvention und Art. 435 Abs. 2 ZGB (Berücksichtigung früher geäusserteter Wünsche bezüglich der in Frage stehenden Behandlung).

auch durch die urteilsunfähige Person (aktuell) geäusserte Wünsche oder ablehnende Haltungen («natürlicher Wille») zu berücksichtigen.⁴³⁰² Stehen Gefährdungen des Lebens bzw. irreversible Schädigungen zur Diskussion – wie z.B. bei einem hungerstreikenden, sich im Zustand der Urteilsunfähigkeit befindenden Strafgefangenen – und bestehen keine deutlichen Anhaltspunkte auf einen gegenteiligen Willen, wird man aber ein Interesse am (Weiter-)Leben unterstellen müssen.⁴³⁰³ Zudem darf aus dem Fehlen einer Anweisung, lebenserhaltende Massnahmen zu treffen, nicht der Schluss gezogen werden, der Patient wolle tatsächlich auf entsprechenden Massnahmen verzichten. Anders gesagt: Sind die Wünsche des Patienten, ob lebenserhaltende Massnahmen zu treffen oder zu unterlassen sind, nicht bekannt, darf nicht einfach unterstellt werden, er würde solche *ablehnen*.⁴³⁰⁴

ii) Gesichtspunkte zur Beurteilung der Intensität

Bei Prüfung der *Intensität eines paternalistischen Eingriffs* bzw. der damit verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtsverluste sind – abweichende individuelle Einschätzungen jeweils vorbehalten – insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen.⁴³⁰⁵

- (1.) Allgemein gilt: Allein der Umstand, dass die Einzelne in eine *Konfrontation mit dem Staat* gedrängt wird bzw. eine staatliche *Fremdbestimmung* und *Einmischung* erdulden muss, kann in einer individuellen Sichtweise bereits zu Wohlfahrtsverlusten führen: Sie ist gar nicht mehr in der Lage (oder es wird ihr zumindest erschwert), den Staat auf *Distanz* zu halten.

Die Einzelne kann das «Freisein» vom Staat und die Ausübung der (vollständigen) Kontrolle über die eigenen Entscheidungen durchaus höher gewichten, als mögliche «Wohlfahrtseinbussen» aus einem defizitären Verhalten.⁴³⁰⁶ Zudem hat die Möglichkeit, die eigenen Entscheidungen treffen zu können, selbst dann einen Wert, wenn der Entscheid defizitär ist.⁴³⁰⁷ Die Negierung der Autonomie und der individuellen Bedürfnisse kann zudem (auch im Kontext eines weichen Paternalismus) ein Gefühl der *Missachtung* und

⁴³⁰² Vgl. ZK ZGB-BOENTE, Art. 378, Rz. 74.

⁴³⁰³ Siehe BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 26.

⁴³⁰⁴ EGMR, Urteil vom 25. Juni 2015 i.S. *Lambert gegen Frankreich*, Nr. 46043/14, Ziff. 159 («where a patient's wishes were not known, they could not be assumed to consist in a refusal to be kept alive»); s.a. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (11.) bei Fn. 1195.

⁴³⁰⁵ Vgl. dazu auch die vorne – im Zusammenhang mit der Erforderlichkeitsprüfung – gemachten Ausführungen bei Fn. 4157 ff.

⁴³⁰⁶ Vgl. VAN AAKEN, *Paternalismusgefahr*, 134 f.; GLOD, *Nudges*, 606 ff.

⁴³⁰⁷ Vorne, bei Fn. 2081 f. und 2270 f.; allgemein zur Bedeutung, die eigenen Entscheidungen treffen zu können, vorne, bei Fn. 1824 f.

Geringschätzung der eigenen Person auslösen,⁴³⁰⁸ wie dies das Bundesgericht bezogen auf eine psychiatrische Zwangsbehandlung zu Recht festgestellt hat.⁴³⁰⁹ So ist etwa bei der Frage, welche Massnahme im Rahmen einer medizinischen Zwangsbehandlung zu treffen ist, nicht rein auf medizinische Kriterien abzustellen, sondern es sind auch die Wünsche und Präferenzen des Einzelnen zu beachten.⁴³¹⁰

Der Wunsch nach Freiheit vor staatlicher Einmischung ist dabei *umso stärker* zu gewichten, je *weniger stark* die Einzelne in ihrer Autonomie verzerrt ist.⁴³¹¹ Mit Blick auf den Eigenwert individueller Entscheidungen sind ganz grundsätzlich solche (paternalistischen) Regelungen vorzuziehen, die eine eigenständige Wahl erlauben bzw. *Wahlmöglichkeiten* erhalten.⁴³¹²

- (2.) Massgeblich ist sodann, wie eng der «defizitäre» Entscheid mit (höchst-)persönlichen Ansichten, Wertungen oder Lebenssachverhalten verbunden ist und damit letztlich auch, in welchem Umfang er überhaupt durch Dritte «vertreten» werden kann.⁴³¹³ Je stärker der Staat korrigierend auf (defizitäre) Entscheidungen in eng mit der Persönlichkeit verbundene Bereiche (persönliche Beziehungen, Elternschaft, Sexualität, Ehe, Religion, moralische Überzeugungen⁴³¹⁴, individuelle Gesundheit⁴³¹⁵ usw.) einwirken will, desto intensiver ist der damit verbundene Eingriff. Erheblich persönlich geprägt ist auch die Entscheidung, welches Risiko der Einzelne zur Erreichung eines bestimmten Ziels einzugehen bereit ist.⁴³¹⁶ Als ganz *besonders* schützenswert müssen dabei all diejenigen (auch nur bedingt freiverantwortlich getroffenen) Lebensentscheidungen gelten, die einen *spezifischen grundrechtlichen Schutz erfahren* (etwa durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit oder die Ehefreiheit);⁴³¹⁷ dies erst recht, wenn durch *Kerngehalte* geschützte Entscheide betroffen sind, ansonsten die Gefahr besteht, dass die Freiheit leer-

⁴³⁰⁸ Vgl. ACH/SCHÖNE-SEIFERT, 97 f.; BETTINA SCHÖNE-SEIFERT, Paternalism: Its Ethical Justification in Medicine an Psychiatry, in: SCHRAMME, Paternalism, 145 ff., 156; DIES., Paternalismus, 120.

⁴³⁰⁹ BGE 127 I 6, E. 5g und 9d; hinten, bei Fn. 4510.

⁴³¹⁰ Vgl. GEISER, Zwangsmassnahmen, 97.

⁴³¹¹ Vorne, bei Fn. 4290 ff.

⁴³¹² SUNSTEIN, Why Nudge?, 125.

⁴³¹³ Vgl. MAYR, 50 und 57 ff.; KOLBE, 341 f.; KIENZERLE, 170 ff.; s.a. BRUTTEL/STOLLEY, 770; vgl. im Zusammenhang mit der Beurteilung der Urteilsfähigkeit bereits vorne, bei Fn. 4226 ff.

⁴³¹⁴ Vgl. bezogen auf die individuellen Moralvorstellungen MÖLLER, Paternalismus, 189 f.

⁴³¹⁵ HUSTER, Erziehungsambitionen, 225.

⁴³¹⁶ FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 37; KIENZERLE, 170.

⁴³¹⁷ Vgl. zur verstärkten Gewichtung *grundrechtlich* geschützter Interessen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung auch vorne, bei Fn. 3704.

läuft und das Grundrecht seiner Substanz entleert wird.⁴³¹⁸ Je stärker ein Wunsch oder ein Verhalten Ausdruck der Individualität und persönlicher Lebensentscheidungen sind, desto *überzeugender* müssen die Gründe für eine staatliche Korrektur sein.

So wäre es höchst problematisch, wenn ein Standesbeamter vor Abschluss der Ehe in einem Aufklärungsgespräch prüfen dürfte, ob sich die (künftigen) Ehepartner der (möglicherweise negativen) Konsequenzen einer Ehe mit grossem Altersunterschied bewusst sind.⁴³¹⁹ Ein staatliches Verbot von ungeschütztem Geschlechtsverkehr ausserhalb einer festen Beziehung zur Bekämpfung eines übereilten und durch Lust «verzerrten» gesundheitsgefährdenden Verhaltens berührt einen derart intimen, persönlichen und zudem grundrechtlich geschützten Lebensbereich (persönliche Freiheit, Schutz des Privatlebens), dass es sich nicht rechtfertigen liesse. Grosse Zurückhaltung ist auch bei religiös oder weltanschaulich motivierten Handlungen und Entscheidungen geboten. Wie der EGMR zu Recht festhält, muss der Staat aufgrund der ihm obliegenden Neutralität ernsthafte und überzeugende Gründe geltend machen, wenn er gegen Entscheidungen interveniert, die der Betroffene im Einklang mit seinen religiösen Überzeugungen trifft. In Frage kommt dies, wenn das individuelle Verhalten zentralen Grundwerten der EMRK zuwiderläuft (wie insbesondere Polygamie, «Kinderehen», schwere Verstösse gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichheit⁴³²⁰) oder aber *Zwang* vorliegt.⁴³²¹ Zweifelhaft erscheint mir – auch unter diesem Aspekt – die Zulässigkeit einer Bedenkfrist, um den Einzelnen vor einem (allenfalls) überstürzten Kirchenaustritt abzuhalten.⁴³²²

Je weniger der Entscheid mit persönlichkeitsnahen, individuellen Wertungen und Abwägungen verbunden ist, desto weniger schwer dürfte die paternalistische Intervention – besondere, subjektive Umstände vorbehalten⁴³²³ – aus individueller Sicht wiegen. Jedenfalls wenn es um die Korrektur von «falschen Überzeugungen» bzw. «Irrtümern», die «auf Wahrnehmungs- oder Denkfehlern oder auf fehlender Information beruhen» (z.B. eine Brücke sei nicht einsturzgefährdet), oder um einen Ausgleich von «logischen Denkfehlern» geht, wird damit kaum in von persönlichen Wertungen abhängige Entscheidungen eingegriffen.⁴³²⁴ Für die meisten Menschen dürfte es einen Unterschied machen, ob sie in Irrtümern und (logischen) Denkfehlern korri-

⁴³¹⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 2196 ff., 2228 und 4014.

⁴³¹⁹ Vgl. das Beispiel bei ARZT, 85 f.

⁴³²⁰ Zur Problematik einer aufgedrängten Fürsorge zur Sicherstellung oder Förderung der Geschlechtergleichheit vgl. aber vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) v).

⁴³²¹ EGMR, Urteil vom 18. August 2010 i.S. *Jehovah's Witnesses of Moscow gegen Russland*, Nr. 302/02, Ziff. 119 – natürlich gibt es auch religiös oder weltanschaulich motiviertes Verhalten, das unmittelbar zu einer *Schädigung Dritter* führt und aus diesem Grund beschränkt werden kann (vgl. auch vorne, bei Fn. 1671).

⁴³²² Vorne, bei Fn. 4377 f.

⁴³²³ Vorne, Teil 4 II. B. 2, insb. bei Fn. 3933, sowie vorne, bei Fn. 4282 ff.

⁴³²⁴ Vgl. MAYR, 62 f. und 65 f.

giert werden, oder aber in einem Entscheid, dem eine «falsche» *Abwägung*, Prognose oder Einschätzung von Chancen und Risiken zugrunde liegt und der insofern auch eine gewisse individuelle, von der Persönlichkeit und den eigenen Erfahrungen abhängige *Bewertung* zum Ausdruck bringt.⁴³²⁵ Es ist auch nicht dasselbe, ob ein *Nudge* auf Entscheidungen einwirkt, die schnell, «automatisch», intuitiv und ohne grosses Nachdenken getroffen werden, oder auf solche, die Ausdruck einer «nüchternen», länger andauernden Reflexion sind.⁴³²⁶ Sehr problematisch erscheint die *Willensschwäche* als Grund für ein paternalistisches Eingreifen: Nicht nur, weil die Willensschwäche allenfalls gar nicht Ausdruck eines defizitären Entscheidungsverhaltens ist, sondern auch, weil die Willensschwäche eine menschliche Eigenschaft darstellt, es oftmals eine persönliche, wertungsabhängige Frage ist, inwiefern man einem kurzfristigen Bedürfnis widerstehen soll und will, und es – selbst wenn Konflikte mit den langfristigen Präferenzen vorliegen – zumindest dem *gegenwärtigen* Willen, der gegenwärtigen persönlichen Bedürfnislage entspricht, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten.⁴³²⁷

- (3.) Weiter kommt es darauf an, in welchem Ausmass und mit welchen Folgen *Wahlfreiheiten beeinträchtigt werden*. Dies zunächst mit Blick auf die Frage, ob sich die Einzelne *tatsächlich* noch für etwas anderes entscheiden kann und ob und inwiefern sie sich dem Schutz vor sich selbst *entziehen* kann.⁴³²⁸ Aber auch dahingehend, wie stark ihr Entscheid durch den Staat in *eine gewisse Richtung beeinflusst* wird:

Je stärker im Rahmen des autonomieorientierten Eingriffs gleichzeitig die beim Betroffenen vorhandenen *Präferenzen*, Wünsche und Ziele hinterfragt werden und die Willensbildung in eine gewisse, «wohlverstandene» Richtung gesteuert wird, desto ausgeprägter ist die Intensität des paternalistischen Eingriffs.⁴³²⁹ Beispielsweise dürfte es für die meisten Menschen durchaus einen Unterschied machen, ob lediglich sachlich gehaltene Informationen vermittelt werden (um ein bestimmtes Informationsdefizit zu beheben) oder ob auf das nicht als freiwillig erachtete Verhalten (gleichzeitig) durch Ansprechen von Emotionen und Ängsten (z.B. mittels «Schockbildern» auf Zigarettenpackungen) oder durch Ausnützen von Verhaltensanomalien mit-

⁴³²⁵ MAYR, 57 ff., insb. 62 ff.

⁴³²⁶ Vgl. ALEMANNO/SIBONY, 329 ff.; vgl. zu diesen unterschiedlichen Arten der Entscheidungsfindung auch VAN AAKEN, Nudge, 93.

⁴³²⁷ Vgl. dazu vorne, Teil 4 III. B. 8 sowie 7; vgl. im Kontext des *Nudging* hinten, bei Fn. 4670.

⁴³²⁸ Dazu vorne, Teil 4 III. C. 2. a) bei Fn. 4160 ff. insb. Ziff. (2.) und (4.)–(6.).

⁴³²⁹ Vgl. VAN AAKEN, Nudge, 96 und 108; s.a. vorne, bei Fn. 3854.

tels eines *Nudge* «korrigierend» eingewirkt wird.⁴³³⁰ Dabei sollte auch berücksichtigt werden, inwiefern individuelle Freiheiten in dem vom paternalistischen Eingriff betroffenen Bereich – z.B. der individuellen Gesundheit – bereits durch *andere* staatliche Interventionen «präformiert» werden.⁴³³¹ Mit Blick auf die Zumutbarkeit ist die weich paternalistische *Information und Beratung* deshalb so auszugestalten, dass die freiverantwortlich gesetzten Ziele des Einzelnen – auch wenn sie «unvernünftig» erscheinen – respektiert werden. Auf die Entscheidungsfindung soll nur insofern eingewirkt werden, als diese – insbesondere durch Irrtümer, Unkenntnis oder falsche Vorstellungen – verzerrt ist.⁴³³²

- (4.) Besonders schwer wiegen paternalistische Massnahmen, die für den Betroffenen gar *nicht ersichtlich* sind.⁴³³³ Den Einzelnen nicht nur ohne seine Zustimmung, sondern auch *ohne sein Wissen* einem paternalistisch motivierten Eingriff auszusetzen, kann nur in *absoluten Ausnahmefällen* zumutbar sein, etwa dann, wenn erhebliche Defizite zu erheblichen Schäden führen und von einer offen erfolgenden Massnahme kein Effekt zu erwarten ist.⁴³³⁴
- (5.) Regelmässig besonders intensiv sind Massnahmen, die mit einem Eingriff in die *körperliche Integrität* einhergehen (wie z.B. medizinische Zwangsmassnahmen).⁴³³⁵
- (6.) Bei der Beurteilung der Eingriffsintensität spielt es zudem eine Rolle, inwiefern die Einzelne über die zu treffende Massnahme *mitbestimmen und mitentscheiden* kann. Je weniger sie sich einbringen kann, desto schwerer wiegt der Eingriff.⁴³³⁶
- (7.) Weiter ist zu berücksichtigen, welche Bedeutung und welchen Stellenwert es für die Einzelne hat, ihre *eigenen Fehler* zu machen. Es gehört durchaus zum individuellen Wohl und zur persönlichen Zufriedenheit zu lernen, selbständig Probleme zu lösen, Handlungskompetenzen zu erwerben und die eigenen Erfahrungen zu machen.⁴³³⁷ Wird die Einzelne daran gehindert, ihre

⁴³³⁰ Vgl. im Kontext des «*Nudging*» BALDWIN, 835 ff.

⁴³³¹ Vgl. zu dieser Problematik bereits vorne, bei Fn. 1905 und Teil 2 III. E. 2. c), Ziff. (3.), insb. bei Fn. 1837 ff.

⁴³³² Vgl. VAN AAKEN, *Nudge*, 110; DIES., *Paternalismusgefahr*, 139.

⁴³³³ Vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (8.) bei Fn. 4188 ff.

⁴³³⁴ S.a. vorne, bei Fn. 4190 ff., und – bezogen auf *Nudges* – hinten, bei Fn. 4667.

⁴³³⁵ Vgl. hinten, bei Fn. 4509.

⁴³³⁶ Vgl. im Zusammenhang mit einer zahnmedizinischen Zwangsbehandlung BGE 118 Ia 427, E. 7d.; zu der bereits durch die Würde gebotenen Anhörung des Betroffenen vgl. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (3.) bei Fn. 1169 f.

⁴³³⁷ Vgl. SCHNELLENBACH, *Anschubsen*, 456.

eigenen Fehler zu machen und daraus zu lernen, kann sie dies an der Entfaltung und Entwicklung ihrer Persönlichkeit, dem Ausbilden von Kompetenzen, Eigenständigkeit, Willensstärke und «Charakter» hindern⁴³³⁸ oder es ihr erschweren, den für sie *persönlich* richtigen Weg zu finden.⁴³³⁹ Fehler zu machen und daraus zu lernen, hat insofern einen *eigenen Wert*.⁴³⁴⁰

Allerdings: Es ist *keineswegs immer besser*, die eigenen Fehler machen zu können. Es kann sich als nützlicher erweisen, von den Erfahrungen anderer zu profitieren⁴³⁴¹ oder an der Begehung von Fehlern gänzlich gehindert zu werden. Insbesondere kann ein *Missverhältnis* zwischen Lerneffekt und (potentiell) Schaden bestehen (geringer Lerneffekt, aber grosse Gefahr einer schweren Schädigung).⁴³⁴² Zudem müssen Lerneffekte auch tatsächlich eintreten können,⁴³⁴³ was z.B. dann nicht der Fall ist, wenn der Fehler zu *irreversiblen Folgen* führt, die eine Anwendung des Gelernten bzw. einen neuen, besseren Entscheid gar nicht mehr erlauben.⁴³⁴⁴ Zu denken ist an den Tod, irreversible Körperschädigungen oder an eine nicht (oder kaum) mehr rückgängig machbare Aufgabe von Freiheiten, z.B. durch das Eingehen langfristiger Abhängigkeitsverhältnisse.⁴³⁴⁵ Denkbar ist auch, dass Fehler lange unbemerkt bleiben und sich später – wenn daraus gelernt werden könnte – nicht mehr korrigieren lassen (ungenügende Altersvorsorge, deren Konsequenzen sich der Einzelne möglicherweise erst kurz vor der Pensionierung bewusst wird).⁴³⁴⁶ Ausserdem gibt es Entscheidungen, die so selten zu treffen sind, dass sich kaum Möglichkeiten ergeben, diesbezügliche Erfahrungen zu sammeln und aus Fehlern zu lernen.⁴³⁴⁷ Nicht ausgeschlossen ist schliesslich, dass gewisse Entscheidungsfehler geradezu «robust gegen Lernstrategien» sind.⁴³⁴⁸

⁴³³⁸ Vgl. REGAN, Paternalism, 115; KLEINIG, 74; BROCK, 256; GLOD, Paternalism, 14; RIGOPOULOU, 81; EIDENMÜLLER, Paternalismus, 815; SUNSTEIN, Why Nudge?, 94; vgl. auch – allerdings in einem etwas anderen Zusammenhang – MURER, Schutz, 372 f. (Erleben von Trauer; damit verbundener Erwerb der Kompetenz, mit Verlusten umgehen zu können); s.a. vorne, bei Fn. 2082.

⁴³³⁹ GUTWALD, 84.

⁴³⁴⁰ BLUMENTHAL-BARBY, 187 f.; EIDENMÜLLER, Paternalismus, 815; KOLBE, 344; SUNSTEIN, Why Nudge?, 94.

⁴³⁴¹ KIRCHGÄSSNER, Rz. 55.

⁴³⁴² SCHMOLKE, 25 und 31; ferner BLUMENTHAL-BARBY, 188.

⁴³⁴³ SCHMOLKE, 25; LOEWENSTEIN/HAISLEY, 214; MAYR, 54 f.

⁴³⁴⁴ SCHMOLKE, 25 und 31; KLEINIG, 74; EIDENMÜLLER, Effizienz, 384 f.; MAYR, 54 f.

⁴³⁴⁵ EIDENMÜLLER, Effizienz, 384 f.

⁴³⁴⁶ Vgl. LOEWENSTEIN/HAISLEY, 214.

⁴³⁴⁷ EIDENMÜLLER, Paternalismus, 818.

⁴³⁴⁸ Vgl. im Kontext des Anlegerschutzes BRENNCKE, 1235 ff.

Vor diesem Hintergrund sollte ein Schutz vor sich selbst nur dann als zumutbar bezeichnet werden, wenn die mit dem «Fehlermachen» *und* dem Durchlaufen von «Lernprozessen» für den Einzelnen verbundenen Nachteile schwerer wiegen als die mit der staatlichen Intervention verbundenen Freiheitskosten.⁴³⁴⁹ Dass es für den Einzelnen wertvoll sein kann, Fehler zu machen (und daraus zu lernen), spricht zudem für Regelungen, die dem Einzelnen Wahlfreiheiten (und damit Möglichkeiten für fehlerbehaftete Entscheide) *offen* lassen, und für solche Schutzmassnahmen, die dem Einzelnen eine *selbständige, reflektierte Wahl* ermöglichen und ihn nicht subtil in eine gewisse Richtung stossen.⁴³⁵⁰ Vorzugswürdiger erscheinen zudem Regelungen, die dem Einzelnen eine *aktive Wahl* abverlangen, anstelle solcher, die ihn mit einer Standardvorgabe («*default rule*») konfrontieren, die ohne sein Dazutun wirksam wird.⁴³⁵¹

- (8.) Ins Gewicht fällt sodann, wie *unmittelbar* die Gefahr bzw. wie *wahrscheinlich* der Eintritt eines Schadens ist. Je entfernter die Gefahr, je weniger wahrscheinlich ein Schaden ist, desto schwieriger fällt die Rechtfertigung einer paternalistisch motivierten Freiheitsbeschränkung.⁴³⁵² Allerdings ist auch die *Höhe des drohenden Schadens* zu berücksichtigen. Je grösser der potentielle Schaden, desto kleiner die erforderliche Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts und umgekehrt.⁴³⁵³ Bei Massnahmen, die *erhebliche Auswirkungen* auf den Einzelnen haben (z.B. eine Zwangsmedikation) wird man aber *grundsätzlich* verlangen müssen, dass der Schadeneintritt kurz bevorsteht und die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts hoch ist.⁴³⁵⁴

⁴³⁴⁹ Vgl. RACHLINSKI, Paternalism, 1168 und 1219; MAYR, 53 ff.; FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 41.

⁴³⁵⁰ Vgl. SUNSTEIN, Why Nudge?, 114.

⁴³⁵¹ SUNSTEIN, Why Nudge?, 95.

⁴³⁵² KOLBE, 342 ff.; vgl. im Zusammenhang mit einer Zwangsmedikation BGE 130 I 16, E. 5.3: Wenn es sich bei einer «Medikation nicht (mehr) um eine dringliche und unmittelbar unerlässliche Intervention» handle, «um das Leben [...] zu erhalten oder eine unmittelbare Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung abzuwenden [...] sich in vermehrtem Masse die Frage» stelle, «unter welchen Umständen von Seiten des Patienten aufgrund des verfassungsmässigen und gesetzlichen Selbstbestimmungsrechts auf eine solche Heilbehandlung verzichtet werden» könne.

⁴³⁵³ Vgl. bezogen auf medizinische Massnahmen im Bereich des Erwachsenenschutzrechts BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435, Rz. 20: «Je weniger schwer der drohende Schaden ist, umso höher muss die Wahrscheinlichkeit seines Eintritts sein.»

⁴³⁵⁴ Vgl. BGE 130 I 16, E. 5.2 f.; KLEY/ZAUGG, 193 und 195; BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435, Rz. 20; Art. 18 Bst. ii Rec(2004)10 («significant risk of serious harm to his or her health»). Art. 434 ZGB (Behandlung ohne Zustimmung) statuiert zwar nicht ausdrücklich, dass der Schadeneintritt eine hohe Wahrscheinlichkeit aufzuweisen hat, dies fliesst jedoch aus der Voraussetzung, dass der betroffenen Person ohne Be-

- (9.) Die Eingriffsintensität steigt mit der *Dauer der Massnahme* an.⁴³⁵⁵
- (10.) Unbedingt zu berücksichtigen sind schliesslich die (sonstigen) *Nebenfolgen, Gefahren, kontraproduktiven Effekte*⁴³⁵⁶ und *Nutzenverluste*, welche die paternalistisch motivierte Korrektur eines Entscheidungsdefizits bzw. die Verhinderung der mit dem Defizit verbundenen Folgen mit sich bringt.⁴³⁵⁷ Hier kommen – über die bereits für sich genommen belastende Konfrontation mit dem Staat⁴³⁵⁸ hinaus – zahlreiche Nachteile in Frage, die in die Interessenabwägung einfließen müssen (und bei deren Gewichtung im Einzelfall primär eine subjektive Sichtweise einzunehmen ist⁴³⁵⁹).

So führt eine paternalistisch (mit-)motiviert **strafrechtliche Sanktion** nicht nur zu einem empfindlichen Eingriff in die Autonomie,⁴³⁶⁰ sie kann auch mit sonstigen Nachteilen verbunden sein, die in einem Missverhältnis zur verhinderten Selbstschädigung stehen können. Zu denken ist an eine *Stigmatisierung* – etwa von (jugendlichen) Drogenkonsumenten⁴³⁶¹ oder von Leihmüttern⁴³⁶² –, oder bei einer Gefängnisstrafe die Schwierigkeiten der *Reintegration* in die Gesellschaft und die Arbeitswelt.⁴³⁶³ Zu berücksichtigen sind auch entferntere, mittelbare kontraproduktive Effekte: Eine repressive Drogenpolitik kann dazu führen, dass der Betäubungsmittelkonsum mit zusätzlichen Gesundheitsgefahren einhergeht (mit gesundheitsschädigenden Substanzen gestreckte Betäubungsmittel, unsaubere Spritzen, Bildung von Drogenszenen mit unhaltbaren hygienischen Zuständen usw.).⁴³⁶⁴ Offensichtlich sind die negativen Effekte bei einer Bestrafung des Suizidversuchs; angezeigt sind hier vielmehr Hilfe und Unterstützung.⁴³⁶⁵

handlung «ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden» drohen muss (BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435, Rz. 20); nach der Rechtsprechung setzt eine auf Art. 434 ZGB gestützte Zwangsbehandlung einer (bezogen auf ihre Behandlungsbedürftigkeit) urteilsunfähigen Person allerdings *nicht* voraus, dass eine *unmittelbare bzw. akute Lebensgefahr* besteht (BGer 5A_1021/2021, E. 5.3.2, 5.6 und 7.3); hinten, bei Fn. 4515.

⁴³⁵⁵ Vgl. bezogen auf eine medizinische Zwangsbehandlung BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 8e, 517.

⁴³⁵⁶ Vgl. dazu unter dem Blickwinkel der Geeignetheit bereits vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (2.) bei Fn. 4131 ff.

⁴³⁵⁷ VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 110 und 135; vgl. bezogen auf die negativen Folgen einer zahnmedizinischen Zwangsbehandlung BGE 118 Ia 427, E. 7d (Berücksichtigung einer besonderen Infektionsanfälligkeit).

⁴³⁵⁸ Dazu vorne in diesem Abschnitt, Ziff. (1.).

⁴³⁵⁹ Vorne, Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.) bei Fn. 4282 ff.

⁴³⁶⁰ Vgl. bezogen auf die strafrechtliche Sanktionierung des Betäubungsmittelkonsums (Art. 19a BetmG) SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 44.

⁴³⁶¹ Botsch. Änd. BetmG (2001), 3731 und 3748; SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a, Rz. 12.

⁴³⁶² BERTSCHI, 217 f.; die Leihmutter wird allerdings nicht selbst als Täterin bestraft, siehe vorne, bei Fn. 621.

⁴³⁶³ VON HIRSCH, 241.

⁴³⁶⁴ Siehe SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 51 f.

⁴³⁶⁵ Vgl. Botsch. Recht auf Leben, 14.

Bei der Frage der Zulassung bzw. Regulierung von «*Gentests*» ist zu berücksichtigen, dass das Wissen um die eigene genetische Disposition neben negativen Auswirkungen auf das individuelle Wohl (Angst, Verzweiflung, Schmälerung der Lebensqualität) auch durchaus *positive Effekte* haben kann (Vermeidung einer belastenden Ungewissheit; Ermöglichung einer auf die eigene Prädisposition abgestimmten Lebensplanung).⁴³⁶⁶

Wird einem kranken Menschen die Teilnahme an einer *klinischen Studie* oder die Inanspruchnahme einer noch *wenig erprobten Therapieform* verunmöglicht, führt dies jedenfalls dann zu einer ganz erheblichen individuellen Betroffenheit, wenn keine andere Behandlungsform Aussicht auf eine Gesundheitsverbesserung verspricht.⁴³⁶⁷

Wird der legale *Schwangerschaftsabbruch* erschwert, stellt sich die Frage, ob dies nicht mit einem (lebensgefährlichen) Ausweichen auf dubiose und schlecht ausgebildete «Dienstleistungserbringer» einhergehen kann.⁴³⁶⁸ *Registrierungspflichten für Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter*, die ihrem eigenen Schutz und ihrem eigenen wohlverstandenen Interesse dienen sollen, können als übermässig belastend empfunden werden und vielleicht dazu führen, dass sie sich jeglicher staatlicher «Fürsorge» entziehen und in die Illegalität gedrängt werden.⁴³⁶⁹ Noch offensichtlicher ist die Problematik, wenn die *Sexarbeit repressiv reguliert oder gänzlich unterbunden bzw. bestraft* wird.⁴³⁷⁰ Eine restriktive Regelung des *Glücksspielbereichs* mit dem Ziel, der Spielsucht entgegenzuwirken, kann dazu führen, dass Spielerinnen und Spieler auf nicht regulierte bzw. keinen Sozialschutz vorsehende oder illegale (ausländische) Angebote ausweichen, die *erst recht* mit Gefahren für die Betroffenen einhergehen können.⁴³⁷¹

Bei paternalistisch motivierten Eingriffen in die Privatautonomie ist zu beachten, dass Schutzmassnahmen zugunsten der *schwächeren Vertragspartei* zu einer *Verteuerung* der erbrachten Leistungen führen können.⁴³⁷²

Vgl. dazu auch die Beispiele hinten, bei Fn. 4510 ff. (*medizinische Zwangsmassnahmen*); Fn. 4616 ff. (*Verweigerung der Auskunft und der Akteneinsicht* zum Schutz der Gesundheit); Fn. 4569 ff. (*Information und Beratung*); Fn. 4485 (*Erschwerung des Suizids*); und vorne, bei Fn. 3398 (*Verbot der Spende von Organen, Zellen und Geweben*).

⁴³⁶⁶ Siehe dazu NOVENTA, Rz. 116 ff.

⁴³⁶⁷ Vgl. SCHUBARTH, 1092; OSWALD, 103 f. und 118.

⁴³⁶⁸ Vgl. ARZT, 93 f.; HANGARTNER, Sterbehilfe, 56.

⁴³⁶⁹ Kritisch zu Registrierungspflichten SCHULTHEISS, 39.

⁴³⁷⁰ Vgl. dazu etwa STEINER, Rz. 6; KOLLER, Sexarbeit, 24 f.; SCHULTHEISS, 38 f., mit entsprechender Kritik am repressiven, prohibitiven schwedischen «Modell» (vgl. zu letzterem auch vorne, Fn. 3667); zustimmungswürdig insofern die diesbezügliche Schlussfolgerung im Ber. BR Prostitution und Menschenhandel, 98: «Auf ein Prostitutionsverbot (Verbot von Angebot und Nachfrage) wird verzichtet. Es führt primär zu einer Strafverfolgung der Prostituierten und Verdrängung in den Untergrund. Dies ist mit erhöhten Risiken für Prostituierte verbunden.»; zudem führt eine Kriminalisierung der Sexarbeit dazu, dass Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter Verdienstoptionen beraubt werden, was ebenfalls zu berücksichtigen ist, siehe KILLIAS/BIBERSTEIN, 789.

⁴³⁷¹ Vgl. Botsch. Geldspielgesetz, 8465 f.

⁴³⁷² Vgl. BELSER, Vertragsrecht, 124 ff.; FUNK, 788.

d) Ergebnis: Komplexität der Abwägung

Der Staat muss also begründen, dass die mit der paternalistischen Intervention verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtsverluste durch den verschafften Nutzen *überwogen* werden. *Allgemein* lässt sich sagen: Die Rechtfertigung wird umso leichter fallen, je grösser und wahrscheinlicher der Schaden ist, der dem Einzelnen droht, und umso schwieriger, je geringer und je weniger wahrscheinlich der potentielle Schaden ist. Anders gesagt: Je höher die Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens und dessen potentielle Höhe sind, desto *weitergehende* Freiheitsbeschränkungen sind zumutbar, desto höhere Anforderungen dürfen letztlich auch an die Freiverantwortlichkeit gestellt werden, damit eine individuelle Entscheidung (bzw. der Verzicht auf Hilfe) staatlicherseits unbedingt zu akzeptieren ist.⁴³⁷³ Bei der – in erster Linie anhand subjektiver Kriterien vorzunehmenden – Interessenabwägung ist aber immer Folgendes zu beachten: Je weniger der Einzelne in seiner *Willensbildungsfähigkeit verzerrt* ist, desto stärker ist der Staat durch die getroffene Abwägung des Betroffenen und seinen Wunsch, in Ruhe gelassen zu werden, zurückgebunden, desto weniger Raum besteht dafür, eine Abwägung *anstelle des Einzelnen* vorzunehmen und desto stärker ist es für den Staat massgeblich, was der Einzelne als Schmälerung und Beförderung seines Wohls empfindet.⁴³⁷⁴ Zu vergleichen ist also letztlich die Höhe und die Wahrscheinlichkeit des drohenden *Schadens* mit den durch die Intervention verbundenen *Freiheitsverlusten* – und zwar immer unter Berücksichtigung *von Art und Ausmass des Entscheidungsdefizits*. Auf eine einfache Formel lässt sich dies nicht bringen:

- Nur weil – dem einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegenden – Einzelnen ein erheblicher Schaden droht, der mit – von aussen gesehen – relativ geringfügigen Freiheitsbeschränkungen verhindert werden kann (Helmtragepflicht im

⁴³⁷³ Vgl. etwa OSWALD, 118; MÖLLER, Paternalismus, 187; VAN SPYK, 94 ff., s.a. 102; SINGER, 1141; ferner PETERMANN, Entwurf, 1123, sowie BOSSHARD/KIESEWETTER/RIPPE/SCHWARZENEGGER, 60 (im Kontext des Suizidwunsches); BGE 118 Ia 427, E. 7d (bezogen auf einen zahnmedizinischen Zwangseingriff); OHLY, 105 (bezogen auf die Wirksamkeit einer Einwilligung); s.a. BGE 125 IV 189, E. 3a (betreffend die strafrechtlichen Schranken einer Einwilligung in eine Gefährdung durch Dritte: «Grösse der Gefahr» bzw. «die grössere oder kleinere Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts»); BGE 127 I 6, E. 9a (Auswirkungen im Fall eines Verzichts auf eine medikamentöse Zwangsbehandlung); ZIMMERLIN, Rz. 190 ff., 199 und 517 (bezogen auf den Verzicht auf Verfahrensrechte; nach der EGMR-Rechtsprechung kommt es auf die «Wichtigkeit» des Verzichts an [vgl. vorne, bei Fn. 2806 ff.]); aus der (*rechts-*)*philosophischen Diskussion* vgl. etwa FEINBERG, Harm to Self. 118 ff.; DWORKIN, Monist, 80 ff.; THOMAS M. SCANLON, The Significance of Choice, The Tanner Lectures on Human Values 1986, 149 ff., 181; KUNZ/MONA, Kap. 6, Rz. 97.

⁴³⁷⁴ Vorne, bei Fn. 4265, 4291 f. und 4311; s.a. hinten, bei Fn. 4406.

Strassenverkehr), macht dies einen weichen Paternalismus für sich genommen noch nicht zumutbar. Zu berücksichtigen ist auch, wie *stark* der Einzelne in seiner Entscheidungsfindung *verzerrt* ist: Liegt ein eigentlicher Irrtum über die Konsequenzen vor oder «bloss» ein Überoptimismus oder eine Willensschwäche?⁴³⁷⁵

- Je geringfügiger die Verzerrung ist, deren negative Folgen verhindert werden sollen (je besser der Einzelne also die Konsequenzen seines Handelns abschätzen kann), desto grösser und offensichtlicher muss der drohende Schaden und desto geringer müssen die mit der Intervention verbundenen Nachteile für den Einzelnen sein: Je geringfügiger das Defizit ist, desto stärker ist der Staat – wie gerade ausgeführt – darin zurückgebunden, anstelle des Einzelnen eine Interessenabwägung vorzunehmen und die vom Betroffenen selbst getroffene Abwägung zu «übersteuern».
- Die Grenze der Zumutbarkeit ist m.E. jedenfalls dann *erreicht*, wenn das individuelle Verhalten bloss die Gefahr *geringfügiger Wohlfahrtsverluste* in sich birgt und der Einzelne *nur geringfügigen Defiziten* unterliegt. Das Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung – im Sinne eines Freiseins von staatlicher Einflussnahme – ist in solchen Fällen höher zu gewichten, selbst wenn er nach der Intervention möglicherweise besser dasteht, weil sich der Staat «sanfter» Mittel bedient.

Wer z.B. aus einer Laune oder einem Hungergefühl heraus, zu viel und zu ungesunde Lebensmittel einkauft, der mag zwar vielleicht leichtfertig und übereilt (und allenfalls unter dem Einfluss einer Willensschwäche) handeln. Ihn gegen seinen Willen vom (übereilten) Einkauf abzuhalten oder mit Warnungen und *Nudges* auf einen besser reflektierten Konsumentscheid hinzuleiten, halte ich nicht für verhältnismässig, selbst wenn der Einzelne seinen Kaufentscheid nachträglich möglicherweise bereut.⁴³⁷⁶ Für zumindest zweifelhaft halte ich die Zulässigkeit von Bedenkfristen, um einem *überstürzten* Kirchenaustritt «unter dem momentanen Einfluss von Drittpersonen» entgegenzuwirken⁴³⁷⁷ (zumal es sich hier auch um eine sehr persönlichkeitsnahe Entscheidung handelt⁴³⁷⁸).

- Umgekehrt ist die Zumutbarkeit m.E. *grundsätzlich* dann zu bejahen, wenn es um die Verhütung *schwerer* Selbstgefährdungen von *urteilsunfähigen* oder sonstigen *erheblichen Defiziten* (z.B. Unwissenheit, schwere Irrtümer) unterliegenden Personen geht, jedenfalls dann, wenn *nicht besonders eingriffsintensive Mit-*

⁴³⁷⁵ Vgl. hinten, Teil 4 III. C. 4. a) vii).

⁴³⁷⁶ Vgl. auch hinten, bei Fn. 4425.

⁴³⁷⁷ Anders BGE 104 Ia 79, E. 3a, und BGE 134 I 75, E. 4.3; vorne, bei Fn. 2197 ff.; nach BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 137, geht es zu weit, wenn der Austrittswille nach Ablauf einer (mindestens) 30-tägigen Bedenkfrist durch eine zweite, beglaubigte Erklärung bestätigt werden muss – dies untergrabe das jederzeitige Austrittsrecht.

⁴³⁷⁸ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (2.) insb. bei Fn. 4322.

tel eingesetzt werden. Je *intensiver* aber der Eingriff ist (Verbote, Einsatz von Zwang), desto zurückhaltender sollte man angesichts der damit verbundenen (negativen) Folgen auch in solchen Fällen mit einem *pauschalen* Urteil über dessen Zumutbarkeit sein. Erforderlich bleibt eine Prüfung im Einzelfall.⁴³⁷⁹

- Eigentliche «Wahlverbote» oder «Verfügungsverbote» sollten grundsätzlich nur dann eingesetzt werden, wenn schwerwiegende Freiheitsverluste drohen⁴³⁸⁰ und *schwerwiegende Defizite* vorliegen. Je weniger ausgeprägt das Selbstbestimmungsdefizit ist (blosse Willensschwäche, Selbstüberschätzung, keine *vollständige* Kenntnis sämtlicher Handlungsalternativen, «Gruppendruck», sofern er ein gewisses Ausmass nicht übersteigt usw.), desto fraglicher wird die Zumutbarkeit derartiger Eingriffe.

Die Beantwortung der Frage, ob und wann ein weich paternalistischer Eingriff als zumutbar bezeichnet werden kann, ist aufgrund der (vorne skizzierten) zahlreichen, teils ineinander verschachtelten Prüfungskriterien, bei deren Anwendung zudem (grundsätzlich) eine subjektive Sichtweise einzunehmen ist, regelmässig mit *ganz erheblichen Unsicherheiten* verbunden. Zudem ist zu bedenken, dass Gewissheit über das Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits nur schwierig zu erlangen ist,⁴³⁸¹ Entsprechendes gilt für die *tatsächlichen Absichten und Ziele* des vor sich selbst Geschützten. Die Gefahr, dass die Einzelne staatlichen Eingriffen ausgesetzt wird, die sie letztlich schlechter stellen oder bei denen der Schutz nach «objektiv vernünftigen» Kriterien bemessen wird, lässt sich nicht von der Hand weisen. Die damit verbundene Problematik ist im Folgenden näher zu erörtern.

3. Umgang mit Unsicherheit

- a) Grundsätzliche Zulässigkeit eines paternalistischen Schutzes trotz Unsicherheiten über dessen Zumutbarkeit

Wie also ist mit diesen gerade eben erwähnten Schwierigkeiten umzugehen? Führt das Vorliegen von *Unsicherheit* über die Zumutbarkeit einer weich paternalistischen Intervention zum Schluss, dass dem Staat ein derartiger Schutz (*grundsätzlich*) *untersagt* sein muss? Eine absolute Sicherheit bezüglich der Zumutbarkeit wird man nach der hier vertretenen Auffassung indessen nicht verlangen können und auch nicht müssen.⁴³⁸² Mit anderen Worten: Dass die Bestimmung des zuläs-

⁴³⁷⁹ Vgl. hinten, Teil 4 III. C. 4. a) iii); vgl. auch vorne, bei Fn. 2911.

⁴³⁸⁰ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 41.

⁴³⁸¹ MURMANN, 489.

⁴³⁸² Vgl. bezogen auf die (altrechtlichen) behördlichen vormundschaftlichen Massnahmen BK ZGB-SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, Rz. 253, wonach sich die – hinten darzu-

sigen bzw. zumutbaren Schutzes mit Schwierigkeiten verbunden ist und diesbezüglich meistens (wenn auch nicht immer⁴³⁸³) Zweifel bestehen dürften, beseitigt die (verfassungsrechtliche) Rechtfertigbarkeit einer autonomieorientierten Intervention für sich genommen *noch nicht*.⁴³⁸⁴ Indessen sind an die Begründung und Rechtfertigung des weich paternalistischen Schutzes *hohe Anforderungen* zu stellen, was dessen Zulässigkeit *begrenzt*. Darauf ist nachstehend einzugehen.

b) Begründungsanforderungen

Zu diesen (hohen) Begründungsanforderungen ist im Einzelnen Folgendes zu bemerken:

- (1.) Die *blasse Möglichkeit* oder ein bloss *erhöhtes Risiko* eines Selbstbestimmungsdefizits reichen für sich genommen nicht aus, um korrigierend auf eine Entscheidung einzuwirken.⁴³⁸⁵ Ansonsten könnte sich der weiche Paternalismus wie ein *harter* Paternalismus auswirken.⁴³⁸⁶ Als *Grundsatz* muss gelten, dass ein *Selbstbestimmungsdefizit* (Urteilsunfähigkeit, unzureichende Faktenkenntnis, Denkfehler usw.) im konkreten Einzelfall *überzeugend* – wenn auch nicht gerade mit *absoluter* Sicherheit – *nachgewiesen*, also zumindest *sehr wahrscheinlich* ist. Gleichzeitig muss sehr wahrscheinlich sein, dass sich die Einzelne *anders entscheiden* würde, wenn sie dem Defizit *nicht* unterliegen würde. Keineswegs darf der Staat – entgegen gewisser Tendenzen⁴³⁸⁷ – vorschnell und generell Freiwilligkeitsdefizite oder Schutzbedürfnisse unterstellen.⁴³⁸⁸ Insbesondere ist es nicht statthaft, von äusseren Umständen – wie z.B. dem Ausmass der «Schädigung» – oder von (für bestimmte Personen oder Kreise) nur

stellende (bei Fn. 4410 ff.) – Freiheitsvermutung *nicht* dahingehend auswirke, dass keinerlei Zweifel daran bestehen dürfen, dass die vormundschaftliche Massnahme tatsächlich das Wohl des Betroffenen befördert; vgl. dazu – im Kontext der Geeignetheit – auch vorne, bei Fn. 4150 ff.

⁴³⁸³ Vgl. vorne, bei Fn. 4379 (Urteilsunfähigkeit, potentiell schwerer Schaden und bloss geringfügige Freiheitseinbussen).

⁴³⁸⁴ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 26; s.a. MURMANN, 495 f. und 504.

⁴³⁸⁵ Vgl. demgegenüber MURMANN, 495 und 504; zu Recht kritisch FATEH-MOGHADAM, 36; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 392 f.

⁴³⁸⁶ Vgl. FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 36 f.; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 392 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4752.

⁴³⁸⁷ Vgl. vorne, Teil I II. C, Ziff. (3.) bei Fn. 496 ff., und bei Fn. 2268 ff.

⁴³⁸⁸ Vgl. GUTWALD, 88; KOLBE, 323 und 347; HANGARTNER, Sterbehilfe, 18, wonach der Gesetzgeber ein staatliches Abtreibungsverbot zum Schutz der Schwangeren nicht mit der pauschalen Annahme rechtfertigen könne, der Entscheid zum Schwangerschaftsabbruch erfolge immer oder meist auf Druck des Kindsvaters; vorne, bei Fn. 2542 ff.

schwer verständlichen individuellen Beweggründen ohne weiteres auf ein Entscheidungsdefizit zu schliessen.⁴³⁸⁹

Im Zusammenhang mit der **Sexarbeit** dürfte sich häufig die Frage stellen, ob diese tatsächlich aus freiem Willen erfolgt.⁴³⁹⁰ Dabei besteht – wie bereits ausgeführt – die besondere Gefahr, mittels Unterstellung von Freiwilligkeitsdefiziten das angeblich «Vernünftige» durchzusetzen.⁴³⁹¹ Dass die Sexarbeiterinnen im Allgemeinen oder zumindest im Regelfall nicht (hinreichend) freiverantwortlich bzw. selbstbestimmt handeln können oder würden, lässt sich keinesfalls generell behaupten;⁴³⁹² deshalb sollte m.E. von *generellen* Aussagen, dass Prostituierte «in den seltensten Fällen aus völlig freien Stücken diesem Berufe nachgehen»⁴³⁹³ abgesehen werden. Aber selbstverständlich können Umstände vorliegen, bei denen die Freiwilligkeit zumindest zweifelhaft ist.⁴³⁹⁴

Personen unter 18 Jahren von der Möglichkeit abzuschneiden, die **Ehe einzugehen**, lässt sich nicht allein mit einem Hinweis darauf begründen, dass junge Brautleute statistisch gesehen eine gesteigerte Scheidungshäufigkeit aufweisen⁴³⁹⁵ – dieser Umstand kann den Betroffenen ja durchaus bekannt sein und von ihnen in Kauf genommen werden. Freilich stellt sich die Frage, ob eine generell-abstrakte Regelung unterschiedlichen Reifedefiziten und Schutzbedürfnissen überhaupt hinreichend Rechnung tragen kann (und muss).⁴³⁹⁶

Raucherinnen und Rauchern kann nicht generell unterstellt werden, sie würden die Risiken des Tabakkonsums unterschätzen.⁴³⁹⁷

⁴³⁸⁹ Vorne, Teil 4 III. B. 5.

⁴³⁹⁰ Vgl. CEDAW-Komm.-HAUSAMMANN, Art. 6, Rz. 1.

⁴³⁹¹ Vorne, bei Fn. 4085.

⁴³⁹² Ber. Erotikgewerbe, 19 und 42 f.; Ber BR Prostitution und Menschenhandel, 43 f.; HEINZL, 36, 139 und 232; SIMMLER/BIBERSTEIN, 6, wonach durchgeführte Befragungen «eher das Bild eines grossmehrheitlich freiwilligen Einstiegs in die Prostitution als das von einem unter Zwang» zeigen würden; SCHULTHEISS, 35 und 38; Die emanzipierte Prostituierte – Natalie Trummer von Terre des Femmes Schweiz zur feministischen Debatte über die Sexarbeit, NZZ vom 18. Oktober 2014, 23; Interview mit Susanne Schmetkamp, tagesanzeiger online vom 27. November 2013, abrufbar unter: www.tagesanzeiger.ch/kultur/diverses/Ein-Verbot-untergraebt-die-Autonomie-der-Sexarbeiterinnen/story/27949140; s.a. NZZ online vom 16. Februar 2016, «Aufstand der Prostituierten», abrufbar unter: www.nzz.ch/international/deutschland-und-oesterreich/aufstand-der-huren-ld.99750?reduced=true.

⁴³⁹³ Siehe aber BGER 6B_188/2011, E. 2.4, und BSK StGB II-ISENRING/KESSLER, Art. 195, Rz. 7 unter Hinweis auf «finanzielle Schwierigkeiten und damit verbundene Zwangslagen»; zur problematischen Begründung von Selbstbestimmungsdefiziten mit finanziellen Schwierigkeiten oder Notlagen siehe vorne, Teil 4 III. B. 6; s.a. vorne, bei Fn. 4082 ff.

⁴³⁹⁴ Vgl. GUNTRAM SCHEER/NATHALIE DUFNER, Deutsche Opfer des Menschenhandels zur sexuellen Ausbeutung, Kriminalistik 2015, 17 ff., 22, wonach gerade junge Frauen häufig nicht zu überblicken vermögen, was die Ausübung der Prostitution mit sich bringt.

⁴³⁹⁵ So aber Botsch. Änd. ZGB (1993), 1183.

⁴³⁹⁶ Vgl. hinten, Fn. 4754 ff.

⁴³⁹⁷ SHAPIRO, Smoking, 188 f.

Vgl. auch die Beispiele vorne, bei Fn. 3675 (Tragen eines **Kopftuchs** oder eines **Gesichtsschleiers**) und bei Fn. 3639 (**Leihmutterschaft**); zur Frage, was überhaupt als Selbstbestimmungsdefizit in Frage kommt, siehe vorne, Teil 4 III. B.

Zu präzisieren – und hinten weiter auszuführen – bleibt Folgendes: Das (*blosse*) *Risiko* eines defizitären Entscheids kann es in gewissen Fällen immerhin rechtfertigen, das Vorliegen eines Defizits näher *abzuklären*.⁴³⁹⁸ Dass das Bestehen eines Freiwilligkeitsdefizits beim konkret Betroffenen sehr wahrscheinlich sein muss, gilt zudem nicht ohne (restriktiv zu handhabende) *Ausnahmen*.⁴³⁹⁹ Der hier diskutierte Problemkreis ist schliesslich von der (hinten zu erörternden) Frage zu unterscheiden, inwiefern der Staat durch eine generell-abstrakte Regelung auch Personen *mitschützen* darf, die *keinem* Selbstbestimmungsdefizit unterliegen.⁴⁴⁰⁰

- (2.) Weiter sollte *es zumindest sehr wahrscheinlich* sein, dass für die Einzelne tatsächlich ein (ungewollter) *Nachteil oder Schaden eintritt*; dies darf keineswegs vorschnell angenommen werden.

Ein psychiatrisches Gutachten, das sich nicht zur Frage äussert, ob und inwiefern eine konkrete Gefahr für die betroffene Person besteht, reicht keineswegs aus, um eine fürsorgliche Unterbringung anzuordnen.⁴⁴⁰¹ Bezogen auf eine Auskunftsverweigerung im «wohlverstandenen» Interesse des Patienten siehe hinten, bei Fn. 4630 ff.

- (3.) Ferner muss sich überzeugend begründen lassen, dass die Einzelne mit der paternalistischen Intervention besser dasteht als ohne, dass sie *also in ihrem Wohl tatsächlich geschützt und befördert* wird.⁴⁴⁰² Auch die Verschaffung eines individuellen Nutzens darf keineswegs vorschnell bejaht werden.⁴⁴⁰³ Dies gilt nicht nur, aber erst recht, wenn die Betroffene schwerwiegenden Grundrechtsein-

⁴³⁹⁸ Hinten, Teil 4 III. C. 3. c) i).

⁴³⁹⁹ Hinten, Teil 4 III. C. 3. c) ii; s.a. KOLBE, 323.

⁴⁴⁰⁰ Vgl. dazu hinten, Teil 5 I. B. 3, siehe dort insb. Ziff. (2.).

⁴⁴⁰¹ BGE 140 III 101, E. 6.3.

⁴⁴⁰² Vgl. LOEWENSTEIN/HAISLEY, 221 f.; bezogen auf die Behandlung eines nicht einsichtsfähigen Patienten gegen seinen natürlichen Willen, um schwere Gesundheitsbeeinträchtigungen zu verhindern, siehe BVerfG, Urteil vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, EuGRZ 2016, 558 ff., Rz. 72 und 78 (s.a. Rz. 80 und 83), wonach «die Vorteile eines medizinischen Eingriffs *eindeutig* gegenüber den damit verbundenen Nachteilen und Risiken» überwiegen bzw. «die Abwägung seiner Heilungschancen mit seinen Belastungen durch die ärztlichen Massnahmen zu einem *eindeutigen* Ergebnis» (Herv. d. Verf.) führen müsse, damit die Schutzpflicht «vorgehe» (für problematisch halte ich es aus den bereits genannten Gründen aber, von einem «Vorgehen» bzw. Nichtvorgehen einer Schutzpflicht zu sprechen, siehe vorne, bei Fn. 2910).

⁴⁴⁰³ Vgl. etwa SCHRAMME, Paternalismus, 266.

griffen ausgesetzt wird.⁴⁴⁰⁴ Mit Blick auf die immer verbleibenden Unsicherheiten sollte sich zudem darlegen lassen, dass die Abwägung zwischen den mit der Intervention verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtskosten und dem aus der Massnahme resultierenden Nutzen *klar zu Gunsten der Geschützten* ausfällt. Anders gesagt: Es sollte der Betroffenen *erheblich* mehr Schaden erspart werden, als ihr mit der Intervention zugefügt wird.⁴⁴⁰⁵ Zudem gilt: Je geringer die Defizite sind, die zum Anlass eines paternalistisch motivierten Eingriffs genommen werden, desto mehr ist der Staat durch den Wunsch, allein gelassen zu werden, zurückgebunden;⁴⁴⁰⁶ desto *überzeugender und umfassender* hat er auch nachzuweisen, dass die Vorteile der Intervention die damit verbundenen Nachteile (klarerweise und deutlich) überwiegen.

Allerdings wird man – wie bereits erwähnt – den Nachweis einer *absoluten oder nahezu absoluten Sicherheit*, dass der Einzelne durch eine paternalistische Massnahme in seinem Wohl tatsächlich (erheblich) befördert wird, nicht verlangen können; letztlich lassen sich nicht alle künftigen positiven und negativen Auswirkungen einer Massnahme genau vorhersehen.⁴⁴⁰⁷ Zu fordern ist zumindest eine *hohe Wahrscheinlichkeit*, dass der Einzelne tatsächlich in seinem Wohl befördert wird (bzw. der Nutzen die mit dem Eingriff verbundenen Nachteile klar übersteigt). Die für den Staat immer bestehende Schwierigkeit in der Bestimmung dessen, was dem Einzelnen nützt und was ihm schadet, gebietet zudem eine grundsätzliche Zurückhaltung mit paternalistischen Massnahmen, jedenfalls mit solchen, die Wahlfreiheiten *verengen* oder (auch) auf die *Präferenzen* (und deren Festlegung) Einfluss nehmen.⁴⁴⁰⁸

- (4.) Dem Einzelnen ist ausserdem die Möglichkeit einzuräumen, *seine Sicht einzubringen*, und zwar auch dann, wenn er urteilsunfähig ist. Dieses Mitbestimmungsrecht ist von zentraler Bedeutung, um die *Zumutbarkeit* paternalistisch motivierter Eingriffe *zu beurteilen*.⁴⁴⁰⁹

⁴⁴⁰⁴ Vgl. bezogen auf den Nachweis des öffentlichen Interesses MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: VdS, § 39, Rz. 55: «Je tiefgreifender die Freiheitsbeschränkung, umso intensiver und plausibler muss der Nachweis eines öffentlichen Interesses sein.»; dass sich das öffentliche Interesse im Kontext einer paternalistischen Intervention auf eine *Beförderung des individuellen Wohls* richtet, wurde bereits ausgeführt, vgl. insb. vorne, Teil 4 I, Ziff. (3.).

⁴⁴⁰⁵ Vgl. aus ethischer Sicht auch GERT/CULVER, 200 ff. (allerdings im Sinne einer allgemeinen Voraussetzung für paternalistische Eingriffe).

⁴⁴⁰⁶ Vorne, bei Fn. 4265, 4291 f., 4311 und 4374.

⁴⁴⁰⁷ Vorne, bei Fn. 4150 ff. und 4382.

⁴⁴⁰⁸ SUNSTEIN, Why Nudge?, 17; s.a. vorne, bei Fn. 3951, und hinten, bei Fn. 4731.

⁴⁴⁰⁹ Dazu bereits vorne, bei Fn. 1169 f.; s.a. bei Fn. 4336.

Lassen sich ein Selbstbestimmungsdefizit und ein (ungewollter) drohender Schaden nicht im vorgenannten Sinn überzeugend nachweisen und gelingt es nicht, die zumindest hohe Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen (und erheblichen) Beförderung des individuellen Wohls darzulegen, hat der Schutz – so der Grundsatz – zu unterbleiben.⁴⁴¹⁰ Die blossе Möglichkeit einer defizitären Entscheidung, eines Schadens oder einer Steigerung des individuellen Wohls reicht nicht aus, um die Zumutbarkeit zu begründen – im Zweifelsfall ist gegen den Schutz zu entscheiden. Von Verfassungen wegen gilt insofern eine «Vermutung für die Freiheit» – und zwar vom Staat.⁴⁴¹¹ Man kann das als einen der seltenen legitimen Anwendungsfälle des Grundsatzes «*in dubio pro libertate*» verstehen: Die «Beweislast» für die Notwendigkeit und die Begründetheit einer Massnahme liegt beim Staat und wenn ihm der Nachweis nicht (überzeugend) gelingt, gebührt der Freiheit vom Staat der Vorrang.⁴⁴¹² Dass der weich paternalistische Schutz auf den *Erhalt der Freiheit* zielt, ist kein überzeugendes Argument, um im Zweifel für den paternalistischen Schutz zu argumentieren: Der grundrechtlich geschützten Freiheit geht es in erster Linie um eine *Freiheit vom Staat*. Dieses Recht, von paternalistisch motivierten Einmischungen verschont zu bleiben, hat einen Eigenwert und zwar auch dann, wenn der Ein-

⁴⁴¹⁰ Ähnlich im Kontext medizinischer Zwangsbehandlungen auch JOSET, Bem. zu BGE 127 I 6, 1217 und 1221, wonach «die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zwangsbehandlung restriktiv zu handhaben sind und im Zweifel den Freiheitsrechten der Betroffenen der Vorrang einzuräumen ist»; zu pauschal m.E. HOCHHUTH, Fn. 6, wonach kommerzielle Peepshows zu Recht verboten seien, da unklar sei, ob die entsprechenden Tätigkeiten freiwillig ausgeübt werden.

⁴⁴¹¹ So bezogen auf die (verfassungskonform zu handhabende) Anordnung vormundschaftlicher Massnahmen bzw. das damit verbundene «Spannungsverhältnis Betreuung/Freiheit» BK ZGB-SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, Rz. 252 («Vermutung für die Freiheit des allenfalls von einer vormundschaftlichen Massnahme Betroffenen»; «*in dubio libertas*») – allerdings mit Relativierungen (Rz. 253 ff.): Sie weisen auf die mit einer Prognosestellung verbundenen Restunsicherheiten hin (dazu vorne, Fn. 4382 und 4150), erachten die Freiheitsvermutung nicht für einschlägig, wenn «der unmittelbar zu erreichende Vorteil bei der Anordnung der Massnahme in keinem Verhältnis zum allenfalls sonst eintretenden Schaden [steht]», und weisen darauf hin, dass die Freiheitsvermutung den Staat nicht davon entbinde, die Schutzbedürftigkeit abzuklären (hinten, Fn. 4422) – das ist m.E. zustimmungswürdig, wobei nach der hier vertretenen Auffassung die zu erreichenden «Vorteile» und ansonsten zu befürchtenden «Schäden» nur dann gegeneinander abgewogen werden dürfen, wenn der Einzelne einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt (wobei die Abwägung nicht losgelöst von der subjektiven Sichtweise und der individuellen Einschätzung des Nutzens erfolgen darf).

⁴⁴¹² Vgl. auch ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip, 279, wonach der einzige Sinn des Satzes «*in dubio pro libertate*» darin liege, dass der Staat ein Bedürfnis für eine staatliche Intervention und eine entsprechende Notwendigkeit nachzuweisen habe, ihn insofern die «Beweislast» treffe.

zelle Defiziten unterliegt. Das gegenüber der Vermutung «*in dubio pro libertate*» geäußerte Bedenken, sie würde den Weg für eine Abwägung mit Drittinteressen versperren,⁴⁴¹³ ist im vorliegenden Kontext m.E. stark zu relativieren: Bei einem Schutz vor sich selbst geht es nicht um Drittinteressen, sondern um Interessen des Betroffenen selbst. Vor allem aber hat hier eine Abwägung zwischen verschiedenen Interessen des Einzelnen *bereits stattgefunden*, diese lässt aber nicht den überzeugenden Schluss zu, dass eine Intervention gerechtfertigt ist.

c) Differenzierungen mit Blick auf das Bestehen von Freiwilligkeitsdefiziten

Vor dem Hintergrund, dass Freiwilligkeitsdefizite sehr wahrscheinlich und überzeugend nachgewiesen sein müssen,⁴⁴¹⁴ über das Vorliegen von Defiziten indessen durchaus Unsicherheit bestehen kann, stellen sich zwei Fragen: Ist es (i.) allenfalls zulässig und geboten, das *Bestehen von Freiwilligkeitsdefiziten* auch gegen den Willen des Einzelnen *abzuklären*? Und kann es (ii.) Fälle geben, in denen ein (weich) paternalistisches Eingreifen zulässig ist, obwohl im spezifischen Einzelfall *nicht dargetan wird (oder werden kann)*, dass der Einzelne mit hoher Wahrscheinlichkeit *tatsächlich einem Selbstbestimmungsdefizit* unterliegt?

i) Abklärung der Freiwilligkeit

Darf der Staat vorschreiben, dass das Vorliegen eines Freiwilligkeitsdefizits – durch den Staat, eine Kommission oder einen privaten Dritten (z.B. einen Arzt) – abgeklärt wird, bevor der Wille des Einzelnen respektiert wird (z.B. ein gefährliches Produkt zu erwerben, an die Mittel für eine Selbsttötung zu gelangen oder ein Organ zu spenden)? Darf der Einzelne in einem Gespräch über seine Motive befragt werden, auch wenn er dies nicht will?

Der Einzelnen solche Überprüfungen und Abklärungen ihrer «Freiwilligkeit» aufzudrängen, ist keineswegs unproblematisch: Der Staat tritt der Betroffenen mit einem Zweifel an ihren Fähigkeiten, selbst zu entscheiden, entgegen; er drängt sie in ein Abklärungsverfahren, das auch höchstpersönliche Fragestellungen betreffen kann und bei dem sie allenfalls gehalten ist, intime Beweggründe für einen Entscheid offenzulegen. Dieses Nachfragen kann auch als «entwürdigend» empfunden werden, insbesondere wenn der Einzelnen nach Abschluss der Überprüfung ein ge-

⁴⁴¹³ Zu diesem m.E. zutreffenden Einwand gegen die Anwendung der Vermutung «*in dubio pro libertate*» bei der Verhältnismässigkeitsprüfung; MÜLLER, Verhältnismässigkeit, 57; und bei der Auslegung; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 191 – beide Male allerdings ohne Bezugnahme auf die «Schutz vor sich selbst»-Problematik.

⁴⁴¹⁴ Vorne, bei Fn. 4385 ff.

nügendes Mass an Freiwilligkeit, «Kompetenz» oder «Urteilsfähigkeit» abgesprochen wird, um ihr ein Verhalten oder eine Tätigkeit zu erlauben⁴⁴¹⁵.⁴⁴¹⁶ Letztlich handelt es sich bei solchen «*Untersuchungsprozeduren*» bzw. «*Überprüfungsprozeduren*»⁴⁴¹⁷ oder «*Kontrollverfahren*»⁴⁴¹⁸ ebenfalls um (*weich*) *paternalistische* – auf den Schutz der Freiwilligkeit – zielende Massnahmen, die einer entsprechenden Rechtfertigung bedürfen;⁴⁴¹⁹ manchmal ist auch die Rede von «*prozeduralem Paternalismus*» oder «*Verfahrenspaternalismus*»⁴⁴²⁰ («*procedural paternalism*»⁴⁴²¹). Im Einzelnen ist dazu Folgendes zu bemerken:

- (1.) Der vorne genannte Grundsatz, wonach ein staatlicher Schutz, wenn er nicht überzeugend begründet werden kann, zu *unterbleiben* hat, bedeutet nicht (und darf nicht so missverstanden werden), dass der Staat vorschnell auf einen paternalistischen Schutz zu verzichten hätte und sich jeglicher Verantwortung für das Wohlergehen seiner Bürgerinnen und Bürger entschlagen dürfte. Der Staat ist nicht auf einer grundsätzlichen Ebene von der Prüfung und Abklärung entbunden, ob Selbstbestimmungsdefizite vorliegen und allenfalls ein Schutz geboten ist.⁴⁴²²
- (2.) Eine Überprüfungs- und Kontrollprozedur gegen den Willen des Einzelnen setzt voraus, dass der Staat bei der allfälligen Feststellung eines Defizits überhaupt *intervenieren darf*. Zu denken ist hier insbesondere an das Vorliegen *erheblicher* Defizite und die Gefahr *schwerer* Schäden.⁴⁴²³

Ein Schutz vor sich selbst ist bspw. dann (grundsätzlich) gerechtfertigt (und geboten), wenn ein *Sterbeentscheid* nicht wohlwogen ist (Verweigerung der Abgabe von Betäubungsmitteln)⁴⁴²⁴ – insofern ist m.E. auch eine Abklärung der «Wohlerwogenheit» des

⁴⁴¹⁵ ARNESON, *Paternalism*, 426 f.

⁴⁴¹⁶ Vgl. zur Problematik solcher Abklärungen bereits vorne, bei Fn. 4173 f.; vgl. auch KIENZERLE, 42 und 174.

⁴⁴¹⁷ Vgl. MAYR, 66 und 68 f.

⁴⁴¹⁸ Vgl. im Zusammenhang mit der Suizidhilfe bzw. der Abgabe von Betäubungsmitteln BGE 133 I 58, E. 6.3.2.

⁴⁴¹⁹ Vgl. FATEH-MOGHADAM, *Grenzen*, 41.

⁴⁴²⁰ FATEH-MOGHADAM, *Grenzen*, 40 f. und 42; von «*materiellem*» Paternalismus ist die Rede, wenn der Staat die Selbstbestimmung mittels *Duldungspflichten* und *Verfügungsverboten* zum Wohl des Einzelnen beschränkt (KIENZERLE, 41).

⁴⁴²¹ FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 386 und 392.

⁴⁴²² Siehe – im Kontext (altrechtlicher) vormundschaftlicher Massnahmen – BK ZGB-SCHNYDER/MURER, *Systematischer Teil*, Rz. 255, wonach «[d]er Rechtsanwender [...] nicht unter Berufung auf das «in dubio libertas» auf eine gründliche Abklärung des Sachverhalts, auf die allfällige Einholung von Gutachten und auf eine der Person der Sache angemessene Würdigung des Falles verzichten» dürfe.

⁴⁴²³ Vgl. auch vorne, bei Fn. 2933, und hinten, bei Fn. 4439.

⁴⁴²⁴ Vgl. aber auch die Differenzierungen hinten, Teil 4 III. C. 4. a) i).

Sterbewunschs zulässig. Anders ist dies, wenn der hungrige oder «willensschwache» Einzelne Gefahr läuft, mehr Lebensmittel einzukaufen, als er benötigt, oder sich für ungesunde anstatt für gesunde Lebensmittel zu entscheiden: Selbst wenn im Rahmen einer Abklärung eine entsprechende Verzerrung festgestellt würde, dürften daran m.E. keine weiteren Massnahmen geknüpft werden,⁴⁴²⁵ weshalb zum Vornherein auf irgendwie geartete Kontroll- oder Überprüfungsverfahren zu verzichten ist. Grundsätzlich unproblematisch erscheint mir die Rechtsprechung zum altrechtlichen Art. 66^{ter} StGB, wonach beim (strafprozessualen) Einstellungsbegehren geprüft wird, ob das Opfer häuslicher Gewalt überhaupt über Hilfs- und Handlungsalternativen informiert ist.⁴⁴²⁶ Eine Einstellung der Strafverfolgung kann für das Opfer allenfalls erhebliche Nachteile haben, zudem dürfte eine Überprüfung, ob das Opfer hinreichend über Alternativen Kenntnis hat, (besondere individuelle Umstände vorbehalten) nicht besonders schwer wiegen.

- (3.) Es bedarf *tatsächlicher, ernsthafter Anhaltspunkte*, dass die Person überhaupt einem Defizit unterliegt, bzw. es müssen begründete Zweifel an einer «freiwilligen» Entscheidung vorliegen.⁴⁴²⁷ Dabei lässt sich sagen, dass, je grösser der drohende Schaden ist, desto eher Zweifel an der Freiverantwortlichkeit gerechtfertigt sind.⁴⁴²⁸ Zweifel können zudem bei ungewöhnlichem oder schwer nachvollziehbarem Verhalten angebracht sein, erst recht, wenn schwere Schäden drohen.⁴⁴²⁹ Sie können sich auch aus – vom konkreten Einzelfall losgelösten – (medizinischen) Erkenntnissen, Forschungsergebnissen oder sonstigen Erfahrungen ergeben, wonach ein gewisses selbstschädigendes Verhalten *typischerweise* oder *häufig* Ausdruck einer die Willensbildungs- und/oder -umsetzungsfähigkeit vermindernenden psychischen Erkrankung ist oder sonst wie regelmässig einem defizitären Entscheidungsverhalten entspringt (z.B. soll gemäss der Suizidforschung ein Suizidversuch häufig bereut werden bzw. der Sterbewunsch oftmals im Zusammenhang mit einer geistigen Ausnahme-situation stehen⁴⁴³⁰). In solchen Fällen ist es gerechtfertigt, ein Selbstbestim-

⁴⁴²⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 4376.

⁴⁴²⁶ Vgl. BGer 6S.454/2004, E. 3; vgl. vorne, bei Fn. 584.

⁴⁴²⁷ Vgl. aus philosophischer Sicht MAYR, 66 f. und 68; FEINBERG, Harm to Self, 124 ff. («*presumption of nonvoluntariness*»).

⁴⁴²⁸ Vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 36; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 164; s.a. vorne, bei Fn. 1189 und 4056, und hinten, bei Fn. 4434.

⁴⁴²⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 4057 ff. und 4244.

⁴⁴³⁰ Nach den Erkenntnissen der Suizidforschung besteht «eine überaus günstige Prognose hinsichtlich Weiterleben und Distanzierung nach dem Überleben schwerer Suizidversuche» sowie «ein[...] äusserst enge[r] Zusammenhang von Suizid und Suizidversuch mit chronischen und akuten psychischen Störungen, Krankheiten und Lebenskrisen» (Ber. Sterbehilfe, 36 f., s.a. 40; ferner KIENER, 282; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 911, Rz. 244 f.) – dass ein Entscheid nachträglich (möglicherweise) bereut wird, heisst allerdings für sich genommen noch nicht, dass er defizitär wäre, siehe dazu mit Differenzierungen vorne, Teil 4 III. B. 4.

mungsdefizit vorerst (widerlegbar) zu vermuten und die «Freiwilligkeit» einer näheren Abklärung zuzuführen. Dabei gilt: Je schwerer der drohende Schaden ist, desto weniger wird man verlangen müssen und dürfen, dass das betreffende Verhalten aufgrund bisheriger Erkenntnisse oder Erfahrungen typischerweise oder häufig Ausdruck einer unfreiwilligen Entscheidung ist.⁴⁴³¹

- (4.) Die Abklärungen haben sich auf die Frage zu beschränken, ob tatsächlich ein *Selbstbestimmungsdefizit* vorliegt. Dafür nicht relevante individuelle Wertungen oder die «objektive» Vernünftigkeit der gewählten Ziele sind nicht zu überprüfen.⁴⁴³² Ebenso wenig darf der Willensbildungsprozess in eine bestimmte Richtung gesteuert bzw. kanalisiert werden. Es geht auch nicht um eine Kontrolle, ob eine Handlung für die Einzelne *wertvoll* oder *elementar* für ihre Persönlichkeitsentfaltung ist.⁴⁴³³ Je schwerer der drohende Schaden ist, desto umfassender darf aber geprüft werden, ob Selbstbestimmungsdefizite vorliegen.⁴⁴³⁴ Das Bundesgericht setzt hohe Anforderungen an die für eine Selbsttötungshandlung erforderliche Freiverantwortlichkeit und deren Abklärung, besonders wenn der Sterbewunsch seine Ursache in einer psychischen Erkrankung haben kann.⁴⁴³⁵

Für die Abgabe von Substanzen zum Zweck des Suizids setzt das Bundesgericht «eine eingehende, sorgfältige medizinische Untersuchung und Diagnosestellung bzw. im Hinblick auf die Beständigkeit des Todeswunsches und der diesbezüglichen Urteilsfähigkeit eine länger dauernde ärztliche Begleitung durch einen Spezialisten voraus, der gestützt hierauf bereit ist, ein entsprechendes Rezept auszustellen».⁴⁴³⁶

Zu Fragen Anlass gibt es, wie und auf welche Weise die Selbstbestimmungs- und die Urteilsfähigkeit abzuklären sind.⁴⁴³⁷ Verfassung und Gesetz geben keine genauen Methoden vor. In der Regel dürften «medizinische Experten», insb. Psychiaterinnen und Psychiater am besten zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit geeignet sein. Allerdings ist es *nicht zwingend*, dass die Urteilsfähigkeit durch einen Arzt oder eine Ärztin geprüft werden müsste.⁴⁴³⁸ Zu verlangen ist aber, dass die beurteilende Person hinreichende Gewähr für eine umfassende und objektive Prüfung bietet.

⁴⁴³¹ Siehe dazu FEINBERG, Harm to Self, 124 ff., insb. 126 ff.; ferner DERS., Legal Paternalism, 8 f.

⁴⁴³² MAYR, 66 ff.; FEINBERG, Legal Paternalism, 9.

⁴⁴³³ Vgl. demgegenüber VAN SPYK, 97 und 99.

⁴⁴³⁴ VAN SPYK, 96 und 99; s.a. vorne, bei Fn. 1189, 4056 und 4428 f.

⁴⁴³⁵ BGer 2C_410/2014, E. 6.5.

⁴⁴³⁶ BGer 2C_9/2010, 3.2; ferner BGE 133 I 58, E. 6.3.6, und BGer 2C_410/2014, E. 6.5.

⁴⁴³⁷ Siehe PETERMANN, Einführung, 43.

⁴⁴³⁸ Vgl. dazu BGer 2C_410/2014, E. 6.4.

- (5.) Ganz grundsätzlich sollten Abklärungsverfahren mit Zurückhaltung eingesetzt werden. Sie sollte m.E. nur Anwendung finden, wenn *schwerwiegende* Selbstbestimmungsdefizite zu befürchten sind und der Einzelnen potentiell *schwerwiegende* (ungewollte) Schäden drohen.⁴⁴³⁹
- ii) Ausnahmsweiser Verzicht auf den Nachweis eines tatsächlich vorhandenen Selbstbestimmungsdefizits?

Es ist *nicht grundsätzlich ausgeschlossen*, einer Person eine weich paternalistische Massnahme ohne nähere individuelle Abklärung aufzudrängen, obwohl die hohe Wahrscheinlichkeit eines (sich nachteilig auswirkenden) Selbstbestimmungsdefizits *im konkreten Einzelfall* nicht überzeugend nachgewiesen ist.⁴⁴⁴⁰ Nach der hier vertretenen Auffassung kann dies jedoch nur in *sehr engen Grenzen* zulässig sein.

- (1.) Zunächst ist zu bedenken, dass eine staatliche Abklärung von Freiwilligkeitsdefiziten mit Kosten und Aufwand verbunden ist.⁴⁴⁴¹ Angesprochen ist hier letztlich die Frage, ob es *fiskalische Gründe* und solche der *Praktikabilität* rechtfertigen können, auf ein Abklärungsverfahren zu *verzichten* (womit das Feld der eigentlichen Paternalismusproblematik streng genommen verlassen wird).⁴⁴⁴² Man wird solche Gründe nicht von vornherein und generell ausschliessen können, um Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen.⁴⁴⁴³

Zu präzisieren ist diesbezüglich Folgendes: Grundrechtsbeschränkungen *rein* aus fiskalischen Gründen sind äusserst heikel und grundsätzlich unzulässig.⁴⁴⁴⁴ Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Staat Grundrechte beschränkt, um sich die für die Erfüllung seiner Aufgaben *notwendigen Mittel zu beschaffen*.⁴⁴⁴⁵ Solche Einschränkungen sind *unverhält-*

⁴⁴³⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 4423.

⁴⁴⁴⁰ Von einem «*Gefährdungspaternalismus*» ist die Rede, wenn gewisse Verhaltensweisen mit der Begründung *generell* untersagt werden, dass (erhöhte) *Risiken* für Selbstbestimmungsdefizite bestehen und *nicht in jedem Einzelfall* nachgewiesen und sichergestellt werden könne, dass ein Selbstbestimmungsdefizit *nicht* vorliege (siehe SCHEIDEGGER, Rz. 21 ff.; FATEH-MOGHADAM/GUTMANN, 392 f. [*«Endangerment-Paternalism»*]; KIENZERLE, 174 f.).

⁴⁴⁴¹ Vgl. ARNESON, Paternalism, 426 f.; vgl. auch MURER, Schutz, 372.

⁴⁴⁴² Vgl. BUYX, 278.

⁴⁴⁴³ MURER, Schutz, 372.

⁴⁴⁴⁴ Vgl. WYSS, Öffentliche Interessen, 360 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 483; VGer ZH, Entscheid vom 3. Dezember 2009, VB.2009.00522, E. 5.4; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 444.

⁴⁴⁴⁵ Vgl. OESCH, 383; SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 32; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 483; etwa durch *Wohnsitzpflichten* für Beamte zur Sicherung von Steuern (BGE 120 Ia 203, E. 3a; BGE 118 Ia 410, E. 4a; BGE 103 Ia 455, E. 4a) oder durch *Enteignungen* (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 483).

nismässig;⁴⁴⁴⁶ zur Mittelbeschaffung ist der Staat auf das dafür vorgesehene System von Steuern und anderen öffentlichen Abgaben verwiesen.⁴⁴⁴⁷ Differenzierter zu betrachten ist jedoch die Absicht, das bestehende Vermögen zu schonen und die vorhandenen Mittel effizient einzusetzen – solche Gründe scheiden als zulässige (und verhältnismässige) Eingriffsmotive nicht zum Vornherein aus.⁴⁴⁴⁸

Dennoch ist eine solche Argumentation problematisch, da der Einzelnen die Möglichkeit zur individuellen Selbstbestimmung «bloss» aus *Kosten- oder Praktikabilitätsgründen* verunmöglicht oder erschwert wird.⁴⁴⁴⁹ Zudem besteht die Gefahr, dass diese Aspekte für die Durchsetzung *hart* paternalistischer Ziele «instrumentalisiert» oder missbraucht werden. Ein Verzicht auf die Abklärung von Selbstbestimmungsdefiziten kann m.E. höchstens dann in Frage kommen, wenn die Überprüfung mit *erheblichen* Kosten verbunden oder praktisch *kaum durchführbar* ist, eine *grosse Wahrscheinlichkeit von schweren Freiwilligkeitsdefiziten* zwar nicht im Einzelfall nachgewiesen ist, aber doch zumindest *typischerweise* besteht, *schwere Schäden* ernsthaft zu befürchten sind und die Zumutbarkeit des (weich paternalistischen) Schutzes zumindest *abstrakt* gerechtfertigt werden kann.⁴⁴⁵⁰

Art. 187 StGB stellt – zum Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung – sexuelle Handlungen mit Kindern unter 16 Jahren unter Strafe.⁴⁴⁵¹ Auf eine Einwilligung des Kindes kommt es nicht an – nach dem Willen des Gesetzgebers tritt die nötige Reife erst nach diesem Zeitpunkt ein.⁴⁴⁵² Aber könnten nicht Konstellationen denkbar sein, in denen sich ein derartiger Schutz nicht rechtfertigt? Weil die oder der Betroffene zwar noch nicht gerade 16-jährig, aber in ihrer/seiner sexuellen Selbstbestimmung und Entwicklung dennoch so gefestigt ist, dass eine eigentliche Gefährdung zu verneinen

⁴⁴⁴⁶ SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 32; BGE 138 I 378, E. 8.6.1; zu den hier nicht weiter zu diskutierenden Hintergründen, weshalb fiskalische Interessen als zulässige Eingriffsmotive grundsätzlich ausscheiden, siehe PETERS, 761 f.

⁴⁴⁴⁷ Vgl. auch BIAGGINI, Bem. zu BGer 2C_485/2010, 673, wonach «[d]ie Herausbildung des Steuerstaates, der sich – in transparenter und kalkulierbarer Weise – über Steuern und Abgaben finanziert, [...] zu den wichtigsten Errungenschaften der Moderne» gehöre.

⁴⁴⁴⁸ WYSS, Öffentliche Interessen, 362 f.; OESCH, 376 ff.; SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 32; zur möglichen Qualifikation auch des Interesses an einem sparsamen und schonenden Mitteleinsatz als *fiskalisches* Interesse siehe vorne, Fn. 88.

⁴⁴⁴⁹ Kritisch auch BUYX, 278.

⁴⁴⁵⁰ Zurückhaltend auch FEINBERG, Harm to Self, 79, und KIENZERLE, 175 und 178.

⁴⁴⁵¹ Es handelt sich dabei um einen indirekten Paternalismus, da sexuelle Kontakte mit Kindern unter 16 Jahren in deren Interesse verhindert werden sollen, aber die sexuelle Handlung nicht dem Kind selbst, sondern dem Dritten verboten wird; zum paternalistischen Einschlag dieser Bestimmung s.a. LAGODNY, 231; zum Begriff des indirekten Paternalismus vorne, Teil 1 II. B. 11.

⁴⁴⁵² GODENZI, Handkomm. StGB zu Art. 187, Rz. 1 f.; BGE 120 IV 194, E. 2b und 2c.

ist?⁴⁴⁵³ Selbst wenn man dies bejahen will: Zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und der ungestörten Entwicklung von Kindern und Jugendlichen dürfte es sich kaum bewerkstelligen lassen, einzelfallbezogen und vorgängig zu sexuellen Kontakten zu prüfen, ob sie bereits über die dafür nötige Reife verfügen. Auch eine nachträgliche Überprüfung der «ausreichenden» Reife für den stattgefundenen Sexualkontakt dürfte mit erheblichen Schwierigkeiten und Unsicherheiten verbunden sein.⁴⁴⁵⁴ Immerhin hat der Gesetzgeber die Strafbarkeit in den Absätzen 2 und 3 differenziert ausgestaltet,⁴⁴⁵⁵ was die vorgenannte Problematik abmildert.⁴⁴⁵⁶

- (2.) Auch kann es sein, dass eine Abklärung von Selbstbestimmungsdefiziten gar *nicht zielführend* ist. Es ist durchaus denkbar, dass selbst im Rahmen eines Abklärungsverfahrens *nicht zuverlässig* festgestellt werden kann, ob ein Defizit vorliegt oder nicht.⁴⁴⁵⁷ Möglicherweise ist es gar so, dass sich die betroffene Person auf die Situation einstellt und «vernünftige» Gründe und Überlegungen für ihr Handeln angibt, die (z.B. krankheitsbedingte) Fehler in der Willensbildung (gezielt) verschleiern.⁴⁴⁵⁸ Soweit keine geeigneten Verfahren bestehen, ein Defizit verlässlich festzustellen bzw. die Freiwilligkeit zu überprüfen (was – dem Grundsatz der Erforderlichkeit entsprechend – sorgfältig und «streng» geprüft werden muss⁴⁴⁵⁹), ist es allenfalls gerechtfertigt, im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen eine Handlung zu untersagen bzw. den Einzelnen in seinen Wahlfreiheiten zu beschneiden.⁴⁴⁶⁰ Ebenso ist es

⁴⁴⁵³ Siehe LAGODNY, 231; RIKLIN, Sexualstrafrecht, 56; SCHEIDEGGER, Rz. 234 und 236; s.a. RUSCH, 343 f. Welches Schutzalter angemessen ist, gibt durchaus zu Fragen Anlass, siehe RIKLIN, Sexualstrafrecht, 56 f. und – unter spezieller Berücksichtigung der Paternalismusproblematik – LENZ, 243 ff.

⁴⁴⁵⁴ Vgl. dazu SCHEIDEGGER, Rz. 235. Befürchtet wird zudem, dass ein Verzicht auf fixe Altersgrenzen «Schutzbehauptungen des Täters Tür und Tor öffnen» würde (RIKLIN, Sexualstrafrecht, 56); zur Problematik eines Mindestalters in anderen Konstellationen vgl. hinten, bei Fn. 4745 ff.

⁴⁴⁵⁵ Keine Strafbarkeit, wenn der Altersunterschied nicht mehr als drei Jahre beträgt; Möglichkeit, auf die Strafverfolgung, die Überweisung an das Gericht oder eine Bestrafung zu verzichten, wenn der Täter zur Zeit der Tat oder der ersten Tathandlung das 20. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat und «besondere Umstände» vorliegen oder die verletzte Person mit ihm die Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist – was als «besonderer Umstand» gelten darf oder muss, kann freilich zu Fragen Anlass geben, vgl. dazu BGer 6B_485/2016, E. 1, und die Kritik von ELOI JEANNERAT, Quelle (dé-)pénalisation des amours juvéniles par la justice? – Commentaire de l'arrêt du TF 6B_485/2016 du 18 août 2016, ex/ante 1/2017, 50 ff.

⁴⁴⁵⁶ Vgl. SCHEIDEGGER, Rz. 236.

⁴⁴⁵⁷ OHLY, 88 und 105 f.; BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3402 (Organspende) – problematisch vgl. hinten, bei Fn. 4463 ff.

⁴⁴⁵⁸ Vgl. ARNESON, Paternalism, 426 f.

⁴⁴⁵⁹ OHLY, 106; s.a. vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (3.) bei Fn. 4170 ff.

⁴⁴⁶⁰ Vgl. OHLY, 88 und 105 f.; KIENZERLE, 180 f.

denkbar, dass das Bestehen von Selbstbestimmungsdefiziten aus *Zeitgründen* gar nicht (näher) abgeklärt werden kann.

Zum Beispiel dürfte es mit Schwierigkeiten verbunden sein, bei den Bewohnern eines unmittelbar von einem Erdbeben oder einer Lawine bedrohten Gebiets rechtzeitig festzustellen, ob der Entscheid zum Verbleib im Gefahrengebiet freiverantwortlich bzw. im Wissen um sämtliche Konsequenzen gefällt worden ist.⁴⁴⁶¹

Angeht es mit einem Verzicht auf eine Abklärung einhergehenden, erheblichen Beschränkungen der Autonomie und der Gefahr, letztlich einen harten, von der Freiwilligkeit losgelösten Paternalismus durchzusetzen, kann dies jedoch nur dann in Frage kommen, wenn *ganz erhebliche*, in der Regel *irreversible Schäden* drohen und zumindest aufgrund der allgemeinen Erfahrung *ernsthafte und dringende* Anhaltspunkte darauf bestehen, dass das fragile Verhalten (oder Unterlassen) seinen Ursprung (typischerweise) in einem (m.E. schweren) Selbstbestimmungsdefizit hat.⁴⁴⁶²

Als sehr problematisch erachte ich die Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, wonach sich die Freiwilligkeit einer Organspende an *andere* als mit dem Organspender verwandte Personen oder solche, die ihm sonst wie besonders persönlich verbunden sind, *gar nicht zuverlässig feststellen liesse* und deshalb untersagt werden dürfe.⁴⁴⁶³ Dies scheint mir zwar insofern konsequent, als das Bundesverfassungsgericht (in m.E. allerdings nicht überzeugender Weise) davon auszugehen scheint, dass eine *nicht* altruistisch motivierte Organspende gar nicht (hinreichend) freiwillig erfolgen könne. So mag man vielleicht argumentieren, der Organspender würde bei der Spende an einen Fremden ein altruistisches Motiv bloss vorschieben, damit seine Entscheidung als freiwillig anerkannt werde. Allerdings ist nach der hier vertretenen Auffassung bei einem Schutz vor sich selbst weder das Handlungsmotiv auf seine «objektive Vernünftigkeit» zu überprüfen,⁴⁴⁶⁴ noch darf unterstellt oder vermutet werden, dass ein eigennütziges Motiv dem Spendeentscheid grundsätzlich die Freiwilligkeit nähme.⁴⁴⁶⁵ Und ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob tatsächlich kein geeignetes Verfahren besteht, um die Freiwilligkeit der Spendeentscheidung zu überprüfen.⁴⁴⁶⁶

⁴⁴⁶¹ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10, Rz. 26; davon klar zu unterscheiden ist die Konstellation, dass ein Grundeigentümer das Risiko eines Steinschlags oder eines Felssturzes kennt und trotzdem nicht an der Nutzung seiner Liegenschaft gehindert werden will (so der Sachverhalt in BGer 1C_567/2014): So lange keine Selbstbestimmungsdefizite bestehen (wobei hier mit Blick auf die Lebensgefahr durchaus hohe Anforderungen an die richtige Einschätzung des Risikos gestellt werden dürfen), rechtfertigt sich ein solches Verbot allein aus paternalistischen Gründen nicht; zu prüfen ist hingegen, ob Personen gefährdet sind, die sich des Risikos nicht (vollumfänglich) bewusst sind, z.B. wenn sie als Besucher die (gefährdete) Liegenschaft betreten (vgl. auch vorne, in Fn. 2350).

⁴⁴⁶² Zurückhaltend auch KIENZERLE, 175 und 178.

⁴⁴⁶³ BVerfG, Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3402.

⁴⁴⁶⁴ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3756 ff. und Teil 4 III. B. 5.

⁴⁴⁶⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 4052; s.a. hinten, Fn. 4705.

⁴⁴⁶⁶ Zu Recht kritisch OHLY, 105 f.

Zulässig (und grundrechtlich geboten) ist es – wie bereits ausgeführt –, eine Person (polizeilich) an der unmittelbar bevorstehenden Selbsttötung zu hindern, damit die Freiverantwortlichkeit des Sterbewunschs durch die dazu kompetenten Personen abgeklärt werden kann. Es drohen irreversible Folgen und gerade beim Suizidwunsch sind Zweifel berechtigt, ob er wirklich einem freien Willen entspricht.⁴⁴⁶⁷

d) Zusammenfassende Bemerkungen

Die Frage, ob ein weich paternalistischer Schutz dem davon Betroffenen *zumutbar* ist, wird regelmässig schwierige Fragen aufwerfen. Um die Zumutbarkeit zu bejahen, wird man *keine absolute Sicherheit* verlangen können, dass sich der weich paternalistische Schutz mit Blick auf das konkret vorliegende Selbstbestimmungsdefizit, die Schwere der potentiellen Schäden und die Schwere der mit dem paternalistischen Schutz verbundenen Nachteile als vorteilhaft erweist. Die Zweifel an der Begründetheit einer autonomieorientierten Intervention dürfen aber nicht dazu führen, dass die Einzelne vorschnell einem paternalistischen Schutz unterworfen wird. Nachzuweisen sind eine zumindest hohe Wahrscheinlichkeit, dass ein Selbstbestimmungsdefizit vorliegt, sich dieses nachteilig auswirkt und die mit der Intervention verbundenen Nachteile durch den dadurch verschafften Nutzen (deutlich) überwogen werden.

Ausnahmsweise ist es zulässig, das Bestehen eines Freiwilligkeitsdefizits näher *abzuklären*, m.E. aber nur, wenn ein *schweres Defizit ernsthaft* zu befürchten ist und *schwere Schäden* drohen. Auch ist es nicht gänzlich ausgeschlossen, einer Person einen weich paternalistischen Schutz selbst dann aufzudrängen, wenn die hohe Wahrscheinlichkeit eines *im konkreten Einzelfall* tatsächlich bestehenden Selbstbestimmungsdefizits *nicht* überzeugend dargetan ist. Entweder weil eine individuelle Abklärung mit *erheblichem Aufwand* verbunden bzw. nicht praktikabel ist oder diese aufgrund der Umstände *nicht zielführend* ist bzw. nicht erfolgreich durchgeführt werden kann (z.B. wegen einer zeitlichen Dringlichkeit). Solche Ausnahmen sind jedoch *restriktiv* zu handhaben, damit sich der beabsichtigte weich paternalistische Schutz nicht im Ergebnis wie ein harter Paternalismus auswirkt. Insbesondere müssen m.E. schwere Schäden ernsthaft drohen und (schwere) Selbstbestimmungsdefizite zumindest typischerweise zu befürchten sein.

⁴⁴⁶⁷ Vorne, bei Fn. 2935 ff.; s.a. hinten, bei Fn. 4492.

4. Diskussion

a) Beispiele

Die anlässlich der Zumutbarkeitsprüfung eines weich paternalistischen Schutzes vorzunehmenden, komplexen Abwägungen sind im Folgenden an einigen Beispielen zu erläutern.

i) Suizidverhinderung

Jemanden in seinem eigenen Interesse an einer Selbsttötung zu hindern erweist sich dann als zulässig und (grundrechtlich) geboten,⁴⁴⁶⁸ wenn die Person bezüglich ihres Sterbewunschs *urteilsunfähig* ist. Eine ausgesprochen schwierige Frage ist es, ob man – mit Blick auf das Verbot, dem Einzelnen zu schaden, wenn in seinem eigenen Interesse fürsorglich gehandelt werden soll⁴⁴⁶⁹ – für *Extremfälle* schweren Leidens gewisse Ausnahmen machen muss.⁴⁴⁷⁰

Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche *anderen* Selbstbestimmungsdefizite als so relevant erachtet werden können und müssen, dass eine paternalistische Intervention gerechtfertigt ist. Bei Sterbewünschen ist zu beachten, dass sie oft (aber nicht immer⁴⁴⁷¹) durch «Verzerrungen» geprägt sind, welche die Schwelle zur Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB noch nicht (zwingend) überschreiten. Sie können insbesondere durch *Stresssituationen* und starke *Impulse* ausgelöst werden.⁴⁴⁷²

⁴⁴⁶⁸ Vgl. vorne, bei Fn. 2919; s.a. bei Fn. 2935 ff. und 4467.

⁴⁴⁶⁹ Vorne, Teil 4 II. B.

⁴⁴⁷⁰ Geht es um einen *Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen*, kann der Sterbewunsch einer urteilsunfähigen Person jedenfalls bei der Beurteilung ihres «mutmasslichen» Willens zum Tragen kommen (vgl. vorne, bei Fn. 2158 f.).

⁴⁴⁷¹ Der Wunsch zu sterben kann durchaus das Ergebnis einer reiflichen Überlegung und Abwägung sein (Ber. Sterbehilfe, 24; FENNER, 249 ff., insb. 282 ff.; KIENZERLE, 190 f. m.w.H.); die Rede ist auch von einem «Bilanzsuizid» (Ber. Sterbehilfe, 24; FENNER, 253 f.; BGE 133 I 58, E. 6.3.5.1; vgl. aber hinten, Fn. 4472 a.E.); sehr kritisch ELEGANTI, 124 f., wonach «jedem Suizid im Grunde auch eine Fehleinschätzung zugrunde» liege und «jedem Suizid die Freiheit stark beeinträchtigende Faktoren anhaften, die dem Suizid den Charakter des Übels verleihen»). Keineswegs darf allein von einem Sterbewunsch auf das Vorliegen von Urteilsunfähigkeit geschlossen werden (implizit BGE 136 II 415, E. 2.3.3, wonach «fraglich» erscheine, «ob die Urteilsfähigkeit bezüglich des Sterben-Wollens das ausschlaggebende Kriterium für die Bejahung eines autonomen Sterbewunsches sein» könne; davon, dass eine Selbsttötung auch im Zustand der Urteilsfähigkeit begangen werden kann, geht auch Art. 48 UVV [*e contrario*] aus [vgl. auch BGE 129 V 95, E. 3]).

⁴⁴⁷² Ber. Sterbehilfe, 23 f.; die Rede ist auch vom «emotionalen Suizid» (Ber. Sterbehilfe, 23), einem «Affektsuizid» (FENNER, 257 und 282 ff.; BGE 133 I 58, E. 6.3.4.) oder einem «Kurzschlussuizid» (FENNER, 283); auf die – zuweilen schwierige oder gar unmögliche

Zudem sind die Sterbewünsche häufig instabil⁴⁴⁷³ und Suizidversuche werden oftmals nachträglich bereut,⁴⁴⁷⁴ was dem Einzelnen in der konkreten (Ausnahme-) Situation möglicherweise nicht hinreichend bewusst ist.⁴⁴⁷⁵ Selbst wenn eine Person seit vielen Jahren einen Sterbewunsch in sich trägt, ist zu fragen, ob dieser Wunsch nicht (auch) durch eine falsche Einschätzung der Erfolgsaussichten einer (psychiatrischen) Therapie und insofern durch die falsche Vorstellung, «unheilbar krank» zu sein, bedingt ist.⁴⁴⁷⁶ Solche Fehlvorstellungen über die Behandelbarkeit einer psychischen Störung fallen umso stärker ins Gewicht, je jünger die betroffene Person ist.⁴⁴⁷⁷ Der Suizidwunsch kann seinen Ursprung ferner in *Ängsten* und *Befürchtungen* haben (anderen zur Last zu fallen, allein gelassen zu werden usw.).⁴⁴⁷⁸ Hier ist allerdings ist zu beachten: Wenn sich jemand deshalb für den Tod entscheidet, um seinen Angehörigen nicht zur Last zu fallen, dann mag man dies als schwer nachvollziehbar erachten. Doch ist das *für sich genommen* noch kein Grund, die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung zu verneinen – allerdings stellt sich die Frage, ob der Suizidwillige die Auswirkungen seiner Situation auf Dritte falsch einschätzt, er allenfalls von aussen bzw. durch die Gesellschaft unter Druck gesetzt wird⁴⁴⁷⁹ oder bei ihm eine psychische Erkrankung vorliegt, welche die Entscheidungsfindung verzerrt. Auch wer sich deshalb zum Sterben entscheidet, weil er das mit dem Alter einhergehende Leiden und den Verlust körperlicher und geistiger Fähigkeiten vermeiden will, weiss, was er will, und handelt bezogen auf den Sterbeentscheid nicht einfach unfreiwillig.⁴⁴⁸⁰

Aufgrund der *erheblichen und irreversiblen Schädigung* können grundsätzlich auch solche Beeinträchtigungen der freien Willensbildung als Ansatzpunkt für eine paternalistische Intervention in Frage kommen, die nicht auf eine eigentliche Urteils-

(vgl. FENNER, 282 ff.) – Unterscheidung zwischen Affekt- und Bilanzsuizid wird heute häufig verzichtet (vgl. SOLAND, 16 f. und 82 f.).

⁴⁴⁷³ BOSSHARD/KIESEWETTER/RIPPE/SCHWARZENEGGER, 60; Ber. Sterbehilfe, 38 f.; BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 911, Rz. 244.

⁴⁴⁷⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 4430.

⁴⁴⁷⁵ Vgl. vorne, Teil 4 III. B. 3.

⁴⁴⁷⁶ Vgl. auch Ziff. 3.9 der SAMW-Richtlinien, Urteilsfähigkeit in der medizinischen Praxis (2019; abrufbar unter: www.samw.ch): realistische Einschätzung der Prognose und der Erfolgchancen der angebotenen therapeutischen Optionen.

⁴⁴⁷⁷ Vgl. Appellationsgericht BS, Urteil vom 1. Oktober 2008, AGE AS-2008/320, E. 2.4.1 und 2.4.3.

⁴⁴⁷⁸ Vgl. BGE 136 II 415, E. 2.3.4; Ber. Sterbehilfe, 24, 38 und 40; KIENER, 281 f. und 283 f.

⁴⁴⁷⁹ Vgl. zur Problematik «sozialer Pressionen» BVerfG, Urteil vom 26. Februar 2020, 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905 ff., 910 f., Rz. 235 ff., insb. 258 f.

⁴⁴⁸⁰ Vgl. TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2009/2010, 968.

unfähigkeit hinauslaufen.⁴⁴⁸¹ Dies umfasst insbesondere *übereilte* Entscheidungen bzw. Kurzschlusshandlungen.⁴⁴⁸² Hier aktualisiert sich m.E. auch eine eigentliche Schutzpflicht.⁴⁴⁸³ Schwierig ist jedoch die Frage, *welche Massnahmen* unter *welchen Umständen* als verhältnismässig erachtet werden können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Umgang mit dem eigenen Körper und dem eigenen Tod einen wesentlichen Aspekt der Persönlichkeit betrifft, es sich um einen höchstpersönlichen Bereich handelt, der Sterbeentscheid (trotz des Vorliegens von Defiziten) durchaus Ausdruck individueller Wertungen, Überzeugungen und Abwägungen ist und die Einzelne möglicherweise ein starkes, unerträgliches Leiden beenden will.⁴⁴⁸⁴ Werden Massnahmen zur Erschwerung der Selbsttötung getroffen (z.B. eine Beschränkung des Zugangs zu Betäubungsmitteln oder eine Erschwerung der Sterbehilfe) kann sich der Suizidwillige zudem zur Anwendung von qualvollen und schmerzhaften oder wenig Erfolg versprechenden und schwere körperliche Schäden verursachenden Methoden veranlasst sehen.⁴⁴⁸⁵

Angesichts der irreversiblen Schädigung ist es aber etwa zulässig, die – nicht mit Urteilsfähigkeit gleichzusetzende bzw. darüber hinausgehende⁴⁴⁸⁶ – *Wohlerwogenheit* einschliesslich der *Beständigkeit und Dauerhaftigkeit* des Sterbewunschs⁴⁴⁸⁷ zur Voraussetzung für die Abgabe von für die Selbsttötung geeigneten *Betäubungsmitteln* zu machen; mit Blick auf die grundsätzlich legitimen Zweifel an der Freiverantwortlichkeit eines Suizids ist es diesbezüglich auch angezeigt, eine vorgängige ärztliche Abklärung und ein ärztliches Rezept zu verlangen.⁴⁴⁸⁸ Solche Massnahmen

⁴⁴⁸¹ BGE 136 II 415, E. 2.3.4 (vorne, Fn. 2898 und 4471); BELSER/EGLI, 400 ff.

⁴⁴⁸² Siehe die vorne, in Fn. 4258, zitierte Rechtsprechung; ferner BELSER/EGLI, 401 und 404; s.a. BVerfG, Beschluss vom 21. Dezember 2011, 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff., 1063, wonach «es grundsätzlich ein legitimes Gemeinwohlanliegen» sei, «Menschen davor zu bewahren, sich selbst leichtfertig einen *grösseren persönlichen Schaden* zuzufügen» (Herv. d. Verf.).

⁴⁴⁸³ Siehe vorne, bei Fn. 2920.

⁴⁴⁸⁴ Zur Relevanz solcher Gesichtspunkte bei der Abwägung vorne, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (2.) bei Fn. 4313 ff.

⁴⁴⁸⁵ Vgl. ARZT, 93 f.; VENETZ, Urteilsfähigkeit, 78; BELSER/EGLI, 391 und 419; EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas* gegen *Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 56.

⁴⁴⁸⁶ GMÜR, 35 f.

⁴⁴⁸⁷ Als «wohlerwogen» kann der Sterbewunsch dann gelten, wenn die sterbewillige Person «ihre Diagnose und Lebenssituation angemessen versteht und beurteilt», «ihre wichtigsten zukünftigen Möglichkeiten kennt und zu einem angemessenen Urteil über deren Eintrittswahrscheinlichkeit gelangt ist», «diese Möglichkeiten vor dem Hintergrund ihrer persönlichen Erfahrungen und Wertüberzeugungen geprüft hat» und «die Kontinuität des Sterbewunschs» gegeben ist (siehe PETERMANN, Entwurf, 1123).

⁴⁴⁸⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 20. Januar 2011 i.S. *Haas* gegen *Schweiz*, Nr. 31322/07, Ziff. 56–58 und 61; BGE 133 I 58, E. 6.3.2–6.3.4, 6.3.5.1 und 6.3.6; BGER 2C_9/2010, E. 3.2; BGER

sind zwar in ihrer Intensität nicht einfach vernachlässigbar, doch dürfte ein angemessenes Verhältnis zwischen individuellem Nutzen und der Beschränkung individueller Freiheiten überzeugend begründbar sein.⁴⁴⁸⁹ Zur Sicherstellung der Wohlerwogenheit und der Kontinuität des Sterbewunschs wäre auch eine – z.B. der Abgabe von für den Suizid geeigneten Betäubungsmitteln vorgeschalteten – *Bedenkfrist* zulässig.⁴⁴⁹⁰ Im Rahmen einer Beratung des Suizidwilligen ist es ferner angezeigt, ihn über *Alternativen* zum Suizid oder – wenn er körperlich leidet – über palliativmedizinische Angebote aufzuklären.⁴⁴⁹¹ Die Gefahr eines *übereilten* Entscheids rechtfertigt m.E. auch ein polizeiliches Einschreiten, um den Einzelnen von der konkret bevorstehenden Suizidhandlung abzuhalten.⁴⁴⁹² Darf aber eine *urteilsfähige* Person mit Zwang daran gehindert werden, einen nicht wohlerwogenen Suizidwunsch in die Tat umzusetzen, indem ihr *die Freiheit* entzogen und sie unter Beobachtung gestellt wird? Ein Freiheitsentzug aus fürsorgerischen Gründen stellt zweifellos eine äusserst eingriffsintensive Massnahme dar, erst recht, wenn der Einzelne bezogen auf seinen Sterbewunsch urteilsfähig ist. Ob hier der überzeugende Nachweis gelingt, dass (aus einer subjektiven Sicht) die Freiheitskosten durch den mit dem Eingriff verbundenen Nutzen (deutlich) überwogen werden,⁴⁴⁹³ halte ich zwar nicht für geradezu ausgeschlossen, jedoch für *erheblich zweifelhaft*. Jedenfalls müsste ein Freiheitsentzug zeitlich eng begrenzt sein (im Sinne einer die Bewegungsfreiheit einschränkenden «Bedenkfrist»). Nach der m.E. zustimmungswürdigen Konzeption des Erwachsenenschutzrechts kann auch die Suizidgefahr eine *fürsorgerische Unterbringung* rechtfertigen, allerdings nur soweit ein *Schwächezustand* im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB vorliegt.⁴⁴⁹⁴ In Frage kommt hier insbesondere eine *psychische Störung*. Gehört der Suizidwunsch zu einem psychiatrischen Krankheitsbild, handelt es sich grundsätzlich nicht um einen frei gebildeten Sterbe-

2C_410/2014, E. 6.5; BGE 136 II 415, E. 2.3.4 f.; BELSER/EGLI, 391; SCHWARZENEGGER, 19; s.a. vorne, bei Fn. 1432, sowie hinten, bei Fn. 4785; zur Zulässigkeit einer aufgedrängten Beratung vgl. auch EIDENMÜLLER, Effizienz, 385 (Zwangsberatung); DWORKIN, Monist, 81 f. (Gespräch mit dem Suizidwilligen); s.a. vorne, Teil 4 III. C. 3. c) i), insb. Ziff. (3.) bei Fn. 4427 ff.

⁴⁴⁸⁹ Vgl. BGE 133 I 58, E. 6.3.2, wonach der mit einer Rezeptpflicht für Natrium-Pentobarbital «allenfalls verbundene Eingriff in das nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 10 Abs. 2 BV geschützte Selbstbestimmungsrecht [...] im Hinblick auf die mit der Abgabe von Natrium-Pentobarbital zum Zweck der Selbsttötung verbundenen Konsequenzen nicht wesentlich ins Gewicht» falle: kritisch zum Erfordernis der Dauerhaftigkeit und Wohlerwogenheit des Sterbewunschs hingegen SOLAND, 101 f.

⁴⁴⁹⁰ Vgl. PETERMANN, Entwurf, 1123.

⁴⁴⁹¹ BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16, Rz. 124; SCHWEIZER, Sterbehilfe, 52.

⁴⁴⁹² So auch BELSER/EGLI, 400 f.

⁴⁴⁹³ Dazu vorne, Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (3.) bei Fn. 4402 ff.

⁴⁴⁹⁴ BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426, Rz. 11.

wunsch.⁴⁴⁹⁵ Keinesfalls kommt eine Unterbringung aber in Frage bei einem «Bilanzsuizid»⁴⁴⁹⁶ oder einem Sterbeentscheid, der aus Lebensmüdigkeit am Lebensende gefasst wird.⁴⁴⁹⁷

ii) Bemerkungen zur Tötung auf Verlangen

Aus einer verfassungsrechtlichen Sicht gibt die Strafbarkeit der *Tötung auf Verlangen* (Art. 114 StGB) zu Fragen Anlass. Bei Art. 114 handelt es sich um «eine privilegierte Form eines Tötungsdelikts».⁴⁴⁹⁸ Die Privilegierung setzt (u.a.) voraus, dass der Sterbewillige urteilsfähig war und sein Tötungsverlangen seinem «wahren und unbeeinflussten Willen» entsprochen hat.⁴⁴⁹⁹ Hat der Täter in der irrigen Annahme gehandelt, die Voraussetzungen für eine Tötung auf Verlangen seien gegeben, kann er wegen Art. 13 Abs. 1 StGB nur nach Art. 114 StGB bestraft werden.⁴⁵⁰⁰ Bei der Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen scheint ein gewisser (indirekter⁴⁵⁰¹) harter Paternalismus vorzuliegen. Zum einen besteht aber die Problematik des «Tötungstabus», womit es um *Dritt- und Allgemeininteressen* geht.⁴⁵⁰² Zum anderen steht die Frage im Raum, ob eine solche Strafbestimmung nicht auch (weich paternalistisch) zum *Schutz der Selbstbestimmung* angezeigt ist:

Es ist keineswegs sichergestellt, dass der Täter über den Willen und die Möglichkeiten verfügt, die Freiverantwortlichkeit (einschliesslich der *Wohlerwogenheit*) des Sterbewunschs umfassend abzuklären; erklärte man die Tötung auf Verlangen für

⁴⁴⁹⁵ BGer 2C_410/2014, E. 6.5 und 7.3 (wobei zu Recht darauf hingewiesen wird, dass eine psychische Krankheit die Urteilsfähigkeit bezogen auf einen Suizid nicht per se ausschliesst); ferner BELSER/EGLI, 408 f.

⁴⁴⁹⁶ Zum Begriff siehe vorne, Fn. 4471.

⁴⁴⁹⁷ FamKomm-Erwachsenenschutzrecht-GUILLOD, Art. 426, Rz. 49; GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.80 (bezogen auf einen Bilanzsuizid).

⁴⁴⁹⁸ BSK StGB I-SCHWARZENEGGER, Art. 114, Rz. 2; CR StGB II-HURTADO POZO/ILLÀNEZ, Art. 114, Rz. 7.

⁴⁴⁹⁹ BSK StGB I-SCHWARZENEGGER, Art. 114, Rz. 8 f.

⁴⁵⁰⁰ GÜNTER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht – Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022, § 1, Rz. 45; DONATSCH, Strafrecht III, 20 f.

⁴⁵⁰¹ KIENZERLE, 335 f., 434 und 499; vorne, bei Fn. 457.

⁴⁵⁰² Zur über rein individuelle Interessen hinausstrahlenden Problematik der Tötung eines anderen Menschen siehe vorne, bei Fn. 1449 ff. und 3210 f.; ferner – im spezifischen Kontext der Tötung auf Verlangen – VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 198 ff.; TAG, Körperverletzungstatbestand, 291 f.; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 20; BSK StGB I-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 14, Rz. 58, wonach die Bestimmung von Art. 114 StGB «nicht auf den Schutz eines Individualinteresses ausgerichtet» sei, sondern neben «Beweisproblemen» (vgl. hinten, Fn. 4505) «allgemeine kulturelle Verhaltenserwartungen» berücksichtigte.

straffrei, würde sich dann nicht die Gefahr verschärfen, dass eine Person getötet wird, obwohl ihr Sterbewunsch defizitär bzw. nicht wohlherwogenen – z.B. übereilt – war?⁴⁵⁰³ Vielleicht könnte die *Straffreiheit* davon abhängig gemacht werden, dass der Sterbewunsch (der urteilsfähigen Person) *tatsächlich wohlherwogen*, insbesondere nicht übereilt war (womit die um die Tötung ersuchte Person gute Gründe hätte, die Wohlherwogenheit zu prüfen); zusätzlich wäre für die *Straffreiheit* zu verlangen, dass zwischen der Äusserung des Tötungsverlangens und der Tötung eine gewisse Zeit verstrichen ist («Bedenkfrist»)⁴⁵⁰⁴. Aber wäre eine solche Lösung praktikabel? Und es bliebe wohl ein Risiko bestehen, dass eine Person getötet wird, deren Sterbewunsch letztlich eben doch *nicht* wohlherwogen war.⁴⁵⁰⁵ Bezogen auf diesen letztgenannten Aspekt stellt sich die Frage, ob es der über einen wohlherwogenen Sterbewunsch verfügenden Sterbewilligen zumutbar ist, dass sie mit Blick auf die Risiken für – in ihrer Selbstbestimmung *ingeschränkte* – *andere* Sterbewillige *nicht* in die Tötung durch einen Dritten einwilligen kann (also die Tötung selbst durchführen muss, allenfalls unter Inanspruchnahme von Suizidhilfe). Man stösst hier in den hinten zu diskutierenden Problembereich individuell *unterschiedlicher Schutzbedürfnisse* und *Rechtfertigungsmöglichkeiten* vor.⁴⁵⁰⁶

Diese komplexe – auch gesamtgesellschaftliche Interessen beschlagende – Problematik kann hier nicht weiter vertieft werden. Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen scheint mir aber zumindest dann *problematisch*, wenn die Einzelne *schwerem Leiden* ausgesetzt ist, ihren Sterbewunsch *nicht* oder nur unter erheblichen Schmerzen *selbständig* in die Tat umsetzen kann,⁴⁵⁰⁷ sie ausreichend Zeit hatte, ih-

⁴⁵⁰³ Vgl. RIGOPOULOU, 294 ff., insb. 295 und 297 f.; VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 199 ff.; kritisch zu einer solchen Rechtfertigung, um die Tötung auf Verlangen als strafbar zu erklären: KIENZERLE, 368 ff.

⁴⁵⁰⁴ Vgl. den Vorschlag von VON HIRSCH/NEUMANN, 75 ff., 77 ff. und 97 f.

⁴⁵⁰⁵ In der Lehre werden zudem «pragmatische Gründe» genannt, siehe BSK StGBI-NIGGLI/GÖHLICH, Vor Art. 114, Rz. 27 («Wäre eine rechtlich gültige Einwilligung in die eigene Tötung möglich, so müsste wohl bei jeder Tötung nachgewiesen werden, dass sie nicht freiwillig erfolgt ist, wenn der Täter nur halbwegs glaubhaft das Gegenteil vorbringt. Das liesse sich wohl kaum bewerkstelligen [negativa non sunt probanda]») und 58 («Beweisprobleme»); s.a. MONA, Einwilligung, 266.

⁴⁵⁰⁶ Hinten, Teil 5 I. B; vgl. auch MONA, Einwilligung, 266 f.

⁴⁵⁰⁷ Vgl. VON HIRSCH/NEUMANN, 88 ff.; ferner VON DER PFORDTEN, Paternalismus, 200 f., der ein Verbot direkter aktiver Sterbehilfe aber dennoch als durch überwiegende Dritt- und Allgemeininteressen gerechtfertigt erachtet («Tötungstabu»; Schutz Dritter vor Missbräuchen und Druckversuchen); vgl. auch vorne, bei Fn. 1466 ff.; gemäss BSK StGBI-SCHWARZENEGGER, Art. 115, Rz. 11, liegt allerdings keine Tötung auf Verlangen (Art. 114 StGB), sondern allenfalls («selbststüchtige Beweggründe») eine nach Art. 115 StGB strafbare «Beihilfe zum Selbstmord» vor, wenn «ein Sterbebegleiter einem Tetraplegiker ein Glas mit dem letalen Natriumpentobarbital zum Mund führt oder ein Röhrchen an den

ren Sterbewunsch zu überdenken, und die Wohlerwogenheit ihres Sterbewunschs durch eine hierfür *kompetente Person* abgeklärt wurde. Nicht ausgeschlossen ist immerhin, dass für eine Tötung auf Verlangen Rechtfertigungsgründe bestehen.⁴⁵⁰⁸

iii) Zwangsbehandlungen

(a) *Im Allgemeinen*

Als ein besonders problembehafteter Bereich erweisen sich medizinische *Zwangsbehandlungen*. Solche gehen regelmässig mit *schweren und intensiven Eingriffen* in die körperliche Unversehrtheit und in die durch die persönliche Freiheit geschützte individuelle Selbstbestimmung einher.⁴⁵⁰⁹ Die zahlreichen mit medizinischen Zwangsmassnahmen verbundenen nachteiligen (teils gesundheitsschädigenden) Effekte müssen umfassend in Rechnung gestellt werden.

Zwangsmassnahmen können ein Gefühl der Entwürdigung und des «Ausgeliefertseins» bewirken⁴⁵¹⁰ und mit körperlichen Schmerzen verbunden sein. Zu fragen ist immer auch, ob die Betroffene aufgrund ihrer körperlichen Konstitution und von Vorerkrankungen durch eine Behandlung besonders gefährdet wird,⁴⁵¹¹ welche (kurz-, mittel- und langfristigen) Nebenwirkungen eine medikamentöse Behandlung haben kann und ob allenfalls gar irreversible Schäden zu befürchten sind.⁴⁵¹² Bei einer Zwangsmedikation anlässlich einer fürsorglichen Unterbringung kann ferner ins Gewicht fallen, dass der Betroffene seine frei gewählte Thera-

Mund setzt», aber «der Tetraplegiker [...] selber das tödliche Mittel saugen und schlucken bzw. ohne Folgen ausspucken kann»; s.a. HÜRLIMANN, 173.

⁴⁵⁰⁸ BSK StGB I-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111, Rz. 21; BSK StGB I-SCHWARZENEGGER, Art. 114, Rz. 14 und 67; vgl. dazu auch HÜRLIMANN, 71 ff.

⁴⁵⁰⁹ Vgl. bezogen auf medikamentöse Zwangsbehandlungen: KLEY/ZAUGG, 195 und 198 f.; JOSET, Bem. zu BGE 127 I 6, 1214 f. und 1219; BGer 6B_371/2019, E. 3 («atteinte importante à l'intégrité physique et mentale»); bezogen auf zahnmedizinische Zwangsbehandlungen: BGE 118 Ia 427, E. 7b; bezogen auf Zwangsernährungen etwa von hungerstreikenden Gefangenen: KLEY/ZAUGG, 198 f.; MÜLLER, Hungerstreik, 19; BRÄGGER, Sterbewillen, 22; TAG, Hungerstreik, 46; BOMMER, 363; zu den verschiedenen Arten und Formen einer künstlichen Ernährung siehe KIND, 85; zu den keineswegs zu vernachlässigenden medizinischen Risiken einer Zwangsernährung vgl. ebenfalls KIND, 85 f.; ferner TAG, Hungerstreik, 46; zu präzisieren ist, dass nach der Rechtsprechung nicht *jede* dem Einzelnen aufgedrängte medizinische Massnahme zwingend einen schweren Grundrechtseingriff bewirkt, vgl. bezogen auf eine psychiatrische Begutachtung BGE 124 I 43, E. 5a; bezogen auf einen (allerdings nicht medizinisch indizierten) Wangenschleimhautabstrich s.a. BGE 147 I 372, E. 2.2 f.

⁴⁵¹⁰ BGE 127 I 6, E. 5g und 9d; vgl. bereits vorne, bei Fn. 4308 f.

⁴⁵¹¹ Vgl. BGE 118 Ia 427, E. 7d (Berücksichtigung einer besonderen Infektionsanfälligkeit bei der Beurteilung, ob eine zahnmedizinische Behandlung zulässig ist).

⁴⁵¹² BGE 130 I 16, E. 5.1 und 5.3; BGer 5A_666/2013, E. 3.3; s.a. BGE 127 I 6, E. 9d; BGer 5A_393/2017, E. 4.2.2; BGer 5A_1021/2021, E. 5.3.3.

piemethode mit dem von ihm gewählten Arzt nicht weiterführen kann.⁴⁵¹³ Gerade bei länger dauernden Massnahmen ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob deren Nachteile den heilenden Zweck nicht in den Hintergrund drängen.⁴⁵¹⁴

Eine (paternalistisch motivierte) medizinische Zwangsbehandlung kommt angesichts ihrer Auswirkungen nur dann in Frage, wenn es um die Abwendung *erheblicher* und – zumindest grundsätzlich – *unmittelbar drohender, sehr wahrscheinlicher* Schäden geht.⁴⁵¹⁵ Selbstverständlich sind vorgängig mildere Mittel auszuschöpfen, wie etwa eine Aufklärung über die Risiken, die mit einem Behandlungsverzicht einhergehen können.⁴⁵¹⁶ Einen hungerstreikenden Strafgefangenen etwa wird man über die (gesundheitlichen) Folgen des Hungerstreiks auch aufklären *dürfen*.⁴⁵¹⁷ Weiter ist erforderlich, dass der Einzelne *erheblich in seiner freien Willensbildung gestört* ist, damit es sich rechtfertigen lässt, ihn mit einer (derart eingriffsintensiven) Fremdbestimmung seines Wohls zu konfrontieren. Der Selbstbestimmung über den eigenen Körper und die eigene Gesundheit kommt ein grosses Gewicht zu und je höhere Anforderungen an die Freiverantwortlichkeit gestellt werden, desto grösser ist die Gefahr einer eigentlichen *Kerngehaltsverletzung* durch die Zwangsmassnahme.⁴⁵¹⁸ Medizinische Zwangsbehandlungen können deshalb *grundsätzlich* nur dann in Frage kommen, wenn der Betroffene bezogen auf die Folgen eines selbstschädigenden Verhaltens bzw. die mit einem Behandlungsverzicht verbundenen Konsequenzen *urteilsunfähig* ist. Je schwerer allerdings der drohende Schaden ist, desto eher wird es gerechtfertigt sein, höhere Anforderungen an die Freiverantwortlichkeit zu stellen (bzw. auch bei Defiziten unterhalb der Schwelle der Urteilsunfähigkeit einzuschreiten).⁴⁵¹⁹ Insbesondere erscheint es mir *verfassungsrechtlich*

⁴⁵¹³ Vgl. BGE 127 I 6, E. 9d.

⁴⁵¹⁴ Vgl. – bezogen auf eine länger dauernde Behandlung mit «Neuroleptika» JOSET, Zwangsmedikation, 1432 ff.; BGER 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 8e, 517.

⁴⁵¹⁵ Vorne, bei Fn. 4354.

⁴⁵¹⁶ Vgl. bezogen auf die Zwangsernährung eines Hungerstreikenden MÜLLER, Hungerstreik, 19.

⁴⁵¹⁷ Vgl. SAMW-Richtlinien Inhaftierte, Ziff. 9 (Pflicht zur Aufklärung); Recommendation No. R (98) 7 concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison, adopted by the Committee of Ministers on 8 April 1998 at the 627th meeting of the Ministers' Deputies, Ziff. 62; PAYLLIER, Hungerstreik, 328.

⁴⁵¹⁸ Vorne, bei Fn. 2196 ff., insb. 2211, sowie vorne, bei Fn. 2228, 4014 und 4318.

⁴⁵¹⁹ Das Bundesgericht hat eine zahnmedizinische Zwangsbehandlung auch für solche Fälle als zulässig bezeichnet, in denen der Betroffene «*reduziert urteilsfähig*» ist (BGE 118 Ia 427, E. 7c.). Art. 7 Biomedizinkonvention verlangt für eine zwangsweise Behandlung bei psychischen Störungen *nicht eigentliche Urteilsunfähigkeit*, sondern erachtet – sofern ein ernster gesundheitlicher Schaden droht – eine schwere psychische Störung für ausreichend. Eine Zwangsbehandlung ist damit auch gegenüber «*einwilligungsfähigen*» Personen möglich (Botsch. Biomedizinkonvention, 299; CHR B Explanatory Report, Rz. 50). Damit wer-

nicht zwingend, insbesondere auch nicht durch die Kerngehalte oder die Menschenwürde geboten, eine zwangsweise medizinische Intervention zur *Abwendung des Todes* nur in Fällen einer eigentlichen *Urteilsunfähigkeit* als zulässig zu erachten. Dies ist nachfolgend am Beispiel der Zwangsernährung zu illustrieren.

(b) *Vertiefung: Zwangsernährung des hungerstreikenden Strafgefangenen*

Als besonders umstrittener Bereich gilt die Zwangsernährung von Strafgefangenen. Aus dem Umstand einer Inhaftierung darf zwar keineswegs geschlossen werden, der Betroffene sei zu einer freien Willensbildung nicht (mehr) in der Lage,⁴⁵²⁰ auch nicht was den eigenen Tod anbelangt.⁴⁵²¹ Eine Haftsituation kann aufgrund der belastenden Umstände aber zweifellos negative Auswirkungen auf die Entscheidungsfreiheit des Gefangenen haben, insbesondere was das eigene (Weiter-)Leben anbelangt.⁴⁵²² So ist (1.) zuweilen fraglich, ob der Betroffene den Tod nicht deshalb wünscht oder in Kauf nimmt, weil er aufgrund der Haftsituation oder allgemein dem Freiheitsverlust *verzweifelt* ist⁴⁵²³ oder einem Druck von Dritten bzw. einem *Gruppendruck* untersteht⁴⁵²⁴. Zudem wirft es (2.) Fragen auf, inwiefern eine Zwangsernährung gerechtfertigt ist, wenn der Betroffene mit seinem Hungerstreik einem *Protest* (z.B. gegen die Haftbedingungen) Ausdruck verleihen oder seine Entlassung bewirken will.

(1.) Auf einer grundsätzlichen Ebene lässt sich – im Einklang mit dem vorher Ausgeführten – nicht sagen, dass die Zulässigkeit einer Zwangsernährung *per se* an der Urteilsfähigkeit des Betroffenen scheitern würde.⁴⁵²⁵ Eine Zwangsernährung scheint mir deshalb nicht prinzipiell unzumutbar, wenn sich der Betrof-

den weitergehende Eingriffe ermöglicht, als dies gestützt auf Art. 434 ZGB bei der Zwangsbehandlung psychischer Störungen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung zulässig ist – hier wird verlangt, dass der Betroffene bezüglich seiner Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist (siehe Botsch. Biomedizinkonvention, 300; Botsch. Erwachsenenschutz, 7069), dass er also nicht fähig ist, «die Notwendigkeit einer Behandlung einzusehen» (GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 347); vgl. auch vorne, bei Fn. 2612.

⁴⁵²⁰ Vgl. TAG, Hungerstreik, 43 f., die zu Recht darauf hinweist, dass auch das HFG in Art. 28 f. davon ausgeht, dass Gefangene bezogen auf die Teilnahme an Forschungsprojekten urteilsfähig sein können (vgl. dazu Botsch. HFG, 8118); BOMMER, 363; WALDENMEYER, Zwangsernährung, 213 f.; MONA, Unfreiheit, 28 f.

⁴⁵²¹ URWYLER/NOLL, Rz. 21 und 25.

⁴⁵²² Vgl. KLEY/ZAUGG, 200; URWYLER/NOLL, Rz. 18; EGMR, Urteil vom 16. November 2000 i.S. *Tanribilir gegen Türkei*, Nr. 21422/93, Ziff. 74.

⁴⁵²³ TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung 2010/2011, 771.

⁴⁵²⁴ Vgl. TAG, Hungerstreik, 35; WMA Declaration of Malta, Ziff. 2, 4, 16, 18 und 20 f.; BAUMGARTEN, 126 (Gruppenzwang).

⁴⁵²⁵ Vgl. VAN SPYK, 102 ff.; BRUNO GRAVIER et al., Ein Hungerstreik ist eine Protesthandlung, SÄZ 2010, 1521 ff., insb. 1524 f. (Unzulässigkeit der Zwangsernährung eines hun-

fene unter (äusserem) Druck, namentlich einem Gruppendruck dazu entschlossen hat, das Sterberisiko auf sich zu nehmen.⁴⁵²⁶ Auch eine erhebliche (nicht durch eine Verbesserung der Haftbedingungen beseitigbare⁴⁵²⁷) Verzweiflung kann allenfalls ausreichen,⁴⁵²⁸ selbst wenn diese noch nicht den Grad eines psychischen Krankheitsbildes erreicht hat. Die Grenzen der Zumutbarkeit sind indessen *äusserst schwierig* zu bestimmen. Man wird nicht *jedem* unter Druck gefassten Entscheid, nicht jedem Entscheid, der einer Verzweiflung entspringt, die Freiwilligkeit absprechen können,⁴⁵²⁹ jedenfalls nicht dahingehend, dass das Aufdrängen einer (eingriffsintensiven) Zwangs-ernährung zumutbar würde. Ansonsten besteht auch die Gefahr, dass der Kerngehaltsschutz leerläuft:

- Wer sich wegen dem mit einem langandauernden Gefängnisaufenthalt verbundenen Leidensdruck für das Sterben entschliesst, handelt nicht zwingend «defizitär»; es kann sich hierbei durchaus um einen wohlwogenen Entscheid handeln;⁴⁵³⁰ anders zu beurteilen ist aber beispielsweise ein Sterbewunsch, der aus einer akuten Verzweiflung aufgrund eines «Haftchocks» resultiert.⁴⁵³¹
- Ein Freiwilligkeitsdefizit darf auch nicht bereits deshalb angenommen werden, weil sich der Einzelne dem Willen einer *Gruppe* anschliesst; der Wille des Einzelnen kann sich durchaus mit demjenigen der Gruppe decken bzw. er kann die Zielsetzung der Gruppe zu seiner eigenen machen und diese freiverantwortlich verfolgen.⁴⁵³²

Im Zweifel ist auf die Zwangs-ernährung zu verzichten; die Anforderungen an den Nachweis der Zumutbarkeit sind – wie ausgeführt – hoch anzusetzen.⁴⁵³³ Wenn der hungerstreikende Strafgefangene nach einer Zwangs-ernährung an

gerstreikenden Strafgefangenen, der urteilsfähig ist *und* seine Entscheidung frei getroffen hat).

⁴⁵²⁶ WMA Declaration of Malta, Ziff. 4, 18 und 21; BAUMGARTEN, 125 f.

⁴⁵²⁷ Zu denken ist an eine bessere medizinische Betreuung oder allenfalls eine Verlegung in eine andere Haftanstalt, siehe BRÄGGER, Sterben, 12.

⁴⁵²⁸ Vgl. bezogen auf einen Hungerstreik aus *Verzweiflung* TSCHENTSCHER, BGER-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 772.

⁴⁵²⁹ S.a. vorne, Teil 4 III. B. 6.

⁴⁵³⁰ So bezogen auf eine «Haftmüdigkeit» wegen «eines langen (u.U. unabsehbaren) Freiheitsentzugs» auch URWYLER/NOLL, Rz. 18.

⁴⁵³¹ URWYLER/NOLL, Rz. 22.

⁴⁵³² PAYLLIER, Hungerstreik, 331 f.

⁴⁵³³ Dazu vorne, Teil 4 III. C. 3. b), vgl. insb. bei Fn. 4410 ff.

seinem Willen festhält, erweist sich eine erneute Zwangsernährung m.E. jedenfalls nicht als zumutbar.⁴⁵³⁴

Zu pauschal scheint mir die Forderung, einen geschwächten oder urteilsunfähig gewordenen hungerstreikenden Gefangenen – der sich in einer Patientenverfügung aus freiem Willen *gegen* eine Zwangsernährung ausgesprochen hat – einmalig zwangszuernähren, um ihm die Möglichkeit zu erhalten, seine Situation noch einmal zu bedenken.⁴⁵³⁵ Zwar mag der nach Beginn des Hungerstreiks zunehmend schwächer werdende Strafgefangene vielleicht nicht mehr über die nötige Einsichtsfähigkeit oder Kraft verfügen, seinen (ursprünglichen) Entscheid zu revidieren. Zu beachten ist aber, dass der Einzelne gerade für diesen Fall eines Nachlassens seiner geistigen Fähigkeiten eine Regelung treffen *will*.⁴⁵³⁶ Zumindest dann, wenn sich der Einzelne im Zustand der Urteilsfähigkeit, ohne besonderen (äusseren oder inneren, erhebliche Zweifel an der Freiverantwortlichkeit nahelegenden) Druck und im Bewusstsein, dass der Nahrungsverzicht eine Schwächung seiner Geisteskraft bewirkt (wovon bei einem Urteilsfähigen auszugehen ist), *gegen* eine Zwangsernährung entscheidet, ist dies vom Staat zu respektieren; entsprechenden Verfügungen darf die Gültigkeit nicht abgesprochen werden.⁴⁵³⁷ Die gegenteilige Auffassung lässt m.E. das Selbstbestimmungsrecht leerlaufen und führt nach der hier vertretenen Auffassung (trotz des lebensrettenden Zwecks) gar zu einer Verletzung des *Kerngehalts* der persönlichen Freiheit.⁴⁵³⁸ Eine Zwangsernährung entgegen einem früher geäusserten (freiverantwortlichen) Willen ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn sich die Umstände, die zur Ablehnung der Zwangsernährung geführt haben, grundlegend geändert haben, seit der Einzelne urteilsunfähig geworden ist.⁴⁵³⁹

Dem Strafgefangenen obliegt aber eine gewisse *Eigenverantwortung*: Wenn er eine Zwangsernährung vermeiden will, hat er seinen Willen, im Zustand der Urteilsunfähigkeit nicht zwangsernährt zu werden, klar zum Ausdruck zu bringen und schriftlich festzulegen (was gesetzlich auch oft verlangt wird⁴⁵⁴⁰).

⁴⁵³⁴ MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 286; PAYLLIER, Hungerstreik, 325; WMA Declaration of Malta Ziff. 20; vgl. bezogen auf eine lang andauernde Zwangsernährung auch KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Rz. 34.

⁴⁵³⁵ So aber MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285 f.

⁴⁵³⁶ Vgl. NOLL, 373; BRIDLER, 715 ff.

⁴⁵³⁷ Kritisch zur Zulässigkeit einer einmaligen Zwangsernährung auch NOLL, 373, der zudem auf praktische Schwierigkeiten bei der Umsetzung einer solchen Lösung hinweist; vgl. ferner TAG, Hungerstreik, 62 f., wonach der im Zustand der Urteilsfähigkeit und in Kenntnis der Konsequenzen eines Hungerstreiks durch einen Strafgefangenen geäusserte Wunsch, nicht zwangsernährt zu werden, zu respektieren sei; s.a. BRIDLER, 715 ff.

⁴⁵³⁸ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 2181 ff. und 2209 ff.

⁴⁵³⁹ Zur nur ausnahmsweisen Unbeachtlichkeit von Verfügungen, mit welchen eine Zwangsernährung abgelehnt wird (unter Druck abgefasste Verfügung; radikale Veränderung der Entscheidungsumstände, nachdem der Einzelne seine Urteilsfähigkeit verloren hat) siehe WMA Declaration of Malta, Ziff. 18; s.a. Art. 372 Abs. 2 ZGB (Unbeachtlichkeit einer Patientenverfügung, «wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie [...] noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht»).

⁴⁵⁴⁰ Siehe vorne, bei Fn. 3850.

- (2.) Dass ein Hungerstreik Ausdruck eines *Protests* ist, vermag eine Zwangsernährung für sich genommen nicht zu rechtfertigen. Sieht der Hungerstreikende den Tod voraus und nimmt er *zumindest in Kauf*, dass er sterben wird (was keineswegs ausgeschlossen ist⁴⁵⁴¹), lässt sich eine paternalistisch motivierte Zwangsernährung nicht mit der Begründung rechtfertigen, der Betroffene wolle eigentlich nicht sterben, sondern «bloss» protestieren.⁴⁵⁴² Der Einzelne darf von seiner Freiheit auch zu Protestzwecken Gebrauch machen und kann durchaus freiverantwortlich ein *Sterberisiko* eingehen.⁴⁵⁴³ Es lässt sich deshalb nicht sagen, dem hungerstreikenden Strafgefangenen würde es an einem «echten» Sterbewunsch mangeln bzw. dieser würde gar nicht seinem freien Willen entsprechen.⁴⁵⁴⁴ In der (grundrechtlich geschützten, freiverantwortlichen) Protesthandlung eine Rechtfertigung für eine medizinische Zwangsbehandlung zu erblicken, scheidet m.E. auch daran, dass damit der Kerngehalt der persönlichen Freiheit verletzt würde.⁴⁵⁴⁵

iv) «Zwangsversicherungen»

Eine andere (illustrative) Fragestellung ist es, ob sich eine Zwangsversicherung mit *paternalistischen* Gründen rechtfertigen lässt. Insbesondere um einer durch «Verhaltensanomalien», Willensschwäche oder sonstige Verzerrungen in der Entscheidungsfindung⁴⁵⁴⁶ bewirkten ungenügenden Vorsorge für die Wechselfälle des Lebens oder das Alter vorzubeugen.

⁴⁵⁴¹ TAG, Hungerstreik, 33; WMA Declaration of Malta, Ziff. 1, 18 und 20 f.; davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass der Betroffene darauf hofft, «gerettet» zu werden bzw. davon ausgeht, der Staat würde «nachgeben» – hier kann eine Zwangsernährung zulässig sein, siehe dazu MATTHIAS UFFER, Die Grundrechtskollision, Diss., Baden-Baden 2019, 435 f. und 448 ff.

⁴⁵⁴² So auch TAG, Hungerstreik, 61 ff., insb. 61 f. und 64; PAYLLIER, Hungerstreik, 330 ff.; NOLL, 373 f.; vgl. ferner KUHN, 287; DE HALLER, 71 f.; KIND, 83 ff.

⁴⁵⁴³ Vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (2.) bei Fn. 1331 ff. und Teil 4 III. B. 2.

⁴⁵⁴⁴ Vgl. aber MÜLLER, Gefangene, 20; MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 285; MÜLLER, Hungertod, 293 f.; VAN SPYK, 102 f.; ELEGANTI, 123.

⁴⁵⁴⁵ Vorne, bei Fn. 2209 ff.

⁴⁵⁴⁶ Vgl. dazu BÜTLER/JAEGER/ENGLER/HÖPPL, 24 (etwa: Schwierigkeiten, die richtige Balance zwischen Konsum und Sparen zu finden und «Willensschwäche» bzw. zu hohe Gewichtung des kurzfristigen Konsums gegenüber dem Konsum in der Zukunft); ausführlich HAUPT, 785 f. (u.a. Verlustaversion: Angst vor finanziellen Verlusten; Tendenz, im *Status quo* zu verharren; kurzsichtiges Verhalten und Gegenwartspräferenz: unzureichende Berücksichtigung der «in der entfernten Zukunft liegenden Konsequenzen»; mangelnde Selbstkontrolle).

Mit einer Zwangsversicherung lassen sich die (negativen) Auswirkungen solcher nur beschränkt rationalen Entscheidungen zwar vermeiden oder zumindest abschwächen,⁴⁵⁴⁷ dennoch wäre ein (rein) *paternalistisch* motivierter Spar- bzw. Versicherungszwang m.E. nicht einfach unproblematisch. Es stellt sich die Frage, ob die genannten Umstände wirklich derart erheblich sind, dass ein Wunsch des Einzelnen, vom Staat in Ruhe gelassen zu werden, nicht mehr zu respektieren wäre. Erforderlich sind zumindest schwere Nachteile, was bei einer ungenügenden Vorsorge und Versicherung aber wohl nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass ein «Zwangssparen» oder eine «Zwangsversicherung» mit nicht unerheblichen Freiheitskosten einhergehen kann: Es lässt der Einzelnen *keine Alternative* und wenn die Verfügbarkeit von finanziellen Mitteln beschränkt wird, kann sich das durchaus negativ auf die *Lebensgestaltung* auswirken. Beispielsweise kann ein Zwangssparen im Rahmen der Altersvorsorge (aus individueller Sicht) zu einem suboptimalen «Übersparen» führen bzw. es den Betroffenen verunmöglichen, das Verhältnis von Konsum und Sparen auf die eigenen Bedürfnisse optimal abzustimmen (z.B. Inkaufnahme eines geringeren Vorsorgekapitals durch eine junge Familie, wenn damit mehr Geld für die Kinder und deren Betreuung zur Verfügung steht).⁴⁵⁴⁸

Ob sich Zwangsversicherungen tatsächlich mit (weich) *paternalistischen* Gründen rechtfertigen lassen, scheint mir – nicht zuletzt mit Blick auf die hohen Anforderungen, die an den Nachweis der Zumutbarkeit zu stellen sind⁴⁵⁴⁹ – zumindest diskutabel.⁴⁵⁵⁰ Zu beachten bleibt freilich, dass Sozialversicherungspflichten häufig vom Gedanken der *Solidarität* getragen sind⁴⁵⁵¹ – der Einzelne muss diesfalls im Interesse der *Solidargemeinschaft* an die Sozialversicherungen beitragen und kann nicht vorbringen, das «Zwangssparen» liege nicht in seinem eigenen wohlverstandenen Interesse und sei deshalb unzulässig.⁴⁵⁵²

⁴⁵⁴⁷ Vgl. HEINIG, Paternalismus, 178.

⁴⁵⁴⁸ Siehe dazu BÜTLER/JAEGER/ENGLER/HÖPPL, 21 ff.

⁴⁵⁴⁹ Siehe vorne, Teil 4 III. C. 3. b).

⁴⁵⁵⁰ Vgl. KUBE, 154 und 152 f., der Zwangsversicherungen für illegitimen Paternalismus hält, da die Balance «zwischen dem fundamental zugrundeliegenden freiheitsrechtlichen Abwehranspruch des Einzelnen gegenüber staatlichem Handeln und der staatlichen Ausgestaltung der rechtlichen und tatsächlichen Freiheitsvoraussetzungen» vom Staat «verfehlt» werde; vgl. demgegenüber HEINIG, Paternalismus, 178, wonach «sich mit guten Gründen eine allgemeine paternalistische Sozialversicherungspflicht begründen» lasse – «Menschen handeln angesichts der grossen Wechselfälle des Lebens tendenziell unvernünftig, heisst: sie sorgen nicht hinreichend vor. Der Zwang zur Versicherung steuert dem entgegen.»

⁴⁵⁵¹ Siehe vorne, bei Fn. 681 ff.

⁴⁵⁵² Vgl. auch BGer 9C_477/2008, E. 4.1; vorne, bei Fn. 3300.

v) Bedenkfristen

Eine Möglichkeit, um *überhasteten, überstürzten und leichtfertigen* Entscheidungen entgegenzuwirken, stellen Bedenkfristen dar. Die Wahlfreiheit wird erhalten und Präferenzen werden nicht durch Dritte beeinflusst. Doch auch solche Instrumente sind nicht einfach unproblematisch,⁴⁵⁵³ jedenfalls dann, wenn sie als Wartefrist ausgestaltet sind⁴⁵⁵⁴ und persönlichkeitsnahe Entscheidungen betreffen⁴⁵⁵⁵. Sie sollten (auch angesichts der in Frage stehenden Defizite) nur für wichtige Fragen mit weitreichenden Konsequenzen eingesetzt werden – etwa für eine *genetische Untersuchung* mit potentiell schwerwiegenden Folgen für die betroffene Person⁴⁵⁵⁶ oder den Ausstieg aus einem *Zeugenschutzprogramm*⁴⁵⁵⁷. In jedem Fall sind die mit der Bedenkfrist verbundenen Nachteile zu berücksichtigen:

- Eine starre und lange Bedenkfrist zwischen Beratung und einer *genetischen Untersuchung* rechtfertigt sich dann nicht, wenn schnelles medizinisches Handeln angezeigt ist – andernfalls würde der Einzelnen mehr geschadet als genutzt.⁴⁵⁵⁸
- Bei der Einführung paternalistisch motivierter Bedenkfristen für den *Abschluss von Verträgen* ist zu bedenken, dass dem Einzelnen damit in einem gewissen Mass die Fähigkeit abgesprochen wird, in kurzer Zeit den für ihn richtigen Entschluss zu treffen; darüber hinaus kann es einen persönlichen Charakterzug darstellen oder für den Einzelnen wichtig sein, rasch, spontan und «emotional» zu entscheiden und Bedürfnisse unmittelbar zu befriedigen.⁴⁵⁵⁹ Dabei ist nicht zu vergessen, dass ein unmittelbarer, spontaner Konsum durchaus eine positive Wirkung auf den Einzelnen und dessen Gemütslage haben kann.⁴⁵⁶⁰ Offensichtlich ist das Bedürfnis, Verträge ohne Warte- und Bedenkfristen abzuschliessen, im Geschäftsleben.⁴⁵⁶¹ Selbstverständlich bleibt immer zu prüfen, ob nicht mildere Mittel zur Verfügung stehen, wie z.B. ein Widerrufsrecht (das allerdings negative Auswirkungen auf Dritte haben kann: Vertragstreue, Vertrauensschutz, Rechtssicherheit).⁴⁵⁶²

⁴⁵⁵³ Vgl. KRONMAN, 795; SEELMANN/DEMKO, § 3, Rz. 38.

⁴⁵⁵⁴ Vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (5.) bei Fn. 4177.

⁴⁵⁵⁵ Vorne, bei Fn. 4377 f.

⁴⁵⁵⁶ Botsch. GumG (2017), 5686.

⁴⁵⁵⁷ Vorne, Fn. 541.

⁴⁵⁵⁸ Vgl. Botsch. vom 11. September 2002 zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, BBl 2002 7361 ff., 7417.

⁴⁵⁵⁹ KRONMAN, 795.

⁴⁵⁶⁰ BREITSCHMID, Urteilsfähig, 143 f.

⁴⁵⁶¹ KRONMAN, 796.

⁴⁵⁶² Vgl. dazu vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (5.) bei Fn. 4178 f.

- Ein Grenzfall war die per 1. Januar 2020 aufgehobene Wartezeit von zehn Tagen zwischen *Vorbereitungsverfahren und Trauung*.⁴⁵⁶³ Zwar mag es in Einzelfällen zutreffen, dass der oder die Einzelne unter dem Eindruck starker Anziehung steht;⁴⁵⁶⁴ zudem steht eine nicht unerhebliche Lebensentscheidung zur Diskussion. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass sich der Staat hier in einen sehr persönlichen Lebensbereich einmischt;⁴⁵⁶⁵ auch handelt es sich beim Eingehen der Ehe nicht um eine geradezu irreversible Entscheidung.
- Mit paternalistischen Gründen kaum zu rechtfertigen wäre m.E. die Einführung einer generellen Bedenkfrist zwischen dem ersten Kontakt mit dem Tätowierer und dem «Stichtermin» (*Verbot von «Spontan-Tattoos»*). Hier ist schon fraglich, ob die Gefahr eines übereilten Entscheids tatsächlich besteht. Selbst dann, wenn sich eine Person spontan, ohne Voranmeldung und längere Wartezeit tätowieren lassen kann – wie z.B. an einem «Walk-in-Day» oder einer «Tattoo-Convention» – lässt sich wohl nicht pauschal behaupten, sie habe sich vorher nicht überlegt, was sie tun will. Selbst wenn im Einzelfall eine *Übereilungsproblematik* besteht, hält es m.E. einer Interessenabwägung nicht stand, der Einzelnen eine Bedenkfrist aufzudrängen: Der spontane Entscheid und die kurzfristige Bedürfnisbefriedigung haben durchaus einen Eigenwert, es liegt kein erhebliches Defizit vor (die Einzelne ist nicht geradezu ausser Stande, allfällige negative Folgen zu überblicken), die Folgen eines Tattoos sind nicht irreversibel, es können sich für die Persönlichkeitsentwicklung durchaus wichtige Lerneffekte einstellen und es geht um eine äusserst persönliche Entscheidung, nämlich wie die Einzelne mit ihrem Körper umgeht.⁴⁵⁶⁶ Jedenfalls lässt sich der überwiegende Nutzen eines derartigen Schutzes vor sich selbst m.E. nicht *überzeugend begründen*, weshalb auf einen Schutz vor sich selbst zu verzichten ist.⁴⁵⁶⁷

vi) Aufklärung, Warnungen, Empfehlungen

Als grundsätzlich legitime Mittel, um Informationsdefizite, Fehlvorstellungen und Irrtümer im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen zu korrigieren, kommen (staatliche) Warnungen und Empfehlungen sowie Aufklärung und Beratung in

⁴⁵⁶³ Dazu vorne, Fn. 541.

⁴⁵⁶⁴ Vgl. KRONMAN, 796.

⁴⁵⁶⁵ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 2. c) ii, Ziff. (2.) bei Fn. 4313 ff.

⁴⁵⁶⁶ Zu Recht kritisch zu dieser in der deutschen Politik aufgeworfenen Frage: URBAN SLAMAL, Verbot von Spontan-Tattoos – An der Praxis vorbei, vom Recht nicht gedeckt, abrufbar unter: www.lto.de/recht/hintergruende/h/verbot-tattoos-spontan-uneuberlegt-beratung-kontrolle.

⁴⁵⁶⁷ Siehe vorne, Teil 4 III. C. 3. b).

Frage.⁴⁵⁶⁸ Allerdings kann es nicht jedes noch so geringfügige Informationsdefizit und jeder noch so kleine potentielle Schaden rechtfertigen, der Einzelnen in ihrem wohlverstandenen Interesse Informationen aufzudrängen. Die unerwünschte Konfrontation mit staatlicher Information hat einer Interessenabwägung standzuhalten, die den bereits skizzierten negativen (kontraproduktiven, das individuelle Wohl mindernden) Folgen Rechnung trägt,⁴⁵⁶⁹ einschliesslich eher *mittelbarer* Folgen.

Zu berücksichtigen ist damit etwa auch, dass Information und (erzieherische) Aufklärung (z.B. über Übergewicht oder gesundheitsschädigende, riskante Verhaltensweisen) auf die Betroffenen einen psychischen Druck ausüben oder bei ihnen zu einem Verlust an Selbstvertrauen führen können. Zudem ist keineswegs auszuschliessen, dass erzieherische Aufklärungskampagnen – insbesondere im Bereich der Gesundheit – zu einer gesellschaftlichen Stigmatisierung, moralischen Verurteilung und Ausgrenzung von Personen (Raucherinnen und Raucher, genussorientierte, übergewichtige Menschen usw.) führen, die nicht dem (zumindest implizierten) «Idealbild» entsprechen.⁴⁵⁷⁰

Dies gilt unabhängig davon, ob und inwieweit man informierendes Staatshandeln als grundrechtsrelevant erachtet;⁴⁵⁷¹ staatliches Handeln hat immer verhältnismässig zu sein, was aber stets auch bedeutet, dass den Betroffenen nicht mehr geschadet als genutzt werden darf.⁴⁵⁷² Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass staatliche Information ganz unterschiedlich stark auf die Betroffenen einwirken bzw. in ihrer Intensität ganz unterschiedlich empfunden werden kann. So macht es einen Unterschied, ob sich die Information an die Allgemeinheit richtet oder die Einzelne einer (individuellen) Zwangsberatung und -aufklärung unterworfen wird.⁴⁵⁷³ Beispielhaft lässt sich Folgendes sagen:

- Zulässig ist es, dass (im Interesse der Betroffenen selbst) ein Verzicht auf *Verfahrensrechte* nur dann staatlicherseits akzeptiert wird, wenn die Einzelne vorher über ihr nicht (hinreichend) bekannte Konsequenzen aufgeklärt worden ist,⁴⁵⁷⁴ zumal hier potentiell grosse Schäden drohen und der Einzelnen der Letztentscheid verbleibt.

⁴⁵⁶⁸ Unzulässig ist hingegen eine paternalistisch motivierte, *erzieherische* Einflussnahme auf die individuellen Überzeugungen z.B. über «gutes und richtiges» Konsum- und Genussverhalten, siehe vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (11.) bei Fn. 3851 ff., sowie vorne, bei Fn. 2556 ff.

⁴⁵⁶⁹ Vgl. dazu die Beispiele vorne, bei Fn. 4134 ff.

⁴⁵⁷⁰ Vgl. GLAESER, 152 f.; vgl. bezogen auf Stop-AIDS-Kampagnen auch NÜTZI, 182.

⁴⁵⁷¹ Siehe zum – nach der hier vertretenen Auffassung; umfassenden – grundrechtlichen Schutz gegen paternalistisch motiviertes Informationshandeln vorne, Teil 2 III. F.

⁴⁵⁷² Vorne, Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (4.) bei Fn. 4280 f.

⁴⁵⁷³ Vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (4.) bei Fn. 4173 ff.

⁴⁵⁷⁴ Vgl. BVerfG C-987/2012, E. 4.3.1–4.3.3; s.a. vorne, bei Fn. 2805 ff.

- Auch ist es m.E. grundsätzlich zulässig, in allgemeiner Weise (z.B. mittels Warnungen auf Produkten) – sachlich und objektiv⁴⁵⁷⁵ – über die Gefahren zu orientieren, die mit dem Rauchen oder dem Konsum von Alkohol verbunden sein können, sofern die Betroffenen diesbezüglich Fehlvorstellungen unterliegen.⁴⁵⁷⁶ Dabei ist aber sorgfältig zu prüfen, ob die Informationsvermittlung tatsächlich einen gesundheitsfördernden Effekt hat, mithin überhaupt *geeignet* ist, das von ihr angestrebte Ziel zu erreichen.⁴⁵⁷⁷
- Zu schwierigen Fragen Anlass gibt es, ob der (urteilsfähige) Patient auf die *ärztliche Aufklärung und Beratung* verzichten kann (*Aufklärungsverzicht*) bzw. ob und unter welchen Umständen ihm eine solche in seinem eigenen Interesse aufgedrängt werden darf. Nach herrschender Auffassung setzt eine rechtsgültige Einwilligung in eine medizinische Behandlung grundsätzlich voraus, dass der Patient über den Eingriff (Inhalt, Folgen, Risiken) aufgeklärt worden ist (*«informed consent»*).⁴⁵⁷⁸ Die ärztliche Aufklärung steht im Dienste der Willensfreiheit und der Selbstbestimmung⁴⁵⁷⁹ und soll die Einzelne in die Lage versetzen, einen abgewogenen und sachgerechten Entscheid in Kenntnis der mit der Behandlung verbundenen Risiken zu treffen.⁴⁵⁸⁰ Gleichzeitig ist unbestritten, dass die Patientin ein *Recht darauf hat, auf Aufklärung zu verzichten*,⁴⁵⁸¹ wobei dieses Recht hinsichtlich seines Umfangs durchaus zu Fragen Anlass gibt: Nach Lehre und Rechtsprechung kann die Patientin zumindest *punktuell* auf Information verzichten, ist also jedenfalls nicht *umfassend und vollständig* aufzuklären, wenn sie dies nicht will.⁴⁵⁸² Schwierig zu beantworten ist es hingegen, ob die Patientin auf eine medizinische Aufklärung *vollständig verzichten* bzw. eine rechtsgültige Einwilligung in einen Eingriff trotz eines *Totalverzichts* auf eine

⁴⁵⁷⁵ Dazu vorne, Teil 3 III. B.

⁴⁵⁷⁶ FEINBERG, Legal Paternalism, 11; allerdings besteht die Problematik, dass nicht alle mit einer Warnung konfrontierten Personen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegen bzw. sich das Aufdrängen von Informationen nicht gegenüber allen Informationsempfängern (gleichermassen) mit paternalistischen Gründen rechtfertigen lässt; vgl. dazu hinten, Teil 5 I. B.

⁴⁵⁷⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 4133.

⁴⁵⁷⁸ PETERMANN, Demenz, Rz. 140; VGer BE, Urteil vom 6. März 2000, VGE 20559, BVR 2000, 438 ff., E. 3a, 442; BGE 133 III 121, E. 4; BGE 117 Ib 197, E. 2a und 3b; FINK, 249; PAYLLIER, Aufklärung, 29 f.; GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 322 und 330 ff.

⁴⁵⁷⁹ BGE 117 Ib 197, E. 2a.

⁴⁵⁸⁰ VGer BE, Urteil vom 6. März 2000, VGE 20559, BVR 2000, 438 ff., E. 3c, 443; BGer 2P.101/1994, ZBl 1996, 278 ff., E. 4c, 282 f.

⁴⁵⁸¹ TAG, Arztalltag, 713; DIES., Körperverletzungstatbestand, 361 ff.; SCHÖNI, 118; FELLMANN, 205 f.; ROGGO, 218 f.; SITEK, 161; Botsch. Erwachsenenschutz, 7033.

⁴⁵⁸² BGE 105 II 284, E. 6c; OGer ZH, Beschluss vom 25. Juni 2014, UE130227, ZR 2014, 211 ff., E. II.6.4, 214; FINK, 156 m.w.H.; PAYLLIER, Aufklärung, 77.

Aufklärung erteilen kann.⁴⁵⁸³ Damit vergleichbar ist die Frage, ob eine Patientenverfügung auch dann zu respektieren ist, wenn die Einzelne nicht vorgängig über die mit ihrer Entscheidung verbundenen (gesundheitlichen) Risiken informiert worden ist.

Zum Teil sehen (kantonale) Patientengesetze ausdrücklich vor, dass der urteilsfähige Patient auf eine Aufklärung verzichten kann, ohne dies an nähere bzw. einschränkende Voraussetzungen zu knüpfen,⁴⁵⁸⁴ andere Regelungen erlauben jedenfalls den Verzicht auf eine *umfassende* Aufklärung.⁴⁵⁸⁵ Das Bundesgericht scheint ebenfalls nur den Verzicht auf eine *umfassende* Aufklärung bzw. *nähere* Informationen als zulässig zu erachten und damit eine gewisse Grundaufklärung für unverzichtbar zu halten.⁴⁵⁸⁶ In der Lehre finden sich unterschiedliche Auffassungen: Während teilweise ein Totalverzicht auf ärztliche Aufklärung als durchaus zulässig erachtet wird,⁴⁵⁸⁷ verlangt die wohl überwiegende Lehre eine zumindest rudimentäre oder minimale Aufklärung – im Sinne einer «Grundaufklärung» über Notwendigkeit, Art und Risiken des Eingriffs –, damit die Einwilligung gültig ist; es kann also nicht vollumfänglich auf Informationen verzichtet werden.⁴⁵⁸⁸ Für die Gültigkeit einer *Patientenverfügung* setzt die Regelung von Art. 370 ZGB keine vorgängige Aufklärung voraus,⁴⁵⁸⁹ was nicht

⁴⁵⁸³ Vgl. WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 92 f.

⁴⁵⁸⁴ Vgl. z.B. § 14 Abs. 1 PatG-ZH: «Eine Aufklärung unterbleibt insoweit, als urteilsfähige Patientinnen oder Patienten sich dagegen aussprechen. Sie bestätigen dies mit ihrer Unterschrift.» – im Entwurf des Regierungsrats hiess es im damaligen § 16 Abs. 1 noch: «Eine *umfassende* Aufklärung unterbleibt, wenn urteilsfähige Patientinnen oder Patienten sich dagegen aussprechen. Sie bestätigen dies mit ihrer Unterschrift.» (Herv. d. Verf.; der Entwurf ist hier abrufbar: <https://parlzhcdws.cmicloud.ch/parlzh5/cdws/Files/72a7549be8504853a3175d995facb47c-332/1/pdf>); s.a. SITEK, 161.

⁴⁵⁸⁵ § 3 Abs. 2 PatV-AG: «Die umfassende Aufklärung hat zu unterbleiben, wenn sich die Patientinnen und Patienten ausdrücklich dagegen aussprechen. Die behandelnden Personen sind berechtigt, eine schriftliche Bestätigung dieses Entscheids zu verlangen. Die Verweigerung der schriftlichen Bestätigung ist in der Patientendokumentation festzuhalten.»

⁴⁵⁸⁶ BGE 105 II 284, E. 6c.

⁴⁵⁸⁷ FINK, 157; PAYLLIER, Aufklärung, 78; wohl auch MONA, Unfreiheit, 26; zu Recht differenzierend ROGO, 218 ff., wonach auch die Gründe zu berücksichtigen sind, wieso jemand auf Aufklärung verzichtet: Bei einer Person, die ängstlich sei, könne die Aufklärung reduziert werden oder gänzlich unterbleiben (vgl. auch hinten, Fn. 4594).

⁴⁵⁸⁸ WIDMER BLUM, Urteilsfähigkeit, 92 f. m.w.H. (ein Totalverzicht würde gegen Art. 27 ZGB verstossen); GÄCHTER/RÜTSCHKE, Rz. 339 (mit Hinweis auf Art. 27 ZGB); MANAI, 95 f.; VAN SPYK, 282 ff. und 287 (im Kontext der Forschung am Menschen; kein Verzicht auf eine Basisaufklärung); WIEGAND, 165 f.; AEBI-MÜLLER, 151 f.; CHK ZGB- AEBI-MÜLLER, Art. 28, Rz. 13; TAG, Arzttaltag, 713; DIES., Körperverletzungstatbestand, 363 f.; RAPHAËL HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss., Zürich 2007, Rz. 664 (Hinweis auf Art. 27 ZGB); SCHÖNI, 118; FELLMANN, 205 f.; SITEK, 162.

⁴⁵⁸⁹ Botsch. Erwachsenenschutz, 7032 f.; SCHMID, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 372 ZGB, Rz. 13 (mit Kritik an dieser Regelung); ESR Komm-GASSMANN, Art. 372 ZGB, Rz. 2.

ohne Kritik geblieben ist;⁴⁵⁹⁰ einige Stimmen in der Lehre verlangen auch hier eine gewisse, zumindest rudimentäre Aufklärung über die in einer Patientenverfügung abgelehnten Massnahmen (wenn der Patient die Risiken nicht aus anderen Gründen einschätzen kann, wie z.B. aufgrund bereits gemachter, eigener Erfahrungen).⁴⁵⁹¹

Im Vordergrund muss nach der hier vertretenen Auffassung die Frage stehen, was die Folgen der (Nicht-)Behandlung sind und ob der Einzelne in der Lage ist, die *Konsequenzen eines Verzichts* abzuschätzen. Aus dem Willen zum Aufklärungsverzicht ist keineswegs auf ein Freiwilligkeitsdefizit zu schliessen. Der Einzelne kann durchaus gute und (subjektiv) «rationale» Gründe haben, auf eine Aufklärung zu verzichten, z.B. weil er um seine Ängstlichkeit weiss und sich selbst davor schützen will, durch eine Aufklärung verunsichert zu werden,⁴⁵⁹² oder weil er die Risiken des Eingriffs schon aus vorherigen Erfahrungen kennt. Jedenfalls bei *stark risikobehafteten* Behandlungen (und angesichts der m.E. berechtigten Zweifel, ob sich der medizinische Laie möglicher Behandlungsrisiken hinreichend bewusst ist), dürfte jedoch zumindest ein prüfendes Nachfragen angebracht sein, ob der Aufklärungsverzicht nicht auf falschen Vorstellungen, Irrtümern oder übertriebenen, die Entscheidungsfindung verzerrenden Ängsten beruht.⁴⁵⁹³ Soweit ernsthafte Anhaltspunkte für solche Defizite ersichtlich sind, scheint es mir nicht unzulässig, dem Einzelnen zumindest eine *Grundaufklärung* aufzudrängen, sofern und soweit ihm damit nicht mehr geschadet als genutzt wird (wie etwa im Fall der bereits erwähnten Person, die sich vor ihrer eigenen Ängstlichkeit schützen will).⁴⁵⁹⁴

Was *Patientenverfügungen* anbelangt, lässt sich wohl nicht sagen, dass das Gültigkeitserfordernis einer *Grundaufklärung* geradezu unzumutbar wäre; allerdings hat sich der Gesetzgeber hier für einen anderen Weg entschieden,⁴⁵⁹⁵ der m.E. durchaus vertretbar ist. Zu berücksichtigen bleibt, dass eine Patientenverfügung unbeachtlich ist, «wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht» (Art. 372 Abs. 1 ZGB). Wenn sich etwa nachweisen lässt, dass sich eine Person bezüglich eines Behandlungsverzichts offenbar in einem Irrtum befunden haben muss, z.B. weil sie eine lebensrettende Behandlung in

⁴⁵⁹⁰ Kritisch zum Verzicht des Gesetzgebers auf das Gültigkeitserfordernis einer Aufklärung: WIDMER HUG, Urteilsfähigkeit, 177 ff. und 209 f.; ebenso AEBI-MÜLLER, 160 ff. und 174 ff.; SCHMID, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 372 ZGB, Rz. 13.

⁴⁵⁹¹ FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 370 ZGB, Rz. 32, s.a. Art. 372 ZGB, Rz. 16 (s.a. hinten, bei Fn. 4596).

⁴⁵⁹² Vgl. ROGGO, 218 ff.

⁴⁵⁹³ Vgl. dazu auch vorne, Teil 4 III. C. 3. c) i).

⁴⁵⁹⁴ Sehr ähnlich: ROGGO, 218 ff.

⁴⁵⁹⁵ Vorne, bei Fn. 4589.

der falschen Vorstellung ablehnt, diese ginge zwingend mit langandauernden, eingriffsintensiven Massnahmen einher, lässt sich von einer freien Willensbildung i.S.v. Art. 372 Abs. 1 ZGB nicht sprechen.⁴⁵⁹⁶

vii) Helm- und Gurtentragpflichten

Lassen sich Helm- oder Gurtentragpflichten im Strassenverkehr mit *weich paternalistischen*⁴⁵⁹⁷ Gründen rechtfertigen? Soweit der Einzelne die Risiken des Strassenverkehrs bzw. das Risiko, in einen Unfall verwickelt zu werden, gar nicht kennt, sich dieses Defizit nicht anders beheben lässt (z.B. durch Information⁴⁵⁹⁸) und die Wahrscheinlichkeit eines schweren Unfalls hoch ist, scheint dies keineswegs ausgeschlossen. *Grenzfälle* liegen m.E. vor, wenn der Einzelne die allgemeinen Risiken zwar grundsätzlich kennt, aber für seine Situation nicht korrekt einschätzt, z.B. wenn er aufgrund eines *Überoptimismus* oder einer *Selbstüberschätzung* (fälschlicherweise) davon ausgeht, er sei *weniger stark* als andere von einem Unfall betroffen.⁴⁵⁹⁹ Unter den vorgenannten Voraussetzungen (schwere Schäden; keine Möglichkeit, das Defizit auf andere Weise zu beheben) lässt sich wohl nicht pauschal behaupten, eine nicht korrekte Risikoeinschätzung und/oder ein Überoptimismus könnten eine Helm- oder Gurtentragpflicht unter keinen Umständen rechtfertigen.⁴⁶⁰⁰ Meines Erachtens bleiben jedoch *erhebliche Zweifel*, ob sich eine derartige staatliche Einmischung in eine letztlich auch wertungsabhängige, mit der indivi-

⁴⁵⁹⁶ FamKomm Erwachsenenschutz-BÜCHLER/MICHEL, Art. 372 ZGB, Rz. 16.

⁴⁵⁹⁷ Ohne Bezugnahme auf Selbstbestimmungsdefizite kann die Rechtfertigung eines derartigen Schutzes vor sich selbst nicht gelingen, siehe vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (5.) bei Fn. 3781 ff.

⁴⁵⁹⁸ Siehe vorne, bei Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (2.) bei Fn. 4160 ff.; SCHÜNEMANN, 240, hält eine «Zwangsaufklärung» bzw. eine «Schulungsaufgabe» nicht für das verglichen mit einer Busse mildere Mittel, da Erstere «dem Betroffenen einen erheblichen Zeitaufwand» abverlange – zwar kann eine Zwangsaufklärung tatsächlich eingriffsintensiv sein, allerdings spielt es m.E. durchaus eine Rolle, ob der Verzicht auf einen Eigenschutz letztlich legal bleibt oder eine Bestrafung (Ordnungsbusse) nach sich zieht.

⁴⁵⁹⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 26 ff.

⁴⁶⁰⁰ Vgl. SINGER, 1140, wonach «die psychologisch bedingte Unfähigkeit vieler Verkehrsteilnehmer, abstrakte, in einer gewissen Selbstüberschätzung für steuerbar gehaltene Gefahren richtig einschätzen zu können», eine Gurten- oder Helmtatpflicht rechtfertige; differenzierend SCHÜNEMANN, 239 f., nach dessen Auffassung der «kognitive Mangel» einer falschen Risikoeinschätzung (oder einer Vernachlässigung des Risikos) und der Verzicht auf Eigenschutz «um der minimalen Bequemlichkeit willen» ein Bussgeld für das Nichttragen der Sicherheitsgurte zu rechtfertigen vermögen – allerdings *nicht für sich allein*: zusätzlich sei zu bedenken, dass eine Zwangsaufklärung kein milderes Mittel darstelle und es sich bei der Teilnahme am gefährlichen Strassenverkehr um ein «Privileg» handle, was «gewisse damit verbundene Pflichten» rechtfertige (m.E. fraglich).

duellen Persönlichkeit verbundene Entscheidung rechtfertigen lässt. Deshalb ist nach der hier vertretenen Auffassung der *Freiheit vom Staat* der Vorzug zu geben⁴⁶⁰¹ bzw. es muss sich der aufgedrängte Schutz mit *anderen als paternalistischen* Gründen – also mit Drittinteressen – rechtfertigen lassen.

viii) Beschränkung von Auskunft und Akteneinsicht

Besonders problematisch (und kontrovers⁴⁶⁰²) ist die paternalistisch motivierte (und zweifellos grundrechtsrelevante⁴⁶⁰³) Weigerung, medizinische Informationen und Akten herauszugeben («therapeutisches Privileg»). Das Recht, in die eigenen medizinischen Daten Einsicht nehmen zu können, hat einen hohen Stellenwert und entsprechend schwer wiegt eine Beschränkung des Auskunftsrechts.⁴⁶⁰⁴ Allerdings wird man nicht sagen können, dass eine solche Beschränkung generell unzulässig wäre.⁴⁶⁰⁵ Erforderlich ist aber immer, dass die Einzelne in ihrer Willensbildung *verzerrt* ist. Nicht ausreichend ist es, dass der Einzelnen – zumindest von aussen gesehen – ein «*Nachteil*» droht: Dies begründet für sich genommen noch kein Freiwilligkeitsdefizit.

Das Vorenthalten von (potentiell belastenden) Gesundheitsinformationen kann deshalb nicht *allein* damit gerechtfertigt werden, dass sich deren Bekanntgabe negativ auf den *Selbstbestimmungs- und Entfaltungswillen* des Betroffenen auswirke⁴⁶⁰⁶ oder die Nachricht den *Therapieerfolg* gefährde⁴⁶⁰⁷; ebenso wenig allein damit, dass die Information eine *Gesundheitsschädigung* bewirke, weil der Betroffene das Wissen um seinen Gesundheitszustand *nicht verkraften* und *ertragen* könne, ein *Angstzustand* ausgelöst werde oder alte *Wunden* aufgerissen würden.⁴⁶⁰⁸ Diesem Umstand tragen verschiedene gesetzliche Bestimmungen m.E. nicht hinreichend Rechnung.⁴⁶⁰⁹

Entsprechendes gilt bezogen auf eine «*Ahnungslosigkeit*» über den Gesundheitszustand bzw. die Schwere einer Krankheit.⁴⁶¹⁰ Abgesehen davon, dass sich die Ah-

⁴⁶⁰¹ Vorne, Teil 4 III. C. 3. b), insb. bei Fn. 4410 ff.

⁴⁶⁰² Vgl. MANAI, 96 ff.

⁴⁶⁰³ Vorne, bei Fn. 839 ff.

⁴⁶⁰⁴ BGer 2P.202/2006, E. 2.3; BERNHART, Rz. 40.

⁴⁶⁰⁵ Vgl. GUILLOD, 197; WIEGAND, 143 f.; s.a. COTTIER, 125.

⁴⁶⁰⁶ Vgl. aber WIEGAND, 142 f.

⁴⁶⁰⁷ Vgl. aber BGE 122 I 153, E. 6c/cc (im Zusammenhang mit Psychiatrieakten, i.c. allerdings nicht entscheidrelevant).

⁴⁶⁰⁸ Vgl. demgegenüber im Kontext des Arzt-Patienten-Verhältnisses: WIEGAND, 142 und 145; FELLMANN, 203 f.; KGer SG, Urteil vom 17. Mai 2004, SJZ 2006, 39 ff., E. 4a, 39; BGE 122 I 153, E. 6c/cc (Einsicht in Psychiatrieakten).

⁴⁶⁰⁹ Vgl. dazu näher hinten, Teil 5 II. B. 3. b) i).

⁴⁶¹⁰ Vgl. demgegenüber BGE 122 I 153, E. 6c/cc, wonach eine Beschränkung der Akteneinsicht dann zulässig sein könne, «wenn Krankengeschichten und psychiatrische Gutachten einen

nungslosigkeit tatsächlich negativ auswirken muss,⁴⁶¹¹ kann es ja gerade die Unwissenheit sein, die das Auskunftersuchen motiviert und die der Einzelne beseitigt haben will; auf eine Beseitigung der Ahnungslosigkeit hinsichtlich des eigenen Gesundheitszustands hat der Einzelne durchaus ein Recht.⁴⁶¹² Aus dem Umstand, dass er mit einem ihm nicht bekannten, sehr schlechten Gesundheitszustand konfrontiert wird, lässt sich jedenfalls nicht einfach der Schluss ziehen, er hätte im Nachhinein auf die Auskunft verzichtet. Im Vordergrund der Beurteilung darf nicht die Ahnungslosigkeit über den (erheblich) schlechten Gesundheitszustand an sich stehen; vielmehr geht es um die nicht oder nicht richtig erkannten und berücksichtigten negativen Konsequenzen der Informationserteilung.

Letztlich bleiben *ganz erhebliche Unsicherheiten*: Ob die Einzelne einem Defizit unterliegt bzw. die Kenntnis des Gesundheitszustands und die damit verbundenen Folgen etwas an ihrem Auskunftswunsch ändern würden, lässt sich häufig kaum verlässlich beurteilen, ohne sie mit der Information zu konfrontieren, zumindest so, dass die Betroffene gewisse Rückschlüsse auf eine (schwere) Krankheit ziehen kann.⁴⁶¹³ Zunächst ist zu prüfen, ob Fehlvorstellungen über den Gesundheitszustand bzw. falsche Erwartungen bezüglich des Inhalts der Auskunft nicht mit einem *allgemeinen Hinweis* korrigiert werden können, dass die Information auch Belastendes enthalten kann.⁴⁶¹⁴ Nur dann, wenn die Betroffene die Möglichkeit einer (erheblich) belastenden Information in ihrem Entscheidungsprozess (weiterhin) nicht berücksichtigt oder ernsthafte und begründete Anhaltspunkte darauf bestehen, dass sie ihre Fähigkeiten, mit einer belastenden Information umzugehen, überschätzt, kann m.E. ein für die Auskunftsbeschränkung relevantes Defizit überhaupt angenommen werden.⁴⁶¹⁵ Weiter bleibt sorgfältig zu prüfen, *wie stark die Verzerrung* tatsächlich ist, welche *schädlichen Folgen* mit der Auskunftserteilung verbunden sind und zu welchen *Freiheits- und Wohlfahrtsverlusten* die Auskunfts-

Gesundheitszustand offenbaren, von dessen Schwere der Betroffene *nichts ahnt*» (Herv. d. Verf.); s.a. das unveröffentlichte Urteil des EVG vom 12. Februar 1992, I 230/91, E. 2a: «So mag eine Ausnahmesituation etwa vorliegen, soweit Krankengeschichten oder ärztliche und psychiatrische Gutachten in Fragen stehen; namentlich dann, wenn die fraglichen Akten einen Gesundheitszustand offenbaren, von dessen Schwere der Betroffene nichts ahnt [...]»

⁴⁶¹¹ Vorne, bei Fn. 4018 ff.

⁴⁶¹² BSK BGG-GELZER, Art. 56, Rz. 12 (persönliche Freiheit).

⁴⁶¹³ Vgl. ELGER, 30.

⁴⁶¹⁴ Vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 643 (bezogen auf das Akteneinsichtsrecht).

⁴⁶¹⁵ Vgl. demgegenüber KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 643, die eine Verweigerung der Akteneinsicht nicht für zulässig halten, wenn der (urteilsfähige) Betroffene darüber aufgeklärt wurde, «dass die fraglichen Dokumente belastenden Informationen enthalten könnten», und er sich *für* die Akteneinsicht entscheidet.

verweigerung führt. Ganz allgemein ist zu berücksichtigen, dass die Verweigerung der Auskunft über gesundheitsbezogene Daten eine erhebliche Beschränkung der Autonomie darstellt, einen äusserst persönlichen Bereich betrifft und schwerwiegende Auswirkungen auf das persönliche Wohlbefinden und die künftige Lebensgestaltung haben kann.

Die mit einer Verweigerung oder Beschränkung der Auskunft verbundene Verunsicherung und Ungewissheit kann möglicherweise eine grössere emotionale und gesundheitliche Belastung bewirken als die Konfrontation mit den unangenehmen Fakten; die Einsichtnahme in die Krankengeschichte und die gewonnene Klarheit können durchaus einen positiven Effekt auf den Einzelnen haben.⁴⁶¹⁶ Dabei ist auch zu fragen, ob sich die für den Therapieerfolg notwendigen «geistigen Kräfte» und der Wille, eine Therapie mitzutragen, nicht erst dann richtig aktivieren lassen, wenn der Patient Gewissheit über seine Krankheit und die möglichen Konsequenzen hat.⁴⁶¹⁷ Auch kann sich der Betroffene nicht ernst genommen, gedemütigt und ungleich behandelt fühlen, wenn ihm Informationen vorenthalten werden.⁴⁶¹⁸ Weiter ist denkbar, dass der Patient in Unkenntnis einer tödlichen Prognose schwerwiegenden medizinischen Massnahmen zustimmt, in die er im Wissen um seinen baldigen Tod niemals eingewilligt hätte.⁴⁶¹⁹ Oder es wird ihm – bei einer infausten Prognose – die Möglichkeit genommen, sich angemessen auf das Sterben vorzubereiten und die ihm verbleibende Zeit nach seinen Wünschen zu gestalten.⁴⁶²⁰ Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Krankengeschichte möglicherweise falsche oder nicht mehr zutreffende Angaben enthält und ein erhebliches Interesse des Betroffenen besteht, diese einzusehen und zu korrigieren.⁴⁶²¹

Bezogen auf das Akteneinsichtsrecht in einem Verfahren ist auf Folgendes hinzuweisen: Es ist von zentraler verfahrensrechtlicher Bedeutung, sichert die Subjektqualität der Parteien, steht im Dienste der Wahrheitsfindung und stellt ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht dar.⁴⁶²² Eine Verweigerung der Akteneinsicht lässt sich mit dem gebotenen Respekt vor der Subjektqualität der Partei kaum vereinbaren.⁴⁶²³ Solche (und im Einzelfall allenfalls weitere) negativen Folgen der Auskunftsverweigerung dürfen *keinesfalls* unberücksichtigt bleiben.⁴⁶²⁴

Mit Blick auf diese erheblichen Freiheitsbeschränkungen ist einerseits zu fordern, dass nur schwere Selbstbestimmungsdefizite überhaupt eine Auskunftsverweige-

⁴⁶¹⁶ Vgl. DROESE, 147; GUILLOD, 194 f.; COTTIER, 125; Commentaire LTF- FRÉSARD, Art. 56 BGG, Rz. 13; EVG, Urteil vom 12. Februar 1992, I 230/91, E. 2b/cc (nicht veröffentlicht).

⁴⁶¹⁷ Vgl. PAYLLIER, Aufklärung, 84; FELLMANN, 205; EISNER, 184 f.

⁴⁶¹⁸ Vgl. PAYLLIER, Aufklärung, 85.

⁴⁶¹⁹ Vgl. WIEGAND, 144.

⁴⁶²⁰ TAG, Arztalltag, 712.

⁴⁶²¹ BGE 122 I 163, E. 6b/bb.

⁴⁶²² Vgl. z.B. HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Rz. 1.

⁴⁶²³ Sehr kritisch auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 553 mit Fn. 253.

⁴⁶²⁴ Vgl. das unveröffentlichte Urteil des EVG vom 12. Februar 1992, I 230/91, E. 2b/cc; KGer SG, Urteil vom 17. Mai 2004, SJZ 2006, 39 ff., E. 4c, 40.

nung rechtfertigen können, d.h. *erhebliche Fehlvorstellungen* über die mit der Auskunftserteilung verbundenen Konsequenzen. Andererseits müssen *ernsthafte Schäden* an der physischen und/oder psychischen Gesundheit drohen, damit die Verweigerung von Informationen überhaupt einer Interessenabwägung standhalten kann. Keinesfalls ist es ausreichend, dass die Betroffene beunruhigt oder aufgebracht wird oder sich aufregt.⁴⁶²⁵ Sie muss *psychisch schwer belastet* werden⁴⁶²⁶ oder es muss eine erhebliche *Verschlechterung des körperlichen Zustands* drohen. Negative Konsequenzen können auch darin liegen, dass die Einzelne *resigniert* und in ihrer Lebenskraft und ihrem Willen zur persönlichen Entfaltung stark geschmälert wird.⁴⁶²⁷ Die (ungewollte) Gefährdung eines Therapieerfolgs kann ebenfalls ein – in die Abwägung einzubeziehender – Schaden sein.⁴⁶²⁸ Zudem ist grundsätzlich zu verlangen, dass es sich um eine *akute* Gefährdung handelt.⁴⁶²⁹ Dabei muss – und das scheint mir wichtig – *überzeugend* dargelegt sein, dass diese (ungewollten) negativen Folgen *tatsächlich* oder *zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit* eintreten,⁴⁶³⁰ dass also der Einzelne durch die Information schwer belastet wird – was keineswegs vorschnell angenommen werden darf⁴⁶³¹ und entsprechend abzuklären ist⁴⁶³². Bezogen auf das Arzt-Patienten-Verhältnis ist jeweils zu prüfen, ob sich der Schaden nicht dadurch verhindern lässt, dass das Gespräch entsprechend strukturiert wird.⁴⁶³³

Selbst wenn die Einzelne in ihrem Entscheidungsprozess die Möglichkeit einer negativen Information nicht berücksichtigt oder ihre Fähigkeiten (erheblich) überschätzt, mit der Information angemessen umzugehen, und schwere (ungewollte) Schäden drohen, bleibt eine Verweigerung der Auskunft angesichts der damit verbundenen Konsequenzen äusserst problematisch. Es muss sich *überzeugend begrün-*

⁴⁶²⁵ BGE 122 I 153, E. 6c/cc; unveröffentlichtes Urteil des EVG vom 12. Februar 1992, I 230/91, E. 2a; ferner REINHARDT, 192; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Rz. 26; BERNHART, Rz. 46; Praxiskomm. VwVG-WALDMANN/OESCHGER, Art. 27, Rz. 36; BSK ZGB I-MARANTA, Art. 449b, Rz. 17; ferner WYSS, Öffentliche Interessen, 305.

⁴⁶²⁶ BGE 122 I 153, E. 6c/cc (im Zusammenhang mit Psychiatricakten, i.c. allerdings nicht entscheiderelevant).

⁴⁶²⁷ Vgl. WIEGAND, 143 und 145; FELLMANN, 203 f.

⁴⁶²⁸ BGE 122 I 153, E. 6 c/cc; HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Rz. 26.

⁴⁶²⁹ Vgl. HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Rz. 26; TAG, Arztalltag, 712.

⁴⁶³⁰ Vorne, Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (2.).

⁴⁶³¹ Häufig ist unsicher, ob eine Einsicht in die Krankengeschichte tatsächlich zu denjenigen negativen Auswirkungen auf den Gesundheitszustand oder die Heilungschancen führt, mit welcher eine Beschränkung des Auskunfts- und Einsichtsrechts gerechtfertigt wird, siehe GUILLOD, 194 ff.; SCHROTH, Medizinethik, 381; EISNER, 184 f.

⁴⁶³² KGer SG, Urteil vom 17. Mai 2004, SJZ 2006, 39 ff., E. 4c, 40; s.a. das unveröffentlichte Urteil des EVG vom 12. Februar 1992, I 230/91, E. 2b/cc.

⁴⁶³³ PAYLLIER, Aufklärung, 85 f.; POLEDNA/BERGER, Rz. 127.

den lassen, dass die mit der Auskunftsverweigerung verbundenen Freiheitsverluste durch den damit einhergehenden Nutzen *deutlich* überwogen werden⁴⁶³⁴ – wobei hier eine subjektive Perspektive einzunehmen ist bzw. die tatsächlichen Bedürfnisse und Wertungen des Einzelnen massgeblich sind, nicht objektiv «vernünftige» Kriterien.⁴⁶³⁵ Diesen Nachweis zu erbringen erscheint mir sehr schwierig, wenn auch nicht geradezu ausgeschlossen. Eine Beschränkung der Auskunft in Gesundheitsdaten ist mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht (und das Verbot, den Einzelnen beim Schutz seiner eigenen Interessen in seinem Wohl zu *vermindern*) allerdings *äusserst restriktiv* zu handhaben. Sie kann gegenüber einer urteilsfähigen Person nur in absoluten Ausnahmefällen zulässig sein.⁴⁶³⁶ Und selbst wenn eine Beschränkung der Auskunft oder Akteneinsicht ausnahmsweise gerechtfertigt (und gesetzlich überhaupt zulässig) ist, darf die Information nach der hier vertretenen Auffassung *nicht vollständig verweigert* werden, sondern es ist der Weg der *mediatisierten* Akteneinsicht zu gehen.⁴⁶³⁷ Zumindest ist immer sorgfältig zu *prüfen*, ob der Gesundheitsgefährdung nicht dadurch Rechnung getragen werden kann, dass dem Betroffenen die Information durch einen Dritten (Arzt, Vertrauensperson) vermittelt wird.⁴⁶³⁸

ix) Lenkungsabgaben

Lenkungsabgaben dürfen nur insofern für *paternalistische* Zwecke eingesetzt werden, als der Einzelne von einer *defizitären* Entscheidung abgehalten werden soll, nicht aber, um gezielt die Präferenzen in eine bestimmte Richtung zu beeinflussen. Deshalb kann eine Tabaksteuer einer weich *paternalistischen* Rechtfertigung zum Vornherein nur insoweit zugänglich sein, als der Einzelne bezüglich der Gefahren des Rauchens eigentlichen Fehlvorstellungen oder einer erheblichen, suchtbedingten Willensschwäche unterliegt und keine anderen geeigneten Mittel bestehen, ihn in seinem «defizitären» Entscheidungsverhalten zu korrigieren bzw. die daraus resultierenden Schäden zu verhindern (etwa durch Informationen, Warnungen, Beratungsangebote).

⁴⁶³⁴ Vorne, Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (3.) bei Fn. 4402 ff.

⁴⁶³⁵ Vgl. im Zusammenhang mit der Zulässigkeit eines ärztlichen Aufklärungsverzichts (therapeutisches Privileg) KGer SG, Urteil vom 17. Mai 2004, SJZ 2006, 39 ff., E. 4a, c und d, 39 ff.; s.a. vorne, Teil 4 II. B. 2.

⁴⁶³⁶ Vgl. bezogen auf die Akteneinsicht im Verfahren Commentaire LTF- FRÉSARD, Art. 56, Rz. 13; bezogen auf das therapeutische Privileg im Arzt-Patienten-Verhältnis: GUILLOD, 197; EISNER, 185; TAG, Arztalltag, 712 f.

⁴⁶³⁷ In diese Richtung auch HÄUSLER/FERRARI-VISCA, Rz. 26; zur Problematik zu undifferenziert abgefasster gesetzlicher Grundlagen für die mediatisierte Akteneinsicht siehe hinten, Teil 5 II. B. 3. b) i).

⁴⁶³⁸ BSK ZGBI-MARANTA, Art. 449b, Rz. 17 und 19.

Ob Raucherinnen und Raucher in ihrer Selbstbestimmung aber tatsächlich so eingeschränkt sind, dass sich eine (zunehmende, massive) Verteuerung von Tabakprodukten zum Schutz ihrer Gesundheit rechtfertigen kann, halte ich für zweifelhaft, jedenfalls wenn es sich um erwachsene und mündige Konsumentinnen und Konsumenten handelt. Zu berücksichtigen sind zudem die nicht unerheblichen finanziellen Wohlfahrtseinbussen bei den Raucherinnen und Rauchern, die nicht mit dem Tabakkonsum aufhören können bzw. bei denen die Erhöhung der Tabaksteuer keine Wirkung zeigt. Indessen kommen für die steuerliche Belastung von Tabakprodukten auch andere Gründe in Frage, zu denken ist namentlich an die sozialen Folgekosten. Diesbezüglich aber wäre darzulegen, dass die von Raucherinnen und Rauchern der Allgemeinheit verursachten Kosten tatsächlich eine Besteuerung im festgelegten Umfang rechtfertigen (was eine differenzierte Prüfung erfordert).⁴⁶³⁹ Schliesslich werfen Lenkungssteuern unter dem Aspekt der Rechtsgleichheit gewisse Fragen auf.⁴⁶⁴⁰

b) Der libertäre Paternalismus und die Nudges im Besonderen

Der von einem libertären Paternalismus propagierte Einsatz von *Nudges* begegnet – wie bereits einleitend skizziert – verschiedensten Bedenken.⁴⁶⁴¹ Mit Blick auf die *verfassungsrechtlichen Voraussetzungen* paternalistischer Massnahmen, ist Folgendes zu beachten:

- (1.) Die Erkenntnisse aus der psychologischen Forschung und der Verhaltensökonomie zur «begrenzten Rationalität» («*bounded rationality*») bzw. der Umstand, dass unser Verhalten «Anomalien» unterliegt, stellen für sich genommen – und entgegen einer in der verhaltensökonomisch geprägten Paternalismusliteratur zuweilen identifizierten Tendenz⁴⁶⁴² – noch keine Begründung oder Rechtfertigung für eine paternalistische Intervention dar. Es handelt sich hierbei primär um eine Feststellung, aus der weder folgt, dass Rationalitätsdefizite korrigiert werden müssen oder sollen, noch, dass solche Defizite korrigiert werden *dürfen*.⁴⁶⁴³

⁴⁶³⁹ Vorne, bei Fn. 126 f.

⁴⁶⁴⁰ Hinten, bei Fn. 4756 ff.

⁴⁶⁴¹ Vorne, Teil 1 II. B. 10.

⁴⁶⁴² Vgl. die Einschätzungen von SCHNELLENBACH, Rationalität, 778, ENGLERTH, Behavioral Law and Economics, 101, und GUTWALD, 76; s.a. RIESENHUBER, Selbstverantwortung, 4 f.; GLOD, Nudges, 612; kritisch auch etwa KAREN HORN, Libertärer Paternalismus – Sklavenhalter der Zukunft, FAZ vom 1. März 2013, 14; HILL, Anti-Anti-Anti-Paternalism, 445 ff.

⁴⁶⁴³ Siehe VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 109 ff. und 135; DIES., Nudge, 86; OSWALD, 101; JOOST, 151 und 155 f.; KIENZERLE, 141 f.; EIDENMÜLLER, Paternalismus, 814 und 819 f.;

Nicht überzeugend ist das seitens der Vertreter eines libertären Paternalismus zuweilen angeführte Argument, dass der Staat immer irgendwelche Rahmenbedingungen unserer Entscheidungen festlege oder festlegen müsse – eine Beeinflussung der Entscheidungsarchitektur und staatlicher Paternalismus liessen sich so gesehen gar nicht oder kaum vermeiden.⁴⁶⁴⁴ Zwar trifft es durchaus zu, dass die Rechtsetzung (und die Rechtsanwendung) zwangsläufig Auswirkungen darauf haben, wie, wofür oder wogegen wir uns entscheiden (etwa aufgrund angedrohter Sanktionen oder der Ausgestaltung des zwingenden Rechts).⁴⁶⁴⁵ Zudem muss der Staat regelmässig Entscheidungen darüber treffen, wie er eine Regelung ausgestaltet: Soll er eine *Opt-in-* oder eine *Opt-out-*Regelung treffen? Welche Bestimmungen sollen zwingend sein, inwiefern soll die Einzelne von einer Bestimmung mittels vertraglicher Vereinbarung abweichen dürfen?⁴⁶⁴⁶ Das bedeutet aber nicht, dass sich *Paternalismus* gar nicht (oder kaum) vermeiden liesse. Der Staat kann sich auch von *anderen, nicht paternalistischen Gründen* leiten lassen oder sich gar keine Gedanken

ENGLERTH, Wert des Rauchens, 236 f., 241 ff. und 256; DERS., Behavioral Law and Economics, 101 f.; HETTICH, Rz. 71; HEIDBRINK/KLONTSCHINSKI, 19 und 24; RACHLINSKI, Paternalism, 1168 und 1225; JOLLS/SUNSTEIN/THALER, 1541; SANDFUCHS, 223 und 225; KIRCHGÄSSNER, Rz. 47; RIESENHUBER, Selbstverantwortung, 4; RIGOPOULOU, 38; s.a. vorne, bei Fn. 4024; zur Verhaltensökonomie als primär *deskriptive* Theorie vgl. ENGLERTH, Behavioral Law and Economics, 102; GUTWALD, 76; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, Fn. 2 und S. 110; DIES., Nudge, 86. Erkenntnisse über unsere (beschränkte) Rationalität und Verhaltensanomalien können in anderer Hinsicht jedoch durchaus von (rechtlicher) Bedeutung sein: Etwa um Regelungsdefizite und Steuerungsprobleme zu erkennen und menschliches Verhalten mit Blick auf die Verwirklichung und den Schutz von Dritt- und Allgemeininteressen (zu denken ist etwa an den Umweltschutz) effizienter und zielgerichteter zu lenken (vgl. etwa CHRISTOPH ENGEL, Verhaltenswissenschaftliche Analyse: eine Gebrauchsanweisung für Juristen, in: ENGEL et al., 363 ff., 363 f.; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 110; DIES., Nudge, 86; JOOST, 142, 155 f. und 165; REICH, Nudging, 636 f.). Das Wissen über die Entstehung und das Auftreten von Verhaltensanomalien kann es zudem ermöglichen, staatliches Handeln besser auf individuelle Bedürfnisse abzustimmen (vgl. JOOST, 142, 155 f. und 165); zu denken ist hier etwa an die Problematik der «Überinformation» (dazu vorne, bei Fn. 4134 f.).

⁴⁶⁴⁴ Zu diesem Argument: THALER/SUNSTEIN, Nudge, 21 f.; SUNSTEIN/THALER, Oxy-moron, 1164 ff., 1171 ff., insb. 1182 f. sowie 1188 und 1199 ff.; THALER/SUNSTEIN, Lib-ertarian Paternalism, 176 f.; differenzierend dann aber SUNSTEIN, Why Nudge?, 118 f.; siehe bezogen auf den von ihr vertretenen «schonendsten Paternalismus» auch VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 123 und 133.

⁴⁶⁴⁵ Vgl. EIDENMÜLLER, Effizienz, 370 ff.; ENGLERTH, Behavioral Law and Economics, 77; VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 123 und 133; SUNSTEIN/THALER, Oxy-moron, 1182.

⁴⁶⁴⁶ Vgl. SUNSTEIN/THALER, Oxy-moron, 1164 f., 1171 ff. und 1182 ff.; s.a. THALER/SUNSTEIN, Libertarian Paternalism, 176 f.

über einen Schutz vor sich selbst machen. Es macht einen Unterschied, ob der Staat eine Regelung gezielt so ausgestaltet, damit die Einzelne – möglicherweise unter Ausnutzung von Verhaltensanomalien oder einer Willensschwäche – in eine gewisse Richtung gelenkt (und somit Macht in ihrem wohlverstandenen Interesse ausgeübt) wird oder nicht.⁴⁶⁴⁷ Anders gesagt: Allein die Tatsache, dass staatliche Regelungen regelmässig Auswirkungen auf individuelle Entscheidungen haben, verschafft dem Staat keine Rechtfertigung, diese so auszugestalten, dass das Verhalten *im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen* beeinflusst wird.⁴⁶⁴⁸

- (2.) Eine Veränderung des Entscheidungsrahmens durch *Nudges* kann nur insofern zulässig sein, als damit ein *defizitäres Entscheidungsverhalten* korrigiert und der Einzelne von einem *ungewollten* Schaden abgehalten werden soll.⁴⁶⁴⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung können zwar auch Verhaltensanomalien und eine Willensschwäche *grundsätzlich* als legitime Ansatzpunkte für eine weich paternalistische Intervention in Frage kommen.⁴⁶⁵⁰ Es muss sich aber *klar und überzeugend* begründen lassen, dass der Einzelne über ein entsprechendes, sich negativ auswirkendes «Defizit» verfügt⁴⁶⁵¹ (was regelmässig mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein dürfte⁴⁶⁵²).

Die Tatsache, dass die Einzelne über eine langfristige Präferenz verfügt, die sie einer kurzfristigen Präferenz opfert, begründet die Zulässigkeit (und Zumutbarkeit) eines *Nudge* für sich genommen jedenfalls nicht.⁴⁶⁵³ Und vor allem darf die Einzelne immer nur in die Richtung desjenigen Verhaltens «geschubst» werden, zu dem sie sich entscheiden würde, wenn sie dem Defizit nicht unterliegen würde. Verfassungsrechtlich unzulässig ist es, die Entscheidungen und Präferenzen des Einzelnen mittels eines *Nudge* in eine bestimmte, «objektiv vernünftige» Richtung oder das «objektiv» verstandene individuelle Wohl zu lenken.⁴⁶⁵⁴ Der libertäre Paternalismus steht allerdings – entgegen der ihm durch seine Vertreter zugeschriebenen Stossrichtung – nur bedingt im

⁴⁶⁴⁷ Vgl. GRÜNE-YANOFF, 639; HAUSMAN/WELCH, 133; HANSEN/JESPersen, 5, 9 f. und 27; COONS/WEBER, 17 f.; GLOD, *Nudges*, 608 ff.; JAMIE KELLY, *Libertarian paternalism, utilitarianism, and justice*, in: COONS/WEBER, 216 ff., 219 ff.; REBONATO, 371; s.a. vorne, bei Fn. 2003 ff.

⁴⁶⁴⁸ Vgl. GLOD, *Nudges*, 610 f.; KIENZERLE, 138.

⁴⁶⁴⁹ So auch SANDFUCHS, 225; siehe dazu auch vorne, Teil 4 III. B. 1.

⁴⁶⁵⁰ Vorne, Teil 4 III. B. 8 und 9.

⁴⁶⁵¹ Vorne, Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (1.).

⁴⁶⁵² Vgl. vorne, bei Fn. 411 ff.; s.a. bei Fn. 420 f.

⁴⁶⁵³ Dazu näher vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3855 ff., sowie vorne, bei Fn. 3964 ff.

⁴⁶⁵⁴ So auch HUSTER, *Selbstbestimmung*, 47 f.; s.a. SANDFUCHS, 224 ff.; vorne, Teil 4 II. A. 1 und Teil 4 II. A. 2, Ziff. (11.) bei Fn. 3851 ff., insb. 3852; zur Massgeblichkeit der subjektivi-

Einklang mit diesem Grundsatz: Die «eentlichen» Präferenzen der «Angeschubsten» dürften häufig zumindest *auch* nach «objektiven» Kriterien oder Werten bestimmt werden (müssen)^{4655, 4656}

- (3.) Mit Blick auf die *Folgen* eines libertären Paternalismus für das Individuum ist zunächst zu beachten, dass *Nudges* die Wahlfreiheiten nicht einfach offen lassen: Die Entscheidungsarchitektur wird modifiziert, um ein bestimmtes Verhalten zu provozieren.⁴⁶⁵⁷ Gegen eine solche paternalistisch motivierte Einflussnahme ist die Einzelne nach der hier vertretenen Auffassung sogar *grundrechtlich* geschützt.⁴⁶⁵⁸ Mit einem *Nudging* können sich – über die Tatsache der unerwünschten Einmischung und Beeinflussung hinaus – zudem weitere (gewichtige) *Nachteile* verbinden.⁴⁶⁵⁹ Keineswegs lässt sich pauschal behaupten, dass ein «Ausgleich» von Rationalitätsdefiziten *per se* das individuelle Wohl erhöhen würde – ein rationaler Entscheid ist nicht zwingend ein «besserer» oder ein glücklich machender Entscheid.⁴⁶⁶⁰ Der Einzelne kann durchaus gute Gründe haben, abweichend von einem rationalen Massstab zu entscheiden.⁴⁶⁶¹ Auch besteht die Gefahr, dass der Einzelne Verhaltensoptionen nicht erkennt oder wählt, die sein Wohl stärker steigern würden als der vom *Nudge* vorgegebene Weg.⁴⁶⁶² Als besonders problematisch erweisen sich *manipulative*, für die Einzelne nicht oder kaum *erkennbare Nudges*, erst recht, wenn diese Verhaltensanomalien gezielt ausnutzen.⁴⁶⁶³ Weiter ist zu bedenken, dass *Nudges* durchaus persönlichkeitsnahe Entscheidungen – wie etwa die individuelle Ernährung oder Gesundheit – betreffen können. Und ganz

ven Sichtweise, was dem individuellen Wohl dient und was nicht, siehe Teil 4 II. B. 2; siehe ferner Teil 4 II. C und Teil 4 III. B. 5.

⁴⁶⁵⁵ Vorne, Teil 1 II. B. 10, Ziff. (4.) bei Fn. 419 ff., sowie vorne, bei Fn. 2002 und 3916.

⁴⁶⁵⁶ Zu Recht kritisch KIENZERLE, 140.

⁴⁶⁵⁷ Vorne, bei Fn. 414 ff.

⁴⁶⁵⁸ Vorne, bei Fn. 2000 ff.; ob die Betroffene mit ihrer Entscheidung dem Massstab einer vollständig rational handelnden Person genügt oder nicht, ist nicht von Bedeutung; ihr Wille ist selbst dann Ausdruck grundrechtlich geschützter Selbstbestimmung, wenn er durch Rationalitätsdefizite bzw. Verhaltensanomalien beeinflusst oder «verzerrt» ist (vorne, bei Fn. 2107 ff.).

⁴⁶⁵⁹ Vgl. bezogen auf die Behebung von Verhaltensanomalien im Allgemeinen VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 135 ff.

⁴⁶⁶⁰ Vgl. JOOST, 150; RACHLINSKI, Psychology, 760.

⁴⁶⁶¹ GRÜNE-YANOFF, 637; im Einzelnen vorne, bei Fn. 2089 ff.

⁴⁶⁶² SCHNELLENBACH, Anschubsen, 450 und 454 f.; HAUPT, 786.

⁴⁶⁶³ Vgl. GUTWALD, 91; bezogen auf intransparente *Nudges* ferner VAN AAKEN, *Nudge*, 110, s.a. 96; vorne, bei Fn. 2574 f.; zu solchen Erscheinungsformen von *Nudges* siehe vorne, Teil 1 II. B. 10, insb. bei Fn. 386 ff. und bei Ziff. (2.) bei Fn. 412 f. und Ziff. (5.) bei Fn. 427 ff.

grundsätzlich stellt sich die Frage, ob ein *Nudge* tatsächlich geeignet ist, die von ihm angestrebte Verhaltensanpassung zu bewirken.⁴⁶⁶⁴

Damit – in den unter Ziff. (2.) dargestellten Grenzen – eine *gezielte* (in ihrer Eingriffsintensität nicht zu unterschätzende) Veränderung der Entscheidungsarchitektur überhaupt zulässig ist, muss der Staat überzeugend darlegen, dass der damit verbundene Nutzen die Freiheitskosten (deutlich) übersteigt.⁴⁶⁶⁵ Geht es «nur» um die Korrektur von Rationalitätsdefiziten oder von Willensschwäche, ist der Raum für eine Übersteuerung der individuellen Präferenzen und Abwägungen aber besonders eng.⁴⁶⁶⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Grenze des Zumutbaren dort erreicht, wo der Staat *unmerklich* oder *subtil* in die Entscheidungsarchitektur eingreift; das kann nur in *absoluten Ausnahmefällen* zulässig sein, wenn erhebliche Selbstbestimmungsdefizite vorliegen und schwere, nicht anders abwendbare Schäden drohen.⁴⁶⁶⁷ Zu weit geht es nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls, wenn *Nudges* Verhaltensanomalien oder eine Willensschwäche und «Trägheit» – vom Betroffenen unbemerkt – *gezielt ausnützen*, um ihn in eine bestimmte Richtung zu «schubsen». Hier bleibt zudem zu bedenken, dass nicht erkennbare, manipulative Methoden in einem grundlegenden Konflikt mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen und Anliegen der *Objektivität, Sachlichkeit und Transparenz* staatlichen Handelns sowie dem Grundsatz von *Treu und Glauben* stehen.⁴⁶⁶⁸ Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgt: Es bliebe immer darzulegen, wieso ein (subtiles) *Ausnützen* von Rationalitätsdefiziten tatsächlich erforderlich ist und es nicht ausreicht, den Einzelnen (transparent) zu informieren und aufzuklären.⁴⁶⁶⁹ Besonders heikel ist es m.E. auch, wenn der Einzelne mittels eines *Nudge* vor seiner eigenen (letztlich durchaus «menschlichen») «*Willensschwäche*» geschützt werden soll. Es erscheint mir sehr zweifelhaft, ob die Schwierigkeit, kurzfristigen Bedürfnissen widerstehen zu können, ein staatliches Eingreifen durch eine gezielte, allenfalls unmerkliche Veränderung der Entscheidungsarchitektur legitimieren kann.⁴⁶⁷⁰ Es sollte sich jedenfalls um ein ganz erhebliches, z.B. suchtbeding-

⁴⁶⁶⁴ Dass *Nudges* generell dazu geeignet wären, die Entscheidungsarchitektur in dem von ihnen angestrebten Sinn zu beeinflussen, lässt sich jedenfalls nicht behaupten; hier besteht zumindest Evaluationsbedarf, siehe KOLBE, 88 f.; KATHRIN LOER/ALEXANDER LEIPOLD, in: Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 1.2018, 41 ff., 42; BASEL/MEIER, Rz. 14 ff.

⁴⁶⁶⁵ Vorne, Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (3.) bei Fn. 4402 ff.

⁴⁶⁶⁶ Vorne, Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.) insb. bei 4291 f. sowie bei Fn. 4311, 4374 und 4406.

⁴⁶⁶⁷ Vorne, bei Fn. 4334; m.E. zu grosszügig SUNSTEIN, *Ethics of Nudging*, xv, und DERS., *Nudges*, 66.

⁴⁶⁶⁸ Vorne, Teil 3 III. B.

⁴⁶⁶⁹ HUSTER, *Selbstbestimmung*, 49.

⁴⁶⁷⁰ Vgl. dazu näher vorne, Teil 4 III. B. 8; s.a. Teil 4 III. B. 7, ferner vorne, bei Fn. 4327.

tes Selbstkontrollproblem handeln, das zudem schwerwiegende (z.B. gesundheitliche oder finanzielle) Folgen nach sich zieht.

Nach der hier vertretenen Auffassung – und unabhängig von den damit tangierten (wirtschaftlichen) Interessen Dritter – ist es bspw. nicht zulässig, den Einzelnen in seinem (wohlverstandenen) eigenen Interesse zu einer gesünderen Ernährung zu bewegen, indem den Anbietern von Lebensmitteln staatlicherseits vorgeschrieben würde, die «ungesunden» Lebensmittel ungünstiger bzw. schwerer erreichbar als die gesunden Lebensmittel zu platzieren.⁴⁶⁷¹ Dazu kommt, dass es sich bei der Auswahl der Lebensmittel und damit letztlich der Frage der Ernährung um einen sehr individuellen, auch mit der persönlichen Lebenseinstellung verknüpften Entscheid handelt. Darüber hinaus lässt sich nicht pauschal behaupten, die Einzelne würde sich durch den Kauf ungesunder Lebensmittel einem erheblichen und unmittelbaren Gesundheitsrisiko aussetzen.

Ob *Nudges* zulässig oder unzulässig sind, lässt sich schon aufgrund ihrer vielfältigen Erscheinungsformen und unterschiedlichen (potentiellen) Einsatzgebieten nicht pauschal beantworten. Nach der hier vertretenen Auffassung setzen die verfassungsrechtlichen Vorgaben einem libertären Paternalismus und dem Einsatz von *Nudges* aber *enge Grenzen*.⁴⁶⁷² Ein (paternalistisch motiviertes) *Nudging* in dem (weiten) Umfang, wie es von den Vertretern eines libertären Paternalismus propagiert wird, lässt sich m.E. nicht rechtfertigen.

⁴⁶⁷¹ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 389 f.

⁴⁶⁷² Weniger streng KOLBE, 318 f.

Teil 5 Paternalismus in der Rechtsetzung und in der Rechtsanwendung: Vertiefungen

I. Bemerkungen zur gesetzgeberischen Ausgestaltung paternalistischer Normen

A. Anforderungen an Normstufe und Normdichte

Eine paternalistische Massnahme bedarf nach der nach der hier vertretenen Auffassung einer (ausreichend bestimmten) *formell*-gesetzlichen Grundlage. Dies gilt zweifellos für solche Massnahmen, die auch ohne spezifische paternalistische Motivation mit schweren Grundrechtseingriffen verbunden sind⁴⁶⁷³ – zu denken ist an medizinische Zwangsmassnahmen⁴⁶⁷⁴ oder die Auskunftsverweigerung bezüglich der eigenen Gesundheit⁴⁶⁷⁵. Aber auch in anderen Fällen muss das Legalitätsprinzip – mit Blick auf seine rechtsstaatliche (Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns) und demokratische Funktion⁴⁶⁷⁶ – *streng gehandhabt werden*:

Zunächst weist der paternalistische Schutz eine besondere und grundsätzlich hohe Eingriffsintensität auf, da die Einzelne um ihrer selbst willen in eine unerwünschte Konfrontation mit dem Staat gedrängt wird und sich der Staat Entscheidungskompetenzen bezüglich ihres eigenen Wohls anmassiert. Selbst von aussen gesehen *geringfügige* Eingriffe können sich in der – letztlich relevanten – subjektiven Perspektive als *erheblich nachteilig* erweisen, z.B. weil sie im persönlichen Empfinden zu einer übermässigen, nicht durch einen Nutzen aufgewogenen Schlechterstellung führen.⁴⁶⁷⁷ Mit Blick auf die individuell unterschiedlichen, schwer abschätzbaren, aber potentiell weitreichenden (negativen) Folgen *zumindest* für gewisse Personen ist deshalb prinzipiell eine formell-gesetzliche Grundlage zu fordern, wenn der Staat seinen Rechtsunterworfen in ihrem wohlverstandenen Interesse Schutz und Fürsorge aufdrängen will.⁴⁶⁷⁸ Das gilt ohne weiteres für den – nach der hier vertre-

⁴⁶⁷³ Schwere Grundrechtseingriffe müssen sich immer auf eine (klare und ausdrückliche) formell-gesetzliche Regelung stützen können (Art. 36 Abs. 1 BV; BGE 139 I 280, E. 5.1).

⁴⁶⁷⁴ MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 284; GEISER, Zwangsmassnahmen, 97; BGE 136 IV 97, E. 6.3.1; BGer 1P. 218/1991, ZBl 1993, 504 ff., E. 5a, 511; s.a. BGE 125 III 169, E. 3.

⁴⁶⁷⁵ BEAT RUDIN, Datenschutzgesetze – fit für Europa – Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze, Zürich 2007, 55; zur Eingriffsintensität entsprechender Beschränkungen vorne, Teil 4 III. C. 4. a) vii), insb. bei Fn. 4616 ff.

⁴⁶⁷⁶ Vgl. dazu etwa BGE 141 II 169, E. 3.1.

⁴⁶⁷⁷ Vgl. zu dieser Bedeutung der subjektiven Perspektive vorne, Teil 4 II. B. 2, insb. bei Ziff. (1.)(b.), sowie Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.) bei Fn. 4282 ff.

⁴⁶⁷⁸ Vgl. auch PAUL RICHLI, Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln, ZSR 1990 I, 151 ff., 161, der für staatliches Informationshandeln prinzipiell eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt, da die Eingriffsintensität

tenen Auffassung allerdings verfassungswidrigen⁴⁶⁷⁹ – *harten* Paternalismus, aber auch für einen ebenfalls in mancher Hinsicht problembehafteten und eingriffsintensiven *weichen* Paternalismus und ebenso für den *libertären* Paternalismus (so weit er überhaupt als verfassungsrechtlich legitim erachtet werden kann⁴⁶⁸⁰). Der Schutz vor sich selbst beschlägt zudem *grundsätzliche* und im freiheitlichen, der Menschenwürde verpflichteten Staat *heikle* Fragestellungen. Wie stark der Staat den Einzelnen in ihrem wohlverstandenen Interesse Schutz und Fürsorge aufdrängen soll, ist – jedenfalls wenn es nicht um den Schutz urteilsunfähiger Personen geht – regelmässig umstritten und *kontrovers*⁴⁶⁸¹, selbst dort, wo die Eingriffe von aussen gesehen eher geringfügig erscheinen mögen⁴⁶⁸² oder es um irreversible Schädigungen geht (zu denken ist an die Sterbehilfe); die politische Umstrittenheit einer Materie und mögliche Widerstände seitens der Betroffenen sprechen ebenfalls für eine Regelung in einem demokratisch legitimierten (formellen) Gesetz^{4683 4684}.

Aus diesen Gründen müssen m.E. auch paternalistisch motivierte *Bedenkfristen* durch das formelle Gesetz selbst vorgesehen sein. Selbst wenn man die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nicht so streng wie hier handhaben will, muss dies jedenfalls dann gelten, wenn sie als «Wartefristen» ausgestaltet sind und persönlichkeitsnahe Entscheidungen betreffen.⁴⁶⁸⁵ Paternalistisch motivierte *Zugangsbeschränkungen zu Solarien* für Minderjährige bedürfen

staatlichen Informationshandelns häufig unklar und schwer abschätzbar sei (kritisch dazu MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 397).

⁴⁶⁷⁹ Dazu vorne, Teil 4 II, insb. Teil 4 II. C.

⁴⁶⁸⁰ Vorne, Teil 4 III. C. 4. b).

⁴⁶⁸¹ Vgl. bezogen auf paternalistisch motivierte Beschränkungen des Zugangs zu den eigenen Personendaten Praxiskomm. IDG BS-RUDIN, § 29, Rz. 56.

⁴⁶⁸² Vgl. bezogen auf ein Sicherheitsgurtenobligatorium BGE 103 IV 192, E. 2c (dazu näher hinten, bei Fn. 4698). Die Kennzeichnung von Lebensmitteln mit einer sog. «*Lebensmittelampel*» – man mag darin einen *Nudge* erblicken (KOLBE, 84) – kann durchaus als übermässige Bevormundung und übermässige Einmischung in die individuellen Essgewohnheiten empfunden werden.

⁴⁶⁸³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 354; NÜTZI, 149; ferner BGE 103 IV 192, E. 2c (Sicherheitsgurtenobligatorium); BGE 134 I 322, E. 2.6.3 (Rauchverbot in öffentlichen Räumen).

⁴⁶⁸⁴ Vgl. – im Kontext des Erwachsenenschutzrechts – auch GEISER, Selbstbestimmungsrecht, 14, wonach der demokratischen Legitimation von Regelungen, die auf den Schutz privater Interessen (vor sich selbst) zielen, besondere Beachtung zu schenken sei; s.a. vorne, bei Fn. 2365 ff.

⁴⁶⁸⁵ Solche Bedenkfristen finden sich teilweise jedoch lediglich auf Verordnungsstufe, siehe die Beispiele in Fn. 541 (Transplantationsverordnung, Zeugenschutzverordnung [allerdings ergibt sich hier zumindest aus der Gesetzesbotschaft, dass eine solche Bedenkfrist durch den Bundesrat vorgesehen werden soll, siehe Botsch. ZeugSG, 74]); zur Problematik von Bedenkfristen vgl. vorne, Teil 4 III. C. 4. a) v).

m.E. einer (hinreichend bestimmten) Regelung im formellen Gesetz und können nicht bloss auf Verordnungsstufe vorgesehen werden.⁴⁶⁸⁶

Dabei muss – auch wegen der gebotenen Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns – formell-gesetzlich klar geregelt werden, *welche Massnahmen unter welchen Voraussetzungen* zulässig sind.⁴⁶⁸⁷ Dies ist nicht nur, aber besonders dann wichtig, wenn der Staat Personen mittels (strafrechtlichen) *Verboten* oder gar *physischen Zwangs* vor sich selbst schützen oder wenn er hierfür auf *verdeckte, intransparente* Mittel zurückgreifen will (was nach der hier vertretenen Auffassung allerdings grundsätzlich unzulässig ist⁴⁶⁸⁸).

Eine hinreichend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage wird man auch für informierendes Staatshandeln verlangen müssen, mit dem der Staat gezielt auf unsere Einstellungen Einfluss nehmen und unsere Motivationslage verändern will,⁴⁶⁸⁹ dies ist in der Lehre insbesondere für (breitenwirksame) *Kampagnen* anerkannt.⁴⁶⁹⁰ Allerdings: Eine gezielte Beeinflussung der Präferenzen lässt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit *paternalistischen* Gründen rechtfertigen.⁴⁶⁹¹

Wichtig ist, dass der Schutz vor sich selbst deutlich als *Regelungsabsicht* zum Ausdruck kommt (wie z.B. bei Art. 8 Abs. 2 Bst. c WG⁴⁶⁹²) bzw. sich als Gesetzeszweck nachweisen lässt.⁴⁶⁹³ Dies gilt auch für «sanftes» Staatshandeln: Der Gesetzgeber hat zu bestimmen, zu welchen Zwecken Warnungen und Empfehlungen eingesetzt werden können.⁴⁶⁹⁴ Er hat auch festzulegen, ob *Nudges* für die Verfolgung *paternalistisch motivierter Ziele* zum Einsatz kommen dürfen.⁴⁶⁹⁵

⁴⁶⁸⁶ Vgl. aber vorne, bei Fn. 2382 ff.

⁴⁶⁸⁷ Vgl. aus rechtsphilosophischer Sicht MURPHY, 483 f.

⁴⁶⁸⁸ Vgl. vorne, Teil 3 III. B sowie bei Fn. 4334 und 4667.

⁴⁶⁸⁹ Siehe THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, 2. Aufl., Bern 2022, Art. 10, Rz. 10 f.; NÜTZI, 158; BARTHE, 135; SCHÜPBACH/ZELTNER, EpG, Rz. 11.

⁴⁶⁹⁰ Vgl. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, 377; SUTTER-SOMM, Werbung aus dem Bundeshaus, recht 1991, 122 ff., 132; TSCHANNEN/BUCHLI, 19.

⁴⁶⁹¹ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (11.) bei Fn. 3851 ff.

⁴⁶⁹² Vgl. vorne, bei Fn. 721; zur Problematik dieser Bestimmung siehe aber hinten, Teil 5 II. B. 3. b) iv.

⁴⁶⁹³ Vgl. zum Ganzen vorne, Teil 3 II. C. 1; s.a. hinten, bei Fn. 4873.

⁴⁶⁹⁴ TSCHANNEN, Warnungen, 426; TSCHANNEN/BUCHLI, 20; vgl. ferner NÜTZI, 159, wonach hohe Anforderungen an die Normdichte zu stellen sind, «wenn vorhersehbar ist, dass eine Informationskampagne besonders sensible, umstrittene Bereiche tangiert, wie beispielsweise die Sexualmoral oder religiöse Gefühle»; die gesetzlichen Grundlagen für informierendes Staatshandeln sind allerdings oft sehr generell gehalten, siehe SCHINDLER, Ethikförderung, 77 f.; vgl. bezogen auf staatliche Präventionsmassnahmen im Allgemeinen DIGGELMANN, Grundrechtsdogmatik, 343 und 347 f.

⁴⁶⁹⁵ *Nudges* können auch zu nicht paternalistischen Zwecken eingesetzt werden, siehe vorne, bei Fn. 403 ff.

Gemäss Art. 78 Bst. b StGB kann Einzelhaft «zum Schutz des Gefangenen oder Dritter» angeordnet werden. Und Art. 90 Abs. 1 Bst. b StGB sieht vor, dass eine Person, die sich im Vollzug einer Massnahme nach Art. 59–61 befindet (stationäre therapeutische Massnahmen), dann ununterbrochen von den anderen Eingewiesenen getrennt untergebracht werden kann, wenn dies unerlässlich ist «zum Schutz des Eingewiesenen oder Dritter». Meint der «Schutz des Gefangenen» bzw. «Eingewiesenen» auch einen *Schutz vor sich selbst* (*Selbstgefährdung*) oder geht es nur um den Schutz des Gefangenen bzw. Eingewiesenen vor Übergriffen durch *Dritte*? Wie sich (immerhin) aus den *Materialien* ergibt, ist an beide Fälle gedacht.⁴⁶⁹⁶

Nicht ausgeschlossen ist es, dass eine paternalistisch motivierte Regelung – trotz ihrer Eingriffsintensität – durch den Ordnungsgeber gestützt auf eine gesetzliche *Delegationsnorm* erlassen wird. Vorausgesetzt ist, dass sich der Regelungszweck (Schutz vor sich selbst) sowie Inhalt und Ausmass der delegierten Regelung aus dem Gesetz selbst ergeben; die Delegation muss sich zudem auf eine inhaltlich bestimmte Materie erstrecken.⁴⁶⁹⁷

In BGE 103 IV 192, E. 2c, ist das Bundesgericht zum Schluss gelangt, dass die Bestimmung im SVG, wonach der Bundesrat Regeln über den Strassenverkehr erlassen kann, keine ausreichende Grundlage bildet, um auf Verordnungsstufe eine paternalistisch motivierte Gurtentragungspflicht vorzusehen. Die Verkehrsregeln des SVG stünden primär im Interesse Dritter und dienen nicht einem Schutz vor sich selbst. Der Erlass einer solch wichtigen, fundamentalen, zwingenden und umstrittenen Bestimmung bedürfe – obwohl sich die Nützlichkeit und die Wirksamkeit einer Gurtentragungspflicht kaum bestreiten lasse – einer ausdrücklichen *Delegationsnorm*.⁴⁶⁹⁸

Will man es entgegen der hier vertretenen Auffassung – etwa mit der Begründung, der beabsichtigte Schutz vor sich selbst sei nicht besonders eingriffsintensiv – als zulässig erachten, dass der Ordnungsgeber selbst paternalistisch motivierte, über reine Vollzugsbestimmungen hinausgehende (gesetzesvertretende) Bestimmungen erlässt (was immer eine *Delegationsnorm* bedingt⁴⁶⁹⁹), so sollte sich doch *zumindest* aus dem (formellen) Gesetz ergeben, dass (auch) ein *Schutz vor sich selbst* verwirklicht werden *darf*. Nur dann ist hinreichend sichergestellt, dass der beabsichtigte Schutz vor sich selbst durch ein öffentliches Interesse gedeckt ist.⁴⁷⁰⁰

⁴⁶⁹⁶ Botsch. Änd. StGB AT, 2114 (Einzelhaft u.a. «zum Schutze des Gefangenen [vor Mitgefangenen oder wenn dies der psychische Zustand des Gefangenen erfordert] oder zum Schutze Dritter [Mitgefangene, Personal]») und 2124; das Bundesgericht wendet die Bestimmung von Art. 90 Abs. 1 Bst. b StGB auch auf Fälle von Selbstgefährdungen an, siehe BGE 134 I 221, E. 3.1.2.

⁴⁶⁹⁷ Zu den Grundsätzen der Gesetzesdelegation siehe etwa TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 423; eine Gesetzesdelegation ist auch bei schweren Grundrechtseingriffen möglich, siehe TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 339 und 1033.

⁴⁶⁹⁸ Vgl. auch vorne, Fn. 4682 f.

⁴⁶⁹⁹ Siehe Art. 164 Abs. 2 BV; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 1664, 1671 und 1681.

⁴⁷⁰⁰ Vorne, Teil 3 II. C. 1, insb. bei Fn. 2379 ff.

Schliesslich bleibt zu beachten, dass eine *inhaltlich zu bestimmte* (paternalistische) Regelung mit dem *Verhältnismässigkeitsprinzip* in einen Konflikt geraten kann. Darauf und auf weitere Fragen im Zusammenhang mit der Abfassung weich paternalistisch motivierter Normen ist nachstehend einzugehen.

B. Zur Problematik einer generell-abstrakten Regelung des Schutzes vor sich selbst

1. Im Allgemeinen

Die (verfassungskonforme, insb. verhältnismässige) gesetzgeberische Ausgestaltung einer paternalistisch motivierten Fürsorge stellt eine anspruchsvolle Aufgabe dar: *Zum einen* müssen – wie gerade ausgeführt – Art und Umfang des paternalistischen Schutzes genügend bestimmt geregelt werden.⁴⁷⁰¹ *Zum anderen* ist zu berücksichtigen, dass ein Schutz vor sich selbst nur unter engen Voraussetzungen *verhältnismässig* sein kann. Der Einzelne muss sich in seinem wohlverstandenen Interesse prinzipiell nur dann vor sich selbst schützen lassen, wenn sicher oder zumindest sehr wahrscheinlich ist, dass er *tatsächlich* einem – sich nachteilig auswirkenden – Selbstbestimmungsdefizit unterliegt, und der überzeugende Nachweis gelingt, dass er durch die Massnahme in seinem Wohl (erheblich) befördert (werden) wird.⁴⁷⁰² Der Gesetzgeber darf ein Defizit nicht einfach unterstellen und ebenso wenig einen Nutzen aus einer paternalistischen Massnahme, da sich darüber nicht ohne Berücksichtigung der individuellen Präferenzen und Abwägungen sowie der sonstigen einzelfallbezogenen Gegebenheiten entscheiden lässt.⁴⁷⁰³ Ganz allgemein stehen unwiderlegbare Vermutungen («Fiktionen»⁴⁷⁰⁴) in einem Konflikt mit dem durch das Verhältnismässigkeitsprinzip geforderten Berücksichtigung der konkreten Umstände.⁴⁷⁰⁵

⁴⁷⁰¹ Vorne, bei Fn. 4687 f.

⁴⁷⁰² Dazu vorne, Teil 4 III. C, insb. Teil 4 III. C. 3. b).

⁴⁷⁰³ Vgl. GUTWALD, 88; s.a. GUTMANN, Kritik, 252 f.; s.a. vorne, Teil 4 II. B. 2 und Teil 4 III. C. 3. Auf eine Befassung mit den individuellen Umständen, namentlich der Frage, ob der Betroffene tatsächlich defizitär handelt, kann in *engen Grenzen* verzichtet werden, wenn dies mit einem (ganz) erheblichen *Aufwand* verbunden wäre oder im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung gar *keine Klarheit* über ein Defizit gewonnen werden könnte, siehe dazu im Einzelnen vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii; ferner hinten, bei Fn. 4732 ff.

⁴⁷⁰⁴ Vgl. BVerG A-2907/2015, E. 1.3.2.

⁴⁷⁰⁵ Vgl. bezogen auf (unwiderlegbare) Vermutungen bei der ausländerrechtlichen Haft MARTIN BUSINGER, Ausländerrechtliche Haft, Diss., Zürich 2015, 142; äusserst problematisch erscheint mir insofern die vom BVerG in seinem Beschluss vom 11. August 1999, 1 BvR 2181/98, NJW 1999, 3399 ff., 3402, gestützte Einschätzung des Gesetzgebers, dass

Diese gebotene Berücksichtigung der *individuellen Situation* und die Tatsache, dass zwischen verschiedenen Personen *grosse Unterschiede* hinsichtlich der Freiverantwortlichkeit ihres Handelns und individueller Präferenzen bestehen können, stellen den Gesetzgeber vor (besondere) Herausforderungen.⁴⁷⁰⁶ Ein nicht nach den konkreten Umständen differenzierter (oder bei der Rechtsanwendung differenzierbarer) Schutz birgt nicht nur die Gefahr einer unverhältnismässigen «Bevormundung» gewisser Personen, sondern wirft auch die Frage auf, ob er vor dem in Art. 8 Abs. 1 BV enthaltenen *Differenzierungsgebot*⁴⁷⁰⁷ standhält.⁴⁷⁰⁸ Eine paternalistisch motivierte Bestimmung hat den tatsächlichen Unterschieden in den bestehenden Verhältnissen hinreichend Rechnung zu tragen.⁴⁷⁰⁹ Mit allgemein gehal-

«die Freiwilligkeit der Organspende grundsätzlich nur bei einem verwandtschaftlichen oder sonstigen Näheverhältnis vermutet werden» könne – dazu vorne, bei Fn. 4463 ff.

⁴⁷⁰⁶ Vgl. HUSAK, 396 ff.; SUNSTEIN, Why Nudge?, 96 ff.

⁴⁷⁰⁷ MÜLLER/SCHEFER, 654; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1835 (Gebot der sachlichen Differenzierung). Das Differenzierungsgebot ist verletzt, wenn ein Erlass Unterscheidungen unterlässt, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen bzw. sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen (BGE 147 V 312, E. 6.3.2; BGE 142 II 425, E. 4.2; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: VdS, § 41, Rz. 12 und 15; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 23) – Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen sind durch die rechtliche Regelung adäquat abzubilden, siehe MÜLLER/SCHEFER, 658; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 379. Man kann das Differenzierungsgebot auch als Problem der «mittelbaren Ungleichbehandlung» bezeichnen: Eine Regelung führt *oberflächlich* betrachtet zu einer Gleichbehandlung, hat aber ganz unterschiedliche tatsächliche *Auswirkungen* auf die davon Betroffenen, siehe WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: VdS, § 41, Rz. 12; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35, Rz. 46. Mit dem Differenzierungsgebot gerät nicht die formelle Gleichheit in den Vordergrund, sondern die *materielle Gleichheit*, die Auswirkungen und Folgen eines Rechtsakts berücksichtigt (siehe WALDMANN, Diskriminierungsverbot, 65; OESCH, 48 ff.).

⁴⁷⁰⁸ In diese Richtung auch BELSER, Vertragsrecht, 124.

⁴⁷⁰⁹ Der zur Beurteilung der *Unterschiedlichkeit* der tatsächlichen Verhältnisse relevante *rechts-erhebliche Sachverhalt* (KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 35, Rz. 14 f.) und damit der massgebliche Vergleichsaspekt (auch beim Differenzierungsgebot ist über die Unterschiedlichkeit der tatsächlichen Verhältnisse anhand eines Referenzpunkts bzw. Vergleichsmassstabs zu entscheiden, siehe OESCH, S. 34 ff., insb. Fn. 100 und S. 44; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 395) liegt bei einem weichen Paternalismus in den unterschiedlichen *Selbstbestimmungsdefiziten* und den unterschiedlichen Einschätzungen, was dem *eigenen Wohl dient* und was nicht. Vorzunehmen ist eine sog. «Entsprechungsprüfung», vgl. dazu MARTENET, Rz. 43; HUSTER, Rechte und Ziele, 142 ff., 171 und 226; OESCH, 219 ff. und 233; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 399; eine eigentliche Güterabwägung findet nicht statt, wenn die (Un-)Gleichbehandlung nicht zur Erreichung externer Ziele (z.B. der Rechtssicherheit, Praktikabilität, Privilegierung einer bestimmten Gruppe; vgl. hinten, Teil 5 I. B. 3, Ziff. (1.) bei Fn. 4733 ff.) erfolgt, da eine Kollision zwischen Rechtsgütern nicht vorliegt; die (Un-)Gleichbehandlung erfolgt nicht zur Erreichung bestimm-

tenen, undifferenzierten Regeln ist nicht sichergestellt, dass der Schutz verhältnismässig ist und – dem Gedanken der Rechtsgleichheit entsprechend – hinreichend nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen differenziert⁴⁷¹⁰ wird.⁴⁷¹¹

Weich paternalistische Massnahmen und Regelungen können zu Wohlfahrtsverlusten bei denjenigen Personen führen, die *keinem Selbstbestimmungsdefizit* unterliegen und den Schutz ablehnen:⁴⁷¹² Generelle Vorschriften über das Mindestalter zur Eingehung von Rechtsgeschäften wirken sich nachteilig auf diejenigen Personen aus, die schon vor Erreichen des Mindestalters über die nötige «geistige Reife» verfügen.⁴⁷¹³ Ein Abtreibungsverbot mit der Begründung, die schwangere Frau vor Druckversuchen des Kindsvaters schützen zu wollen, würde sich erheblich negativ auf all diejenigen Frauen auswirken, die den Entscheid zum Schwangerschaftsabbruch freiwillig fällen.⁴⁷¹⁴ Eine Helmtrag- und Anschnallpflicht mit der Begründung, der Einzelne würde das Risiko eines Unfalls falsch einschätzen oder einem Überoptimismus unterliegen, belastete all diejenigen Personen besonders stark, die nicht über entsprechende Defizite verfügen bzw. bereit sind, ein bestimmtes Risiko in Kauf zu nehmen.⁴⁷¹⁵ Ein generelles Verbot von gewalttätigen Computerspielen zum Schutz von Kindern und Jugendlichen würde auch viele (nicht gefährdete) Erwachsene betreffen.⁴⁷¹⁶ Wenn der Staat Hinweise zur «richtigen» Ernährung gibt, vermögen diese bei Informationsdefiziten unterliegenden Personen zwar vielleicht eine Anpassung des Essverhaltens und einen Gewichtsverlust herbeizuführen, bei Untergewichtigen bewirkt deren Befolgung hingegen möglicherweise eine Verschlechterung des

ter, im öffentlichen Interesse liegender Zwecke, die gegen private Interessen abgewogen werden könnten, siehe OESCH, 219 ff. und 233; RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, 1323 und 1327; HUSTER, Rechte und Ziele, 170 ff.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 398 f.; s.a. hinten, bei Fn. 4772.

⁴⁷¹⁰ Die (unbegründete, ungerechtfertigte) Gleichbehandlung muss sich aber auf *wesentliche* Tatsachen beziehen (BGE 142 I 195, E. 6.1; BGE 139 I 242, E. 5.1; BGE 137 I 167, E. 3.5; BGE 136 I 1, E. 4.1; BGE 127 V 448, E. 3b); zudem müssen die tatsächlichen Verhältnisse *erheblich unterschiedlich* sein – bloss geringfügige Unterschiede sind nicht gemeint (OESCH, 44; DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 3195; BGer, Urteil vom 3. Oktober 1990, ZBl 1991, 266 ff., E. 4c, 268; BGE 119 V 255, E. 4b/aa). Der Spielraum des Gesetzgebers ist dabei grundsätzlich weit (BGE 142 II 425, E. 4.2; BGE 142 I 195, E. 6.1; BGE 136 I 1, E. 4.1; BGE 138 I 321, E. 3.2; BGE 137 I 167, E. 3.5; DUBEY, Droits fondamentaux II, Rz. 3196).

⁴⁷¹¹ Zur Verwandtschaft des Verhältnismässigkeitsprinzips mit dem Differenzierungsgebot, wenn es um die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit geht, siehe RÜTSCHKE, Verhältnismässigkeit, in: VdS 2020, Bd. II, IV.7, Rz. 18.

⁴⁷¹² Vgl. VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, 135; CAMERER et al., 1214; LENZ, 223 f., 227 und 242.

⁴⁷¹³ Vgl. BELSER, Vertragsrecht, 121; MÖLLER, Paternalismus, 192; Botsch. Änd. ZGB (1993), 1180.

⁴⁷¹⁴ Vgl. HANGARTNER, Sterbehilfe, 18.

⁴⁷¹⁵ Vgl. ENGLERTH, Wert des Rauchens, 244.

⁴⁷¹⁶ HAGENSTEIN, 1301 – ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen ein solches Verbot überhaupt einen Schutzeffekt hat, sei hier dahingestellt.

Gesundheitszustands.⁴⁷¹⁷ Wenn zum Ausgleich von «Willensschwäche» (unter der gleichzeitigen Ausnutzung individueller Trägheit) die Zugänglichkeit (etwa in einem Supermarkt) zu ungesunden Lebensmitteln erschwert wird, erfährt derjenige einen Wohlfahrtsverlust, der eine tatsächliche Präferenz für «ungesunde» Lebensmittel hat: Er muss einen zusätzlichen Aufwand auf sich nehmen, um die gewünschten Lebensmittel zu erreichen, oder aber – wenn er diesen Aufwand scheut – auf die Verwirklichung seines Wunschs verzichten.⁴⁷¹⁸ Eine Bedenkfrist bzw. Wartefrist kann bei denjenigen Personen zu einem Nutzen führen, die ohne die Bedenkfrist einen übereilten Entscheid getroffen hätten – den nicht in ihrer Entscheidungsfindung «beeinträchtigten» Personen werden mit einer Wartefrist aber lediglich Wohlfahrtsverluste aufgebürdet: Sie können ihren Wunsch nicht sofort in die Tat umsetzen.

Bezogen auf die *Sterbehilfe* vgl. hinten, bei Fn. 4786; bezogen auf *Defaults* («voreingestellte Entscheidungen») siehe vorne, bei Fn. 437; s.a. die Beispiele hinten, Teil 5 II. B. 3.

2. Grundsatz: Erfordernis einer nach individuellen Schutzbedürfnissen differenzierten/differenzierbaren Regelung

Der Gesetzgeber muss – so der *Grundsatz* – den Schutz (vor sich selbst) derart (spezifisch) ausgestalten, dass davon *nur Personen betroffen sind* oder betroffen werden, denen gegenüber sich der Schutz tatsächlich rechtfertigen lässt.⁴⁷¹⁹ Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt nach der Einräumung von *Ermessensspielräumen*, um ein dem Einzelfall angepasstes Ergebnis herstellen bzw. unterschiedlichen individuellen Umständen und Schutzbedürfnissen Rechnung tragen zu können.⁴⁷²⁰ Zu prüfen sind auch *Ausnahmeregelungen* für den Fall, dass ein Selbstbestimmungsdefizit nicht besteht bzw. nicht überzeugend nachgewiesen werden kann⁴⁷²¹ oder die Zumutbarkeit des Schutzes aus anderen Gründen nicht gegeben ist. Die an sich hohen Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot⁴⁷²² werden damit relativiert⁴⁷²³ (was allerdings nichts daran ändert, dass die grundsätzlich in Frage kommenden Schutzmassnahmen gesetzlich klar zu regeln sind). Nach Möglichkeit ist

⁴⁷¹⁷ Vgl. PETER HETTICH, «Durchgenudgt», abrufbar unter: www.regulierung.ch/blog/2014/6/20/durchgenudgt; HETTICH, Rz. 257; s.a. BLUMENTHAL-BARBY, 182.

⁴⁷¹⁸ SCHNELLENBACH, Nudges, 269; vgl. zu diesem *Nudge* vorne, bei Fn. 389 f.

⁴⁷¹⁹ Vgl. bezogen auf den Konsumenten- sowie den Arbeitnehmerschutz bereits vorne, bei Fn. 3522 bzw. 3531.

⁴⁷²⁰ Vgl. IVANOV, Rz. 25, 28 f. und 39; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 55.

⁴⁷²¹ Vgl. bezogen auf «objektive Verfügungsverbote» FATEH-MOGHADAM, Grenzen, 41.

⁴⁷²² Vorne, bei Fn. 4687.

⁴⁷²³ Vgl. allgemein zur Relativierung des Bestimmtheitsgebots durch das Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Rz. 404; zum konflikträchtigen Verhältnis zwischen Legalitäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. auch DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 619 ff.

der Schutz *gruppenspezifisch* abzustimmen («*personalized paternalism*»⁴⁷²⁴), z.B. ein Verbot so auszugestalten, dass es sich nur an diejenigen Personen richtet, gegenüber denen sich der Schutz auch tatsächlich rechtfertigen lässt. Wenn die Regelung mehr Personen betrifft, als dies vom Regelungsziel her geboten bzw. zur Erreichung des Regelungszwecks erforderlich ist, liegt darin auch kein vernünftiger und sachlicher Grund für eine (Un-)Gleichbehandlung.⁴⁷²⁵

Zulässig (und grundrechtlich *geboten*) erscheint mir ein *generelles Verbot* der Abgabe sog. harter Drogen (wie Heroin, Kokain, Crack) an (mit Blick auf den Drogenkonsum urteilsunfähige) *Kinder*. Die nötige Reife für den Umgang mit solch erheblich gesundheitsgefährdenden, süchtig machenden Substanzen darf der Gesetzgeber verneinen, ohne dass dies zu einem Konflikt mit dem Verhältnismässigkeits- und dem Differenzierungsgebot führen würde. Problematisch ist hingegen ein *generelles* mit einem *Schutz vor sich selbst* begründetes Abgabeverbot, von dem auch (urteilsfähige, freiverantwortlich handelnde) Erwachsene betroffen sind.⁴⁷²⁶ Zu prüfen wäre, ob den tatsächlichen Unterschieden nicht durch eine differenziertere Regelung Rechnung getragen werden kann. Allerdings: Wird die Abgabe von harten Drogen an Erwachsene erlaubt, stellt sich zumindest die Frage, ob damit nicht auch die Zugänglichkeit für Kinder und Jugendliche erhöht wird.⁴⁷²⁷

Die individuell ganz unterschiedlichen Schutzbedürfnisse (und die Schwierigkeiten in der Ermittlung der tatsächlichen Umstände) gebieten eine grundsätzliche *Zurückhaltung* mit paternalistischen Vorschriften⁴⁷²⁸ (einschliesslich eines libertären Paternalismus, können sich *Nudges* für gewisse Personen ja durchaus nachteilig auswirken⁴⁷²⁹). Der Gesetzgeber darf sich auch nicht vorschnell an *einem bestimmten* «Menschenbild» (etwa dem grundsätzlich «schwachen» oder dem immerzu

⁴⁷²⁴ SUNSTEIN, Why Nudge?, 99 und 115.

⁴⁷²⁵ MÜLLER, Komm. zu Art. 4 aBV, Rz. 31; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 754; MÜLLER/SCHEFER, 657 f. und 663; ferner OFK BV-BIAGGINI, Art. 8, Rz. 16; SCHEFER, Beeinträchtigung, 111.

⁴⁷²⁶ Vgl. bezogen auf mit dem Jugendschutz begründete Verbote SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 47; s.a. vorne, bei Fn. 3799.

⁴⁷²⁷ Vgl. HUSAK, 397 f.; s.a. vorne, Fn. 4171 – zur Problematik einer Beschränkung der Selbstbestimmung gewisser Personengruppen, um eine andere Personengruppe vor sich selbst zu schützen, vgl. weiter hinten, Teil 5 I. B. 3, Ziff. (2.); zu bedenken bleibt, dass es im Betäubungsmittelbereich auch um *andere* als paternalistische Zwecke geht (vorne, bei Fn. 600 ff.).

⁴⁷²⁸ Bezogen auf den Konsumentenschutz: HANS GIGER, Nutzen und Gefahren einer Sozialisierung des Rechts, in: LENDI et al., 65 ff., 70 f. – zur Vermeidung einer «unterschiedslose[n] Bevormundung der verantwortungslosen wie verantwortungsbewussten Konsumenten» seien solche «Lösungsmodelle» vorzuziehen, «welche die Selbstkontrolle sowohl auf Kreditgeber- als auch Kreditnehmerseite in den Vordergrund stellen und die das Gesetz nur im Sinne einer ultima ratio gewisse Schranken aufstellen lassen».

⁴⁷²⁹ COONS/WEBER, 18 f. und 21; vorne, bei Fn. 437 und 4718; s.a. bei Fn. 4657 ff.

«mündigen» Konsumenten) orientieren.⁴⁷³⁰ Er sollte sich angesichts der ganz unterschiedlichen individuellen Bedürfnisse, Handlungsziele und Entscheidungsdefizite zudem auf solche Massnahmen beschränken, welche die *Wahlfreiheiten möglichst offen halten* und individuelle Präferenzen weitestgehend respektieren. Damit wird die Gefahr, vom Schutz mitbetroffene Personen in ihren Freiheiten übermässig zu beschränken und in ihrem Wohl zu schmälern, zumindest etwas abgeschwächt.⁴⁷³¹

3. Verzicht auf einen nach individuellen Schutzbedürfnissen differenzierten/differenzierbaren Schutz?

Gibt es aber nicht Gründe, auf einen ausdifferenzierten, Raum für eine Einzelfallbetrachtung lassenden Schutz zu verzichten – auch wenn dies mit der Gefahr einhergeht, dass davon Personen betroffen werden, gegenüber denen sich der Schutz *nicht* mit paternalistischen Gründen rechtfertigen lässt? Dies ist keineswegs ausgeschlossen.⁴⁷³²

(1.) Es ist nicht unzulässig, dass der Staat aus Gründen der **Praktikabilität (Vollzugstauglichkeit, verwaltungswirtschaftliche Gründe)**⁴⁷³³ oder der **Rechtssicherheit** auf eine differenzierte Regelung verzichtet und Typisierungen und

⁴⁷³⁰ Vorne, bei Fn. 2542 ff.; vgl. bezogen auf den Konsumentenschutz auch vorne, bei Fn. 3498 ff. (keine klare verfassungsrechtliche Festlegung des anzustrebenden «Schutz-niveaus»).

⁴⁷³¹ SUNSTEIN, Why Nudge?, 17; vgl. auch vorne, bei Fn. 3951 und 4408.

⁴⁷³² Um Missverständnissen vorzubeugen: Der Umstand, dass von einer paternalistisch motivierten generell-abstrakten Regelung auch Personen betroffen sein können (und – unter den nachfolgend zu skizzierenden Voraussetzungen – auch *dürfen*), die nicht über ein Selbstbestimmungsdefizit verfügen, ist *kein* Beleg dafür, dass dem Staat mehr als ein *weicher* Paternalismus erlaubt wäre; dass ihm also auch ein Paternalismus gestattet wäre, der *nicht* an ein Selbstbestimmungsdefizit anknüpft (vgl. aber LENZ, 227). Der paternalistische Schutz ist und bleibt nur soweit zulässig, als er darauf abzielt, defizitäre Entscheidungen bzw. daraus resultierende Schäden zu verhindern; gegenüber denjenigen Personen, die nicht über Defizite verfügen, lässt sich der Schutz *nicht* mit paternalistischen Gründen rechtfertigen, aber allenfalls – worauf nachstehend einzugehen ist – mit *anderen* Gründen (Rechtssicherheit, Praktikabilität, bessere Verwirklichung des Schutzes derjenigen, die darauf tatsächlich angewiesen sind usw.). Um eine paternalistische Begründung handelt es sich dabei aber nicht, weshalb sich nicht sagen lässt, dem Staat seien auch *andere* als *weich* paternalistische Massnahmen erlaubt.

⁴⁷³³ OESCH, 106 ff.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 406; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: VdS, § 41, Rz. 14; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 24; MÜLLER/SCHEFER, 671; BGE 142 V 577, E. 5.4; BGE 136 II 457, E. 7.1; BGE 100 Ia 322, E. 4b; BGE 121 II 183, E. 4b/aa (unverhältnismässiger Vollzugsaufwand).

Schematisierungen vornimmt.⁴⁷³⁴ Allerdings hat sich eine solche Typisierung und Schematisierung als geeignet und erforderlich zu erweisen, um das (externe⁴⁷³⁵) Ziel der Rechtssicherheit oder Praktikabilität zu erreichen und muss das Interesse des Betroffenen an einer differenzierteren Regelung überwiegen.⁴⁷³⁶ Auch Typisierungen und Schematisierungen finden ihre Grenze damit an der *Zumutbarkeit*⁴⁷³⁷ und sollten jedenfalls für stossende Ungleichbehandlungen *Ausnahme- und Härtefallklauseln* enthalten.⁴⁷³⁸ Bei altersbezogenen Typisierungen muss sich sachlich und überzeugend begründen lassen, dass unterhalb der vorgesehenen Altersgrenze typischerweise Selbstbestimmungsdefizite vorliegen.⁴⁷³⁹ Gesetzliche Regelungen, welche die selbständige Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten von starren Altersgrenzen (und nicht primär der Frage der Urteilsfähigkeit) abhängig machen (wie z.B. die Regelung von Art. 303 Abs. 3 ZGB betreffend die Religionsmündigkeit⁴⁷⁴⁰), stehen zudem in einem rechtfertigungsbedürftigen Konflikt mit Art. 11 Abs. 2 BV.⁴⁷⁴¹

Festzuhalten ist jedoch: Es besteht kein eigentlicher «Typisierungsspielraum» für die *Unterstellung* von Selbstbestimmungsdefiziten oder eines Nutzens gegenüber dem vor sich selbst zu Schützenden. Ein paternalistischer Schutz lässt sich nur insofern rechtfertigen, als er an tatsächlich (oder zumindest sehr wahrscheinlich) vorhandene Selbstbestimmungsdefizite anknüpft, nachteilige Folgen ernsthaft zu befürchten sind und das individuelle Wohl tatsächlich (erheblich) befördert wird (was alles überzeugend nachzuweisen ist).⁴⁷⁴²

⁴⁷³⁴ OESCH, 145 ff.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 406; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, in: VdS, § 41, Rz. 14; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 24.

⁴⁷³⁵ Vgl. HUSTER, Rechte und Ziele, 260; OESCH, 191 und 235 f.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 407; differenzierend RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, 1329; zum Begriff des «externen» Ziels hinten, Fn. 4771.

⁴⁷³⁶ MARTENET, Rz. 452; OESCH, 238 ff.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 407.

⁴⁷³⁷ SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8, Rz. 24; MÜLLER/SCHEFER, 673; vgl. auch BGE 139 I 138, E. 3.5.

⁴⁷³⁸ MÜLLER/SCHEFER, 673.

⁴⁷³⁹ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 11, Rz. 33, wonach «[d]ie Altersgrenze [...] in vertretbarer Weise als typisch für die sachlich geforderte Reife gelten können [muss]»; ferner TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 143.

⁴⁷⁴⁰ BGE 135 I 79, E. 1.2: «Vor Vollendung des 16. Altersjahres kann sich das urteilsfähige Kind (Art. 11 Abs. 2 BV) zwar selbst auf seine Glaubens- und Gewissensfreiheit berufen; wahrzunehmen sind seine Rechte jedoch grundsätzlich durch die Eltern (Art. 304 Abs. 1 ZGB; BGE 119 Ia 178, E. 2b).»

⁴⁷⁴¹ Siehe KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 5, Rz. 12, und TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 142 («Spannungsverhältnis»).

⁴⁷⁴² Vorne, Teil 4 III. C. 3. b) und bei Fn. 4702 ff.

Praktikabilitätsgründe können immerhin überwiegende Drittinteressen darstellen, um auf eine *Einzelfallabklärung* zu verzichten. Ob ein Selbstbestimmungsdefizit *typischerweise* vorliegt, ist zudem für die Frage von Bedeutung, ob von einer *nicht zielführenden* näheren Abklärung individuell vorliegender Selbstbestimmungsdefizite abgesehen werden darf, z.B. aufgrund zeitlicher Dringlichkeit.⁴⁷⁴³

Allerdings können Typisierungen und Schematisierungen insofern zulässig sein, als sich der Staat im Interesse der Rechtssicherheit oder aus Praktikabilitätsgründen an einer (den paternalistischen Schutz rechtfertigenden) *typischen* (und *tatsächlich vorliegenden*) Konstellation orientiert – mit der Folge, dass der Schutz letztlich auch solche Personen betrifft, gegenüber denen sich der Schutz nicht rechtfertigen liesse (z.B. weil sie nicht über das angestrebte Schutzniveau rechtfertigende Freiwilligkeitsdefizite verfügen).

Mit Gründen der *Rechtssicherheit* – aber auch der Vollzugstauglichkeit und Praktikabilität⁴⁷⁴⁴ – lassen sich etwa Typisierungen bezüglich des Eintritts der für die Geschäftsfähigkeit notwendigen geistigen Reife und damit die gesetzliche Festlegung eines Mindestalters rechtfertigen.⁴⁷⁴⁵ Solche Gründe sprechen nach der hier vertretenen Auffassung auch für die Zulässigkeit der Bestimmung von Art. 303 Abs. 3 ZGB; sachlich dürfte es sich wohl gerade noch rechtfertigen lassen, die für die Religionsmündigkeit erforderliche Reife erst mit 16 Jahren eintreten zu lassen.⁴⁷⁴⁶ Der Spielraum für Typisierungen ist freilich nicht unbegrenzt. So dürfte sich z.B. die Festlegung eines Mindestalters von 25 Jahren für die Geschäftsfähigkeit klarerweise als unzumutbar erweisen, selbst wenn sich nachweisen liesse, dass bei gewissen Personen erst ab diesem Alter die «nötige» Reife eintritt.⁴⁷⁴⁷ Auch ein Volljährigkeitserfordernis für das gültige und rechtswirksame Abfassen einer Patientenverfügung wäre verfassungsrechtlich – insbesondere mit Blick auf das auch Minderjährigen zukommende Selbstbestimmungsrecht über ihren Körper – unzulässig;⁴⁷⁴⁸ massgeblich ist richtigerweise die Urteilsfähigkeit (Art. 370 Abs. 1 ZGB).⁴⁷⁴⁹

Aspekte der *Vollzugstauglichkeit und der Praktikabilität* können (besonders) dann eine Rolle spielen, wenn es mit *erheblichem Aufwand* verbunden wäre, den Schutz gruppenspezifisch abzustimmen und Ausnahmen für den Fall vorzusehen, dass ein Defizit *nicht* vorliegt oder der Schutz aus anderen Gründen nicht zumutbar ist. Deshalb kann es sich allenfalls rechtfertigen, eine Handlung nicht nur der Personengruppe zu verbieten, ge-

⁴⁷⁴³ Dazu vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii.

⁴⁷⁴⁴ Vgl. hinten, bei Fn. 4750 ff.

⁴⁷⁴⁵ Vgl. RUSCH, 343 f.; BELSER, Vertragsrecht, S. 122 mit Fn. 321; Botsch. Änd. ZGB (1993), 1180.

⁴⁷⁴⁶ BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 11, Rz. 33; SGK BV (3. Aufl.)-REUSSER/LÜSCHER, Art. 11, Rz. 50; s.a. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, § 5, Rz. 12; vgl. aber BELSER/WALDMANN, Grundrechte I, 102, sowie LAURA BUCHER, Die Rechtsstellung der Jugendlichen im öffentlichen Recht, Diss., Zürich 2013, 53, welche die Regelung von Art. 303 Abs. 3 ZGB als einen verfassungswidrigen Verstoss gegen Art. 15 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 BV erachten.

⁴⁷⁴⁷ Vgl. OHLY, 88.

⁴⁷⁴⁸ Vgl. aus deutscher Perspektive STERNBERG-LIEBEN/REICHMANN, 260.

⁴⁷⁴⁹ Botsch. Erwachsenenschutz, 7031.

genüber der sich der Schutz tatsächlich rechtfertigen lässt, sondern gleichzeitig auch solchen Personengruppen, bei denen dies nicht der Fall ist; oder die Einwilligungsfähigkeit von einem Mindestalter abhängig zu machen und dabei auch solche Personen zu belasten, die bereits genügend «reif» sind.⁴⁷⁵⁰ Solche undifferenzierten Regelungen sind jedoch missbrauchsanfällig und haben zurückhaltend zu erfolgen.⁴⁷⁵¹ Wenn der Einzelne gar nicht darlegen kann, dass er keinem Defizit unterliegt oder der Schutz trotz Vorliegen eines Defizits nicht gerechtfertigt ist, rückt dies das staatliche Handeln in die Nähe eines harten Paternalismus.⁴⁷⁵² Es bleibt deshalb jeweils *sorgfältig* zu prüfen, ob nicht eine *Ausnahmeregelung* getroffen werden kann, v.a. in Fällen, in welchen ein bestimmtes Verhalten eng mit der Persönlichkeit verknüpft ist und/oder der Staat zur Durchsetzung seiner paternalistischen Ziele auf die Wahlfreiheiten untergrabende Verbote und Gebote zurückgreift.⁴⁷⁵³ Beispielsweise stellt sich die Frage, ob sich ein allgemeines Mindestalter von 18 Jahren für das Eingehen der Ehe tatsächlich rechtfertigt. Nun dürfte es wohl zutreffen, dass zahlreiche minderjährige Personen nicht genügend «reif» sind, die (langfristigen) Konsequenzen einer Ehe bzw. einer Scheidung abzusehen.⁴⁷⁵⁴ Und grundsätzlich dürfte es einer minderjährigen heiratswilligen Personen zumutbar sein, bis zum 18. Altersjahr mit dem Eingehen der Ehe zu warten, selbst wenn sie die dafür nötige Reife schon vorher aufweist.⁴⁷⁵⁵ Wenn der Gesetzgeber auf eine (vorzeitige) «Ehemündigerklärung» verzichtet, überschreitet er seinen «Typisierungsspielraum» m.E. nicht.

Besonders schwierige Fragen mit Blick auf die Rechtsgleichheit können sich bei zur Verhaltenslenkung eingesetzten (z.B. gesundheitspolitisch motivierten) *Lenkungsabgaben* stellen.⁴⁷⁵⁶ Unabhängig von der Frage, ob und allenfalls unter welchen Voraussetzungen

⁴⁷⁵⁰ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, S. 157 mit Fn. 148; OHLY, 88; zu praktischen Schwierigkeiten der Sachverhaltsermittlung und der Abklärung der konkreten Umstände des Einzelfalls als zulässige Typisierungsgründe vgl. OESCH, 132 ff.; s.a. BGE 136 I 1, E. 4.3.1 (Gefährlichkeitsabklärung bei Hunden); bezogen auf feste Altersgrenzen im Zivilrecht: TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 143; RUSCH, 343 f. – hier spielen ebenfalls Aspekte der Rechtssicherheit eine Rolle, siehe vorne, Fn. 4745; bezogen auf das in Art. 187 StGB statuierte Schutzalter vgl. vorne, bei Fn. 4451 ff.

⁴⁷⁵¹ Vgl. auch vorne, bei Fn. 4728.

⁴⁷⁵² SCHMOLKE, 27; vgl. auch SCHEIDEGGER, Rz. 23.

⁴⁷⁵³ Vgl. auch SCHEIDEGGER, Rz. 25.

⁴⁷⁵⁴ Der Bundesrat argumentiert mit einer «gesteigerten Scheidungshäufigkeit» bei «sehr jungen Brautleuten» (Botsch. Änd. ZGB [1993], 1183); vgl. zu dieser nicht unproblematischen Argumentation aber auch vorne, bei Fn. 4395 f.

⁴⁷⁵⁵ Vgl. Botsch. Änd. ZGB (1993), 1182 f.

⁴⁷⁵⁶ Zu den verschiedenen Arten von Lenkungsabgaben (insb. Lenkungssteuern, Lenkungskausalabgaben, reine Lenkungsabgaben) siehe BGer 2C_467/2008, E. 3.2.3; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, Rz. 1038; DONZEL, 50 ff.; auch auf Lenkungsabgaben findet das Rechtsgleichheitsgebot Anwendung (DONZEL, 157 f. und 163). Konkretisiert wird das Rechtsgleichheitsgebot im Bereich der *Steuern* insbesondere durch die Grundsätze der Allgemeinheit der Besteuerung, der Gleichmässigkeit der Besteuerung und der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (vgl. PETER HETTICH/YANNICK WETTSTEIN, Rechtsfragen um Kostenanlastungssteuern, ASA 2009/2010, 537 ff., 556; BGE 137 I 145, E. 2.1). Ob und inwiefern diese Grundsätze auch auf *Lenkungsabgaben* anwendbar sind, ist hier

solche Lenkungsabgaben einer paternalistischen Rechtfertigung überhaupt zugänglich sind,⁴⁷⁵⁷ ist Folgendes zu beachten: Die Anstrengungen, welche die Betroffenen zu unternehmen haben, um die Abgabe zu vermeiden, sind durchaus unterschiedlich (ein nicht süchtiger Gelegenheitsraucher wird einer Tabaksteuer mit weniger Mühe entgehen können als eine nikotinabhängige Person). Zudem werden alle Personen, die sich nicht wie erwünscht verhalten, unabhängig von ihren konkreten finanziellen Verhältnissen mit der gleichen Abgabe belastet. Die Abgabe wirkt sich damit je nach den konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnissen anders aus – die finanziell schlechter Gestellten werden stärker betroffen.⁴⁷⁵⁸ Unter dem Aspekt der Ungleichheit ist dies nicht einfach irrelevant: Nach der Lehre verlangt der Grundsatz der Rechtsgleichheit bei Lenkungsabgaben, «dass alle Adressaten, welche das geforderte Verhalten mit derselben Anstrengung erbringen könnten, in gleichem Mass belastet werden».⁴⁷⁵⁹ So gesehen (dieses Kriterium mag durchaus zu Fragen Anlass geben⁴⁷⁶⁰) wären unterschiedlichen Anstrengungen und unterschiedlichen mit der Abgabevermeidung verbundenen Nachteilen⁴⁷⁶¹ auch durch eine differenzierte Ausgestaltung der Abgabe Rechnung zu tragen. Indessen dürfte es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, eine genügend nach den individuellen Anstrengungen differenzierende und dazu gleichzeitig noch einigermaßen praktikable Regelung zu treffen. Bezogen auf die unterschiedlichen Auswirkungen *in finanzieller Hinsicht* könnte man immerhin erwägen, die Lenkungsabgabe nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu bemessen.⁴⁷⁶² Allerdings wird diesbezüglich die Befürchtung geäußert, dass sich der erhoffte Lenkungszweck – die Verhaltensänderung –

nicht zu vertiefen, vgl. dazu DONZEL, 144 ff.; BGE 125 I 182, E. 4d; bezogen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vgl. immerhin hinten, Fn. 4762.

⁴⁷⁵⁷ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 4. a) ix.

⁴⁷⁵⁸ DUVANEL-DONZEL, 52; DONZEL, 155, 176, 178 und 180; MÖSCHING, 132; KIRCHGÄSSNER, Rz. 33; s.a. KOLBE, 352 f.

⁴⁷⁵⁹ Vgl. KLETT, 91; MÖSCHING, 132; MÜLLER, Komm. zu Art. 4 aBV, Rz. 84a; ferner DONZEL, 150, 155 und 163.

⁴⁷⁶⁰ Zu Recht kritisch DONZEL, 148.

⁴⁷⁶¹ Vgl. KLETT, 87; MÖSCHING, 132.

⁴⁷⁶² Die Frage, ob – und allenfalls wie – der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch bei Lenkungsabgaben Rechnung getragen werden muss und kann, ist jedoch umstritten, vgl. die Darstellungen der Lehrmeinungen bei DONZEL, 150 ff.; zuweilen wird in der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bei Lenkungsabgaben gar ein *Verstoss* gegen die Rechtsgleichheit erblickt (siehe MÖSCHING, 132). Zu den Schwierigkeiten allgemeiner Aussagen vgl. DONZEL, 171 ff., insb. 82 f.; zur angesichts ihrer gesundheitspolitischen und nicht fiskalischen Ausrichtung nur sehr eingeschränkten Relevanz des Prinzips der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bei der Alkoholsteuer RENÉ MATTEOTTI/ALEXANDRA J.B. GERBER, Schnapsideen in der Spirituosensteuergesetzgebung, in: Laurence Uttinger/Daniel P. Rentsch/Conradin Luzi (Hrsg.), Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich, Zürich etc. 2014, 23 ff., 33; zu bedenken ist zudem, dass die Alkoholsteuer auch Elemente einer Kostenanlastungssteuer (soziale Folgekosten des gesundheitsschädlichen Konsums) aufweist, vgl. KLETT, 85.

u.U. nicht oder nicht mehr gleich gut erreichen liesse.⁴⁷⁶³ Letztlich dürften vor allem aus Praktikabilitätsgründen gewisse Schematisierungen in der Ausgestaltung der Lenkungsabgabe unumgänglich sein.

- (2.) Spezielle Fragen mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Differenzierungsgebot ergeben sich dann, wenn sich der (zulässige) paternalistische Schutz gegenüber gewissen Personen **nur oder zumindest besser verwirklichen** lässt, wenn **andere Personen gleichzeitig in ihrer Selbstbestimmung «mitbeschränkt»** werden.

Ein möglichst effizienter und umfassender Schutz von (altersbedingten Selbstbestimmungsdefiziten unterliegenden) Kindern und Jugendlichen vor «gesundheitsgefährdenden» Werbebotschaften im öffentlichen Raum dürfte sich nur schwer verwirklichen lassen, ohne dass davon auch Erwachsene tangiert werden.⁴⁷⁶⁴

Wenn ein Übereilungsschutz durch Bedenkfristen («*cooling off*»-Periode) nicht *zwingend* ausgestaltet wird, besteht die Gefahr, dass sich gerade diejenigen Personen dem Schutz entziehen, die darauf angewiesen sind bzw. denen gegenüber sich der Schutz (angesichts ihrer «Leichtfertigkeit» und damit verbundenen, schweren Konsequenzen) rechtfertigen lässt. Entsprechende Überlegungen gelten bezogen auf eine «Zwangsversicherung», um den (defizitär handelnden) Einzelnen davon abzuhalten, ungenügend für das Alter oder die Wechselfälle des Lebens vorzusorgen.⁴⁷⁶⁵

Massnahmen, die gewisse *Personen* um des (gerechtfertigten) paternalistischen Schutzes *anderer Personengruppen* willen in ihrer Freiheit beschränken, sind keineswegs generell unzulässig⁴⁷⁶⁶ und müssen sich gegenüber den Mit-

⁴⁷⁶³ Vgl. KLETT, 83 f.; DUVANEL-DONZEL, 52 f.; AUER, Lenkungsabgabe Zweitwohnungen, 19; DONZEL, 177; das wirft unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit auch die Frage auf, ob die Lenkungsabgabe überhaupt noch ein geeignetes Mittel zur Erreichung des von ihr verfolgten Zwecks wäre (AUER, Lenkungsabgabe Zweitwohnungen, 19).

⁴⁷⁶⁴ Ob Werbebeschränkungen die durch Art. 16 BV garantierte Informationsfreiheit beschränken, ist zwar fraglich (vorne, bei Fn. 853 ff.). Meines Erachtens schützt aber zumindest die persönliche Freiheit vor paternalistisch motivierten Beschränkungen des Zugangs zu Informationen (vgl. vorne, Teil 2 III. E. 2). Ohnehin muss staatliches Handeln auch ausserhalb von Grundrechtsbeschränkungen verhältnismässig sein (vorne, bei Fn. 3702 und 4280).

⁴⁷⁶⁵ Zur (nicht unproblematischen) paternalistischen Rechtfertigung einer Zwangsversicherung vgl. aber vorne, Teil 4 III. C. 4. a) iv.

⁴⁷⁶⁶ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 193 f.; HUSAK, 400 ff.; vgl. bezogen auf ein generelles Verbot der Sterbehilfe EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Rz. 74 (siehe aber auch hinten, Fn. 4786); bezogen auf eine Beschränkung der persönlichen Freiheit durch ein generelles Geldspielautomatenverbot zum Schutz von Jugendlichen und sozial schwachen Schichten vgl. BGE 120 Ia 126, E. 7c (Minderjährigkeit oder eine schwache soziale Stellung dürfen jedoch nicht mit einem – für einen paternalistischen Schutz vorausgesetzten – Selbstbestimmungsdefizit gleichgesetzt werden, siehe vorne, Teil 4 III. B. 10).

betroffenen auch nicht als *paternalistische* Intervention spezifisch rechtfertigen.⁴⁷⁶⁷ Entscheidend ist aber, ob es ein (zulässiger) «Schutz vor sich selbst» rechtfertigt, auch Personen in ihrer Freiheit zu beschränken und mit Nachteilen zu belasten, denen gegenüber die paternalistische Rechtfertigung *nicht* gelingen kann (keine oder keine ausreichenden Selbstbestimmungsdefizite, kein überwiegender Nutzen aus der Massnahme).⁴⁷⁶⁸ Es geht also um die – erheblich anspruchsvolle⁴⁷⁶⁹ – Frage nach dem angemessenen Ausgleich verschiedener Schutzbedürfnisse.

Ein Paternalismus, der auf einen möglichst grossen Nutzen bei denjenigen Personen abzielt, die nicht oder nur *beschränkt* «rational» oder selbstbestimmt entscheiden, und auf einen möglichst geringen Wohlfahrtsverlust oder Schaden bei denjenigen Personen, die keine entsprechenden Defizite aufweisen, wird auch als *asymmetrischer Paternalismus* («*asymmetric paternalism*») bezeichnet.⁴⁷⁷⁰

Die Regelung hat sich für die Mitbetroffenen mit anderen Worten als *verhältnismässig*, insbesondere als zumutbar zu erweisen. Dies auch mit Blick auf die Frage, ob ein Verstoß gegen das *Differenzierungsgebot* vorliegt: Da der undifferenziert aufgedrängte Schutz der Erreichung eines «externen» Ziels⁴⁷⁷¹ dient, ist zur Beurteilung der Zulässigkeit einer Gleich- bzw. Ungleichbehandlung eine Verhältnismässigkeitsprüfung durchzuführen.⁴⁷⁷²

Auf der Ebene der *Erforderlichkeit* stellt sich die Frage, ob tatsächlich das mildeste Mittel gewählt wurde, um das Ziel – die Verhütung nicht oder nur beschränkt freiwilliger Schäden – zu erreichen.

⁴⁷⁶⁷ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 193 ff.

⁴⁷⁶⁸ Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 193 f.

⁴⁷⁶⁹ HUSAK, 396 ff.

⁴⁷⁷⁰ Siehe CAMERER et al., 1211 ff., insb. 1212, 1219, 1250, 1254; vgl. zum Konzept des asymmetrischen Paternalismus auch SCHMOLKE, 32 und 221 ff.; DRERUP, 167 ff.; ferner – im Kontext des Konsumentenschutzes – LEISTNER, Behavioural Economics, 20 f.

⁴⁷⁷¹ Diesfalls wird die Ungleichbehandlung oder Gleichbehandlung als *notwendig* erachtet, um ein bestimmtes Ziel, ein bestimmtes öffentliches Interesse zu verwirklichen; die Ungleichbehandlung gleicher bzw. die Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte steht im Dienste der Erreichung eines bestimmten (äusseren) Zwecks (vgl. MARTENET, Rz. 15 und 435 ff.; RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, 1323 ff.; OESCH, 221 ff.; WIEDERKEHR, Ungleichbehandlungen, 396 ff.); die Ungleichbehandlung der einen Gruppe kann insbesondere erfolgen, um die andere Gruppe gezielt zu *privilegieren*, siehe RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, 1324 f. und 1330; vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, 67.

⁴⁷⁷² BGE 136 I 1, E. 4.3.2; vgl. auch KGer BL, Entscheid vom 6. April 2005 (810/2004/292-297)/WIR (abrufbar unter: www.baselland.ch/politik-und-behorden/gerichte/rechtsprechung/kantonsgericht/chronologische-anordnung/2005/30), E. 3b und 5; MARTENET, Rz. 445 ff.; OESCH, 223 ff.; SCHEFER, Beeinträchtigung, 111 f.; vgl. auch vorne, Fn. 4709.

Geht es um den Schutz «unreifer» Kinder und Jugendlicher vor übermäßigem Geldausgeben in Spiellokalen ist ein generelles, auch erwachsene Personen betreffendes Spielverbot nicht statthaft. Das Ziel kann auch dadurch erreicht werden, dass das Mindestalter für den Zutritt zu Spiellokalen erhöht wird.⁴⁷⁷³ Für weitere Beispiele zur Erforderlichkeit siehe vorne, Teil 4 III. C. 2. a).

Bei der Prüfung eines *angemessenen Ausgleichs zwischen verschiedenen Freiheits- und Schutzbedürfnissen* wird etwa zu berücksichtigen sein, *wie viele Personen* aus dem paternalistischen Schutz einen Nutzen ziehen und *wie viele* damit (nur) belastet werden,⁴⁷⁷⁴ *wie gross und wahrscheinlich* die zu verhüten den Schäden sind⁴⁷⁷⁵ und *zu welchen Selbstbestimmungs- und Freiheitsverlusten* die Regelung oder Massnahme für die «Mitgeschützten» führt⁴⁷⁷⁶ (als besonders problematisch erweisen sich eine Verengung von Wahlfreiheiten⁴⁷⁷⁷ oder strafrechtliche Verbote). Erhöhte Anforderungen an die sachliche Begründetheit einer Gleichbehandlung sind dann zu stellen, wenn damit ein Grundrechtseingriff verbunden ist.⁴⁷⁷⁸ Ebenfalls ist zu berücksichtigen, ob und inwiefern die (vor sich selbst) zu schützenden Personen den Gefahren defizitärer Entscheidungen und ihrer Folgen *in Eigenverantwortung* – ohne staatliche Hilfe – begegnen können⁴⁷⁷⁹ (besteht die Möglichkeit, Risiken eigenverantwortlich zu vermeiden, erscheint es allerdings als sehr zweifelhaft, ob ein paternalistischer Schutz überhaupt zulässig ist). Bei der Frage, inwiefern ein Schutz gewisser Personengruppen die Belastung anderer Personen rechtfertigt bzw. wie differenziert eine Regelung abzufassen ist, sind schliesslich spezifische verfassungsrechtliche Wertungen und Vorgaben zu berücksichtigen. Hinzuweisen ist namentlich auf den *besonderen*, in Art. 11 BV enthaltenen *Schutz- und Förderungsauftrag* gegenüber Kindern und Jugendlichen.⁴⁷⁸⁰

Mit Blick auf die Belastung der «mitgeschützten» Dritten dürften sich *Bedenk- bzw. Wartezeiten* («cooling off»-Perioden) (soweit diese überhaupt einer paternalistischen Begrün-

⁴⁷⁷³ BGE 80 I 350, E. 2c.

⁴⁷⁷⁴ VAN AAKEN, Nudge, 111; s.a. WILSON, 216 f.

⁴⁷⁷⁵ HUSAK, 403 f.

⁴⁷⁷⁶ Vgl. HUSAK, 403 f.; WILSON, 216 f. Eine differenzierte, auf individuelle Bedürfnisse abgestimmte Regelung drängt sich insbesondere dort auf, wo sich die fragliche Massnahme *erheblich negativ und intensiv* auf den Einzelnen auswirkt, vgl. RÜTSCHKE, Rechtsgleichheit, 1329 f.; ferner MÜLLER, Grundrechtstheorie, 136: «Je mehr man sich dem Kern eines Grundrechts nähert, um so weniger ist Typisierung zulässig und um so mehr ist Individualisierung geboten.»

⁴⁷⁷⁷ Vgl. WILSON, 216 f.

⁴⁷⁷⁸ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 25, Rz. 33; OESCH, 70 ff. und 178 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 662; BGE 116 V 198, E. II. 2a/bb.

⁴⁷⁷⁹ Vgl. CAMERER et al., 1251 f.

⁴⁷⁸⁰ TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 259.

dung standhalten⁴⁷⁸¹) *grundsätzlich* rechtfertigen. Sie sind jedenfalls *nicht zwingend* mit übermäßigen Freiheitsverlusten bei denjenigen Personen verbunden, bei welchen keine Gefahr eines übereilten Entscheids besteht.⁴⁷⁸² Auch bei sachlich gehaltenen, an die Öffentlichkeit gerichteten *Warnungen* lässt sich ein angemessenes Verhältnis zwischen Nutzen für die einen und Belastungen für die anderen Personen grundsätzlich begründen: Für Personen, die über keine Selbstbestimmungsdefizite verfügen, dürften mit einer staatlichen Warnung in der Regel keine übermäßigen Freiheitsverluste verbunden sein.⁴⁷⁸³ Wie aber ist es bspw. bei Alterskontrollen im Internet, um Kinder und Jugendliche am Zugang zu jugendgefährdenden Inhalten zu hindern? Ist es – insbesondere mit Blick auf den Schutz der Privatsphäre und die informationelle Selbstbestimmung – auch *nicht gefährdeten, erwachsenen* Personen zumutbar, dass Internetplattformen ihr Alter (z.B. anhand einer Kopie des *Personalausweises*) verifizieren müssen, bevor sie den entsprechenden Dienst nutzen können?⁴⁷⁸⁴

Im Interesse derjenigen Menschen, deren Sterbeentscheid *nicht* wohlwogen ist, hat es der *freiverantwortlich* handelnde Einzelne grundsätzlich zu erdulden, dass der Zugang zu Betäubungsmitteln von einer ärztlichen Rezeptpflicht und der Abklärung der Wohlerwogenheit des Sterbeentscheids abhängig gemacht wird.⁴⁷⁸⁵ Zu undifferenziert und unterschiedlichen Schutz- und Freiheitsbedürfnissen nicht hinreichend Rechnung tragend wäre hingegen ein *allgemeines Verbot* der Sterbehilfe. Diejenigen, die den Sterbeentscheid genügend freiverantwortlich treffen können, würden damit übermäßig in ihrer Freiheit, Hilfe für die Selbsttötung in Anspruch zu nehmen, eingeschränkt. Das gilt auch dann, wenn im Einzelfall von einer Strafverfolgung der Suizidhelferinnen und -helfer abgesehen werden kann: Aufgrund der zumindest möglichen Bestrafung wird sich kaum oder nur sehr schwer Hilfe finden lassen, weshalb die Freiheit zu sterben unangemessen beschränkt (bzw. nahezu «illusorisch») bleibt.⁴⁷⁸⁶ Ein Verfügungsverbot über die eigene Freiheit und den eigenen Körper liesse sich höchstens dann rechtfertigen, wenn im Einzelfall *gar nicht verlässlich abgeklärt* werden könnte, ob eine Entscheidung (mit irreversiblen Folgen) freiverantwortlich gefällt wurde.⁴⁷⁸⁷ Die mangelnde Verlässlichkeit einer Abklärung (und die damit verbundenen hohen Kosten) werden in der philosophischen Paternalismuskonversation als Argument verwendet, um eine *Selbstversklavung generell* zu verbieten – in solchen Fällen sei es besser, dass viele zu Unrecht von einer Selbstversklavung abgehalten werden, als – was wahrscheinlich sei – einigen wenigen, nicht freiverant-

⁴⁷⁸¹ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 4. a) v).

⁴⁷⁸² Vgl. CAMERER et al., 1239 f.; BLUMENTHAL-BARBY, 183.

⁴⁷⁸³ Vgl. CAMERER et al., 1230.

⁴⁷⁸⁴ Vgl. dazu die Regelung von Art. 8 und 20 des Bundesgesetzes vom 30. September 2022 über den Jugendschutz in den Bereichen Film und Videospiele (JSFVG; BBl 2022 2406).

⁴⁷⁸⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 1432.

⁴⁷⁸⁶ Insofern m.E. zu undifferenziert das Urteil des EGMR, Urteil vom 29. April 2002 i.S. *Pretty gegen Vereinigtes Königreich*, Nr. 2346/02, Ziff. 72 ff.; vgl. dazu die zustimmungswürdige Kritik bei BREITENMOSER, 201 f. und 208 ff.; zu Recht kritisch hinsichtlich der Erforderlichkeitsprüfung und der Interessenabwägung im Entscheid *Pretty gegen Vereinigtes Königreich* auch VON SCHWICHOW, 129 f. und 146 f.

⁴⁷⁸⁷ Vgl. dazu – und zu den diesbezüglich zu berücksichtigenden Voraussetzungen – vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii, Ziff. (2.) bei Fn. 4457 ff.

wortlich Handelnden fälschlicherweise die mit schweren Freiheitsverlusten einhergehende Selbstversklavung ermöglicht werde.⁴⁷⁸⁸ Ob der *Entscheidung zu sterben* hinreichend freiverantwortlich getroffen wurde (Urteilsfähigkeit, Wohlerwogenheit), lässt sich jedoch durchaus überprüfen.

Sehr problematisch wäre eine (auch paternalistisch motivierte, heute nicht mehr praktizierte) *Fluoridierung des Trinkwassers*. Die Einzelne wird zumindest faktisch gezwungen, fluoridiertes Trinkwasser zu konsumieren.⁴⁷⁸⁹ Selbst wenn es überzeugende Gründe gäbe, gewissen Personen einen solchen Gesundheitsschutz aufzudrängen (was m.E. mehr als zweifelhaft ist⁴⁷⁹⁰), scheint mir eine faktische Zwangsmedikation denjenigen Personen gegenüber nicht zumutbar, die freiverantwortlich für ihre Gesundheit besorgt sein können. Dabei ist auch zu bedenken, dass die letztgenannte Personengruppe klar in der Mehrheit sein dürfte.

- (3.) Hinzuweisen bleibt auf eine weitere Problematik: Häufig werden mit einer Regelung neben paternalistischen Zwecken gleichzeitig andere (nicht paternalistische) Ziele verfolgt (Problem des **gemischten Paternalismus**).⁴⁷⁹¹ Solche *Drittinteressen* können ebenfalls einen legitimen Grund darstellen, um auf einen differenzierten oder nach den Umständen des Einzelfalls differenzierbaren Schutz zu verzichten, wenn sich diese Interessen ansonsten gar nicht (ausreichend) verwirklichen liessen (z.B. dienen Regelungen, die eine notwendige Verteidigung vorschreiben, auch Drittinteressen wie der Wahrheitsfindung im Strafprozess⁴⁷⁹²).

4. Zusammenfassende Bemerkungen

Der Gesetzgeber hat – so der Grundsatz – sicherzustellen, dass von einer paternalistischen Schutzvorschrift tatsächlich nur Personen betroffen sind, gegenüber denen sich ein Schutz vor sich selbst tatsächlich rechtfertigen lässt. Dies bedingt, dass die Umstände des konkreten Einzelfalls berücksichtigt werden können. Es kann aber durchaus Fälle geben, in denen der Gesetzgeber *typisieren* und *schematisieren*

⁴⁷⁸⁸ Vgl. FEINBERG, Legal Paternalism, 14; s.a. KRONMAN, 777; EIDENMÜLLER, Effizienz, 369.

⁴⁷⁸⁹ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 283 und 1860.

⁴⁷⁹⁰ Die *paternalistische* Begründung dürfte wohl schon daran scheitern, dass mildere Mittel bestehen, um Zahnerkrankungen vorzubeugen. Die Berufung auf die Volksgesundheit ändert daran nichts, soweit sich dahinter letztlich paternalistische Zwecke verstecken, vgl. demgegenüber BGer, Urteil vom 29. Juni 1989, ZBl 1991, 25 ff., E. 3d, 30 ff. – allerdings wird dort auch auf soziale Folgekosten Bezug genommen (E. 3c), die aber m.E. ebenfalls nicht ausreichen, um den Einzelnen faktisch dazu zu zwingen, Fluoride aufzunehmen; vgl. auch vorne, bei Fn. 706 ff.

⁴⁷⁹¹ Vorne, Teil I II. B. 3.

⁴⁷⁹² Vgl. dazu vorne, bei Fn. 628 f., und hinten, bei Fn. 4948 und 4962.

oder einen paternalistischen Schutz *ohne die Möglichkeit einer Einzelfallbetrachtung* vorsehen darf, und zwar wenn

- der staatliche Paternalismus gegenüber den von der Regelung erfassten, *vor sich selbst geschützten Personen* (ausnahmsweise) *trotz eines Verzichts auf die Abklärung der individuellen Umstände zumutbar* ist (es geht hier um die weiter vorne diskutierten Fälle, in denen mit einer Einzelfallabklärung ein nicht vertretbarer Verwaltungsaufwand verbunden ist, sich eine solche nicht als praktikabel erweist oder eine Abklärung individueller Selbstbestimmungsdefizite zum Vorneherein nicht zielführend ist),⁴⁷⁹³
- der Schutz bereits im Tatbestand so (*gruppen-*)*spezifisch abgefasst* ist bzw. derart spezifische Situationen im Blick hat, dass die Verhältnismässigkeit gegenüber allen Betroffenen (bzw. allen von der Regelung erfassten Personen) überzeugend begründet ist und es keiner Einzelfallabklärung (mehr) bedarf,
- von einem gerechtfertigten Schutz gewisser Personengruppen vor sich selbst aus Gründen der *Praktikabilität und Rechtssicherheit* auch solche Personen erfasst werden dürfen (oder müssen), denen gegenüber sich der Schutz vor sich selbst *nicht* rechtfertigen liesse,
- der zulässige Schutz gewisser Personen vor sich selbst *nicht oder nicht angemessen verwirklicht werden kann*, wenn mit diesem Schutz nicht gleichzeitig solche Personen erfasst werden, gegenüber denen sich ein paternalistisches Eingreifen *nicht* begründen liesse, oder
- eine *gemischt paternalistische Regelung* vorliegt und bei einer Anknüpfung des Schutzes an die individuellen Umstände die Verwirklichung der Drittinteressen nicht möglich wäre.

C. Die Interessen Dritter als Grenze einer paternalistischen Politik

Bei der Frage nach dem zulässigen und gebotenen Mass eines paternalistischen Schutzes sind Drittinteressen auch in einem *weiteren* als dem gerade eben beschriebenen Umfang zu berücksichtigen: Die Interessenabwägung hat *umfassend* zu erfolgen, was auch den Einbezug sonstiger privater Interessen Dritter und allenfalls gegenläufiger öffentlicher Interessen erfordert.⁴⁷⁹⁴ Dies ist wie folgt zu verdeutlichen:

⁴⁷⁹³ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii; s.a. bei Fn. 4743.

⁴⁷⁹⁴ Vgl. Wyss, Öffentliche Interessen, 9 ff. und 209 ff.; SGK BV (2. Aufl.)-HANGARTNER, Art. 5, Rz. 33 und 39; vgl. bezogen auf den Konsumentenschutz bereits vorne, bei Fn. 3521, und bezogen auf den Arbeitnehmerschutz vorne, bei Fn. 3530.

- (1.) Die Verwirklichung eines Schutzes vor sich selbst kann (über das bereits Gesagte hinaus) dazu führen, dass Dritte in grundrechtlich geschützten Freiheiten beschränkt werden (müssen).

Zu denken ist an Beschränkungen der *Wirtschaftsfreiheit* (Art. 27 BV): Etwa durch ein *Geldspielautomatenverbot*⁴⁷⁹⁵, durch ein mit dem Jugendschutz begründetes Verbot, *pornographische Erzeugnisse* zu verkaufen,⁴⁷⁹⁶ oder durch (dem Konzept des libertären Paternalismus entsprechende) staatliche Vorgaben gegenüber Kantinen oder Lebensmittelgeschäften, wie sie ihre Produkte anzuordnen haben, um die Konsumentinnen und Konsumenten in die Richtung einer gesundheitsbewussten Ernährung zu «schubsen».

Staatliche Vorgaben betreffend die (mediale) Berichterstattung über Suizidfälle, um «Nachahmungen» zu verhindern (zurückhaltende Berichterstattung, keine «Sensationshascherei», keine Angaben über Suizidmethoden; vermeiden, dass eine «Identifikation» mit dem Suizidenten stattfindet),⁴⁷⁹⁷ können die *Medienfreiheit* (Art. 17 BV) beeinträchtigen.

Zu denken ist ferner an – im öffentlichen Dienstverhältnis durchaus grundrechtsrelevante (Art. 15 BV) – *Gewissenskonflikte*, etwa wenn ein Arzt entgegen seinem Gewissen eine (Zwangs-)Behandlung im «wohlverstandenen» Interesse des Patienten durchführen muss.⁴⁷⁹⁸ Berührungspunkte können sich auch mit der – grundrechtlich über die Wissenschaftsfreiheit allenfalls auch die Wirtschaftsfreiheit abgesicherten⁴⁷⁹⁹ – *Therapiefreiheit*

⁴⁷⁹⁵ BGE 120 Ia 126, E. 4.

⁴⁷⁹⁶ Der Verkauf von Pornographie ist zudem durch Art. 10 EMRK geschützt, siehe BGE 128 IV 201, E. 1.4.1; CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, Weiche Pornographie im Internet und in der Mobiltelefonie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) – Prävention, Jugendschutz durch altersbegrenzten Zugang (adult verification systems) und die Verantwortlichkeit der Provider, in: Christian Schwarzenegger/Rolf Nägeli (Hrsg.), Viertes Zürcher Präventionsforum – Illegale und schädliche Inhalte im Internet und in den neuen Medien – Prävention und Jugendschutz, Zürich 2012, 33 ff., 70 f.; s.a. BGE 133 II 136, E. 7.

⁴⁷⁹⁷ Zu dieser Problematik vgl. Ber. Suizid und Suizidprävention, 23.

⁴⁷⁹⁸ Vgl. zu dieser Problematik GÄCHTER/TREMP, 8 und 36 ff.; s.a. den Bericht der Arbeitsgruppe «Rechte des medizinischen Personals» an das EJPD, Zur Problematik der Verweigerung einer Mitwirkung bei medizinischen Behandlungen aus Gewissensgründen, Bern, 12. März 2002 (abrufbar unter: www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/75661.pdf); im Kontext des *Hungerstreiks eines Strafgefangenen* vgl. TSCHENTSCHER, BGer-Rechtsprechung Persönlichkeitsschutz 2010/2011, 771; ferner BGE 136 IV 97, E. 6.2.2, wonach die medizinethischen Richtlinien der SAMW eine kantonale Behörde nicht daran hindern können, die Zwangsernährung eines Strafgefangenen anzuordnen, und sich die um die Durchführung der Zwangsernährung ersuchten Ärzte dieser Aufgabe auch nicht unter Berufung auf die Richtlinien entziehen können, wenn die rechtlichen Voraussetzungen einer solchen Massnahme gegeben sind; relativierend zur Bedeutung der Glaubens- und Gewissensfreiheit und der ethischen Richtlinien und Standesregeln für den um eine Zwangsernährung ersuchten Gefängnisarzt auch MÜLLER/JENNI, Hungerstreik, 286 f.; vgl. demgegenüber etwa TAG, Hungerstreik, 57 ff.; DE HALLER, 71 f.

⁴⁷⁹⁹ Vgl. GÄCHTER/TREMP, 21 und 40 m.w.H.

des Arztes ergeben (z.B. im Fall der Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen⁴⁸⁰⁰).

Werden gewisse Personen mit Freiheitsbeschränkungen belastet, um damit *andere* Personen an einer Selbstschädigung zu hindern (*indirekter Paternalismus*), ist dies nicht nur mit Blick auf den vor sich selbst Geschützten rechtfertigungsbedürftig; zu berücksichtigen sind auch die Belastungen bei denjenigen Personen, über die dieser Schutz «vermittelt» wird.⁴⁸⁰¹

- (2.) Paternalistische Massnahmen können sich sodann auf unzählige weitere Arten negativ auf Dritte bzw. Allgemeininteressen auswirken:

Die Durchsetzung paternalistischer Massnahmen ist häufig mit *Kosten* für die Allgemeinheit verbunden.⁴⁸⁰²

Eine restriktive Zulassung der *Organspende* (Beschränkung der Organspende auf Verwandte der Spenderin; sehr hohe Anforderungen an die «Freiwilligkeit» der Spende usw.) hat zur Folge, dass weniger Transplantate zur Verfügung stehen, was sich negativ auf potentielle Organempfängerinnen und -empfänger auswirkt.⁴⁸⁰³

Eine strenge inländische Gesetzgebung im Bereich der *Leihmutterchaft* kann dazu führen, dass Paare mit (nicht anders zu erfüllendem) Kinderwunsch in das Ausland ausweichen, dort mangels hinreichender Schutzvorkehrungen aber die Gefahr einer eigentlichen *Ausbeutung von Leihmüttern* besteht.⁴⁸⁰⁴

(Paternalistisch motivierte) *Werbeverbote* können vielfältige negative Auswirkungen haben, hat doch die Werbung eine nicht zu unterschätzende volkswirtschaftliche Bedeutung (Werbeumsätze, Schaffung von Arbeitsplätzen); Werbeeinnahmen tragen zudem dazu bei, Kultur- und Unterhaltungsanstalten zu finanzieren und die Medienvielfalt zu erhalten (Werbeeinnahmen als wichtige Einnahmequelle für die Medien).⁴⁸⁰⁵

⁴⁸⁰⁰ Vgl. TAG, Hungerstreik, 57.

⁴⁸⁰¹ Vgl. aus ethischer Sicht auch DU BOIS-PEDAÏN, 43 ff., insb. 45.

⁴⁸⁰² Vgl. MÖLLER, Paternalismus, 172.

⁴⁸⁰³ Vgl. GUTMANN, Grenzen, 3388.

⁴⁸⁰⁴ Vgl. BERTSCHI, 218.

⁴⁸⁰⁵ Vgl. dazu SCHÜTZ, 72 f.; zum wirtschaftlichen Nutzen der Alkoholwerbung für Radio- und Fernsehveranstalter und die alkoholproduzierende und -verwertende Branche s.a. Botsch. Totalrev. RTVG, 1625; Zusatzbotsch. MEDIA, 9115 f.; die *Freiheit der Werbung* ist durch Art. 27 BV geschützt (vgl. BGE 139 II 173, E. 5.1 und 6.1; BGE 127 II 91, E. 4a; SCHÜTZ, 74) sowie durch Art. 10 EMRK (EGMR, Urteil vom 24. Februar 1994 i.S. *Casado Coca gegen Spanien*, Nr. 15450/89, Ziff. 33–37; BGE 139 II 173, E. 5.1; BGE 127 II 91, E. 4a; vgl. dazu SCHÜTZ, 78 f.). Nach der Rechtsprechung steht rein kommerzielle Werbung jedoch weder unter dem Schutz von Art. 16 BV noch von Art. 17 BV (BGE 128 I 295, E. 5a; BGE 125 I 417, E. 3a und b; das ist keineswegs unumstritten, vgl. etwa SCHÜTZ, 75 ff. m.w.H.; SGK BV- RECHSTEINER/ERRASS, Art. 16, Rz. 14 und Art. 17, Rz. 35 ff.; CR Cst.-COTTIER, Art. 16, Rz. 5 und 29; KLEY, Werbeverbote, 642); s.a. vorne, bei Fn. 855.

Eine starke Regulierung der *Konsumkredite* kann ebenfalls volkswirtschaftlich nachteilige Folgen haben, etwa auf die Beschäftigung in denjenigen Sektoren, die von einer Fremdfinanzierung des Konsums abhängig sind.⁴⁸⁰⁶

Ein *Übersparen* im Rahmen der *obligatorischen Altersvorsorge* kann dazu führen, dass Personen frühzeitig in den Ruhestand treten, was bei einem Arbeitskräfterrückgang volkswirtschaftlich negative Auswirkungen haben kann.⁴⁸⁰⁷

Wenn der Staat eine Helmtraggpflicht für Fahrradfahrer vorschreiben will, ist auch zu fragen, ob dies die Benützung des Fahrrads nicht als unattraktiver erscheinen lässt,⁴⁸⁰⁸ was aber wiederum mit gesundheits- und umweltpolitischen Zielen in Konflikt geraten kann.

Ein Zuviel an staatlicher Fürsorge kann möglicherweise (gesellschaftlichen) Fortschritt durch das Lernen aus Fehlern behindern.⁴⁸⁰⁹

- (3.) Zu prüfen bleibt die Vereinbarkeit einer paternalistischen Politik mit verfassungsrechtlichen *Grundentscheidungen*. Zu erwähnen ist insbesondere das in Art. 94 BV enthaltene «grundlegende Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung»⁴⁸¹⁰ bzw. der dort verankerte «Grundentscheid [...] für eine freiheitlich-marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung»⁴⁸¹¹. Damit prinzipiell unvereinbar sind eine staatliche Steuerung, Lenkung und Verzerrung des (freien) Spiels von Angebot und Nachfrage.⁴⁸¹²

Während die (aufgedrängte) Sicherstellung einer selbstbestimmten Konsumentscheidung mit Blick auf ihre sozialpolitische Motivation⁴⁸¹³ noch keine grundsatzwidrige Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit darstellen dürfte, stellt sich die Sachlage anders dar, wenn (und je stärker) der Staat im Rahmen eines weit verstandenen⁴⁸¹⁴ Konsumentenschutzes auf *individuelle Präferenzen Einfluss* nimmt (z.B. darauf hinwirkt, dass nur bestimmte – ge-

⁴⁸⁰⁶ Vgl. Botsch. Änd. KKG, 3159 f.; vgl. bereits die Diskussionen in der Botsch. Konsumkreditgesetz (1978), 487 ff. (die Vorlage ist in der Schlussabstimmung gescheitert).

⁴⁸⁰⁷ Siehe dazu BÜTLER/JAEGER/ENGLER/HÖPPL, 23.

⁴⁸⁰⁸ Vgl. SCHÄFER/OTT, 148.

⁴⁸⁰⁹ SCHNELLENBACH, Anschubsen, 455.

⁴⁸¹⁰ BGE 147 V 423, E. 5.1.3; BGE 138 I 378, E. 6.1.

⁴⁸¹¹ BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: VdS, § 49, Rz. 18.

⁴⁸¹² SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 64; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: VdS, § 49, Rz. 18.

⁴⁸¹³ Zur Grundsatzkonformität sozialpolitisch motivierter Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit siehe BGE 147 V 423, E. 5.1.3; BGE 137 I 167, E. 3.6; BGE 131 I 223, E. 4.2; SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 94, Rz. 5; bezogen auf einen Übervorteilungsschutz zu Gunsten der Kunden durch die staatliche Festlegung von Höchsttarifen im Taxigewerbe vgl. BGer 2C_940/2010, E. 4.

⁴⁸¹⁴ Vgl. zum verfassungsrechtlichen Konsumentenschutzauftrag vorne, Teil 3 IV. E. 2. e); vgl. auch hinten, bei Fn. 4819.

sunde – Produkte gekauft werden). Zwar ist eine sozialpolitisch motivierte Massnahme nicht schon deshalb unzulässig, weil sie gewisse Auswirkungen auf den freien Wettbewerb hat.⁴⁸¹⁵ Bei einer gezielten Beeinflussung der Präferenzen von Konsumentinnen und Konsumenten mit Auswirkungen auf das freie Spiel von Angebot und Nachfrage stellt sich jedoch die Frage, wann die Grenze zu einer eigentlichen *Abweichung* vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 4 BV) erreicht ist. Auf die (an sich grundsatzkonforme, allerdings auch missbrauchsanfällige) «sozialpolitische» Motivation allein sollte nicht abgestellt werden. Ob eine grundsatzkonforme Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit oder eine grundsatzwidrige Abweichung vorliegt, ist auch anhand der jeweiligen (wettbewerbsverzerrenden) *Auswirkungen* zu beurteilen.⁴⁸¹⁶ Selbst wenn man einen grundsatzwidrigen Eingriff verneint, stellt sich die Frage, ob die grundsatzkonforme Massnahme angesichts ihrer Auswirkungen nicht zumindest *unverhältnismässig* ist.⁴⁸¹⁷

Allerdings: Nach der hier vertretenen Auffassung stellt jedenfalls ein – im wohlverstandenen Interesse der Konsumentinnen und Konsumenten – gegen den *freiverantwortlichen* Konsumentenscheid gerichtetes staatliches Handeln (z.B. durch eine gezielte, «erzieherische» Beeinflussung nicht defizitär gebildeter Präferenzen) ohnehin kein zulässiges Ziel *sozialstaatlichen* Handelns dar und ist auch nicht durch den Verfassungsauftrag *zum Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten* gedeckt – damit im Einklang steht nur ein an der Selbstbestimmung orientierter Paternalismus.⁴⁸¹⁸ Paternalistische Massnahmen, die nicht darauf abzielen, negative Folgen nicht oder nur beschränkt freiwilliger Entscheidungen zu verhindern, lassen sich deshalb nicht als (verfassungsrechtlich) zulässige sozialpolitische, eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit rechtfertigende Interventionen bezeichnen.⁴⁸¹⁹

Angesprochen sind damit Fragen, die über die Paternalismusproblematik im eigentlichen Sinn hinausreichen, aber bei der Umsetzung einer paternalistischen

⁴⁸¹⁵ BGE 130 I 26, E. 6.3.3.1.

⁴⁸¹⁶ BGer 2C_940/2010, E. 3.2; ferner OFK BV-BIAGGINI, Art. 27, Rz. 33 und zu Art. 94 BV Rz. 4, sowie BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, in: VdS, § 49, Rz. 20, wonach eine Massnahme «nicht nur wegen ihres wettbewerbswidrigen Ziels bzw. Motivs grundsatzwidrig sein» könne, sondern «auch wegen ihrer wettbewerbsverzerrenden *Wirkungen*» (Herv. im Original); vgl. sodann MÜLLER/SCHEFER, 1071, wonach nicht «allein auf das Motiv einer Beschränkung abzustellen» sei, sondern «auch ihre faktischen Auswirkungen auf das Wirtschaftsgeschehen mit einzubeziehen» seien.

⁴⁸¹⁷ SGK BV-VALLENDER/HETTICH, Art. 27, Rz. 64.

⁴⁸¹⁸ Vorne, Teil 3 IV. E. 1 und Teil 3 IV. E. 2. e).

⁴⁸¹⁹ S.a. vorne, bei Fn. 3261.

Politik dennoch von einer *nicht zu unterschätzenden* Relevanz sind. Wie weit ein staatlicher Paternalismus gehen darf, ist immer auch mit Blick auf dadurch tangierte Dritt- und Allgemeininteressen zu bestimmen.⁴⁸²⁰ Das kann hier nicht umfassend diskutiert werden. Geht es um den Schutz privater, «wohlverstandener» Interessen – steht also kein Schutz vor einer Fremdschädigung zur Diskussion –, ist die Abwägung jedoch besonders sorgfältig vorzunehmen.⁴⁸²¹ Je geringfügiger die in Frage stehenden Defizite sind und je kleiner der dem Einzelnen «ersparte» Nachteil ist, desto weniger vermag ein Schutz vor sich selbst Grundrechtseingriffe gegenüber Dritten zu rechtfertigen und gegenläufige öffentliche Interessen zu überwiegen.

⁴⁸²⁰ Vgl. bezogen auf Dritten auferlegte Informationspflichten VAN AAKEN, Paternalismusgefahr, Fn. 96. Wenn der Staat den paternalistischen Schutz (gerechtfertigterweise) auf eine *grundrechtliche Schutzpflicht* stützt, die Verwirklichung des Schutzes aber zu einer Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Interessen Dritter führt, liegt der Fall einer *Grundrechtskollision* vor: Allgemein ist damit eine Situation gemeint, in der sich verschiedene Personen auf ihre Grundrechte berufen, diese aber in einem Widerspruch zueinander geraten, bzw. eine Situation, in der das Grundrecht der einen Person nur auf Kosten der grundrechtlich geschützten Freiheit der anderen Person verwirklicht werden kann (siehe HOTTELIER, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in: HGR Bd. VII/2, § 207, Rz. 1 und 33; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 176; BGE 142 I 195, E. 5.5). Eine Grundrechtskollision liegt aber auch dann vor, wenn die staatliche Wahrnehmung einer grundrechtlichen *Schutzpflicht* mit der grundrechtlich geschützten Freiheit Dritter in einen Konflikt gerät (vgl. SGK BV-SCHWEIZER/KREBS, Art. 36, Rz. 50; s.a. BGE 140 I 201, E. 6.6). Im Rahmen einer Interessenabwägung ist ein gerechter, angemessener Ausgleich (BGE 140 I 201, E. 6.6 f.; BGE 142 I 195, E. 5.6) oder *praktische Konkordanz* (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 319 und 377; TSCHENTSCHER/LIENHARD/SPRECHER, Rz. 177) zwischen den verschiedenen grundrechtlich geschützten Freiheitsbedürfnissen herzustellen. Primär dazu berufen ist der Gesetzgeber (HOTTELIER, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in: HGR Bd. VII/2, § 207, Rz. 37). Zur Lösung von Grundrechtskollisionen durch den Richter anhand der in Art. 36 BV statuierten Grundsätze siehe BGE 140 I 201, E. 6.7; BGE 142 I 195, E. 5.6.

⁴⁸²¹ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2561; auf die Wichtigkeit einer besonders sorgfältigen Interessenabwägung, wenn private Interessen auf dem Spiel stehen, weist auch das Bundesgericht hin (siehe BGE 128 I 327, E. 4.3.2, dort bezogen auf sicherheitspolizeilich motivierte Freiheitsbeschränkungen zum Schutz von «Grossveranstaltungen gewissermassen privater Natur»); vgl. auch WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, Rz. 1856; ferner SCHNELLENBACH, Anschubsen, 456.

D. Sonderfragen

1. Polizeiliche Generalklausel

Auch bezogen auf einen Schutz vor sich selbst kann die *polizeiliche Generalklausel* zur Anwendung gelangen (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) – etwa im Zusammenhang mit medizinischen Zwangsbehandlungen⁴⁸²² –, sofern eine schwere, zeitlich unmittelbar drohende und nicht anders (d.h. nicht mit gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Mitteln) abwendbare Gefahr für fundamentale Rechtsgüter vorliegt.⁴⁸²³ Ob eine atypische und nicht vorhersehbare Gefährdungslage bzw. ein «Notfall» vorliegt, ist für die Anwendung der polizeilichen Generalklausel nicht (mehr) relevant, wenn fundamentale Rechts- bzw. Polizeigüter gefährdet sind, die Gegenstand staatlicher Schutzpflichten bilden (wie z.B. Leib und Leben⁴⁸²⁴).⁴⁸²⁵

Bei der Anwendung der polizeilichen Generalklausel bleibt indessen zu berücksichtigen, dass eine *freiverantwortliche* Selbstgefährdung – selbst wenn damit eine schwere oder irreversible Schädigung einhergehen kann – einen Schutz vor sich selbst nicht rechtfertigt. Für die Durchsetzung eines harten Paternalismus bietet die polizeiliche Generalklausel keine Grundlage: Die Intervention gegen freiwillige Handlungen liegt schon gar nicht im Zielbereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bzw. des Polizeigüterschutzes.⁴⁸²⁶ Ebenso wenig lassen sich die Grund-

⁴⁸²² Vgl. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 31. März 2005 i.S. *Schneiter gegen Schweiz*, Nr. 63062/00: Zulässigkeit der Anordnung einer Isolationshaft und Zwangsmedikation (auch) zum Schutz vor einer Selbstgefährdung gestützt auf die Polizeigeneralklausel von Art. 28 KV-BE; vgl. bezogen auf eine medizinische Zwangsbehandlung in einer psychiatrischen Klinik ferner BGE 126 I 112, E. 4 – allerdings stand hier die Gefährdung des Klinikpersonals im Vordergrund; bezogen auf eine Zwangsernährung eines *hungerstreikenden Strafgefangenen* zum (wegen Art. 2 EMRK als geboten erachteten) Schutz des Lebens vgl. BGE 136 IV 97, E. 6.3.2 f. (hier ging es allerdings auch um Drittinteressen – gleichmässige Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, Glaubwürdigkeit der Justiz); ferner MÜLLER, Hungerstreik, 19; kritisch zur Anwendung der polizeilichen Generalklausel als Grundlage für die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen BRÄGGER, Zwangsernährung, Rz. 3; GUILLOD/SPRUMONT, Rz. 36 ff.

⁴⁸²³ Zu den Anwendungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel siehe BGE 147 I 161, E. 5.1; BGE 137 II 431, E. 3.3.1 f.; BGer 1C_35/2015, E. 3.3; BGer 2C_166/2009, E. 2.3.2.1; ferner MÜLLER, Klärende Worte, 228.

⁴⁸²⁴ BGer 2C_166/2009, E. 2.3.2.1.

⁴⁸²⁵ BGE 147 I 161, E. 5.1; BGE 137 II 431, E. 3.3.1 f.; BGer 1C_35/2015, E. 3.3; BGer 2C_166/2009, E. 2.3.2.1; dazu auch MÜLLER/JENNI, Generalklausel, 17 f.; MARKUS MÜLLER/CHRISTOPH JENNI, *Notrecht . . . abermals zur polizeilichen Generalklausel*, *Sicherheit & Recht* 2010, 101 ff., insb. 102 und 107 ff.

⁴⁸²⁶ Vgl. vorne, Teil 3 IV. C. 2; ferner SOLAND, 24.

rechte der Grundrechtsträgerin gegen deren freigewählten Freiheitsgebrauch schützen.⁴⁸²⁷ Eine grundrechtliche Schutzberechtigung und allenfalls eine Schutzpflicht können sich zum Vornherein nur bei Freiwilligkeitsdefiziten aktualisieren.⁴⁸²⁸ Zudem müssen Massnahmen, die auf die polizeiliche Generalklausel gestützt werden, mit den allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen im Einklang stehen und namentlich *verhältnismässig* sein.⁴⁸²⁹ Eine staatliche Massnahme, die unabhängig vom Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits greifen soll, ist aber zum Vornherein keine verfassungsrechtlich zulässige, insbesondere keine verhältnismässige Massnahme. Für die Zwangsernährung eines hungerstreikenden Strafgefangenen, der den Tod bewusst in Kauf nimmt und aus freiem Willen eine künstliche Ernährung ablehnt, lässt sich die polizeiliche Generalklausel deshalb nicht anrufen.⁴⁸³⁰

2. Sonderstatusverhältnis

Im Sonderstatusverhältnis werden – von der *Begründung* des besonderen Rechtsverhältnisses abgesehen⁴⁸³¹ – die Anforderungen an Normstufe und Normdichte *grundsätzlich weniger streng* gehandhabt.⁴⁸³² Allerdings ist diesbezüglich auch von Bedeutung, ob der Eintritt in das besondere Rechtsverhältnis freiwillig oder *unter Zwang* erfolgt ist.⁴⁸³³ Ebenso dürfen die *tatsächliche* Komplexität und Wandelbarkeit der Verhältnisse – beides Gründe, die für eine weniger strenge Handhabung des Legalitätsprinzips angeführt werden⁴⁸³⁴ – nicht unberücksichtigt bleiben. Vor allem aber können die Anforderungen an die Normstufe und -bestimmtheit nur dann herabgesetzt sein, «wenn Grundrechtseinschränkungen infrage stehen, die sich in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergeben».⁴⁸³⁵

⁴⁸²⁷ Dazu vorne, Teil 3 IV. B. 2.

⁴⁸²⁸ Vgl. vorne, Teil 3 IV. B. 3.

⁴⁸²⁹ BGE 147 I 161, E. 5.1; BGE 126 I 112, E. 4b f.; BGer 1C_35/2015, E. 3.3; BGer 2C_166/2009, E. 2.3.2.1; MÜLLER, Klärende Worte, 228; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36, Rz. 17.

⁴⁸³⁰ Vgl. TAG, Hungerstreik, 64; s.a. BRIGITTE TAG, in: plädoyer 1/11, 82 («Fehlurteil 2010: Entscheid zur Zwangsernährung»).

⁴⁸³¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 454; UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: VdS 2020, Bd. II, IV.6, Rz. 38; BGE 135 I 79, E. 6.2; BGer 2C_132/2014, E. 5.3.1.

⁴⁸³² Vgl. MÜLLER, Rechtsverhältnis, 24 ff. und 122 f.; vgl. ferner SGK BV-SCHINDLER, Art. 5, Rz. 47; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 386 und 452 ff.

⁴⁸³³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 452; MÜLLER, Rechtsverhältnis, 24 ff. und 122 f.

⁴⁸³⁴ MÜLLER, Rechtsverhältnis, 32 f. und 122 f.

⁴⁸³⁵ BGE 139 I 280, E. 5.3.1; ferner BGer 2C_132/2014, E. 5.3.1, wonach «auch im Rahmen des besonderen Rechtsverhältnisses die schweren Grundrechtseingriffe mit hinreichender Be-

Ein Verbot, in der Schule ein Kopftuch zu tragen, lässt sich nicht in vorhersehbarer Weise aus dem Bildungs- und Erziehungsauftrag (insb. Förderung individueller Fähigkeiten, Erziehung zu Verantwortungsbewusstsein, Verwirklichung von Chancengleichheit) ableiten, weshalb sich die Anforderungen an die Normdichte (und die Normstufe) nicht relativieren.⁴⁸³⁶

Von entscheidender Bedeutung ist damit der *Zweck* des Sonderstatusverhältnisses: Nur dann, wenn es einem Schutz vor Selbstgefährdungen dient (und die hierzu erforderlichen Massnahmen vorhersehbar sind), ist eine Herabsetzung der Normstufe und -dichte für paternalistische Interventionen *überhaupt* gerechtfertigt.

Beispielsweise ist es nicht der eigentliche Zweck des Strafvollzugs, jemanden gegen seinen Willen vor sich selbst zu schützen oder gegen seinen Willen am Leben zu erhalten.⁴⁸³⁷ Deshalb dürfen für eine (paternalistisch motivierte) Zwangsernährung m.E. keine geringeren Anforderungen an Normstufe und -dichte als ausserhalb des besonderen Rechtsverhältnisses gestellt werden.⁴⁸³⁸

Allerdings: Selbst wenn das besondere Rechtsverhältnis ausschliesslich oder vorwiegend aus paternalistischen Motiven heraus (zwangsweise) begründet wird – zu denken ist etwa an die fürsorgerische Unterbringung – bleibt zu berücksichtigen, dass gerade in solchen Fällen häufig *erhebliche Freiheitsbeschränkungen* (Einschränkung der Bewegungsfreiheit, medizinische Zwangsmassnahmen) möglich sind und sein sollen, besondere *Schutzbedürfnisse* des («verletzlichen», in der Wahrnehmung von Eigenverantwortung beschränkten) Betroffenen bestehen und einer *missbräuchlichen Machtausübung* Grenzen gezogen werden müssen. Die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze ist in diesem Kontext und ungeachtet dessen, wie stark die einzelnen Massnahmen vorhersehbar sind, von besonderer Bedeutung. Eingriffsintensive Massnahmen – insbesondere im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung – müssen sich trotz Vorliegen eines Sonderstatusverhältnisses auf eine genügend bestimmte, formell-gesetzliche Grundlage stützen können.

stimmtheit in einem formellen Gesetz vorgesehen sein [müssen], sofern sie sich nicht bereits in voraussehbarer Weise aus dem Zweck des Sonderstatusverhältnisses ergeben»; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 452; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 9, Rz. 74; UHLMANN, Legalitätsprinzip, in: VdS 2020, Bd. II, IV.6, Rz. 38.

⁴⁸³⁶ BGE 139 I 280, E. 5.3.2 (bezogen auf die Normdichte).

⁴⁸³⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 3837 ff.

⁴⁸³⁸ Vgl. auch KRÄHENMANN/SCHWEIZER/TSCHUMI, Rz. 27.

II. (Verfassungskonforme) Auslegung und Anwendung («hart»?) paternalistischer (?) Normen

A. Im Allgemeinen

Trifft der Staat *fürsorglich* motivierte Regelungen kann – insbesondere aufgrund einer *unklaren Zweckbestimmung* – durchaus fraglich sein, ob und allenfalls in welchem Umfang sie (auch) als Grundlage für einen Schutz vor sich selbst dienen (sollen).⁴⁸³⁹ Bei zahlreichen paternalistisch motivierten Bestimmungen ist zudem festzustellen, dass sie in ihrem Tatbestand *nicht am Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits orientiert* sind (z.B. wenn ein Schwächezustand oder die Schwere des Schadens zum Ansatzpunkt genommen werden) oder *nicht oder kaum Raum für eine einzelfallbezogene Betrachtung der konkreten Umstände* lassen (insbesondere mit Blick darauf, ob die paternalistische Massnahme dem Einzelnen nicht mehr schadet als nützt).⁴⁸⁴⁰ Hier stellt sich die Frage, ob ein solcher von Selbstbestimmungsdefiziten und/oder den (sonstigen) konkreten Umständen losgelöster Schutz *tatsächlich* beabsichtigt ist. Es bedarf deshalb einer näheren Befassung mit dem *Sinn und Zweck* entsprechender Bestimmungen, was eine *Auslegung* bedingt. Zu berücksichtigen ist dabei auch die *verfassungskonforme* (einschliesslich der grundrechtskonformen⁴⁸⁴¹) Auslegung.

Bei der verfassungskonformen Auslegung handelt es sich um eine Ausprägung oder einen Anwendungsfall der *systematischen Auslegung*.⁴⁸⁴² Sie verlangt, dass die Auslegung des Gesetzes- und Verordnungsrechts auf die übergeordneten Massstäbe der Verfassung ausgerichtet wird, oder anders gesagt: dass alles Recht mit Blick auf die (höherrangige) Verfassung – die Grundrechte, die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen und Wertungen – interpretiert wird.⁴⁸⁴³

⁴⁸³⁹ Vgl. vorne, bei Fn. 2362 ff.

⁴⁸⁴⁰ Vgl. dazu – mit Beispielen – hinten, Teil 5 II. B. 3.

⁴⁸⁴¹ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 552; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 195; ferner KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: VdS, § 74, Rz. 28.

⁴⁸⁴² RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 526 und 549; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 148; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 393; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1, Rz. 280, die allerdings auf den insofern speziellen Charakter der verfassungskonformen Auslegung hinweisen, als die Verfassung gegenüber nachrangigem Recht eine derogatorische Kraft entfalte und die herkömmlichen Auslegungsmethoden zurückdränge. Das Bundesgericht spricht von der verfassungskonformen Auslegung von Bundesgesetzen als «allgemein anerkannte[s] Auslegungsprinzip[.]» (BGE 129 II 249, E. 5.4) oder als «allgemein gültige[r] Grundsatz» (BGE 132 III 641, E. 5.2).

⁴⁸⁴³ LOOSER, 1048; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 548.

Die verfassungskonforme Auslegung spielt zweifellos dann eine Rolle, wenn die herkömmlichen Auslegungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen führen;⁴⁸⁴⁴ besteht die Wahl zwischen einem oder mehreren verfassungskonformen und einem oder mehreren verfassungswidrigen Auslegungsergebnissen, ist zum Vornherein den verfassungskonformen Varianten der Vorzug zu geben.⁴⁸⁴⁵ Zudem ist dasjenige (verfassungskonforme) Auslegungsergebnis zu wählen, das «den verfassungsrechtlichen Vorgaben *am besten* entspricht»⁴⁸⁴⁶ (Herv. d. Verf.). Die verfassungsrechtlichen Wertungen sind «optimal» zu verwirklichen.⁴⁸⁴⁷

Fraglich ist, ob die verfassungskonforme Auslegung auch dann zum Tragen kommen soll, wenn die herkömmlichen Auslegungsmethoden *nicht* zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ob also die verfassungsrechtlichen Wertungen bereits von Beginn an in den Auslegungsvorgang miteinzubeziehen sind.⁴⁸⁴⁸ Keinesfalls ist es ausgeschlossen, den Sinn einer gesetzlichen Bestimmung auch mit Blick auf die (höherrangigen) verfassungsrechtlichen Wertungen und «übergeordnete Ziel- und Zwecksetzungen» zu ermitteln;⁴⁸⁴⁹ von wichtiger Bedeutung ist dieser unmittelbare Einbezug der Verfassung sicher dann, wenn es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt.⁴⁸⁵⁰ Unbestimmte Rechtsbegriffe sind verfassungskonform (insbesondere auch grundrechtskonform⁴⁸⁵¹) auszulegen.⁴⁸⁵²

⁴⁸⁴⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 194; HÄFELIN, 244 und 259; MÜLLER, Grundrechtstheorie, 67; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, 349 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 152; BGE 148 II 218, E. 5.2; BGE 143 III 385, E. 4.1; BGE 138 II 217, E. 4.1.

⁴⁸⁴⁵ BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 261 ff.; BGE 93 I 708, E. 3. Das Bundesgericht geht davon aus, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung bewegen will, sofern aufgrund von Wortlaut und Sinn der Bestimmung keine klaren Anhaltspunkte dagegen sprechen, siehe BGE 131 II 562, E. 3.5; BGE 130 II 65, E. 4.2; BGE 122 III 469, E. 5a; ferner BGE 106 Ia 33, E. 2: Diese Vermutung ist – als Begründung für eine verfassungskonforme Auslegung – jedoch unstritten, siehe dazu BACHER, Rz. 64 f. m.w.H.

⁴⁸⁴⁶ BGE 148 II 218, E. 5.2; BGE 143 III 385, E. 4.1; BGE 138 II 217, E. 4.1; BGE 104 IV 11, E. 1b (Ehrverletzung durch die Presse): «choisir l'interprétation la plus conforme aux principes constitutionnels»; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 261 und 276 ff. («verfassungsorientierte Auslegung»); BACHER, Rz. 53 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 152; KRAMER, Methodenlehre, 117 f.

⁴⁸⁴⁷ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 548.

⁴⁸⁴⁸ So RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 551; vgl. dazu auch KRAMER, Methodenlehre, 118.

⁴⁸⁴⁹ MÜLLER, Verfassung und Gesetz, 123; BACHER, Rz. 53 ff.; MÜLLER, Verwirklichung, 114 ff.; s.a. BGE 142 IV 137, E. 9, insb. 9.3: Dass Art. 90 Abs. 4 SVG nach seinem Sinn und Zweck keine unwiderlegbare Vermutung hinsichtlich der Erfüllung des subjektiven Tatbestands («Rasertatbestand») enthält, begründet das Bundesgericht auch mit Blick auf die in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK garantierte Unschuldsumvermutung.

⁴⁸⁵⁰ HÄFELIN, 244 f.

⁴⁸⁵¹ TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 295; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1169; gemäss BGE 147 I 183, E. 8.2, «erscheint eine mittelbare Anwendung von Grundrechten auf das Verhältnis zwischen Privatpersonen namentlich bei der Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts *nicht ausgeschlossen*» (Herv. d. Verf.).

⁴⁸⁵² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 153; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 550.

Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze aber am «klaren Wortlaut und Sinn» einer Gesetzesbestimmung,⁴⁸⁵³ und zwar auch dann, wenn die Norm *verfassungswidrig* ist.⁴⁸⁵⁴ Die klare und bewusste Regelungsabsicht des Gesetzgebers darf selbst in solchen Fällen nicht durch das Gericht ersetzt werden.⁴⁸⁵⁵ Anders gesagt: Eine «korrigierende» verfassungskonforme Auslegung ist nicht möglich, wenn ein «verfassungswidriger Normsinn» vorliegt.⁴⁸⁵⁶ Kantonale Gesetze sind in solchen Fällen nicht anzuwenden;⁴⁸⁵⁷ bei (verfassungswidrigen) Bundesgesetzen ist die Bestimmung von Art. 190 BV zu berücksichtigen, die zwar kein Überprüfungsverbot statuiert, aber auch die Anwendung *verfassungswidriger* Bestimmungen verlangt.⁴⁸⁵⁸ Hervorzuheben ist, dass der *Wortlaut* allein der verfassungskonformen Auslegung (richtigerweise) keine Schranke setzt. Die Grenze der verfassungskonformen Auslegung stellt der *Normsinn* dar; der Wortlaut stellt nur insofern eine Grenze dar, als er selbst den «wahren» Sinn der Norm wiedergibt.⁴⁸⁵⁹ Dies wird besonders dort relevant, wo sich der Wortlaut als starr und (zu) undifferenziert erweist.⁴⁸⁶⁰ Art. 190 BV stellt auch nicht eine *eigentliche Schranke* der verfassungskonformen *Auslegung* dar – diese Bestimmung kommt erst zum Tragen, wenn der Normsinn (auf dem Weg der Auslegung) ermittelt wurde.⁴⁸⁶¹

Allerdings bleibt die Frage, ob verfassungswidrige Gesetze *in jedem Fall* angewendet werden müssen. So soll Art. 190 BV einer richterlichen Gesetzeskorrektur dann nicht absolut entgegenstehen, wenn ansonsten «gegenläufigen Verfassungsgehalten direkt die Entleerung ihres Gehaltes droh[t]». ⁴⁸⁶² Insbesondere kann mit guten Gründen diskutiert werden, ob einer Norm – trotz Art. 190 BV – nicht dann die Anwendung zu versagen ist, wenn sie gegen *grundrechtliche Kerngehalte* verstösst.⁴⁸⁶³ Ganz grundsätzlich stellt sich die Frage, ob das Anwendungsgebot nicht zu relativieren ist, wenn es mit anderen gegenläufigen Verfassungsnormen (wie namentlich den rechtsstaatlichen Grundsätzen) in einem Konflikt steht.⁴⁸⁶⁴ Auch wird zuweilen über

⁴⁸⁵³ BGE 148 II 218, E. 5.2; BGE 143 III 385, E. 4.1; BGE 134 II 249, E. 2.3; BGE 131 II 697, E. 4.1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 154 f.; HÄFELIN, 251 ff. und 259.

⁴⁸⁵⁴ BGE 134 II 249, E. 2.3; BGE 131 II 697, E. 4.1; BGE 129 II 249, E. 5.4; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 280.

⁴⁸⁵⁵ BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 280.

⁴⁸⁵⁶ LOOSER, 1053 f.

⁴⁸⁵⁷ BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 280.

⁴⁸⁵⁸ Vgl. BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 271 und 280; BGE 131 V 305, E. 4.4 (keine Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit über die verfassungskonforme Auslegung).

⁴⁸⁵⁹ LOOSER, 1051 ff. m.H. auf abweichende Meinungen; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 400; MÜLLER, Verwirklichung, 118 f.; BGE 111 Ia 292, E. 3b; BGE 123 V 310, E. 6 b/bb; BGE 140 IV 162, E. 4.6 (wonach «eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung» [Herv. d. Verf.] finde); s.a. BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 87.

⁴⁸⁶⁰ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 4905 ff.

⁴⁸⁶¹ LOOSER, 1058.

⁴⁸⁶² BVGer B-1129/2013, E. 11.1; BVGer B-2194/2012, E. 4.1; BVGer B-2486/2008, E. 3.1.

⁴⁸⁶³ So KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: VdS, § 74, Rz. 28; TSCHANNEN, Staatsrecht, Rz. 384; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 2866 (Art. 36 Abs. 4 BV als *lex specialis* zu Art. 190 BV).

⁴⁸⁶⁴ Siehe BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 125.

den Begriff der Lücke versucht, den richterlichen Spielraum zu erweitern, und es als zulässig erachtet, einer Norm bei Willkür in der Rechtsetzung die Anwendung zu versagen.⁴⁸⁶⁵ Darin lässt sich ebenfalls eine verfassungskonforme Auslegung einer Bestimmung erblicken.⁴⁸⁶⁶ Vorbehalten bleiben zudem Fälle, in denen sich Sinn und Zweck einer Norm des Bundesrechts als unvereinbar mit *völkerrechtlichen* Menschenrechtsgarantien erweisen.⁴⁸⁶⁷

Das damit angesprochene Problemfeld ist komplex und allgemeingültige Aussagen lassen sich nur schwer treffen. Mit Blick auf die Auslegung und die Handhabung fürsorglich (und paternalistisch) motivierter Bestimmungen sind nachfolgend einige besonders relevante Punkte hervorzuheben.

B. Einzelne Problemfelder

1. Ist überhaupt ein «Schutz vor sich selbst» bezweckt?

Zu berücksichtigen ist zunächst, dass dem Gesetz- und Verordnungsgeber eine *paternalistische Absicht* nicht vorschnell unterstellt werden darf. Nicht zuletzt die verfassungskonforme Auslegung gebietet Zurückhaltung mit der Annahme einer solchen Zwecksetzung, erst recht einer *hart* paternalistischen.⁴⁸⁶⁸

a) Beispiel «Impfobligatorium»

Als erstes Beispiel sei auf das «Impfobligatorium» verwiesen – das die Kantone in gewissen Fällen gestützt auf Art. 22 EpG (und der Bundesrat in der besonderen Lage gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Bst. d EpG) anordnen können. Wird es gegenüber Personen ausgesprochen, «die bestimmte Tätigkeiten ausüben» – gedacht ist insbesondere an in Gesundheitseinrichtungen tätige Personen (siehe Art. 38 Abs. 2 EpV) –, dient es dem Schutz *Dritter*, was sich implizit auch aus dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 EpV ergibt («Weiterverbreitung» der Krankheit, Gefährdung besonders verletzbarer Personen). Allerdings können ebenso Impfungen von «*gefährdeten Bevölkerungsgruppen*» und von «*besonders exponierten Personen*» für obligatorisch erklärt werden, «sofern eine erhebliche Gefahr besteht».

⁴⁸⁶⁵ KÄLIN, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: VdS, § 74, Rz. 31; MÜLLER, Verfassung und Gesetz, 125 ff.

⁴⁸⁶⁶ MÜLLER, Verfassung und Gesetz, 123.

⁴⁸⁶⁷ Was die Problematik von Art. 190 BV in einem gewissen Umfang relativiert, siehe dazu MÜLLER, Verwirklichung, 119 f.; BIAGGINI, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rz. 128; ferner GRIFFEL, Rechtsschutz, in: VdS 2020, Bd. II, IV.8, Rz. 31 («eine Art faktische Verfassungsgerichtsbarkeit»).

⁴⁸⁶⁸ Vgl. dazu bereits vorne, bei Fn. 2362 ff., insb. 2369 ff.

Für wen aber muss diese Gefahr bestehen? Dürfte das Impfblogatorium gegenüber gefährdeten und besonders exponierten Personen auch zum Schutz dieser Personen vor sich selbst (und damit unabhängig von einer Gefährdung Dritter durch eine Ansteckung) angeordnet werden? Verfolgt das Epidemien-gesetz letztlich auch paternalistische Zwecke? Aus dem Gegenstand des Gesetzes (Art. 1: «*Dieses Gesetz regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten und sieht die dazu nötigen Massnahmen vor.*») wird nicht klar, ob auch ein Schutz vor sich selbst im Zielbereich des EpG liegt. Der Gesetzeszweck (Art. 2 Abs. 1 EpG: «*Dieses Gesetz bezweckt, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen.*») legt eine paternalistische Interpretation *insofern* nicht nahe, als ausdrücklich auf die *Verbreitung* von übertragbaren Krankheiten (und die damit verbundenen Gefahren) hingewiesen wird; allerdings wird auch der «Ausbruch» und nicht nur die Verbreitung genannt. Die Botschaft thematisiert diese Frage nicht ausdrücklich, hält aber immerhin fest, dass sich ein Impfblogatorium bei bestimmten Personenkreisen (gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierte Personen und Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben) «bei einer schweren, *sich rasch verbreitenden* und in vielen Fällen tödlich endenden Infektionskrankheit aufdrängen» (Herv. d. Verf.) könnte.⁴⁸⁶⁹ Die Betonung der Weiterverbreitung ist in Richtung eines Schutzes *Dritter* und nicht «vor sich selbst» zu verstehen. Allerdings ist in den Erläuterungen zur EpV bei der Frage, ob eine – die obligatorische Impfung rechtfertigende – erhebliche Gefahr i.S.v. Art. 22 EpG vorliegt, auch die Rede vom «Eigenschutz»⁴⁸⁷⁰ und es wird ausgeführt: «Ein Impfblogatorium muss zudem möglichst eng gefasst werden, so dass nur Personengruppen davon betroffen sind, die tatsächlich einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt sind *oder* massgeblich zur Weiterverbreitung beitragen können» (Herv. d. Verf.).⁴⁸⁷¹ Schwebt zumindest dem Bundesrat auch ein Obligatorium rein zum Eigenschutz vor, wenn eine Person besonders gefährdet ist? Und stünde dies im Einklang mit der Gesetzgebung?

Nach der hier vertretenen Auffassung wäre ein solches, auch paternalistisches Verständnis des Impfblogatoriums – das im Übrigen nicht mit einer «Zwangsimp-

⁴⁸⁶⁹ Botsch. Totalrev. EpG, 380.

⁴⁸⁷⁰ Erl. EpV, 42: «Von besonderer Bedeutung ist der Schutz verletzbarer Personen oder Personengruppen, beispielsweise Patientinnen und Patienten auf der Intensivstation (Bst. b). *Impfungen dienen hier nicht nur dem Eigenschutz*, den man als geimpfte Person geniesst, sondern auch dem Schutz Anderer, die gegen die betreffende Krankheit keine Immunität besitzen. Im Rahmen der Vorabklärungen sind dabei sowohl die besonders verletzbaren Personen und Personengruppen zu identifizieren als auch *Art und Ausmass ihrer Gefährdung* durch die betreffende Krankheit zu bezeichnen.» (Herv. d. Verf.).

⁴⁸⁷¹ Erl. EpV, 42.

fung» zu verwechseln ist⁴⁸⁷² – nicht *gesetzeskonform*. Eine solche (umstrittene) Zwecksetzung müsste sich deutlich aus dem Gesetz selbst ergeben bzw. sich (mit den anerkannten Auslegungsmethoden) zumindest als Gesetzeszweck nachweisen lassen,⁴⁸⁷³ was m.E. aber nicht gelingt. Selbst wenn darüber Streit entstehen würde und verschiedene Auslegungen denkbar wären, müsste die Zwecksetzung des Impfblogatoriums jedenfalls *verfassungskonform* dahingehend interpretiert werden, dass der Einzelne nicht in seinem eigenen (wohlverstandenen) Interesse gegen seinen *freiverantwortlichen* Willen einem Impfblogatorium unterworfen werden kann. Ein derartiger harter Paternalismus ist nicht verfassungskonform.

b) Beispiel «Raucherclubs»

Für kritikwürdig halte ich die Rechtsprechung, wonach sog. «Raucherclubs» vom Geltungsbereich des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG) erfasst sind und in welcher der Passivraucherschutz letztlich in die Richtung eines Schutzes vor sich selbst interpretiert wird:

Das Bundesgericht hatte sich verschiedentlich mit der Frage zu befassen, ob trotz Vorliegen einer Einwilligung in das «Passivrauchen» (insbesondere durch den Beitritt zu einem «Raucherclub») ein Verstoss gegen das gesetzliche Rauchverbot vorliegt.⁴⁸⁷⁴ Zwar mag man bezweifeln, dass die öffentliche Zugänglichkeit eines Raums i.S.v. Art. 1 PaRG durch eine (nicht besonders schwer zu erlangende) Vereinsmitgliedschaft beseitigt wird.⁴⁸⁷⁵ Bemerkenswert ist aber, dass das Bundesgericht den Passivraucherschutz vom Vorliegen eines entsprechenden Schutzbedürfnisses loslöst und sich (pauschal) am Zweck des *Gesundheitsschutzes* an sich orientiert: Die Gesundheit sei nach der Konzeption des PaRG unverfügbar bzw.

⁴⁸⁷² Das Impfblogatorium kann nicht zwangsweise durchgesetzt werden – einen Impfwang, eine «Zwangsimpfung» gibt es nicht, siehe Votum Berset (Bundesrat), AB N 2012 317. Auch Art. 32 EpG betreffend die (zwangsweise) Durchsetzung der Massnahmen erwähnt die Impfung nicht (vgl. Botsch. Totalrev. EpG, 387); ausdrücklich Art. 38 Abs. 3 EpV: «Ein Impfblogatorium muss zeitlich befristet sein. Die Impfung darf nicht mittels physischem Zwang erfolgen.»; ferner THOMAS GÄCHTER/MARIANNE KAUFMANN, Impfpflicht für Gesundheitspersonal, *Pflegerecht* 2013, 213 ff., 216; SCHÜPBACH/ZELTNER, EpG, Rz. 171; THOMAS GÄCHTER/STEPHANIE BURCH, Entwicklungen in der gesundheitsrechtlichen Gesetzgebung, in: Ueli Kieser/Agnes Leu (Hrsg.), 3. St. Galler Tagung zum Gesundheitsrecht, St. Gallen 2014, 9 ff., 66 f.; LANGER, 88 f. und 96.

⁴⁸⁷³ Vgl. vorne, Teil 3 II. C. 1 und bei Fn. 4693.

⁴⁸⁷⁴ BGer 6B_75/2012 (Bestrafung eines Wirtes nach Art. 5 Abs. 1 Bst. a PaRG, der zusammen mit drei Gästen in seinem Lokal geraucht und geltend gemacht hat, die von ihm betriebene Bar sei kein öffentlich zugänglicher Raum, da nur Mitglieder des von ihm mitgegründeten Vereins Zutritt hätten); ferner BGE 139 I 242 (Verein «Fümoar»); s.a. BGer 2C_263/2013.

⁴⁸⁷⁵ Siehe BGer 6B_75/2012, E. 3.5; BGE 139 I 242, E. 4.2.

stehe nicht zur Disposition des Einzelnen; in eine Gefährdung der Gesundheit könne nicht rechtswirksam eingewilligt werden. Das Rauchen sei auch dann unzulässig, «wenn die übrigen Anwesenden dem Rauchen zustimmen und gar selber rauchen»; das PaRG wolle «die Menschen, auch die Raucher, selbst gegen deren Willen vor den Gefahren des Passivrauchens schützen».⁴⁸⁷⁶ Es gehe darum, «über den engen Wortlaut des ‹Schutzes vor dem Passivrauchen› hinaus [. . .], ein grundsätzliches Rauchverbot in öffentlich zugänglichen Räumen zu statuieren».⁴⁸⁷⁷ Auf den Passivraucherschutz kann damit nicht verzichtet werden, selbst wenn alle Betroffenen damit einverstanden sind. Das ist nun aber nichts anderes, als *ein Schutz der Gäste vor sich selbst*, nämlich insofern, als sie – zum Schutz ihrer eigenen Gesundheit – nicht rechtmässig einwilligen können, sich dem Rauch auszusetzen.⁴⁸⁷⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung entspricht es nun aber gar nicht Sinn und Zweck des PaRG, Personen gegen sich selbst zu schützen – vielmehr will das PaRG dem Bedürfnis Rechnung tragen, nicht ungewollt, nicht unfreiwillig dem Passivrauchen ausgesetzt zu werden.⁴⁸⁷⁹ Diejenigen Personen, die Tabakrauch *nicht einatmen wollen*, sollen in ihrer Position gestärkt und vor *ungewollten* Gesundheitsgefährdungen bewahrt werden. Wer aber als Gast *freiwillig* allein oder zusammen mit anderen freiwillig Handelnden seine Gesundheit gefährdet, der läuft dem *Gesetzeszweck* nach der hier vertretenen Auffassung nicht zuwider.⁴⁸⁸⁰ Viel zu kurz greift es insbesondere, die Gesundheit nach der Konzeption des PaRG als «unverfügbar» zu bezeichnen und zu unterstellen, das PaRG wolle dem Einzelnen das Recht nehmen, über seine Gesundheit selbst zu entscheiden. Ein solch (hart) paternalistischer Sinn und Zweck müsste sich deutlich als Gesetzeszweck nachweisen lassen. Zudem steht das paternalistisch motivierte Aufzwingen eines Passivraucherschutzes in einem grundlegenden Konflikt mit der Verfassung, die einen gegen das freiverantwortliche Handeln gerichteten bzw. unabhängig vom Vorliegen von

⁴⁸⁷⁶ BGer 6B_75/2012, E. 3.6; ferner BGE 139 I 242, E. 3.4.4 und insb. E. 4.1, wonach der «Schutzgedanke» des PaRG und der (strengeren) Bestimmung von § 34 Gastgewerbegesetz BS vom 15. September 2004 (SG 563.100) «auch Raucher und freiwillige Passivraucher» umfasse – der «Normzweck» könne «nicht durch eine Erklärung der Betroffenen, teilweise oder ganz auf gesetzlichen Schutz verzichten zu wollen, für diese ausser Kraft gesetzt werden; dies widerspräche dem angestrebten Gesundheitsschutz».

⁴⁸⁷⁷ BGE 139 I 242, E. 3.4.4.

⁴⁸⁷⁸ Vgl. – unter Bezugnahme auf vergleichbare deutsche Regelungen – KIRSTE, Rechtspaternalismus, 805, und KOLBE, 64.

⁴⁸⁷⁹ Ber. SGK-N Passivrauchen, 6190 und 6195 f.; die Verminderung der Anzahl Raucherinnen und Raucher ist dabei keine eigenständige Motivation, wird darauf doch lediglich unter dem Aspekt der «wirtschaftlichen Auswirkungen» des Erlasses Bezug genommen (ebd., 6200 f.).

⁴⁸⁸⁰ A.A. PORTMANN/RIBBE, 655 f.

Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängten Schutz vor sich selbst nicht erlaubt⁴⁸⁸¹ und es der Einzelnen selbst überlässt, wie sie mit ihrer Gesundheit umgeht. Diese verfassungsrechtlichen Wertungen dürfen nicht unberücksichtigt bleiben, jedenfalls dann nicht, wenn – wie hier – die paternalistische Motivation nicht klar erstellt ist. Eine paternalistische Schutzrichtung lässt sich im Übrigen auch nicht mit dem vom Bundesgericht angesprochenen Paradigmenwechsel – «von der Freiheit des Rauchens zur Freiheit des Nichtrauchens»⁴⁸⁸² – begründen: Eine *Freiheit* des Nichtrauchens bedeutet auch, dass diese der Einzelnen nicht aufgedrängt wird, sonst ist es keine Freiheit mehr, sondern Zwang.

Somit ergibt sich: Selbst wenn die Bildung eines «Vereins» die öffentliche Zugänglichkeit eines Raums nicht beseitigt, bietet das PaRG nach der hier vertretenen Auffassung keine Grundlage, eine *freiverantwortliche* Selbstgefährdung durch das Einatmen von Passivrauch zu unterbinden. Die Bildung von «Raucherclubs» lässt sich nicht als unzulässiger, gesetzeswidriger Versuch, die Passivraucherschutzgesetzgebung zu umgehen, bezeichnen.

Man müsste schon argumentieren, dass die Personen, die dem Beitritt zu einem «Raucherclub» zustimmen, dies *gar nicht freiwillig tun (oder tun können)*. Ein solcher weicher Paternalismus stünde zumindest nicht in einem (unüberwindbaren) Konflikt mit der Verfassung. Tatsächlich wird dem Passivraucherschutz in Rechtsprechung und Lehre teilweise eine solche weich paternalistische Motivation unterstellt bzw. auf eine solche Bezug genommen, um einen weiten Anwendungsbereich des PaRG zu begründen. So soll der Einzelne durch das PaRG auch davor geschützt werden, aus einer «Drucksituation» («Gruppendruck, Mangel an Alternativen») heraus auf den Passivraucherschutz zu verzichten bzw. sich nur «vordergründig damit einverstanden» zu erklären.⁴⁸⁸³ Und das Obergericht des Kantons Thurgau argumentiert, dass ein Mitgliederbeitrag von Fr. 10.– den Einzelnen nicht davon abhalte, wegen attraktiver Öffnungszeiten oder Gruppendruck dem Verein beizutreten, er dies aber nur «widerwillig» tun werde,⁴⁸⁸⁴ letzt-

⁴⁸⁸¹ Vgl. auch SUTTER, Schutz, 48 f. und 51 f.

⁴⁸⁸² BGE 139 I 242, E. 3.4.4: «Die Regelung in § 34 GGG/BS des Kantons Basel-Stadt geht – in gleicher Weise wie der Paradigmenwechsel auf Bundesebene (von der Freiheit des Rauchens zur Freiheit des Nichtrauchens) – vom Grundsatz aus, dass geschlossene Räume, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, rauchfrei sein sollen [...]»

⁴⁸⁸³ PORTMANN/RIBBE, 656; vgl. auch – allerdings im Zusammenhang mit einem kantonalen Bedienungsverbot in Raucherräumen – BGE 139 I 242, E. 3.4.4: Schutz vor dem sozialen Druck, den rauchenden Kollegen in einen zu einem Gasträum «mutierten» Raucherraum folgen zu müssen.

⁴⁸⁸⁴ OGer TG, Urteil vom 14. Dezember 2011, SBR.2011.27, RBOG 2011 Nr. 32, E. 6a/cc: «Keine wirksame Beschränkung auf ein Privatlokal stellt indessen der Mitgliederbeitrag

lich also – so die Unterstellung – nicht aus freien Stücken. Eine solche Argumentation ist ausgesprochen fragwürdig. Zunächst stellt sich schon ganz grundsätzlich die Frage, ob der Einzelne nach Sinn und Zweck des PaRG vor einem solchen «Druck» geschützt werden soll. Genügend Anhaltspunkte dafür bestehen m.E. nicht. Ferner wird dem Einzelnen pauschal die Selbstbestimmungsfähigkeit abgesprochen und es werden ihm Defizite unterstellt, die so in keiner Weise vorliegen müssen. Ein derart undifferenziertes Bild eines unmündigen, nicht zur Eigenverantwortung fähigen Menschen ist – sowohl mit Blick auf die tatsächlichen Umstände wie auch auf die verfassungsrechtlichen Wertungen – nicht haltbar. Darüber hinaus ist äusserst zweifelhaft, ob solche (angeblichen) Verlockungen und Drucksituationen überhaupt als genügendes Freiwilligkeitsdefizit begriffen werden können, um eine paternalistische Intervention zu rechtfertigen. Wenn sich jemand um der *attraktiven Öffnungszeiten* willen dafür entscheidet, einem Raucherclub beizutreten – bzw. um mehr Zeit mit seinen Freunden zu verbringen –, handelt er nicht unfreiwillig oder jedenfalls nicht derart unfreiwillig, dass sich ein Schutz vor sich selbst rechtfertigen würde. Er gewichtet seine Optionen und kommt zum Schluss, dass es für ihn besser ist, dem Club beizutreten, als es zu unterlassen; zudem ist keineswegs überzeugend nachgewiesen, dass dem Einzelnen – der über seine Gesundheit und seine Freizeitgestaltung selbst bestimmen darf und will – mit einem Verbot mehr genützt als geschadet wird. Aber auch ein (angeblicher) Gruppendruck (der klar zu belegen und nicht bloss allgemein zu vermuten ist) dürfte kaum ausreichen, jedenfalls nicht mit Blick darauf, dass keine unmittelbare, schwere Schädigung droht. Und selbst wenn bei gewissen Personen relevante Entscheidungsverzerrungen vorliegen *können*, so reicht dies ohne vertiefte Begründung nicht aus, um eine paternalistische Massnahme undifferenziert auch all denjenigen Personen aufzudrängen, die zu einem selbstbestimmten Entscheid in der Lage sind.⁴⁸⁸⁵ Letztlich ist dies ein gutes Beispiel

von Fr. 10.00 pro Jahr dar. Bei einem Betrag in dieser geringen Höhe besteht die Gefahr, dass sich Nichtraucher, die sich im Prinzip nicht dem passiven Rauchen aussetzen wollen, zum Beispiel wegen der attraktiven Öffnungszeiten oder aufgrund sozialen Drucks in die Bar des Berufungsklägers begeben. Geht eine Gruppe von Personen, die mit einer einzigen Ausnahme allesamt Raucher sind, in den Ausgang und möchten die Raucher in die Bar des Berufungsklägers, so wird es unweigerlich vorkommen, dass sich der einzige Nichtraucher aus Gründen des Gruppendrucks nicht ernsthaft dagegen verwahren wird. Mag ihm das passive Rauchen auch noch so lästig sein, so wird er (zumal wenn der Abend fortgeschritten ist, kaum mehr andere Lokale geöffnet haben und noch dazu zuvor Alkohol konsumiert wurde) der Mehrheit folgen und dem Verein widerwillig beitreten, denn der geringe Mitgliederbeitrag gibt ihm kein vernünftiges Argument gegen den Besuch ab.»

⁴⁸⁸⁵ Vgl. dazu vorne, Teil 5 I. B. 3, dort insb. Ziff. (2.) bei Fn. 4768 ff.

für die Problematik, dass über die Statuierung hoher Anforderungen an die Freiwilligkeit ein im Kern hart paternalistischer Schutz verwirklicht wird.⁴⁸⁸⁶

Eine andere Frage ist, ob sich die Unzulässigkeit von «Raucherclubs» mit *nicht paternalistischen Zwecken* der Gesetzgebung zum Schutz vor Passivrauchen rechtfertigen lässt: Immerhin ist zu beachten, dass das PaRG auch dem *Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* dient. Dort wo ein *selbständig* Erwerbender die Gäste selbst bewirtet und keine Angestellten vorhanden sind, greift der Schutz des PaRG allerdings nicht: Ist das Lokal *nicht öffentlich zugänglich*, mangelt es schon am Erfordernis *mehrerer Arbeitsplätze* (siehe Art. 1 Abs. 1 PaRG).⁴⁸⁸⁷ Ist es *öffentlich zugänglich*, reicht zwar auch *ein Arbeitsplatz* aus, doch greift der Schutz nur dann, wenn ein *unselbständig* Erwerbender tätig ist.⁴⁸⁸⁸ Zudem mag man auf die Folgen des Passivrauchens für die Allgemeinheit hinweisen. Doch die volkswirtschaftlichen Folgen des (Passiv-) Rauchens bzw. deren Minderung scheinen nur sehr beschränkt eine eigenständige Zweckerichtung des PaRG darzustellen.⁴⁸⁸⁹

c) Beispiel therapeutische Massnahmen (Art. 56 StGB)

Zu Fragen Anlass gibt die Bestimmung von Art. 56 StGB betreffend die Anordnung von (therapeutischen) Massnahmen. Danach ist eine Massnahme – soweit die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind – anzuordnen, wenn «eine Strafe allein nicht geeignet ist, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen» und «ein Behandlungsbedürfnis des Täters besteht *oder* die öffentliche Sicherheit dies erfordert» (Herv. d. Verf.). Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ist somit nicht zwingend vorausgesetzt – darf die Einzelne also auch in ihrem *eigenen, besten* Interesse einer Massnahme unterworfen werden, um von Straftaten abgehalten zu werden?

⁴⁸⁸⁶ Vorne, bei Fn. 504, 369 und 3996 ff.; s.a. bei Fn. 2077 f.

⁴⁸⁸⁷ Fraglich ist allerdings, ob die Anwendbarkeit des PaRG dann bejaht werden muss, wenn in einem nicht öffentlich zugänglichen Raum mehrere selbständig Erwerbstätige arbeiten (so BAG, Erläuternder Bericht zur Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen, Juni 2009, 5 [abrufbar unter: www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6009/27/cons_1/doc_2/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6009-27-cons_1-doc_2-de-pdf-a.pdf]); mit Blick auf den Zweck des Arbeitnehmerschutzes a.A. – und m.E. überzeugender – PORTMANN/RIBBE, 653.

⁴⁸⁸⁸ Vgl. dazu PORTMANN/RIBBE, 653 ff.

⁴⁸⁸⁹ Die *volkswirtschaftlichen Kosten* des Rauchens werden zwar erwähnt (Ber. SGK-N Passivrauchen, 6189 f.), scheinen aber nicht im Vordergrund der bezweckten Regelung zu stehen (vgl. auch vorne, Fn. 4879).

Mit der Behandlungsbedürftigkeit spricht das Gesetz die «*wohlverstandenen Interessen des Betroffenen*» an.⁴⁸⁹⁰ Nach der Botschaft ist das Behandlungsbedürfnis «so zu verstehen, dass bei Anordnung einer ‹bessernden› Massnahme von den beim Täter liegenden Defiziten und Behinderungen auszugehen ist, deren Beseitigung der Betroffene um seiner selbst willen wünschen müsste».⁴⁸⁹¹ Aber in welchem Interesse muss diese «Besserung» stehen? Reicht es zur Anordnung einer therapeutischen Massnahme aus, dass diese im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen liegt? Oder soll mit dem Kriterium der «Behandlungsbedürftigkeit» lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass eine im (überindividuellen Interesse liegende, «bessernde») Resozialisierung zwecks Verhütung weiterer Straftaten bei Nichtvorliegen einer (konkreten?) Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nur insofern eine (therapeutische) Massnahme erlaubt, als diese *gleichzeitig* im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liegt?

Zu berücksichtigen ist, dass es den strafrechtlichen Massnahmen um die Abwehr von Gefahren für die Allgemeinheit, die Verhütung weiterer Straftaten, die «Sicherung der Gesellschaft», den Schutz der «sozialen Ordnung» und die «individualpräventive Beeinflussung des sozialgefährlichen Täters» geht⁴⁸⁹² – also letztlich um *Allgemeininteressen*. So gesehen dürften rein paternalistisch motivierte Massnahmen nicht im Zielbereich von Art. 56 StGB liegen.⁴⁸⁹³ Zu beachten ist ferner, dass die Voraussetzung der Behandlungsbedürftigkeit im Entwurf sowie in der Botschaft ausdrücklich als Element der *Verhältnismässigkeit* bezeichnet wurde.⁴⁸⁹⁴ Vor diesem Hintergrund dürfte das Erfordernis der Behandlungsbedürftigkeit in erster

⁴⁸⁹⁰ CR StGB I-LUDWICZAK GLASSEY/ROTH/THALMANN, Art. 56, Rz. 14.

⁴⁸⁹¹ Botsch. Änd. StGB AT, 2070; ferner BSK StGB I-HEER, Art. 56, Rz. 32 («wohlverstandene[s] Interesse der betroffenen Person, ihren Defiziten und Behinderungen zu begegnen» als «Richtschnur»).

⁴⁸⁹² BSK StGB I-HEER, Vor Art. 56, Rz. 1 ff.

⁴⁸⁹³ BSK StGB I-HEER, Vor Art. 56, Rz. 7, erblickt im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen zwar die «Rechtfertigung für eine therapeutische Massnahme», weist aber gleichzeitig darauf hin, dass «der *Resozialisierungsanspruch* mit einer gewissen» – bis zu einem gewissen Grad in Kauf zu nehmenden – «Bevormundung des Individuums» einhergehe (Herv. d. Verf.); zudem sei «die Behandlungsintensität nach der Quantität der *Sozialgefährlichkeit*» (Herv. d. Verf.) abzustufen.

⁴⁸⁹⁴ Botsch. Änd. StGB AT, 2069 f.: «Die Bestimmung über die Verhältnismässigkeit nach Artikel 56 E ist neu. Strafrechtliche Sanktionen sind als schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Betroffenen mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen, einem überwiegenden öffentlichen Interesse entsprechen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts wahren. Sowohl bei ‹bessernden› wie auch bei ‹sichernden› Massnahmen dient das überwiegende öffentliche Interesse in erster Linie zur Legitimation schuldüberschreitender Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen. Eine ‹bessernde› Einwirkung auf den Täter ist zulässig, wenn die mit ihr

Linie auf einen Schutz des Betroffenen vor überschüssenden Resozialisierungsbestrebungen abzielen – im Sinne von eigentlichen *Umerziehungsversuchen*; eine Resozialisierung im Interesse der Gesellschaft ist zwar auch zulässig, wenn es nicht unmittelbar um die Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit geht, aber nur insoweit, als die Massnahme gleichzeitig im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liegt. Nur eine solche Interpretation scheint mir zudem mit dem *verfassungsrechtlichen Verbot eines (Vernunft-)Paternalismus*, der die Menschen in ihrem eigenen Interesse formen, erziehen, bessern und auf den «vernünftigen» Freiheitsgebrauch hinleiten will, im Einklang zu stehen. Zu Recht wird in der Literatur auf die grund- und verfassungsrechtliche Problematik einer aufgedrängten Therapie und von staatlichen «Besserungsversuchen» im Rahmen von Massnahmen hingewiesen.⁴⁸⁹⁵

2. Welche «Art» von Paternalismus ist beabsichtigt?

Soweit feststeht, dass eine Norm (auch) als Grundlage für einen Schutz vor sich selbst dienen soll, bleibt zuweilen zweifelhaft, welche Art und welches Ausmass an «Paternalismus» (noch) in ihrem Zielbereich liegt. Auch hier gilt, dass ein Schutz vor sich selbst, der unabhängig vom Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängt werden soll, nicht als *verfassungskonforme* gesetzliche Zwecksetzung in Frage kommt; zudem ist die Norm möglichst so zu handhaben, dass freiverantwortliche Entscheidungen der Betroffenen respektiert werden. Die Problematik stellt sich etwa bezogen auf staatliches Informationshandeln.

Art. 24 Abs. 2 LMG gibt die Befugnis, «ernährungswissenschaftliche Erkenntnisse» zu vermitteln, womit zumindest *auch* paternalistische Zwecke verfolgt werden.⁴⁸⁹⁶ Wie aber ist die Information auszugestalten? Darf es einzig um die Vermittlung von gesundheitsrelevanten Fakten gehen, in der Hoffnung, die Adressaten würden ihr Verhalten von selbst anpassen? Oder darf der Staat auch «erzieherisch» auf die Präferenzen Einfluss nehmen? Darf er durch die Darstellung der Information («*Framing*») gezielt auf eine gesündere Ernährung hinwirken – etwa durch bewusste Betonung von Risiken?⁴⁸⁹⁷ Weder Wortlaut noch Materialien enthalten Anhaltspunkte, dass eine eigentliche *erzieherische* Verhaltensbeeinflussung gemeint ist, dass es um mehr ginge, als um eine Vermittlung und objektive Bewertung ernährungsbezogener, dem Einzelnen nicht (hinreichend) bekannter Fakten.⁴⁸⁹⁸ Der Zweck des LMG als solches spricht eben-

verbundene Freiheitsbeschränkung selbst dann, wenn sie den Rahmen der schuldangemessenen Strafe nicht überschreitet, im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen liegt.»

⁴⁸⁹⁵ BSK StGB I-HEER, Vor Art. 56, Rz. 12.

⁴⁸⁹⁶ Dazu näher vorne, bei Fn. 766 ff.

⁴⁸⁹⁷ Vgl. dazu auch vorne, bei Fn. 37 ff.

⁴⁸⁹⁸ Vgl. Botsch. LMG (1989), 926 («Informationen über die ermittelten tatsächlichen Verhältnisse bezüglich Ernährungsgewohnheiten und die daraus zu ziehenden Schlüsse. Der Ein-

falls gegen die Zulässigkeit einer gezielten, «bessernden» Einwirkung auf individuelles Ernährungsverhalten: Es zielt zwar auch auf den *Gesundheitsschutz*, der aber in Abs. 1 Bst. a wie folgt spezifiziert wird: «[...] die Gesundheit der Konsumentinnen und Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen, die *nicht sicher* sind, zu schützen» (Herv. d. Verf.; wobei als «nicht sicher» solche Lebensmittel gelten, die «gesundheitsschädlich» oder «nicht zum Konsum geeignet» sind⁴⁸⁹⁹). Es geht damit in erster Linie um den Schutz vor unsicheren, gesundheitsgefährdenden Lebensmitteln, womit m.E. aber nur Folgendes gemeint sein kann: Die Einzelne muss darauf vertrauen dürfen, dass der Konsum von Lebensmitteln keine Risiken für ihre Gesundheit beinhaltet, die ihr *nicht bekannt* sind. Und bezogen auf die *Informationsvermittlung* wird in Abs. 1 Bst. d ausgeführt: «[...] den Konsumentinnen und Konsumenten die für den Erwerb von Lebensmitteln oder Gebrauchsgegenständen notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen.» Das Zurverfügungstellen von Informationen ist etwas anderes als eine eigentliche erzieherische Steuerung des Ernährungsverhaltens. Eine Verhaltensbeeinflussung in Richtung eines «vernünftigen» Ernährungsverhaltens, die über die sachbezogene Vermittlung von Fakten, den Ausgleich von Informationsdefiziten und die möglichst objektive, sachliche Darstellung gesundheitsrelevanter Auswirkungen der Ernährung hinausgeht, lässt sich nicht auf Art. 24 LMG stützen. Die (beabsichtigte) «*Motivierung*» zu einem gesundheitsbewussten Ernährungsverhalten⁴⁹⁰⁰ muss sich somit auf die sachliche Vermittlung von Informationen beschränken; die Einzelne ist nicht durch Überzeugungsarbeit oder reklameartige, die Emotionen ansprechende Informationskampagnen über die «richtige» Ernährung zu einer anderen Lebensführung zu bewegen. Dies gilt erst recht, wenn man die verfassungsrechtlichen Wertungen miteinbezieht.⁴⁹⁰¹ Der Verfassung liegt kein hart paternalistisches, kein an der «objektiven Vernünftigkeit» orientiertes Gesundheitsverständnis zugrunde.⁴⁹⁰² Schutz und Fürsorge sind nur insofern gerechtfertigt, als die Einzelne nicht oder nur bedingt zu einem selbstbestimmten Entscheid in der Lage ist. Dass der Staat objektiv und sachlich zu informieren hat, ergibt sich im Übrigen schon aus den bereits skizzierten allgemeinen Grundsätzen für staatliches Informationshandeln. Diese ziehen insbesondere einem «*Framing*» oder «*Nudging*» und sonstigen subtilen Einflussnahmen auf das Verhalten sehr enge Grenzen.⁴⁹⁰³

zelle soll dadurch zu einer gesunden und ausgewogenen Ernährung motiviert werden.»; siehe bereits vorne, bei Fn. 767).

⁴⁸⁹⁹ Botsch. LMG (2011), 5594.

⁴⁹⁰⁰ Vorne, bei Fn. 767 und in Fn. 4898.

⁴⁹⁰¹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 20, Rz. 6, wonach es dem Verfassungsgeber im Bereich der Gesundheit «um Gesundheitsschutz und Gesundheitsvorsorge, nicht um «gute» Lebensführung» gehe.

⁴⁹⁰² Siehe vorne, Teil 3 IV. E. 2. d), zusammenfassend: Teil 3 IV. E. 2. d) vi).

⁴⁹⁰³ Vorne, Teil 3 III. B.

3. Auslegung und Handhabung undifferenzierter paternalistischer Normen

a) Problematik

Wie ist mit Normen umzugehen, die einen paternalistischen Schutz *unabhängig vom Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits* aufdrängen? Ein *harter* (oder sich angesichts der unzureichenden Differenzierungsmöglichkeiten zumindest *so auswirkender*) Paternalismus lässt sich gegenüber der vor sich selbst Geschützten nicht mit ihren «wohlverstandenen» eigenen Interessen rechtfertigen. Gleichermassen problematisch ist es, wenn der Gesetzgeber keine Möglichkeiten vorsieht, um die *konkreten Umstände* und die *tatsächlich vorliegenden* (oder *nicht vorliegenden*) *Schutzbedürfnisse* zu berücksichtigen.⁴⁹⁰⁴

Eine verfassungskonforme Auslegung kann es gebieten, eine Norm differenzierter zu handhaben als es der Wortlaut vorgibt bzw. (verfassungskonform) dahingehend zu interpretieren, dass deren Anwendung von *zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen* abhängig gemacht wird.⁴⁹⁰⁵ Dabei kann es auch zulässig sein, entgegen dem (scheinbar klaren) Wortlaut Raum für eine – durch das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) gebotene – Berücksichtigung der *Umstände des Einzelfalls* zu ermöglichen.⁴⁹⁰⁶ Denkbar ist es auch, eine starre und undifferenziert gehaltene gesetzliche Bestimmung (verfassungskonform) bloss im Sinne einer *widerlegbaren Vermutung* zu interpretieren.⁴⁹⁰⁷ Mit einer solchen verfassungskonformen Auslegung und Handhabung des Gesetzes- oder Ordnungsrechts lässt sich dem Umstand Rechnung tragen, dass nur ein autonomieorientierter Paternalismus verfassungsrechtlich zulässig ist, und insbesondere verhindern, dass die Einzelne unter Berufung auf ihre «wohlverstandenen» Interessen in ihrem Wohl *geschmälert* wird (was m.E. ebenfalls in einem unüberwindbaren Konflikt mit der Verfassung steht⁴⁹⁰⁸).

Aber auch *unabhängig* von einer verfassungskonformen Auslegung – und das ist wichtig, falls man auf sie erst bei unterschiedlichen Auslegungsergebnissen zurückgreifen will und weil sie nicht erlaubt, die klare Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu übersteuern⁴⁹⁰⁹ – stellt sich die Frage, ob es überhaupt *Sinn und Zweck* einer

⁴⁹⁰⁴ Das heisst nicht, dass eine generell-abstrakte Regelung nicht in einem gewissen Umfang davon *absehen* dürfte, Raum für eine Einzelfallabklärung zu lassen, vgl. dazu vorne, Teil 5 I. B; s.a. hinten, bei Fn. 4918 f.

⁴⁹⁰⁵ BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1, Rz. 266 f.

⁴⁹⁰⁶ BSK BV-EPINEY, Art. 5, Rz. 71.

⁴⁹⁰⁷ Vgl. das Beispiel gerade hinten, bei Fn. 4914 ff.

⁴⁹⁰⁸ Dazu vorne, Teil 4 II. B. 1.

⁴⁹⁰⁹ Vorne, bei Fn. 4844 ff.

Norm entspricht, von der Freiwilligkeit sowie den konkreten Umständen und Schutzbedürfnissen zu abstrahieren. Dabei ist Folgendes zu bedenken: Mit einem paternalistischen Schutz beabsichtigt der Staat, der Einzelnen einen *Nutzen* zu verschaffen, sie in ihrem Wohl zu befördern.⁴⁹¹⁰ Dass der Gesetzgeber eine Regelung treffen will, mit welcher der vor sich selbst zu Schützenden *geschadet* wird, lässt sich nicht ernsthaft behaupten.⁴⁹¹¹ Diese «Besserstellung» bzw. die Beförderung des individuellen Wohls sind der *eigentliche Zweck* der paternalistisch motivierten Norm. Würde eine solche Bestimmung nun so ausgelegt und gehandhabt, dass dies zu einer Schlechterstellung der Betroffenen führte (ihr ein Schaden und ein Nutzenverlust aufgebürdet würde), stünde dies nicht im Einklang mit deren Zielrichtung bzw. wäre dadurch gar nicht gedeckt.⁴⁹¹² Dabei ist nicht zu vergessen, dass die Möglichkeit, die eigenen Entscheidungen treffen zu können, ein *zentrales Element* des individuellen Wohls darstellt.⁴⁹¹³

Dieser Problembereich lässt sich an der Rechtsprechung zur Auslegung und Anwendung von aArt. 371 Abs. 1 ZGB illustrieren. Gemäss aArt. 371 Abs. 1 ZGB gehörte unter Vormundschaft *«jede mündige Person, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt worden ist»*. Aufgrund des Wortlauts ist die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ausreichend für eine Entmündigung; eine besondere Schutzbedürftigkeit oder ein besonderes Schutzbedürfnis auf Seiten des Betroffenen muss nicht nachgewiesen werden.⁴⁹¹⁴ Birgt dieser gut gemeinte Schutz in seiner Pauschalität aber nicht die Gefahr, dem Einzelnen mehr zu schaden als ihm zu nützen? Das Bundesgericht hatte sich in mehreren Entscheidungen mit dieser Bestimmung (und der ihr seitens der Lehre entgegengebrachten Kritik) zu befassen. Es ist zum Ergebnis gelangt, dass in der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe bloss eine *widerlegbare Vermutung* für die Unfähigkeit zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten bzw. das Vorliegen eines Schutzbedürfnisses erachtet werden könne. Es sei der «Gegenbeweis zuzulassen, dass im konkreten Fall die persönliche Fürsorge und die Wahrung der Vermögensinteressen des Verurteilten ausser Betracht fal-

⁴⁹¹⁰ Vgl. auch vorne, Teil 1 II. B. 1.

⁴⁹¹¹ S.a. vorne, bei Fn. 3885.

⁴⁹¹² Gemäss aArt. 40 Abs. 1 Ziff. 4 des deutschen Arzneimittelgesetzes (AMG; der Regelungsinhalt findet sich heute in Art. 40a Abs. 1 Ziff. 2) durfte eine «klinische Prüfung eines Arzneimittels [...] bei Menschen nur durchgeführt werden, wenn und solange [...] die betroffene Person nicht auf gerichtliche oder behördliche Anordnung in einer Anstalt untergebracht ist»; durfte also eine untergebrachte Person selbst dann nicht an einer Studie teilnehmen, wenn sie daraus einen Nutzen gezogen hätte? Nach einer in der Lehre vertretenen Meinung war «eine klinische Prüfung, durch die die Gesundheit des Betreuten wiederhergestellt oder ein schwerwiegender Nachteil vermieden werden kann [...], oder der Fall, dass durch das Arzneimittel der Grund der Unterbringung beseitigt werden kann», gar nicht vom *Schutzzweck* dieser Bestimmung erfasst (SUSANNE LISTL, Komm. zu § 40 AMG, Rz. 16, in: Andreas Spickhoff [Hrsg.], Medizinrecht, 2. Aufl., München 2014).

⁴⁹¹³ Vorne, bei Fn. 1824 f., 3901 ff., 3941 ff. und 4306 ff.

⁴⁹¹⁴ BGE 91 II 170, E. 2; BGE 104 II 12, E. 3.

len»; der Betroffene muss also darlegen können, dass in seinem Fall eine Schutzbedürftigkeit nicht vorliegt, dass er keiner persönlichen Fürsorge und Hilfe bei der Wahrung seiner Interessen bedarf.⁴⁹¹⁵ Zu diesem Schluss gelangt das Bundesgericht einerseits mit Blick auf den *Sinn und Zweck* der Norm: «Sinn und Grund der vormundschaftlichen Massnahme nach Art. 371 ZGB liegen nämlich [...] nicht in der Verurteilung von einer bestimmten Schwere, sondern in der mit Freiheitsentzug verbundenen Behinderung des Inhaftierten in der Wahrung seiner Interessen [...].»⁴⁹¹⁶ Andererseits bezieht sich das Bundesgericht auf die *persönliche Freiheit* und die *Verhältnismässigkeit* – also letztlich auf verfassungsrechtliche Aspekte – wenn es ausführt, dass aArt. 371 ZGB «als eine Schutznorm zu betrachten» sei, «die ähnlich wie die Entmündigungsgründe der Art. 369 und 370 ZGB einen Eingriff in die persönliche Freiheit nur dann zu rechtfertigen» vermöge, «wenn ein ernsthaftes Schutzbedürfnis tatsächlich» feststehe.⁴⁹¹⁷

Immer aber bleibt zu bedenken, dass es durchaus (verfassungskonformer) Sinn und Zweck einer (paternalistischen) Norm sein kann, den Schutz *nicht* mit der Freiwilligkeit zu verknüpfen oder nicht oder nur wenig Raum für eine einzelfallbezogene Betrachtung zu lassen. Zu denken ist nicht zuletzt an die Konstellation, dass eine Norm sowohl einen Schutz vor sich selbst als auch einen Schutz von *Drittinteressen* bezweckt (gemischter Paternalismus).⁴⁹¹⁸ Bei einer verfassungskonformen Auslegung ist zudem dem Gedanken der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.⁴⁹¹⁹

b) Beispiele

i) «Mediatisierte» Auskunftserteilung/Akteneinsicht

Der Gesetzgeber sieht zuweilen vor, dass lediglich eine mediatisierte Auskunftserteilung oder Akteneinsicht gewährt werden kann, wenn sich die Gesundheitsinformation *nachteilig auswirken* könnte (Art. 47 Abs. 2 ATSG⁴⁹²⁰) oder den Einzelnen *zu stark belasten* würde (Art. 22 Abs. 2 KDSG-BE⁴⁹²¹). Darin liegt zwar zweifellos eine mildere Massnahme als eine vollständige – nach der hier vertretenen Auffassung unzulässige⁴⁹²² – Auskunftsverweigerung. Dennoch stellt sich die

⁴⁹¹⁵ BGE 104 II 12, E. 3 f.; BGE 109 II 8, E. 1 ff.; vgl. bereits BGE 91 II 170, E. 2 ff.

⁴⁹¹⁶ BGE 109 II 8, E. 3.

⁴⁹¹⁷ BGE 109 II 8, E. 3.

⁴⁹¹⁸ Zum Ganzen vorne, Teil 5 I. B. 3 und 4.

⁴⁹¹⁹ BGE 109 Ia 273, E. 12c; LOOSER, 1057 und 1059.

⁴⁹²⁰ Art. 47 Abs. 2 ATSG: «Handelt es sich um Gesundheitsdaten, deren Bekanntgabe sich für die zur Einsicht berechnigte Person gesundheitlich nachteilig auswirken könnte, so kann von ihr verlangt werden, dass sie einen Arzt oder eine Ärztin bezeichnet, der oder die ihr diese Daten bekannt gibt.»

⁴⁹²¹ Art. 22 Abs. 2 KDSG-BE: «Kann die Auskunft dem Gesuchsteller selber nicht erteilt werden, weil sie ihn zu stark belasten würde, so kann sie einer Person seines Vertrauens gegeben werden.»

⁴⁹²² Vorne, Teil 4 III. C. 4. a) vii), insb. bei Fn. 4637.

Frage, ob eine bloss mediatisierte Auskunftserteilung *tatsächlich schon deshalb* zum Tragen kommen soll und darf, wenn sich die Auskunftserteilung nachteilig oder zu stark belastend auswirken könnte.

Sinn und Zweck solcher Regelungen ist es, dem Einzelnen einen *Schaden* zu ersparen, was bei deren Anwendung der Leitgedanke sein muss. Um dieses Ziel – Schutz des individuellen Wohls – zu erreichen, kann *erstens* nicht unberücksichtigt bleiben, ob und mit welcher Wahrscheinlichkeit ein Gesundheitsschaden *tatsächlich zu befürchten* ist.⁴⁹²³ *Zweitens* ist immer in Rechnung zu stellen, was die *Verweigerung* einer direkten Einsichtnahme für den Einzelnen bedeutet, welche Nachteile und Freiheitsverluste damit aus subjektiver Sicht verbunden sind.⁴⁹²⁴ *Drittens* ist zu fragen, ob und inwiefern der Einzelne dazu fähig ist, die ihm drohenden Risiken zu überblicken: Im eigenen Interesse an der freiverantwortlichen Ausübung von Rechten gehindert zu werden, stellt per se eine Schmälerung des individuellen Wohls dar; je besser der Einzelne in der Lage ist, die Risiken einer Auskunftserteilung einzuschätzen, desto grösser ist zudem die Gefahr, dass der Staat fälschlicherweise eine Erhöhung des individuellen Wohls unterstellt, die so eben gerade nicht zutreffen muss – je weniger stark der Betroffene in seiner Selbstbestimmung verzerrt ist, desto relevanter ist die subjektive Sichtweise, was sich als «Nachteil» oder was sich als (zu starke) Belastung erweist.⁴⁹²⁵ Allein aus dem Umstand, dass eine Informationserteilung gesundheitliche oder sonstige Nachteile zeitigen kann (was ohnehin nahezu immer denkbar ist), darf nicht geschlossen werden, der Einzelne könne diese Belastung nicht (genügend) freiverantwortlich in Kauf nehmen.⁴⁹²⁶

Wenn der Einzelnen nach Sinn und Zweck der mediatisierten Akteneinsicht geholfen und ihr nicht geschadet werden soll, liegt das Aufdrängen eines Schutzes *ohne Berücksichtigung der damit verbundenen, individuellen Nachteile* und der *konkret vorhandenen Selbstbestimmungsfähigkeit* zum Vornherein *nicht im Zielbereich entsprechender Regelungen*. Auch bestehen m.E. keine überzeugenden und hinreichenden Gründe, dass auf eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalls verzichtet werden könnte (etwa weil deren Abklärung mit einem nicht vertretbaren Aufwand verbunden oder gar nicht zielführend wäre⁴⁹²⁷). *Allein* die Tatsache, dass ein ge-

⁴⁹²³ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (2.).

⁴⁹²⁴ Vgl. vorne, Teil 4 II. B. 2, Teil 4 III. C. 2. c) und Teil 4 III. C. 3. b), Ziff. (3.) bei Fn. 4402 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 4616 ff.

⁴⁹²⁵ Vgl. vorne, Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.), insb. bei Fn. 4291 f. sowie bei Fn. 4374; s.a. vorne, bei Fn. 4311, 4406 und 4265.

⁴⁹²⁶ Vgl. zur Problematik auch vorne, Teil 4 III. C. 4. a) vii).

⁴⁹²⁷ Vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii.

sundheitlicher oder sonstiger Nachteil möglich ist, reicht nach Sinn und Zweck solcher Normen zur Begründung einer mediatisierten Akteneinsicht deshalb nicht aus. Erst recht gilt dies bei einer *verfassungskonformen* Auslegung und Handhabung des Gesetzesrechts: Die Verfassung lässt keinen Raum für einen Schutz vor sich selbst ohne Berücksichtigung der konkret vorhandenen Selbstbestimmung sowie der mit dem aufgedrängten Schutz im Einzelfall verbundenen nachteiligen Folgen.

ii) Notwendige Verteidigung im Strafverfahren

Zu Fragen Anlass gibt die Regelung der notwendigen Verteidigung in Art. 130 StPO. Diese Bestimmung ist auch paternalistisch motiviert,⁴⁹²⁸ wobei sie nur bedingt nach Selbstbestimmungsdefiziten differenziert und für eine Einzelfallbetrachtung kaum Raum lässt. Zu berücksichtigen ist, dass der Einzelne für einen Verzicht auf eine Verteidigung durchaus gute, zumindest subjektiv «rationale» Gründe haben kann – das Aufdrängen einer Verteidigung kann deshalb in einer individuellen Sichtweise durchaus zu *Nachteilen* führen.

Der Beschuldigte ist vielleicht selbst Anwalt und schenkt seinen Fähigkeiten grösseres Vertrauen als einem Dritten oder möchte selbst die Verantwortung für ein Scheitern übernehmen, anstatt sich über die Fehlleistungen eines Dritten zu ärgern.⁴⁹²⁹ Eine Beschuldigte möchte möglicherweise deshalb darauf verzichten, vertreten zu werden, weil sie den Prozess als aussichtslos einschätzt und wünscht, dass das Urteil möglichst schnell und kostengünstig gefällt wird.⁴⁹³⁰ Eine Selbstverteidigung mag zudem mehr Möglichkeiten bieten, auf das Verfahren Einfluss zu nehmen, einer öffentlichen Vorverurteilung entgegenzutreten oder das eigene (Sonder-)Wissen und die eigene Sichtweise einzubringen.⁴⁹³¹

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung und der Auslegung der Bestimmung von Art. 130 StPO das Recht auf Selbstverteidigung⁴⁹³² mitzubersichtigen ist;⁴⁹³³ und wiederum darf nicht vergessen werden, dass eine Beschränkung individueller Freiheiten im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen unter Missachtung des freiverantwortlich gebildeten bzw. nicht durch Defizite verzerrten Willens aus verfassungsrechtlicher Sicht unzulässig ist.⁴⁹³⁴ Im Einzelnen ist auf Folgendes hinzuweisen:

⁴⁹²⁸ Vorne, bei Fn. 627 ff.

⁴⁹²⁹ RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, S. 473 f. mit Fn. 62.

⁴⁹³⁰ ZIMMERLIN, Rz. 186.

⁴⁹³¹ SUTTER, Verteidigung, 194 (im Kontext der notwendigen Verteidigung im Völkerstrafrecht).

⁴⁹³² Vorne, bei Fn. 837.

⁴⁹³³ BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130 StPO, Rz. 1.

⁴⁹³⁴ Vorne, Teil 4 II. C; s.a. RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 475, wonach eine dem Einzelnen gegen seinen Willen aufgedrängte notwendige Verteidigung «eine Form der prozessualen Entmündigung» sei, die «nur mit grösster Zurückhaltung erfolgen» dürfe.

- (1.) Noch relativ unproblematisch scheint die Bestimmung von Bst. c zu sein.⁴⁹³⁵ Danach liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, wenn die beschuldigte Person *«wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes oder aus anderen Gründen ihre Verfahrensinteressen nicht ausreichend wahren kann und die gesetzliche Vertretung dazu nicht in der Lage ist»*. Dabei werden die Gründe, die zu einer Unfähigkeit, sich selbst zu verteidigen, führen, allerdings nur bedingt spezifiziert;⁴⁹³⁶ insbesondere ist fraglich, ob und inwiefern über die «Verfahrensinteressen» und deren «ausreichende» Wahrung nach einem objektiven, «vernünftigen» Massstab zu urteilen ist. Rein objektive Gesichtspunkte reichen jedoch nicht aus, um im *wohlverstandenen Interesse* des Beschuldigten eine Verteidigungsunfähigkeit anzunehmen.⁴⁹³⁷ Um einen Schutz vor sich selbst rechtfertigen zu können, ist vielmehr entscheidend, ob der Beschuldigte überhaupt erkennen kann, dass er seine Ziele mit einer Selbstverteidigung gar nicht erreichen kann, bzw. ob er in der Lage ist, die Notwendigkeit einer Verteidigung einzusehen,⁴⁹³⁸ um seine *eigenen Interessen und Ziele* (geringe Strafe, Freispruch, [keine] Anordnung einer Massnahme usw.) zu erreichen. Ein solcher weicher Paternalismus kann eine notwendige Verteidigung rechtfertigen oder gar – beim Vorliegen von Urteilsunfähigkeit – grundrechtlich gebieten.⁴⁹³⁹

Eine notwendige Verteidigung ist zweifellos dann geboten, wenn die Einzelne zu vernunftgemäßem Handeln nicht in der Lage ist, namentlich das Wesen eines Strafverfahrens gar nicht versteht.⁴⁹⁴⁰ Allerdings scheint es mir – jedenfalls aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive – nicht zwingend, dass eine eigentliche Urteilsunfähigkeit oder eine geradezu «defekte Autonomie»⁴⁹⁴¹ vorliegen müsste, ebenso wenig eine geistige Behinderung nach psychiatrischen Kriterien⁴⁹⁴². Es darf nicht übersehen werden, dass eine

⁴⁹³⁵ Vgl. BLÄSI, 17.

⁴⁹³⁶ ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 18; s.a. BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 24, wonach «diese Bestimmung relativ unbestimmt resp. schwer näher einzugrenzen» sei.

⁴⁹³⁷ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (1.) bei Fn. 3756 ff., und Teil 4 III. B. 5; vgl. auch ZIMMERLIN, Rz. 674 und 689; RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 472 ff.

⁴⁹³⁸ Vgl. HOENEN, Verteidigung, 288.

⁴⁹³⁹ Vgl. RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 472 ff.; für eine (weich paternalistisch motivierte) Beschränkung des Rechts auf Selbstverteidigung durch eine Pflicht zu einer notwendigen Verteidigung auch ASSY, 155 ff., wenn der Entscheid sich selbst zu verteidigen «irrational» sei, z.B. ein falsches Bild darüber bestehe, was eine Prozessführung genau umfasse und welche Anforderung damit an den Einzelnen gestellt werden; zu den autonomieorientierten Schutzpflichten vgl. vorne, Teil 3 IV. B. 3.

⁴⁹⁴⁰ ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 19; HEIMGARTNER, 170.

⁴⁹⁴¹ Vgl. aber ZIMMERLIN, 689.

⁴⁹⁴² Wie hier ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 19; CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, Art. 130, Rz. 26.

Verteidigung durchaus anspruchsvoll sein kann. Es besteht die Gefahr, dass der Beschuldigte prozessuale Risiken nicht richtig erkennt, ihm die nötige Distanz zur Sache fehlt, er wesentliche Aspekte übersieht oder sich nicht bewusst ist, was genau die Anforderungen an eine Prozessführung oder Verteidigung umfassen. Weiter ist denkbar, dass er seine eigenen Fähigkeiten überschätzt (Überoptimismus) und diejenigen der Staatsanwaltschaft unterschätzt. Auch solche Umstände – bzw. «Defizite» – können das Aufdrängen einer Verteidigung rechtfertigen,⁴⁹⁴³ jedenfalls – zu prüfen ist immer, ob dem Einzelnen nicht mehr geschadet als genutzt wird – soweit erhebliche Nachteile drohen (und die notwendige Verteidigung genügend Raum lässt, die eigenen Ziele zu verwirklichen⁴⁹⁴⁴).

Vor diesem Hintergrund ist es zweifelhaft, dass eine nicht ausreichende Wahrung der Verfahrensinteressen überhaupt *losgelöst von einem Selbstbestimmungsdefizit* bejaht werden könnte und dürfte. Insbesondere scheint es fraglich, ob eine *körperliche Beeinträchtigung* (Taubheit, Blindheit, Stummheit⁴⁹⁴⁵) oder andere genannte Gründe, wie z.B. eine *Auslandsabwesenheit aufgrund der Verbüßung einer Haftstrafe*⁴⁹⁴⁶ oder *Fremdsprachigkeit*⁴⁹⁴⁷, überhaupt als (verfassungskonforme) Gründe für das Aufdrängen einer notwendigen Verteidigung anerkannt werden können (soweit sie sich nicht darauf auswirken, die mit dem Strafverfahren bzw. einer Selbstverteidigung verbundenen Risiken abschätzen zu können). Läge darin nicht ein unzulässiger, *harter* Paternalismus, der dem Einzelnen eine Verteidigung aufdrängt, obwohl er diese freiverantwortlich ablehnt?

So einfach dürften die Dinge indessen nicht liegen: Zu berücksichtigen ist, dass es dem Gesetzgeber auch um eine im *überindividuellen* Interesse liegende Sicherstellung einer *adäquaten Verteidigung* geht (Wahrheitssuche, Verfahrensfairness, geordneter Gang des Verfahrens).⁴⁹⁴⁸ Freilich verwässern hier die Grenzen zu einem unzulässigen harten Paternalismus;⁴⁹⁴⁹ oder es besteht zumindest die Gefahr, zu stark von den tatsächlichen Bedürfnissen und Interessen des Beschuldigten zu abstrahieren und das «objektiv Vernünftige» durchzusetzen.

Zumindest aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive bleibt die Frage, wann die Verfahrensinteressen ausreichend gewahrt werden, *immer auch* mit

⁴⁹⁴³ Vgl. BGE 95 I 356, E. I.2.b; ASSY, 155 ff.; SUTTER, Verteidigung, 154 ff., 169 ff., 283 ff., insb. 285 und 408 f.; s.a. EGMR, Zulässigkeitsentscheidung vom 15. November 2001 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 48188/99, und EGMR, Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 152 ff. (dazu vorne, Fn. 2313).

⁴⁹⁴⁴ Vgl. dazu hinten, bei Fn. 4965 ff.

⁴⁹⁴⁵ Vgl. BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 28.

⁴⁹⁴⁶ ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 21.

⁴⁹⁴⁷ Begleitber. VE StPO, 99.

⁴⁹⁴⁸ Vorne, bei Fn. 628 f.; SUTTER, Verteidigung, 283 ff., insb. 286 ff.

⁴⁹⁴⁹ Ähnlich ZIMMERLIN, Rz. 669 ff.

Blick auf das Recht auf *Selbstverteidigung* zu beurteilen. Ausserdem ist von Bedeutung, dass dem Einzelnen, wenn (auch) in seinem wohlverstandenen eigenen Interesse gehandelt werden soll, *nicht im Ergebnis ein Schaden zugefügt wird*. Richtigerweise ist nicht leichthin anzunehmen, dass der Beschuldigte seine Verteidigung nicht angemessen selbst besorgen kann.⁴⁹⁵⁰ Zu berücksichtigen ist dabei auch das *Diskriminierungsverbot*: Beispielsweise ist es nicht statthaft, jemandem nur deshalb eine Unfähigkeit zu unterstellen, selbstbestimmt und eigenverantwortlich seine Verfahrensinteressen zu wahren, weil eine körperliche Behinderung vorliegt.⁴⁹⁵¹ Insbesondere was die Generalklausel der «*anderen Gründe*» angeht, ist eine restriktive Auslegung und Handhabung angezeigt.⁴⁹⁵² Ferner ist stets zu prüfen, ob mildere Mittel zur Verfügung stehen (Information und Aufklärung,⁴⁹⁵³ das Problem der Fremdsprachigkeit dürfte sich z.B. durch den Beizug eines Übersetzers bzw. Dolmetschers beheben lassen⁴⁹⁵⁴). Schliesslich ist der Beschuldigten in der Beziehung zu ihrer Verteidigerin genügend Raum zu belassen, ihre eigenen Ziele zu verfolgen und ihre eigene Sicht einzubringen⁴⁹⁵⁵ (hinten, Ziff. 4966).

- (2.) Einer Rechtfertigung mit Blick auf das *wohlverstandene Interesse des Beschuldigten* besonders schwer zugänglich sind die in *Art. 130 Bst. a, b, d und e StPO* genannten Gründe für eine notwendige Verteidigung.⁴⁹⁵⁶

Zwar mag sich in den dort genannten Fällen, besonders offensichtlich bei Bst. b – dem Beschuldigten droht eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr, eine freiheitsentziehende Massnahme oder eine Landesverweisung –, eine unzureichende Selbstverteidigung besonders gravierend auswirken.⁴⁹⁵⁷

⁴⁹⁵⁰ BGer 6B_355/2008, E. 3.2; Entsprechendes gilt für die Annahme einer Unfähigkeit bzw. eines Unvermögens zur selbständigen Prozessführung i.S.v. Art. 41 BGG bzw. Art. 69 ZPO (vgl. ZPO Kommentar-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 69, Rz. 6; BK ZPO-STERCHI, Art. 69, Rz. 2 f.; CR CPC-JEANDIN, Art. 69, Rz. 5 f.).

⁴⁹⁵¹ Vorne, bei Fn. 2626; s.a. bei Fn. 3779.

⁴⁹⁵² ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 21, wonach es sich «[g]enerell [...] um Gründe handeln» müsse, «welche die Verteidigungsfähigkeit in gleichem Masse einschränken wie körperliche oder geistige Defizite [...]»; zustimmend: CR CPP-HARARI/JAKOB/SANTAMARIA, Art. 130, Rz. 27.

⁴⁹⁵³ Insbesondere ist der Einzelne zunächst über die Konsequenzen einer Selbstverteidigung zu informieren bzw. es muss versucht werden, allfällige Fehlvorstellungen durch Aufklärung zu beseitigen – in diese Richtung ZIMMERLIN, Rz. 672 (Information über die Rechtslage und die Möglichkeit, einen Verteidiger beizuziehen).

⁴⁹⁵⁴ ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 21; BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 32.

⁴⁹⁵⁵ Vgl. EGMR, Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 155 ff. (siehe hinten, Fn. 4966).

⁴⁹⁵⁶ Vgl. BLÄSI, 17.

⁴⁹⁵⁷ Vgl. BSK StPO-RUCKSTUHL, Art. 130, Rz. 1.

Das *paternalistisch* motivierte Aufzwingen einer Verteidigung wird aus einer grund- bzw. verfassungsrechtlichen Sicht aber nicht *allein* deshalb zulässig, weil der Beschuldigte in *Untersuchungshaft* ist, ein *langer Freiheitsentzug* droht, die Staatsanwaltschaft *persönlich vor Gericht auftritt* oder ein *abgekürztes Verfahren* durchgeführt wird (Art. 130 Bst. a, b, d und e StPO).⁴⁹⁵⁸ Die Abwendung von (schweren) Schäden ist keine ausreichende Rechtfertigung für eine paternalistische Beschränkung des (grundrechtlich abgesicherten) Rechts auf Selbstverteidigung und des durch die persönliche Freiheit geschützten Rechts, in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten selbst bestimmen zu können.^{4959, 4960} Eine aufgedrängte Verteidigung *im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen* lässt sich nicht unabhängig von einer eingeschränkten Autonomie als zulässig oder aufgrund der staatlichen Fürsorgepflicht gar als geboten erachten.⁴⁹⁶¹

Es stellt sich deshalb zumindest die Frage, ob nach Sinn und Zweck der Bestimmung – jedenfalls bei einer verfassungskonformen Auslegung – nicht der Weg für eine Betrachtung des Einzelfalls geöffnet werden müsste (liegt ein Selbstbestimmungsdefizit vor? Welche privaten Interessen stehen der notwendigen Verteidigung im konkreten Fall entgegen?). Allerdings ist (auch hier) zu berücksichtigen, dass die in Art. 130 StPO genannten Gründe für eine notwendige Verteidigung *nicht nur paternalistisch motiviert* sind, sondern der Gesetzgeber eine angemessene Verteidigung auch im überindividuellen Interesse sicherstellen will.⁴⁹⁶² Der Raum für eine das verfassungsrechtliche Verbot eines harten Paternalismus berücksichtigende Auslegung – die nicht zu einer eigentlichen Korrektur des Normsinns führen darf⁴⁹⁶³ – verengt sich da-

⁴⁹⁵⁸ Vgl. ZIMMERLIN, Rz. 672 ff., insb. Rz. 672, 674 f. und 689 (Zulässigkeit der notwendigen Verteidigung nur bei «defekter Autonomie» und insoweit bestehender «Verteidigungsunfähigkeit» oder bei «prozessobstruktive[m] resp. verteidigungsfremde[m] Verhalten [...]»); RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 472 ff.; sehr kritisch auch ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 6 ff.

⁴⁹⁵⁹ Vorne, Teil 2 III. E.

⁴⁹⁶⁰ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (8.) bei Fn. 3793 ff.

⁴⁹⁶¹ So grundsätzlich auch SUTTER, Verteidigung, 283 ff.; vgl. auch die Kritik an einer paternalistischen Beschränkung des Selbstverteidigungsrechts in der abweichenden Meinung von Richter Pinto de Albuquerque (der sich Richter Sajó anschliesst), Ziff. 67 und 82, sowie in der gemeinsamen abweichenden Meinung der Richter Pejchal und Wojtcekz, Ziff. 4, 6 ff. und 12 – beide zum Urteil des EGMR vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos gegen Portugal*, Nr. 56402/12; s.a. die Hinweise vorne, in Fn. 4958.

⁴⁹⁶² Vorne, bei Fn. 628 f. und 4948; vgl. ferner SUTTER, Verteidigung, 283 ff., insb. 286 ff.

⁴⁹⁶³ Vorne, bei Fn. 4853 ff.

mit.⁴⁹⁶⁴ Den legitimen Interessen des Einzelnen bleibt aber bei der Ausgestaltung des *Verteidigungsverhältnisses* Rechnung zu tragen (dazu nachfolgend).

- (3.) Jedenfalls (und zumindest) bei der *konkreten Ausgestaltung* der notwendigen Verteidigung sollte den legitimen Interessen des Einzelnen, keiner übermässigen staatlichen «Bevormundung» ausgesetzt zu werden, Rechnung getragen werden. So wird vorgeschlagen, in der notwendigen Verteidigung primär ein «Angebot zur Unterstützung» zu sehen.⁴⁹⁶⁵ Dabei müsste es dem gegen seinen Willen verteidigten Beschuldigten möglich bleiben, die Verteidigungstaktik selbst zu bestimmen, seinem Verteidiger entsprechende – im Rahmen von Gesetz und Standesrecht zulässige – Weisungen zu erteilen, vom Gericht angehört zu werden und selbständig Eingaben an das Gericht zu verfassen.⁴⁹⁶⁶ Die notwendige Verteidigung würde sich im Wesentlichen darauf beschränken, die Handlungen der Strafverfolgungsbehörden auf ihre «Rechtskonformität» zu überprüfen.⁴⁹⁶⁷ Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist einer solch «partnerschaftlichen» anstelle einer «paternalistischen» Konzeption des Verteidigungsverhältnisses *grundsätzlich* der Vorzug zu geben⁴⁹⁶⁸ – und zwar auch unabhängig von der speziellen Konstellation der *notwendigen* Verteidi-

⁴⁹⁶⁴ Vorne, bei Fn. 4918.

⁴⁹⁶⁵ RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 474 f.

⁴⁹⁶⁶ RIEDO/NIGGLI, Verteidigung, 474 f.; ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 10; ZIMMERLIN, Rz. 678; zum Recht des notwendig verteidigten Beschuldigten, selbst Eingaben zu verfassen und selbst vom Gericht angehört zu werden, siehe BGE 105 Ia 296, E. 1d; dabei darf sich der Angeklagte mit seinen Ausführungen auch in Widerspruch zu denjenigen seines Verteidigers setzen (siehe Frowein/Peukert-PEUKERT, Komm. zu Art. 6 EMRK, Rz. 293); eher restriktiv dagegen die EKMR in ihrer Zulässigkeitsentscheidung vom 6. Oktober 1981 i.S. X. gegen *Schweiz*, Nr. 9127/80, DR 26, 238 ff., 239: «Elle [die Kommission, d. Verf.] estime en outre que la Convention ne confère pas à l'accusé le droit d'imposer à son avocat un système de défense que celui-ci juge insoutenable, surtout si l'occasion est fournie à l'accusé de s'adresser lui-même au tribunal.»; bei der Frage, ob das Selbstverteidigungsrecht aus zureichenden Gründen beschränkt wird, spielt es nach Ansicht des EGMR aber durchaus eine Rolle, ob und inwiefern der Beschuldigte nach dem einschlägigen Recht über Möglichkeiten verfügt, seine Verteidigung mitzubestimmen, am Verfahren teilzunehmen und sich persönlich einzubringen (Urteil vom 4. April 2018 i.S. *Correia de Matos* gegen *Portugal*, Nr. 56402/12, Ziff. 155 ff.).

⁴⁹⁶⁷ ZK StPO-LIEBER, Art. 130, Rz. 10; ZIMMERLIN, Rz. 678; ablehnend: JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 20 ff.; eine Beschränkung der Verteidigungstätigkeit «auf die Kontrolle der Verfahrensführung der Strafverfolgungsbehörden auf ihre Rechtmässigkeit hin» erachtet das Bundesgericht für zulässig, wenn «der Beschuldigte sich jeglicher Zusammenarbeit mit dem ihm gegen seinen Willen aufgedrängten notwendigen Verteidiger widersetzt» (BGer 6B_28/2018, E. 8.4.2).

⁴⁹⁶⁸ A.A. JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 20 f.

gung.⁴⁹⁶⁹ Vorausgesetzt ist freilich, dass der Beschuldigte zu einem selbstbestimmten Handeln in der Lage ist und die Konsequenzen seiner Handlungen abschätzen kann.⁴⁹⁷⁰ Ausserdem muss immer Raum für eine *Einzelfallbetrachtung* bleiben: Es ist nicht auszuschliessen, dass die mit der notwendigen Verteidigung ebenfalls verfolgten (Allgemein-)Interessen (insbesondere Verfahrensfairness und Wahrheitsuche) bei einer blossen Kontrolle der Rechtskonformität *unterlaufen* werden.⁴⁹⁷¹

Dass die notwendige Verteidigung selbst (zumindest teilweise) «paternalistischen Ursprungs» ist, stellt noch keinen Grund dar, eine «paternalistische Konzeption» des Verteidigungsverhältnisses als gerechtfertigt zu erachten.⁴⁹⁷² Das entbindet nicht davon, den konkreten Umständen und den tatsächlichen Bedürfnissen des Beschuldigten nach Selbstbestimmung und Selbstverteidigung Rechnung zu tragen.

iii) Erwachsenenschutzrecht: Problematik des Anknüpfens an «Schwächezustände»

Massnahmen des behördlichen Erwachsenenschutzes knüpfen primär an *Schwächezustände* und nicht an Selbstbestimmungsdefizite (z.B. eine Urteilsunfähigkeit) an.⁴⁹⁷³

⁴⁹⁶⁹ Für eine (partnerschaftliche) Konzeption des Verteidigungsverhältnisses, bei der «die Verteidigung den eigenen Klienten nicht wie ein unmündiges Kind zu behandeln hat», WOHLERS, 70 ff.; s.a. vorne, bei Fn. 638; für ein weites Ermessen der Verteidigung bei der Prozessführung spricht sich das Bundesgericht in BGer 6B_307/2016, E. 2.3.4, aus (i.c. ging es um die Frage, ob der Angeklagte vor der Vorinstanz angemessen verteidigt war): «Dem Verteidiger ist in der Prozessführung ein erhebliches Ermessen zuzugestehen [...]. Eine Verurteilung indiziert keine unwirksame Verteidigung. Diese ist insbesondere nicht gehalten, eine abwegige Argumentation aufrecht zu halten. Es kann durchaus angezeigt sein, die Verteidigungsstrategie darauf auszurichten, die beschuldigte Person «in einem besseren Licht erscheinen zu lassen», statt sich in einer Fundamentalopposition einzurichten, mit welcher eine Gerichtsbehörde ohnehin nicht zu beeindrucken ist. Gefragt ist Sachkompetenz.»

⁴⁹⁷⁰ Vgl. JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 21: Sie lehnen eine «partnerschaftliche Konzeption des Verteidigungsinnenverhältnisses» bspw. für den Fall ab, dass «die von der beschuldigten Person verfolgte Strategie auch das von ihr eigens angestrebte Ziel offensichtlich verfehlen» würde.

⁴⁹⁷¹ Ablehnend zu seiner «Einschränkung der Verteidigungstätigkeit auf die Überprüfung der Rechtsstaatlichkeit der Verfahrenshandlung» JOSITSCH/CLAVUOT-JAKSIC, Rz. 20 ff., insb. 25 – eine solche Beschränkung würde «sowohl dem Zweck des Instituts der notwendigen Verteidigung als auch der Bedeutung der Verteidigungsrechte im Strafverfahren nicht gerecht» werden.

⁴⁹⁷² Vgl. aber CHEN, 131 f.

⁴⁹⁷³ FOUNTOULAKIS/ROSCH, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1135 ff.; AEBI-MÜLLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 3.4; kritisch dazu aus medizinethischer Sicht HÜRLIMANN/TRACHSEL, 214 ff.

So sind die in Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 (*Beistandschaft*) genannten Schwächezustände (geistige Behinderung, psychische Störung, ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand) nicht mit Urteilsunfähigkeit gleichzusetzen;⁴⁹⁷⁴ die «ähnlichen Schwächezustände» müssen ihren Ursprung nicht einmal in einer psychischen Beeinträchtigung oder geistigen Behinderung haben.⁴⁹⁷⁵ Die Schwächezustände der psychischen Störung, geistigen Behinderung und «schweren Verwahrlosung» im Sinne von Art. 426 Abs. 1 ZGB (*fürsorgerische Unterbringung*) können auch bei einer urteilsfähigen Person vorliegen.⁴⁹⁷⁶ Die schwere Verwahrlosung braucht auch nicht mit einer psychischen Beeinträchtigung einherzugehen (obwohl dies häufig der Fall sein wird), sondern stellt einen *eigenständigen* Einweisungsgrund dar.⁴⁹⁷⁷

Es ist problematisch, den paternalistischen Schutz mit einem *Schwächezustand* zu verknüpfen und nicht die Frage in den Vordergrund zu stellen, ob die Einzelne zu einem vernunftgemässen und selbstbestimmten Handeln in der Lage ist und die Konsequenzen ihres Handelns kennt.⁴⁹⁷⁸ Schwächezustände dürfen auch nicht einfach mit einer reduzierten Fähigkeit, die eigenen Entscheidungen nach den eigenen Massstäben treffen und umsetzen zu können, gleichgesetzt werden:⁴⁹⁷⁹ Möglicherweise nimmt die Einzelne das Risiko, die eigenen Angelegenheiten nicht angemessen besorgen zu können oder zu «verwahrlosen», bewusst in Kauf oder schätzt ihre Freiheit höher als den Nutzen einer staatlichen Intervention ein.⁴⁹⁸⁰ Dem «schwachen» Einzelnen ein Schutzbedürfnis zu unterstellen, trägt Züge eines nicht statthaften «Vernunftpaternalismus» und birgt die Gefahr, dass die Schwächezustände – entgegen der Zielrichtung und Konzeption des Erwachsenenschutzrechts⁴⁹⁸¹ – als

⁴⁹⁷⁴ ESR Komm-Rosch, Art. 390 ZGB, Rz. 2; FOUNTOLAKIS/ROSCHE, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1137 f.; MARANTA, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1219; OGer ZH, Beschluss vom 2. September 2013, LZ 120012, E. 3.2.3; das Ausmass der Beeinträchtigung ist jedoch für Art und Umfang der anzuordnenden Beistandschaft von Bedeutung (vgl. Art. 398 Abs. 1 ZGB: umfassende Beistandschaft bei dauernder Urteilsunfähigkeit).

⁴⁹⁷⁵ Siehe Botsch. Erwachsenenschutz, 7043.

⁴⁹⁷⁶ FOUNTOLAKIS/ROSCHE, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1137 f.; DUBNO/ROSCHE, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1465; Botsch. Erwachsenenschutz, 7063; FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 30; MEIER, Rz. 1178.

⁴⁹⁷⁷ Botsch. Erwachsenenschutzrecht, 7062; Botsch. Änd. ZGB (1977), 25; FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 42; CHK ZGB-BREITSCHMID/MATT/PFANNKUCHEN-HEEB, Art. 426, Rz. 3; ESR Komm-Rosch, Art. 426 ZGB, Rz. 7.

⁴⁹⁷⁸ Vgl. BAUMANN, Persönliche Freiheit, 331 und 333; kritisch aus medizinethischer Sicht: HÜRLIMANN/TRACHSEL, 215 ff.

⁴⁹⁷⁹ Vgl. vorne, Teil 4 III. B. 10.

⁴⁹⁸⁰ Vgl. dazu aus rechtsphilosophischer und paternalismuskritischer Sicht ENDERLEIN, 181 ff.

⁴⁹⁸¹ Vgl. KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 5.6, wonach es dem Erwachsenenschutzrecht nicht um die «Beseitigung von unangepasstem Verhalten» oder «sozialen

Mittel der staatlichen Nach- und Umerziehung, der moralischen Besserung oder der «Disziplinierung» missbraucht werden.⁴⁹⁸² Diese Problematik besteht namentlich beim (offen gehaltenen) Auffangtatbestand⁴⁹⁸³ der «ähnlichen in der Person liegenden» Schwächezustände (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB; Beistandschaft),⁴⁹⁸⁴ aber auch bei der – gesetzlich nicht näher definierten – «schweren Verwahrlosung» (Art. 426 Abs. 1 ZGB).⁴⁹⁸⁵

Hat also bei der Beurteilung der Frage, ob ein Schwächezustand vorliegt und eine Massnahme angeordnet werden darf, die konkret vorhandene Fähigkeit zur Selbstbestimmung tatsächlich ausser Acht zu bleiben?

Eine vertiefte Befassung mit der Konzeption und der Ausrichtung des Erwachsenenschutzes kann hier nicht erfolgen. Doch muss sich *Fremdbestimmung* im Rahmen des Erwachsenenschutzes dadurch rechtfertigen, dass die Fähigkeit zur Selbstbestimmung nicht vorhanden oder vermindert ist,⁴⁹⁸⁶ was m.E. auch Art. 388 Abs. 2 ZGB zum Ausdruck bringt: Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes «sollen die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern». Bleibt unberücksichtigt, was die Einzelne will oder eben nicht will, geraten die Massnahmen ausserdem in einen Konflikt mit deren in Art. 388 Abs. 1 ZGB verankerten Zielsetzung: Sie wollen «das Wohl und den Schutz» der hilfsbedürftigen Personen sicherstellen. Zum individuellen Wohl gehört eben

Unbequemlichkeiten» gehe; bezogen auf die fürsorgerische Unterbringung DUBNO/ROSCH, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1465, wonach sich eine fürsorgerische Unterbringung zwecks «Umerziehung» oder wegen einer von den allgemeinen Anschauungen abweichenden «Gesinnung» nicht mit deren sozialrechtlichen Zielsetzung vertragen würde.

⁴⁹⁸² Aus heutiger Sicht problematisch BGE 106 Ia 33, E. 4a, wonach eine Anstaltseinweisung durch den Vormund (nach aArt. 406 ZGB) u.a. dann gerechtfertigt war, wenn «begründete Aussichten dafür bestehen, das durch die Geisteskrankheit oder Geistesschwäche bedingte, aus dem Rahmen des Üblichen fallende soziale Verhalten des Betroffenen könne in einer Anstalt innerhalb absehbarer Zeit im Sinne einer Besserung beeinflusst werden [...]».

⁴⁹⁸³ BGer 5A_773/2013, E. 4.1; BGer 5A_638/2015, E. 5.1; Botsch. Erwachsenenschutz, 7043; BSK ZGBI-BIDERBOST, Art. 390, Rz. 13.

⁴⁹⁸⁴ Siehe ESR Komm-Rosch, Art. 390 ZGB, Rz. 2; FOUNTOLAKIS/ROSCH, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1140; FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 17.

⁴⁹⁸⁵ Vgl. GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.60 f.

⁴⁹⁸⁶ Vgl. HÄFELI, Rz. 278, wonach die durch das Erwachsenenschutzrecht bewirkte Fremdbestimmung einer «besondere[n] Rechtfertigung» bedürfe: «Diese ist gegeben, wenn die Fähigkeit zur Selbstbestimmung vorübergehend oder dauernd fehlt oder vermindert ist [...]»; s.a. Botsch. Erwachsenenschutz, 7042: «Ausgangspunkt ist und bleibt [...] das Selbstbestimmungsrecht des Menschen als Ausdruck seiner Würde.»

auch die Möglichkeit zur Selbstbestimmung. Und bei der Beurteilung, was dem Wohl dient und was nicht (und damit letztlich auch: wo und inwiefern Schutz und Fürsorge geboten sind), kann die Sichtweise des Betroffenen nicht unberücksichtigt gelassen werden, die wiederum in dem Umfang an Massgeblichkeit gewinnt, in dem er zu einem selbstbestimmten Handeln gemäss seinen eigenen Wünschen und Präferenzen tatsächlich in der Lage ist.⁴⁹⁸⁷ Schon aufgrund dieser Konzeption des Erwachsenenschutzrechts – und erst recht bei seiner (durchaus angezeigten⁴⁹⁸⁸) *verfassungskonformen* Interpretation und Handhabung – lässt es sich kaum rechtfertigen, über das Vorliegen von «Schwäche» und «Hilfsbedürftigkeit» und allgemein über das Wohl der Betroffenen ohne Berücksichtigung der tatsächlich vorhandenen Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zu entscheiden.⁴⁹⁸⁹

Zu begrüssen ist es deshalb, wenn für die in Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (Beistandschaft) genannten Schwächezustände gefordert wird, dass die Person in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt sein muss und die Fähigkeit zur Eigenverantwortung nicht oder nur mehr eingeschränkt vorhanden ist.⁴⁹⁹⁰ Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit eines harten Paternalis-

⁴⁹⁸⁷ Vorne, Teil 4 II. B. 2 sowie Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.), insb. bei Fn. 4290 ff., sowie bei Fn. 4265, 4291 f., 4311 und 4374; s.a. BK ZGB-AEBI-MÜLLER/BUCHER, Art. 17, Rz. 12.

⁴⁹⁸⁸ Vgl. BK ZGB-SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, Rz. 91 ff. und 251 f.; s.a. hinten, bei Fn. 5008.

⁴⁹⁸⁹ Rechtsvergleichend sei hier auf den Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts (BayObLG) vom 13. Dezember 2000, 3Z BR 353/00, E. II.2.a) (= NJWE-FER 2001, 151) hingewiesen: «Nach § 1908d I BGB ist die Betreuung aufzuheben, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Voraussetzung für die Anordnung einer Betreuung ist, dass ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann (§ 1896 I 1 BGB). Die Bestellung eines Betreuers von Amts wegen, also ohne Antrag des Volljährigen und, wie hier, gegen seinen Willen, setzt aber voraus, dass der Betr. auf Grund einer psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann. *Dies sagt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich, ergibt sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes.* Denn der Staat hat von Verfassungs wegen nicht das Recht, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu bessern oder zu hindern, sich selbst zu schädigen [...]» (Herv. d. Verf.); mittlerweile sieht das deutsche BGB in § 1814 Abs. 2 ausdrücklich vor: «Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.»

⁴⁹⁹⁰ HÄFELI, Rz. 303: «Bei der Anwendung dieser tendenziell «ausufernden» Generalklausel ist im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips Zurückhaltung geboten. Bei allen drei Gruppen von Schwächezuständen muss die betroffene Person die Fähigkeit zur Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts verloren haben oder dabei derart beeinträchtigt sein, dass eigenverantwortliche Entscheidungen nicht mehr möglich oder zumindest erschwert sind [...]; ESR Komm-RosCH, Art. 390 ZGB, Rz. 3, wonach der «Schwächezustand» [...] derart gestaltet sein und dazu führen [muss], dass bei der betroffenen Person die Fähigkeit zur

mus, den gebotenen Respekt vor den frei gewählten Zielen und die (verfassungsrechtliche und gesetzliche) Verpflichtung, das Wohl des Betroffenen zu berücksichtigen und zu schützen, ist dabei m.E. allerdings Folgendes zu beachten: Dass die Selbstbestimmung mit Blick auf die zu besorgenden Angelegenheiten reduziert ist, kann für sich allein genommen nicht entscheidend sein. Der Schwächezustand – im Sinne einer Verminderung der Selbstbestimmungsfähigkeit – muss sich vielmehr so *auswirken*, dass die Einzelne nicht in der Lage ist, ihre Angelegenheiten so zu besorgen, *wie es ihren eigenen Wünschen, Vorstellungen und Bedürfnissen entspricht*; es muss der Einzelnen eine Schmälerung ihres Wohls drohen, die sie so eigentlich nicht will bzw. die sie abwenden würde, wenn ihre Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit nicht schwächebedingt eingeschränkt wäre.⁴⁹⁹¹ Wenn sich die Einzelne ihrer eigenen «Unfähigkeit» bewusst ist und sie die Konsequenzen ihres Tuns oder Unterlassens einschätzen kann und zu tragen bereit ist, mangelt es nach der hier vertretenen Auffassung an einer relevanten Schwäche in der Besorgung der eigenen Angelegenheiten. Ansonsten besteht die Gefahr, das von der subjektiven Sichtweise losgelöste, objektiv «Vernünftige» durchzusetzen.

In jedem Fall – und unabhängig davon, wie die Schwächezustände zu interpretieren sind – ist die Frage, ob und inwiefern die Einzelne zu einem selbstbestimmten Handeln und einem freiverantwortlichen Verzicht auf staatlichen Schutz in der Lage ist, bei der *Verhältnismässigkeitsprüfung* zu berücksichtigen; eine solche wird in Art. 389 Abs. 2 ZGB vorgeschrieben und verlangt – obwohl dort selbst nicht ausdrücklich erwähnt – auch eine Zumutbarkeitsprüfung.⁴⁹⁹² In diesem Rahmen ist eine sorgfältige Beurteilung unumgänglich, ob der Einzelnen mit der Massnahme *tatsächlich genutzt wird* und dabei spielt es wiederum eine Rolle, ob und inwiefern sie in ihrer Entscheidungsbildung und der Bestimmung ihres Wohls Verzerrungen unterliegt.⁴⁹⁹³

Mit Blick auf diese Abwägung sollte eine Beistandschaft i.S.v. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nur dann errichtet werden, wenn der Einzelne «wesentliche oder wichtige eigene Angelegenheiten» nicht zu besorgen vermag.⁴⁹⁹⁴ Ihn in belanglosen Dingen und Entscheidungen des Lebens ohne

Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf die zu erledigenden Angelegenheiten ausgeschlossen oder derart beeinträchtigt ist, dass eigenverantwortliches Entscheiden nicht mehr möglich oder zumindest erschwert ist [...]; ferner BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 390, Rz. 17, wonach die in Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 genannte Voraussetzung, dass die Person ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann, meint, dass «ihr die Fähigkeit zur Ausübung des Selbstbestimmungsrechts in Bezug auf die zu erledigende Angelegenheit faktisch oder rechtlich (namentlich wegen Urteilsunfähigkeit [...]) fehlt oder diese derart beeinträchtigt ist, dass eigenverantwortliches Entscheiden nicht mehr möglich oder zumindest erschwert ist [...].»

⁴⁹⁹¹ Siehe vorne, Teil 4 III. B. 1.

⁴⁹⁹² BGer 5A_1021/2021, E. 5.1; ROSCH, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 23; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.20; Botsch. Erwachsenenschutz, 7043.

⁴⁹⁹³ Vorne, bei Fn. 4987 mit Verweisen.

⁴⁹⁹⁴ ESR Komm-Rosch, Art. 390 ZGB, Rz. 3; MARANTA, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1242 («[aus objektiver Sicht] wesentlich oder wichtig»); ähnlich BSK

bedeutende (rechtliche) Konsequenzen einer Freiheitsbeschränkung zu unterwerfen, dürfte kaum verhältnismässig sein,⁴⁹⁹⁵ jedenfalls wenn ihm die Fähigkeit zu vernunftgemäsem Handeln nicht gänzlich abgeht. Soweit der Einzelne aber Hilfe auch bei der Besorgung (von aussen gesehen) banaler Angelegenheiten *wünscht*, ist die Anordnung einer Begleitbeistandschaft – die eine Zustimmung des Betroffenen erfordert (Art. 393 ZGB) – rechtlich nicht ausgeschlossen.

Angesichts der Unzulässigkeit eines harten Paternalismus, einer Durchsetzung des objektiv Vernünftigen und staatlicher «Besserungsversuche» im (vermeintlichen) Interesse des Betroffenen ist ganz grundsätzlich (und über die eben diskutierte Frage der «Selbstbestimmungsfähigkeit» hinaus) eine enge Auslegung und restriktive Handhabung der *Zustände und Gründe*, die eine Massnahme des Erwachsenenschutzrechts rechtfertigen können, geboten:

- (1.) So ist insbesondere der – eine Beistandschaft rechtfertigende – Tatbestand der «*ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustände*» (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) restriktiv auszulegen,⁴⁹⁹⁶ jedenfalls wenn es um die Anordnung einer Beistandschaft gegen den Willen des Betroffenen geht.⁴⁹⁹⁷ Zunächst muss dieser Schwächezustand «im Hinblick auf die Hilfsbedürftigkeit einer Person mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung vergleichbar» sein.⁴⁹⁹⁸ Zudem muss es sich – wie der Wortlaut zum Ausdruck bringt – um Schwächezustände handeln, die in der *Person selbst* liegen: Gemeint sind körperliche und geistige Defizite, nicht aber externe Umstände wie eine «schlechte» soziale Stellung, mangelnde Bildung oder ungünstige finanzielle Verhältnisse.⁴⁹⁹⁹ Misswirtschaft kann nur dann einen Grund für eine Beistandschaft darstellen, wenn es sich um eine extreme Form handelt,⁵⁰⁰⁰ die ihren Grund in einer Schwäche der Intelligenz oder des Willens hat.⁵⁰⁰¹ Ein –

ZGBI-BIDERBOST, Art. 390, Rz. 19 («relevante eigene Angelegenheiten») [Herv. weggelassen].

⁴⁹⁹⁵ FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 20,

⁴⁹⁹⁶ BGer 5A_773/2013, E. 4.1; BGer 5A_638/2015, E. 5.1; FOUNTOULAKIS/ROSCHE, in: Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. 1140; FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 17; MEIER, Rz. 728.

⁴⁹⁹⁷ Das ist nicht zwangsläufig der Fall: Die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) setzt die *Zustimmung* der hilfsbedürftigen Person voraus.

⁴⁹⁹⁸ BGer 5A_773/2013, E. 4.1; BGer 5A_638/2015, E. 5.1; ferner HÄFELI, Rz. 303; MEIER, Rz. 728.

⁴⁹⁹⁹ Vgl. FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 16; MEIER, Rz. 728; die Anknüpfung eines paternalistischen Schutzes an die soziale Stellung würde zudem eine grundsätzlich unzulässige Diskriminierung darstellen, siehe vorne, bei Fn. 2590 ff.

⁵⁰⁰⁰ Botsch. Erwachsenenschutz, 7043; FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 17.

⁵⁰⁰¹ FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 17; bezogen auf aArt. 370 ZGB: BGE 108 II 92, E. 2.

von aussen gesehen – *unvernünftiges* Verhalten, wie z.B. ein leichtsinniger, verschwenderischer oder risikoreicher Umgang mit den eigenen finanziellen Mitteln, reicht für sich genommen nicht aus,⁵⁰⁰² soweit nicht gleichzeitig eine diesbezügliche Urteilsunfähigkeit vorliegt.⁵⁰⁰³ Auch «Unerfahrenheit» soll einen Grund für eine Beistandschaft darstellen, doch muss es sich hier richtigerweise (wiederum) um extreme Formen handeln,⁵⁰⁰⁴ die sich zudem tatsächlich negativ auf die Willensbildung und -umsetzung auswirken. Zu denken ist sodann an eine – einer geistigen Behinderung oder psychischen Störung vergleichbaren – Betagtheit.⁵⁰⁰⁵ Problematisch ist es jedoch, wenn auch körperliche Beeinträchtigungen, die sich nicht zwingend auf die Willensbildung auswirken, als zulässige Gründe für eine aufgedrängte (die Handlungsfähigkeit beschränkende) Beistandschaft anerkannt werden (wie z.B. eine schwere Lähmung oder eine Verbindung von Blindheit und Taubheit⁵⁰⁰⁶). Dass sich eine körperliche Behinderung zwingend negativ auf die Urteilsfähigkeit auswirkt, wird niemand ernsthaft behaupten. Wenn der Schutz trotzdem aufgedrängt wird, stellt sich zudem die Frage einer unzulässigen Diskriminierung wegen einer körperlichen Behinderung (Art. 8 Abs. 2 BV).⁵⁰⁰⁷

- (2.) Auch der äusserst problematische, eine fürsorgerische Unterbringung rechtfertigende Tatbestand der *schweren Verwahrlosung* (Art. 426 Abs. 1 ZGB) ist restriktiv (und verfassungskonform)⁵⁰⁰⁸ auszulegen und anzuwenden.⁵⁰⁰⁹

Auf einer grundsätzlichen Ebene stellt sich zudem die Frage, ob die Unterbringung wegen einer schweren Verwahrlosung mit der EMRK vereinbar ist: Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK erlaubt zwar einen Freiheitsentzug «bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüch-

⁵⁰⁰² BGer 5A_773/2013, E. 4.1, und BGer 5A_638/2015, E. 5.1, wonach es ausgeschlossen sei, «eine Person allein deshalb zu verbeiständen, weil sie mit ihrem Geld in einer Art und Weise umgeht, die nach landläufiger Auffassung unvernünftig ist»; ferner Botsch. Erwachsenenschutz, 7043; weitergehend noch BGE 108 II 92, E. 2 (dazu vorne, Fn. 3897).

⁵⁰⁰³ BGer 5A_773/2013, E. 4.1.

⁵⁰⁰⁴ Botsch. Erwachsenenschutz, 7043; FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390, Rz. 17.

⁵⁰⁰⁵ Botsch. Erwachsenenschutz, 7043.

⁵⁰⁰⁶ Vgl. BGer 5A_638/2015, E. 5.1; Botsch. Erwachsenenschutz, 7043.

⁵⁰⁰⁷ Vgl. vorne, bei Fn. 2626; s.a. bei Fn. 3779.

⁵⁰⁰⁸ Vgl. auch BGE 106 Ia 33, E. 2: Verfassungskonforme Auslegung von aArt. 406 ZGB (Befugnis des Vormunds, die Einweisung der bevormundeten Person in eine Anstalt anzuordnen); s.a. vorne, bei Fn. 4988.

⁵⁰⁰⁹ Vgl. FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 40 ff.; MICHEL, Versorgung, 813 ff.; GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.61.

tigen und Landstreichern» – wer «schwer verwahrlost» ist, ist aber nicht zwingend psychisch krank oder alkohol- oder rauschgiftsüchtig; fraglich ist höchstens, ob eine Unterbringung wegen einer schweren Verwahrlosung mit dem Vorliegen von «Landstreicherei» gerechtfertigt werden kann.⁵⁰¹⁰ Allerdings ist zweifelhaft, ob sich eine schwere Verwahrlosung tatsächlich pauschal unter den Begriff der Landstreicherei subsumieren lässt, wie er in der (spärlichen) Rechtsprechung verwendet wird (kein fester Wohnsitz, keine ausreichenden Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts, keine regelmässige Arbeit)^{5011, 5012} Im Entscheid *H.M.* gegen *Schweiz* vom 26. Februar 2002 ging der EGMR auf das Vorbringen, eine fürsorgerische Freiheitsentziehung gestützt auf aArt. 397a ZGB sei unzulässig, namentlich nicht mit Landstreicherei gleichzusetzen, nicht weiter ein. Er beurteilte die Massnahme aufgrund der konkreten Umstände – und mit m.E. fragwürdiger Begründung⁵⁰¹³ (u.a. unter Berufung auf die wohlverstandenen Interessen der Betroffenen)⁵⁰¹⁴ – gar nicht als Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 EMRK.⁵⁰¹⁵ Indessen scheint es mir mit Blick auf Sinn und Zweck der Bestimmung von Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK nicht *geradezu ausgeschlossen*, auch eine schwere Verwahrlosung unter den Begriff der «Landstreicherei» zu subsumieren.⁵⁰¹⁶ Diese Frage soll hier nicht weiter vertieft werden.

Nach der hier vertretenen, verfassungsrechtliche Wertungen speziell berücksichtigenden Auffassung reicht der Umstand, dass jemand schwer verwahrlost ist, für sich genommen *nicht* aus, um eine (durchaus eingriffsintensive⁵⁰¹⁷) fürsorgerische Unterbringung anzuordnen. Zu fordern ist zusätzlich, dass der Einzelne nicht in der Lage ist, seine Situation, die sich daraus für ihn ergeben

⁵⁰¹⁰ CLÉMENT, 10.

⁵⁰¹¹ In seinem Urteil vom 18. Juni 1971 i.S. *De Wilde, Ooms und Versyp* gegen *Belgien*, Nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Ziff. 68, hat der EGMR entschieden, dass eine gesetzliche Definition des Landstreichers als Person ohne festen Wohnsitz, ohne ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts und ohne regelmässige gewerbliche oder berufliche Arbeit grundsätzlich mit dem in Art. 5 Abs. 1 Bst. e EMRK verwendeten Begriff des Landstreichers vereinbar sei. Damit wären auch andere Deutungsmöglichkeiten denkbar. Allerdings scheint der EGMR in seinem Urteil vom 6. November 1980 i.S. *Guzzardi* gegen *Italien*, Nr. 7367/76, Ziff. 98, die im eben erwähnten Entscheid verwendete Umschreibung für die Konventionszwecke als massgeblich zu erachten.

⁵⁰¹² Kritisch auch FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 45; GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.60; vgl. dazu ferner CLÉMENT, 10 ff.

⁵⁰¹³ Kritisch auch FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 44; MICHEL, Versorgung, 811 f.; s.a. IntKommEMRK-RENIKOWSKI, Art. 5, Rz. 57 (19. Lfg. März 2016).

⁵⁰¹⁴ Vgl. vorne, bei Fn. 1216 f.

⁵⁰¹⁵ Urteil des EGMR, Urteil vom 26. Februar 2002 i.S. *H.M.* gegen *Schweiz*, Nr. 39187/98, Ziff. 40 ff.

⁵⁰¹⁶ Vgl. CLÉMENT, 11 f.; FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 47; so auch Botsch. Änd. ZGB (1977), 24 f.

⁵⁰¹⁷ Vgl. GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.3 (fürsorgerische Unterbringung als schwerwiegender Eingriff in die persönliche Freiheit).

den Konsequenzen und die Bedeutung eines Verzichts auf Hilfe, zu erfassen, er mithin urteilsunfähig hinsichtlich seiner Hilfsbedürftigkeit ist.⁵⁰¹⁸ Angesichts des mit einer Unterbringung einhergehenden schweren Grundrechtseingriffs ist zudem erforderlich, dass der Zustand der Verwahrlosung zu einer *akuten und schweren* Selbstgefährdung führt.⁵⁰¹⁹

Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgen will, kann eine schwere Verwahrlosung nur unter engen Voraussetzungen angenommen werden. Keinesfalls ist es ausreichend, dass jemand «von den hergebrachten Formen bürgerlicher Wohlanständigkeit abweicht».⁵⁰²⁰ Der Tatbestand der schweren Verwahrlosung darf unter keinen Umständen zur Grundlage für eine eigentliche «Umerziehung» oder «Disziplinierung» genommen werden.⁵⁰²¹ Un-erheblich ist insbesondere ein «lasterhafter Lebenswandel»⁵⁰²², eine «Verwahrlosung» im sittlich-moralischen Bereich,⁵⁰²³ dass jemand in «unhygienischen Verhältnissen» lebt,⁵⁰²⁴ über keinen (festen) Wohnplatz verfügt⁵⁰²⁵ oder sich der «Landstreicherei» hingibt⁵⁰²⁶. Es muss sich richtigerweise um «Extremfälle von Selbstvernachlässigung» handeln, um einen Zustand, in dem «die hilfsbedürftige Person nicht mehr in der Lage ist, [den] minimalsten Bedürfnisse[n] in Bezug auf Hygiene und Ernährung nachzukommen».⁵⁰²⁷

Aus einer verfassungsrechtlichen Sicht bleibt darauf hinzuweisen, dass die teils vertretene Auslegung der schweren Verwahrlosung mit Blick auf die Men-

⁵⁰¹⁸ Kritisch zu einer fürsorglichen Unterbringung schwer verwahrloster, aber urteilsfähiger Personen MICHEL, *Versorgung*, 812 ff.; aus medizinethischer Sicht HÜRLIMANN/TRACHSEL, 215 f., wonach eine schwer verwahrloste Person nur dann fürsorglich untergebracht werden dürfe, wenn sie hinsichtlich ihrer Unterbringung nicht urteilsfähig sei; gemäss BERNHART, Rz. 304 kann «[e]ine Verwahrlosung [...] nur angerufen werden, falls sie direkte Folge einer psychischen Störung ist» – allerdings erachtet er das Erfordernis einer psychischen Störung in erster Linie deshalb als zwingend, da die Unterbringung nach seiner Auffassung sonst EMRK-widrig wäre (kritisch dazu FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 426 ZGB, Rz. 46 f.).

⁵⁰¹⁹ Vgl. BERNHART, Rz. 305 ff., insb. Rz. 310; GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.75 und 9.77.

⁵⁰²⁰ Botsch. Änd. ZGB (1977), 25; BERNHART, Rz. 309.

⁵⁰²¹ MICHEL, *Versorgung*, 814; DUBNO/ROSCH, in: *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz*, Rz. 1465 (siehe vorne, Fn. 4981).

⁵⁰²² BERNHART, Rz. 310.

⁵⁰²³ MICHEL, *Versorgung*, 814.

⁵⁰²⁴ HÄFELI, Rz. 673.

⁵⁰²⁵ BGE 128 III 12, E. 3; HÄFELI, Rz. 673; BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426, Rz. 20; GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.62.

⁵⁰²⁶ BSK ZGBI-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426, Rz. 20.

⁵⁰²⁷ Vgl. GASSMANN/BRIDLER, in: FHB Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.63.

schenwürde⁵⁰²⁸ abzulehnen ist. Abgesehen davon, dass der Begriff der Würde viel zu offen und zu unbestimmt ist, um der schweren Verwahrlosung hinreichend bestimmte Konturen zu verleihen,⁵⁰²⁹ ist zu bedenken, dass die Würde auch gerade die Freiheit der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung schützt und dem selbstbestimmt handelnden Würdeträger seine eigene Würde nicht entgegengehalten werden darf.⁵⁰³⁰ Wer an einer würdebezogenen Auslegung der schweren Verwahrlosung festhalten möchte, wird eine fürsorgliche Unterbringung jedenfalls nicht losgelöst von Freiwilligkeitsdefiziten bejahen können und dürfen.

iv) Waffenerwerb

Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c WG erhalten solche Personen keinen Waffenerwerbsschein, «*die zur Annahme Anlass geben, dass sie sich selbst oder Dritte mit der Waffe gefährden*». Es geht dabei auch um einen paternalistischen Schutz,⁵⁰³¹ der – wegen der damit einhergehenden Fremdbestimmung des individuellen Wohls – zumindest unter dem Aspekt der persönlichen Freiheit rechtfertigungsbedürftig ist.⁵⁰³²

Das Gesetz stellt allein auf den Umstand ab, dass sich die Person *selbst gefährdet*. Die – für die Rechtfertigung eines Schutzes vor sich selbst zentrale – Frage, ob die Selbstgefährdung *freiverantwortlich* erfolgt, spielt nach dem *Gesetzeswortlaut* keine Rolle. Auch den *Materialien* – die im Wesentlichen den Gesetzeswortlaut wiederholen⁵⁰³³ – lässt sich nichts Entsprechendes entnehmen.⁵⁰³⁴ Lehre und Rechtsprechung konkretisieren die «Selbst- und Drittgefährdung» mit Blick auf Art. 52 Abs. 1 Bst. c der Waffenverordnung vom 2. Juli 2008⁵⁰³⁵ (kein Vorliegen eines kör-

⁵⁰²⁸ Vgl. dazu vorne, bei Fn. 911 f.

⁵⁰²⁹ Vgl. zur Offenheit der Würde und den damit verbundenen Gefahren bereits vorne, Teil 2 II. B; s.a. HÄFELI, Rz. 673, wonach die Frage, «[w]elcher konkrete Zustand einer Person mit der Menschenwürde schlechterdings nicht mehr vereinbar ist, [...] stark von den jeweiligen Wertvorstellungen in einer Gesellschaft ab[hängt]».

⁵⁰³⁰ Vgl. vorne, Teil 2 II. B. 2. b) und insb. bei Fn. 1134; im spezifischen Kontext der schweren Verwahrlosung ebenfalls kritisch MICHEL, Versorgung, 813 f., und BELSER/WALDMANN, Grundrechte II, 15 f.

⁵⁰³¹ Vorne, bei Fn. 721.

⁵⁰³² Vgl. vorne Teil 2 III. E, insb. bei Fn. 1858; s.a. Teil 2 III. C.

⁵⁰³³ Das ist bedauerlich: Will der Staat einen paternalistischen Schutz verwirklichen, hat er seine Gründe im Einzelnen darzulegen und den Schutz umfassend zu begründen, vgl. dazu hinten, Teil 5 IV. A; s.a. vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (4.) bei Fn. 1171 f., und Teil 3 II. C. 1.

⁵⁰³⁴ Botsch. vom 24. Januar 1996 zum Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition, BBl 1996 I 1053, 1061.

⁵⁰³⁵ WV, SR 514.541.

perlichen oder geistigen Zustands, der ein erhöhtes Risiko für den Umgang mit Waffen schafft).⁵⁰³⁶ Bei dieser Betrachtungsweise relativiert sich die Problematik insofern, als die Zustände, die zur Annahme einer Selbstgefährdung führen, gleichzeitig Zustände sind, die ein Selbstbestimmungsdefizit (zumindest) nahelegen. Dies ist denkbar bei der in Lehre und Rechtsprechung genannten psychischen Erkrankung (wobei in jedem Fall abzuklären bleibt, ob psychische Auffälligkeiten oder Störungen tatsächlich das Risiko einer Selbstgefährdung in sich bergen⁵⁰³⁷) sowie dem dort ebenfalls erwähnten Alkoholismus⁵⁰³⁸ und sonstigen Suchterkrankungen (regelmässiger Konsum von bestimmten Drogen).⁵⁰³⁹ Doch gibt es auch Selbstschädigungen irreversibler Natur, die der Einzelne freiverantwortlich will.⁵⁰⁴⁰ Ein Schutz vor sich selbst ist in solchen Fällen verfassungsrechtlich nicht begründbar.⁵⁰⁴¹ Ist also Art. 8 Abs. 2 Bst. c WG dahingehend auszulegen, dass nur die «unfreiwillige» Selbstgefährdung einen legitimen Grund für die Verweigerung eines Waffenerwerbsscheins darstellen kann?

Zu beachten ist, dass das Waffengesetz die Bekämpfung der *missbräuchlichen* Verwendung von Waffen bezweckt (Art. 1 Abs. 1 WG; s.a. Art. 107 Abs. 1 BV, wonach der Bund «Vorschriften gegen den Missbrauch von Waffen, Waffenzubehör und Munition» erlässt). Liegt aber in der Verwendung einer Waffe für eine freiverantwortliche Selbstschädigung tatsächlich ein *Missbrauch*? Im Wesentlichen geht es dem Waffengesetz um eine Ergänzung des strafrechtlichen Schutzes vor Gewaltkriminalität durch präventive Massnahmen⁵⁰⁴² bzw. den Schutz der *öffentlichen Sicherheit*⁵⁰⁴³, die nach der hier vertretenen Auffassung aber nur eine *unfreiwillige* Selbstgefährdung zu erfassen vermag.⁵⁰⁴⁴ Die Selbsttötung ist auch nicht rechtswid-

⁵⁰³⁶ SHK WG-FACINCANI/SUTTER, Art. 31, Rz. 20; SHK WG-BOPP, Art. 8, Rz. 15; VGer ZH, Urteil vom 19. März 2009, VB.2008.00560, E. 4.1; KGer BL, Urteil vom 26. März 2014, Nr. 810 13 372, E. 6.1; BGer 2C_15/2019, E. 4.7.2 (allerdings unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a WG).

⁵⁰³⁷ Dazu ALKAN-MEWES, 126 f.; WÜST, 77.

⁵⁰³⁸ SHK WG-BOPP, Art. 8, Rz. 23; WEISSENBERGER, Strafbestimmungen, 163; BGer 2C_444/2017, E. 3.2.1; BGer 2C_469/2010, E. 3.6.

⁵⁰³⁹ BGer 2C_945/2020, E. 2.3.

⁵⁰⁴⁰ Vorne, in Fn. 4471.

⁵⁰⁴¹ Vorne, Teil 4 II, insb. Kap. C.

⁵⁰⁴² WÜST, 15.

⁵⁰⁴³ SGK BV-MOHLER/MÜLLER, Art. 107, Rz. 82; SHK WG-ASLANTAS, Art. 1, Rz. 3; BGer 2A.546/2004, E. 3.2.2; VGer ZH, Urteil vom 19. März 2009, VB.2008.00560, E. 2.1.

⁵⁰⁴⁴ Vorne, Teil 3 IV. C; weitergehend WÜST, 15, wonach die Verhinderung von Suiziden mit Waffen nicht durch die Zielsetzung der Bekämpfung des Waffenmissbrauchs gedeckt sei; m.E. ist es allerdings vom Begriff des Missbrauchs durchaus gedeckt, einen *nicht freiverantwortlichen* Schusswaffensuizid zu verhindern.

rig (ebenso wenig die Beihilfe dazu, sofern sie nicht aus selbstsüchtigen Motiven erfolgt, siehe Art. 115 StGB). Ob man vor diesem Hintergrund die Verhinderung freiverantwortlicher Selbstgefährdungen der *Missbrauchs* bekämpfung zuordnen kann, ist fraglich. Bezogen auf die mitverfolgten *Gesundheitsanliegen* – das Waffengesetz stützt sich auch auf Art. 118 Abs. 2 Bst. a BV – ist zu beachten, dass der Verfassung kein hart paternalistisches Gesundheitsverständnis zugrunde liegt.⁵⁰⁴⁵ So gesehen bestünden durchaus Gründe, das Kriterium der Selbstgefährdung – erst recht unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Verbots eines harten Paternalismus – auf «unfreiwillige» bzw. *durch Freiwilligkeitsdefizite bedingte* Selbstgefährdungen zu beschränken. Es erscheint deshalb nicht einfach selbstverständlich, wenn (allein) *suizidale Tendenzen* zum Anlass genommen werden, einen Waffenerwerbsschein zu verweigern,⁵⁰⁴⁶ ohne auf die Frage Bezug zu nehmen, ob der Einzelne sein Leben freiverantwortlich beenden will (z.B. weil er unerträglichem körperlichem Leiden ausgesetzt ist).

Nun sollte man sich aber zumindest überlegen, ob das Kriterium der Selbstgefährdung – das wesentlich auf die Verhinderung von Schusswaffensuiziden abzielt – nicht selbst eine *überindividuelle* Komponente tragen könnte; dies dahingehend, dass es dem Gesetzgeber gar nicht nur darum geht, Schusswaffensuizide im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen zu verhindern, sondern *auch* im Interesse *Dritter* wie etwa von Angehörigen; möglicherweise spielen auch moralische Erwägungen eine Rolle (die sich allerdings nur insofern von einem staatlichen Paternalismus unterscheiden, als es um den Schutz von für das *gemeinsame Zusammenleben* relevanten Werten geht⁵⁰⁴⁷); insofern ginge es um die Verhinderung von *Suiziden* an sich, erfolgten diese nun freiverantwortlich oder nicht. Ob dies dem wahren Normsinn entspricht, ist wohl nicht geradezu ausgeschlossen; allerdings bliebe jeweils auch zu prüfen, ob Drittinteressen im Einzelfall *tatsächlich gefährdet werden*. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsordnung grundsätzlich auch die Abgabe von *Betäubungsmitteln* für einen Suizid erlaubt, wenn der Sterbewunsch wohlwogen ist. Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob eine *festgestellte Suizidabsicht* (selbst wenn es sich um einen freiverantwortlichen Entscheid handeln *könnte*) tatsächlich nicht ausreichend sein kann, um den Waffenerwerb zu beschränken. So lässt sich zumindest diskutieren, ob der Staat aus *verwaltungsökonomischen Gründen* davon absehen darf,

⁵⁰⁴⁵ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. d), zusammenfassend: Teil 3 IV. E. 2. d) vi); s.a. bei Fn. 4902.

⁵⁰⁴⁶ Zu diesem Verweigerungsgrund: SHK WG-BOPP, Art. 8, Rz. 23; WEISSENBERGER, Strafbestimmungen, 163; BGer 2C_444/2017, E. 3.2.1; BGer 2C_469/2010, E. 3.6, dort insbesondere unter Bezugnahme auf körperliche Leiden («tendances suicidaires, notamment en raison de souffrances physiques»).

⁵⁰⁴⁷ Vgl. dazu vorne, Teil 3 IV. D, dort insb. Kap. 3.

die Freiwilligkeit näher abzuklären;⁵⁰⁴⁸ dies liesse sich allenfalls mit Blick darauf rechtfertigen, dass eine Abklärung der Wohlerwogenheit eines Sterbewunschs mit Aufwand verbunden ist. Aber überzeugt eine solche Argumentation? Abgesehen davon, dass ihr die erhebliche Gefahr innewohnt, einen im Kern hart paternalistischen Schutz unter Berufung auf andere Gründe zu verschleiern, bleibt zu bedenken, dass die Waffenfähigkeit beim Vorliegen von Zweifeln ohnehin gutachterlich abgeklärt werden sollte.⁵⁰⁴⁹ Allerdings ist nicht auszuschliessen, dass der Sterbewunsch zwar im Zeitpunkt des Waffenerwerbs wohlerwogen ist, sich der Einzelne in der Folge aber von einem Sterbewillen distanziert und zu einem *späteren Zeitpunkt* aus einer Kurzschlusshandlung oder aufgrund einer psychischen Erkrankung zur Selbsttötung mit einer Waffe schreitet.

Obwohl m.E. *grundsätzlich* Raum dafür besteht, Art. 8 Abs. 2 Bst. c WG um das Erfordernis der *nicht freiverantwortlichen* Selbstgefährdung zu ergänzen, verbleiben aufgrund des Gesagten doch Unsicherheiten, ob damit der gesetzgeberische Wille bezüglich der Verhinderung von Schusswaffensuiziden nicht übersteuert würde.

v) Polizeiliche Ingewahrsamnahme und Fesselung

Verschiedentlich finden sich Bestimmungen zur polizeilichen Ingewahrsamnahme wegen einer Selbstgefährdung, deren Wortlaut ein Selbstbestimmungsdefizit nicht voraussetzt.

Zu nennen sind etwa § 25 Bst. a PolG-ZH («Die Polizei darf eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn sie sich selber, andere Personen, Tiere oder Gegenstände ernsthaft und unmittelbar gefährdet») oder Art. 40 Abs. 1 PolG-SG, wonach eine Person vorübergehend polizeilich in Gewahrsam genommen werden kann, «wenn diese sich oder andere ernsthaft und unmittelbar gefährdet und die Gefährdung nicht auf andere Weise abgewendet werden kann».

Solche Regelungen sind sehr pauschal gehalten. Zwar besteht gerade in Fällen von ernsthaften Selbstgefährdungen eine erhöhte Wahrscheinlichkeit, dass der Einzelne *nicht freiverantwortlich* handelt, und die Unmittelbarkeit der Gefahr lässt für nähere Abklärungen häufig keinen Raum.⁵⁰⁵⁰ Indessen kann auch eine schwere Selbstgefährdung freiverantwortlich erfolgen. Als Grundsatz muss gelten, dass eine Person nur dann in Gewahrsam genommen werden darf, wenn sie zu einem freiverantwortlichen Handeln *nicht* in der Lage ist:⁵⁰⁵¹ Jemanden in seiner Bewegungs-

⁵⁰⁴⁸ Vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii, Ziff. (1.) bei Fn. 4441 ff.

⁵⁰⁴⁹ ALKAN-MEWES, 125 ff.

⁵⁰⁵⁰ So hat die Polizei bei einem drohenden Suizid grundsätzlich einzuschreiten, siehe vorne, bei Fn. 2935 ff. und 4467.

⁵⁰⁵¹ Bezogen auf § 25 Bst. a PolG-ZH wird etwa eine Gefährdung der physischen oder psychischen Integrität «aus medizinischen oder psychologischen Gründen» genannt oder eine

freiheit zu beschränken, der sich aus *freiem Willen* in einer gewissen, selbstschädigenden Weise verhalten will, ist nicht vereinbar mit dem Zweck solcher Normen – nämlich dem Einzelnen zu *helfen*, nicht aber, ihm zu schaden. Zudem zielt das Allgemeininteresse am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht auf einen Schutz vor den *freiverantwortlich* gewählten Folgen des eigenen Tuns.⁵⁰⁵² Erst recht bei einer an der *Verfassung* orientierten Auslegung und Handhabung des Gesetzesrechts darf die Ingewahrsamnahme nicht losgelöst von der Frage angeordnet werden, ob sich der Betroffene aus freien Stücken einer Gefährdung oder Schädigung aussetzt.⁵⁰⁵³

Besser erscheint eine Regelung, wie sie der bernische Gesetzgeber in Art. 32 Abs. 1 Bst. a des aufgehobenen Polizeigesetzes vom 8. Juni 1997 getroffen hat: Eine Person konnte durch die Polizei in Obhut genommen und festgehalten werden, wenn «*dies zum Schutz dieser oder einer anderen Person gegen eine Gefahr für die psychische, physische oder sexuelle Integrität erforderlich ist, insbesondere in Fällen häuslicher Gewalt oder weil die Person sich erkennbar in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustand befindet oder sonst hilflos ist*». Hier wurde auf ein Selbstbestimmungsdefizit zumindest *Bezug* genommen.⁵⁰⁵⁴

Entsprechendes gilt etwa für die Bestimmung von § 16 Abs. 1 Bst. c PolG-ZH, wonach die Polizei «*eine Person mit Fesseln sichern [darf], wenn der begründete Verdacht besteht, sie werde sich töten oder verletzen*». Diesbezüglich wird zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Fesselung entgegen dem insofern zu undifferenzierten Wortlaut nur erfolgen darf, wenn die Selbstgefährdung nicht freiverantwortlich erfolgt.⁵⁰⁵⁵

vi) Nichtigkeit von Rechtsgeschäften/Problematik der Urteilsfähigkeit

Vergleichbare Probleme stellen sich hinsichtlich *zivilrechtlicher* Bestimmungen, die (auch) dem Schutz des Einzelnen vor sich selbst dienen sollen. Etwa bei der Frage, ob die (von Amtes wegen zu berücksichtigende) *Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts* tatsächlich in jedem Fall die angemessene Rechtsfolge ist. Bereits diskutiert wurde

alkoholbedingte Gefahr, auf die Bahngleise zu «torkeln» (Komm. PolG ZH-OPPLIGER/HEIMGARTNER, § 25, Rz. 20 f.).

⁵⁰⁵² Vorne, Teil 3 IV. C. 2.

⁵⁰⁵³ So auch REINHARD, 240.

⁵⁰⁵⁴ Gemäss Art. 91 Abs. 1 Bst. a des neuen PolG-BE kann die Kantonspolizei eine Person in Gewahrsam nehmen, «*wenn sie sich selber, andere Personen, Tiere oder Sachen gefährdet*» – die frühere Formulierung scheint mir überzeugender; zudem reicht nach dem jetzigen Wortlaut jede noch so geringfügige und weit entfernte Selbstgefährdung für die Anordnung eines Polizeigewahrsams aus – damit wird dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie m.E. auch dem Bestimmtheitsgebot durch den Gesetzgeber nicht hinreichend Rechnung getragen.

⁵⁰⁵⁵ Komm. PolG ZH-DONATSCH/KELLER, § 16, Rz. 22 f.

dies im Zusammenhang mit der Bestimmung von Art. 27 Abs. 2 ZGB.⁵⁰⁵⁶ Die Problematik besteht aber auch im Zusammenhang mit der Regelung der *Urteilsfähigkeit*. Ein Rechtsgeschäft eines diesbezüglich Urteilsunfähigen ist – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – unwirksam (Art. 18 ZGB) und damit grundsätzlich nichtig.⁵⁰⁵⁷ Indessen ist durchaus denkbar, dass die Nichtigkeitsfolge dem (vor sich selbst geschützten) Urteilsunfähigen zum Nachteil gereicht – ihn mithin schlechter stellt, als wenn das Rechtsgeschäft Bestand hätte (erwähnt wird das Beispiel eines urteilsunfähigen Kindes, das einen Lottoschein erwirbt und damit einen Gewinn erzielt; in der Folge macht die Lottogesellschaft aber die Nichtigkeit des Kaufvertrags geltend).⁵⁰⁵⁸ Mit Blick auf den Schutzzweck des Handlungsfähigkeitsrechts wird für solche Fälle vertreten, dass die Nichtigkeitsfolge nicht gegen bzw. nicht ohne den Willen des vor sich selbst Geschützten (bzw. dessen gesetzlichen Vertreters) eintreten könne; die Nichtigkeit dürfe vom Richter nur *zu Gunsten* der geschützten urteilsunfähigen Person von Amtes wegen berücksichtigt werden.⁵⁰⁵⁹ Ein solche Auslegung und Handhabung der Urteilsfähigkeitsregeln stünde jedenfalls im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Grenzen paternalistischen Staatshandelns, wonach der Einzelne nicht in seinem Wohl geschmälert werden darf, wenn ein Schutz vor sich selbst beabsichtigt ist.⁵⁰⁶⁰

⁵⁰⁵⁶ Vgl. vorne, Teil 3 IV. D. 3. b) ii.

⁵⁰⁵⁷ BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 18, Rz. 2; BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 18, Rz. 60 f.

⁵⁰⁵⁸ REETZ, 199 ff.

⁵⁰⁵⁹ REETZ, 203 ff.; vgl. auch die Kritik und Lösungsansätze bei BK ZGB-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 18, Rz. 60 f.

⁵⁰⁶⁰ Dazu vorne, Teil 4 II. B.

III. Weitere Auswirkungen auf die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung

Dass dem Staat ein «harter Paternalismus» durch die Verfassung untersagt ist, hat zahlreiche weitere Auswirkungen:

- (1.) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt (grundsätzlich) selbst dann eine **entschädigungslos hinzunehmende polizeiliche Eigentumsbeschränkung** vor,⁵⁰⁶¹ «wenn die aus polizeilichen Gründen angeordnete Beschränkung unmittelbar dem Schutz des Grundeigentümers selbst dient»,⁵⁰⁶² wobei es auch darum gehen kann, den Grundeigentümer an einer *Selbstgefährdung zu hindern*.⁵⁰⁶³ Das ist insofern zu kritisieren, als auch der sich freiwillig selbst gefährdende Grundeigentümer einen paternalistisch motivierten Eingriff (entschädigungslos) hinzunehmen hat, dessen Legitimität aus verfassungsrechtlicher Sicht ganz grundsätzlich zu bestreiten ist. Ausserdem fällt ein pauschaler, an den blossen Umstand einer Selbstgefährdung anknüpfender (und damit von Selbstbestimmungsdefiziten losgelöster) Schutz vor sich selbst nach der hier vertretenen Auffassung gar nicht in den *Zielbereich der öffentlichen Sicherheit (und Ordnung)*⁵⁰⁶⁴ – er kann also gar kein (legitimes) *polizeiliches* Interesse darstellen und damit auch kein solches, das eine Entschädigungspflicht zu beseitigen vermag.
- (2.) Für problematisch halte ich es, wenn der Suizid eines Psychatriepatienten unabhängig davon zu einer **Staatshaftung** wegen einem pflichtwidrigen Unterlassen (mangelhafte Sicherheitsvorkehrungen, die dem Patienten ein Entweichen aus der Anstalt ermöglicht haben) führt, ob der Patient den Suizid im Zustand der Urteilsfähigkeit und freiverantwortlich gewollt hat oder nicht.⁵⁰⁶⁵

⁵⁰⁶¹ Zur grundsätzlichen Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eigentumsbeschränkungen und den Ausnahmen vgl. zusammenfassend BGer 2C_461/2011, E. 4.2 f.

⁵⁰⁶² BGer 2C_461/2011, E. 4.3; ferner BGE 106 Ib 336, E. 5c/aa; BGer 1P.373/1995, E. 4b/bb, ZBl 1997, 175 ff., 178; BVGer A-7595/2010, E. 6–8.

⁵⁰⁶³ BGer 1P.421/2002, E. 2: «Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind nämlich polizeiliche Eigentumsbeschränkungen ohne Rücksicht auf ihre Schwere grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen, wenn mit der fraglichen Massnahme eine konkrete, das heisst ernsthafte und unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit abgewendet werden soll. Dies gilt auch, wenn es zu verhindern gilt, dass sich der Grundeigentümer selbst (weiterhin) erheblicher Gefahr aussetzt [...]»; BGE 106 Ib 330, E. 4.

⁵⁰⁶⁴ Vorne, Teil 3 IV. C. 2.

⁵⁰⁶⁵ In diese Richtung aber BGE 112 Ib 322, E. 2 ff., insb. E. 5b: «Nach ärztlicher Diagnose litt A. Y. an einer Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis, bzw. an einer Schizophrenie mit vornehmlich katatonem Gepräge. Wie stark dieser Krankheitszustand im entschei-

Dies unterstellt, dass die Verhinderung eines freiverantwortlichen Suizids rechtmässig wäre und gar eine staatliche Pflicht bestünde, eine Person *unabhängig* von ihrer tatsächlichen Selbstbestimmungsfähigkeit am Suizid zu hindern – eine Pflicht, die sich aus verfassungsrechtlicher Sicht jedoch nicht begründen lässt, ja nach der hier vertretenen Auffassung gar in einem eigentlichen *Konflikt* mit der Verfassung, insbesondere der Freiheit zu sterben stünde. Dass sich die suizidwillige Person in einem Sonderstatusverhältnis befindet, ist unerheblich.⁵⁰⁶⁶

- (3.) Zum Schutz einer Person *vor sich selbst* darf der Staat **Dritte** nicht mit Pflichten belasten oder gar bestrafen, wenn die (vor sich selbst) zu schützende Person keinen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt: Dies folgt aus der grundsätzlichen Unzulässigkeit eines derartigen **indirekten Paternalismus**.⁵⁰⁶⁷ Das gilt auch dann, wenn der Dritte diese Person gezielt bei einer Selbstschädigung unterstützt oder mit deren Willen in ihre Rechtsgüter «eingreift». Anders kann dies nur sein, wenn bei der sich selbst zu schützenden Person Selbstbestimmungsdefizite vorliegen.⁵⁰⁶⁸

Die Bestrafung einer Person, die einem freiverantwortlich handelnden Dritten Betäubungsmittel abgibt, um diesen Dritten in dessen «wohlverstandenen» eigenem Interesse vor sich selbst zu schützen, lässt sich m.E. verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.⁵⁰⁶⁹ Eine Bestrafung der Freier, um die Prostitution zum Schutz der Sexarbeiterinnen einzudämmen, ist verfassungswidrig, wenn die vor sich selbst zu schützenden Sexarbeiterinnen ihrer Tätigkeit freiwillig nachgehen und diese Tätigkeit weiterhin ausüben wollen.

den[d]en Zeitpunkt die Urteilsfähigkeit des Patienten beeinträchtigt hat, braucht nicht entschieden zu werden. Er wurde wegen seiner Neigung zur Selbsttötung in die Klinik eingewiesen; er sollte wie früher dargelegt nach Möglichkeit geheilt, aber auch vor einem Selbstmord bewahrt werden. Dass die Klinik in letzterer Hinsicht versagt hat, schliesst es auf jeden Fall aus, ein rechtlich relevantes Selbstverschulden von A. Y. anzunehmen.»

⁵⁰⁶⁶ Siehe vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.) bei Fn. 1367, Teil 3 IV. B. 2. c) vi und Teil 4 II. A. 2, Ziff. (10.) bei Fn. 3828 ff.

⁵⁰⁶⁷ MATTHES-WEGFRASS, 110 ff.; SCHWEIZER, Nudging, 103 f.; vgl. aus ethischer Sicht von DER PFORDTEN, Paternalismus, 193: «Nur wenn der direkte Paternalismus gegenüber den anderen, die um ihrer selbst willen geschützt werden sollen, prinzipiell legitim ist, kann auch die dazu notwendige indirekte Einschränkung Dritter gerechtfertigt sein [...]»; zur Unzulässigkeit eines von Selbstbestimmungsdefiziten losgelösten indirekten Paternalismus aus Sicht des vor sich selbst Geschützten siehe vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 3788 ff.

⁵⁰⁶⁸ In Frage kommen darüber hinaus *überwiegende Dritttinteressen* (zu denken ist an die Problematik des «Tötungstabus»), womit das Feld des (reinen) Paternalismus indessen verlassen wird.

⁵⁰⁶⁹ So auch SHK BetmG-ALBRECHT, Einleitung, Rz. 45 f.; s.a. SHK BetmG-ALBRECHT, Art. 19a, Rz. 7; vorne, bei Fn. 3799; zur Problematik, dass mit dem Betäubungsmittelstrafrecht auch (teils diffuse) *Allgemeininteressen* geschützt werden sollen, siehe vorne, bei Fn. 600 ff.

Ebenso wenig lässt sich ein pauschales Verbot rechtfertigen, Sterbewilligen um deren (vermeintlichen) Schutz willen Hilfe für das Sterben zu leisten, wenn damit auch die Inanspruchnahme von Hilfe für eine *freiverantwortliche* Selbsttötung erschwert oder verunmöglicht werden soll.⁵⁰⁷⁰

- (4.) Die **Anerkennung einer Einwilligung** – im öffentlichen Recht, aber auch etwa im (grundrechtskonform auszugestaltenden und zu handhabenden)⁵⁰⁷¹ Straf- oder Zivilrecht – darf der Staat nach der hier vertretenen Auffassung nicht im wohlverstandenen Interesse der Einzelnen von einem «objektiven» *Vernünftigkeitserfordernis* abhängig machen. Die Entscheidung bzw. Einwilligung muss lediglich «*subjektiv rational*» sein.⁵⁰⁷² Massgeblich kann einzig sein, ob die Einzelne die mit der Einwilligung verbundenen Folgen nach ihren eigenen Wertmassstäben tatsächlich will und die Konsequenzen überblicken kann.⁵⁰⁷³ Ein «Vernünftigkeitserfordernis» im wohlverstandenen Interesse der Einwilligenden lässt sich auch nicht mit den *guten Sitten* bzw. dem Schutz der Moral begründen – solche Aspekte können nur relevant werden, wenn mit der Einwilligung bzw. der gestützt darauf vorgenommenen Handlung allgemein anerkannte und für das friedliche, gemeinsame Zusammenleben zentrale Werte in Gefahr gebracht werden.⁵⁰⁷⁴
- (5.) Auf die **Verhältnismässigkeitsprüfung** hat der gebotene Respekt vor der freiverantwortlichen Entscheidung des Einzelnen ebenfalls Auswirkungen.⁵⁰⁷⁵ Dies etwa bei der Frage, ob bei einem mit *Drittinteressen* begründeten Grundrechtseingriff über das «mildeste» Mittel und die Zumutbarkeit (auch) mit Blick auf die *wohlverstandenen* Interessen des Betroffenen entschieden werden darf:
- (a.) Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines gegenüber einem «Hooligan» ausgesprochenen Ausreiseverbots (Art. 24c BWIS) weist das Bundesverwaltungsgericht darauf hin, dass die damit einhergehende Verhinderung von Straftaten auch in seinem *eigenen Interesse* liege.⁵⁰⁷⁶ Aber kann das wirklich eine Rolle spielen? Zwar ist es nicht *per se* unzulässig, den Einzelnen in seinem eigenen Interesse von der Schädigung Dritter

⁵⁰⁷⁰ MATTHES-WEGFRASS, 110 ff.

⁵⁰⁷¹ Vgl. vorne, Teil 2 V; zur verfassungskonformen Auslegung s.a. Teil 5 II. A.

⁵⁰⁷² Zur Massgeblichkeit der subjektiven Rationalität s.a. vorne, bei Fn. 3899 f.

⁵⁰⁷³ Vgl. CHEN, 12 f.; s.a. WEISSENBERGER, Einwilligung, 138 ff.

⁵⁰⁷⁴ Vgl. dazu vorne, Teil 3 IV. D. 3.

⁵⁰⁷⁵ Vgl. vorne, bei Fn. 114 und Teil 3 IV. B. 2. d).

⁵⁰⁷⁶ Vgl. BVGE 2013/33, E. 7.2.2 («Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Ausreisebeschränkung die betroffene Person auch vor der strafrechtlichen Sanktionierung von anlässlich der Sportveranstaltung möglicherweise begangenen Straftaten schützt [...].»), und vorne, bei Fn. 2348.

abzuhalten (welche für den Täter selbst ja durchaus negative straf- und zivilrechtliche Konsequenzen haben kann).⁵⁰⁷⁷ Indessen ist es höchst zweifelhaft, ob die wohlverstandenen Interessen des Täters auch dann einen legitimen Gesichtspunkt für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Freiheitsbeschränkung darstellen können, wenn er die Konsequenzen allfälliger Straftaten kennt und in Kauf nimmt. Es mangelt insofern an einem relevanten Selbstbestimmungsdefizit.

- (b.) Wird die Ausrichtung der Nothilfe nach Art. 12 BV von der Teilnahme an einem Beschäftigungs- und Integrationsprogramm abhängig gemacht, stellt sich die (in BGE 130 I 71 geprüfte) Frage, ob eine solche Verpflichtung – sofern man sie im Kontext von Art. 12 BV überhaupt als zulässig erachten will⁵⁰⁷⁸ – *zumutbar* ist. Das Bundesgericht sieht ein «erhebliches öffentliches Interesse» darin, dass die Hilfsbedürftigen aus einer *Fürsorge- und Sozialhilfeabhängigkeit* geführt werden können.⁵⁰⁷⁹ Sofern hier an eine Vermeidung von *Kosten für die Allgemeinheit* gedacht ist, handelt es sich nicht um eine paternalistische Begründung. Das Bundesgericht scheint aber – um die Zumutbarkeit zu begründen – auch auf eigene Interessen des Betroffenen selbst Bezug zu nehmen: Insbesondere wenn (als eigenständiges Begründungselement) vorgebracht wird, es würden sich für ihn die Chancen auf dem Arbeitsmarkt erhöhen.⁵⁰⁸⁰ Dies ist keineswegs unproblematisch. Die Zumutbarkeit wird hier letztlich unter Berufung auf *wohlverstandene Interessen* begründet, obwohl der Einzelne an einem Beschäftigungs- und Integrationsprogramm gerade *nicht* teilnehmen will und darin keinen Nutzen erblickt. Ganz grundsätzlich ist eine solche Argumentation nur zulässig, wenn gleichzeitig vorgebracht und

⁵⁰⁷⁷ S.a. vorne, bei Fn. 186.

⁵⁰⁷⁸ Vgl. dazu näher SGK BV-MÜLLER, Art. 12, Rz. 27 und 43.

⁵⁰⁷⁹ Siehe BGE 130 I 71, E. 5.4 (vgl. gerade nachfolgend, Fn. 5080).

⁵⁰⁸⁰ BGE 130 I 71, E. 5.4: «Der Beschwerdeführer widerlegt dies nicht. Was er vorbringt, genügt nicht, um aufzuzeigen, dass die Teilnahme an den in Frage stehenden Beschäftigungs- und Integrationsprogrammen für ihn von vornherein unzumutbar wäre. Vielmehr besteht eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass er sich nach Mitwirkung an einem solchen Programm mit grösseren Erfolgsaussichten auf dem Arbeitsmarkt bewerben kann (vgl. Urteil 2P.7/2003 vom 14. Januar 2003, E. 2.3). Es besteht *zudem* ein erhebliches öffentliches Interesse daran, unterstützte Personen mittels Beschäftigungsprogrammen aus der Hilfsbedürftigkeit in die Selbständigkeit zu führen.» (Herv. d. Verf.); s.a. BGER 2P.7/2003, E. 2.3: «Es besteht vielmehr eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Beschwerdeführer sich nach Mitwirkung an einem solchen Projekt mit eher grösseren Erfolgsaussichten auf dem Arbeitsmarkt bewerben könnte; *warum er sich dagegen wehrt, ist unverständlich.*» (Herv. d. Verf.).

begründet wird, dass der Einzelne einem Selbstbestimmungsdefizit unterliegt, er mithin die Konsequenzen einer Verweigerung gar nicht (richtig) einschätzen kann. Unabhängig davon bleibt äusserst zweifelhaft, ob sich ein solch weicher Paternalismus mit dem Zweck von Art. 12 BV vereinbaren lässt: Die Nothilfe wird leidglich vom Vorliegen einer (nicht aus eigener Kraft beseitigbaren) *Notlage* abhängig gemacht; dabei geht es der nach Art. 12 BV geschuldeten Hilfe um die unmittelbare Beseitigung einer aktuellen (oder kurz bevorstehenden) Notlage und nicht um die aufgedrängte Förderung *individueller Kompetenzen* (um künftige Notlagen zu vermeiden).⁵⁰⁸¹

⁵⁰⁸¹ Vgl. SGK BV-MÜLLER, Art. 12, Rz. 27 und 43.

IV. Begründungspflichten und Rechtsschutz

A. Sorgfältige Begründung des paternalistischen Schutzes

Der Staat hat paternalistische Absichten klar auszuweisen⁵⁰⁸² und die Notwendigkeit und die Verhältnismässigkeit des beabsichtigten Schutzes vor sich selbst (in Gesetzesbotschaften und allenfalls Verordnungserläuterungen) umfassend zu *begründen*.⁵⁰⁸³ Letzteres gilt ganz besonders bei nicht nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen differenzierten Vorschriften bzw. solchen, die keinen oder nur einen eingeschränkten Raum für eine Einzelfallprüfung lassen.⁵⁰⁸⁴ Der Gesetzgeber hat die Überlegungen darzulegen, die ihn zur Annahme eines defizitären Entscheidungsverhaltens veranlassen, die aus seiner Sicht relevanten Selbstbestimmungsdefizite zu spezifizieren, die Gründe für einen allfälligen Verzicht auf eine Differenzierung oder eine Einzelfallprüfung offenzulegen und zu erklären, weshalb die den Betroffenen durch die staatliche Intervention verursachten Nachteile durch einen Nutzen überwogen werden. Pauschale Hinweise auf (angebliche) «Schutzbedürfnisse» oder eine (angebliche) «Schwäche» reichen nicht aus.⁵⁰⁸⁵

An die Begründungsdichte sind nicht zuletzt deshalb hohe Anforderungen zu stellen, weil paternalistische Interventionen regelmässig umstritten und von einer besonders gelagerten Intensität sind.⁵⁰⁸⁶ Die Notwendigkeit einer (detaillierten) Begründung ergibt sich m.E. aber auch aus dem in Art. 6 BV statuierten Subsidiaritätsprinzip, jedenfalls wenn man bedenkt, dass die Verfassung die Bestimmung des eigenen Wohls dem Einzelnen selbst überlässt.⁵⁰⁸⁷ Auf *Gesetzesstufe* findet sich zudem in Art. 141 Abs. 2 Bst. g^{bis} ParlG die Vorgabe, dass sich Botschaften zur «Wahrung der Selbstverantwortung und des Handlungsspielraums der von einer

⁵⁰⁸² S.a. vorne, Teil 3 II. C. 1 und bei Fn. 4693; s.a. vorne, bei Fn. 4873.

⁵⁰⁸³ Zur Unumgänglichkeit einer besonders sorgfältigen Verhältnismässigkeitsprüfung, wenn ein Schutz vor sich selbst verwirklicht werden soll, siehe bereits vorne, Teil 4 I, insb. bei Fn. 3709, und vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (4.).

⁵⁰⁸⁴ Zur Problematik solcher Vorschriften siehe vorne, Teil 5 I. A und B.

⁵⁰⁸⁵ Vgl. im Kontext der Forschung am Menschen auch BÜRGIN/BÜRKLIGÖTZ, 295 f., die zu Recht fordern, dass der Staat paternalistisches Handeln «transparent» und «angemessen zu begründen» hat – ein blosser Verweis auf den «Schutz der Versuchsperson» reiche als Begründung nicht aus; zur gebotenen sachlichen Begründung eines Verzichts auf Differenzierungen siehe MÜLLER/SCHEFER, 669.

⁵⁰⁸⁶ Vgl. vorne, Teil 5 I. A und Teil 3 II. C. 1; zu den Begründungsanforderungen s.a. Teil 4 III. C. 3. b).

⁵⁰⁸⁷ Vgl. dazu näher vorne, bei Fn. 2497 f.

Regelung betroffenen Privaten» äussern sollen. Dies ist gerade auch für eine aufgedrängte Fürsorge von Bedeutung. Mit dieser Bestimmung soll einer Überregulierung entgegengewirkt werden; etwa indem geprüft wird, ob «allgemeine Grundsätze und Zielvorgaben» anstelle von «detaillierte[n] Regelungen und konkrete[n] Verhaltenspflichten» erlassen und Wahlmöglichkeiten eingeräumt werden können oder ob eine Verpflichtung zur Selbstregulierung ausreichend ist.⁵⁰⁸⁸

B. Bemerkungen zum Rechtsschutz

Paternalistisches Staatshandeln ist missbrauchsanfällig und birgt die Gefahr, nicht vorhandene Selbstbestimmungsdefizite oder einen nicht vorhandenen Nutzen zu unterstellen. Dies macht einen gut ausgebauten Rechtsschutz unumgänglich, insbesondere in besonders *grundrechtsintensiven Bereichen* (zu denken ist an die fürsorgerische Unterbringung⁵⁰⁸⁹ oder die medizinischen Zwangsbehandlungen⁵⁰⁹⁰). Zu besonderen Fragen Anlass gibt der Rechtsschutz gegen *Realakte*, namentlich was (*verhaltenslenkende*) *Informationskampagnen* anbelangt. Zwar sind vom Begriff des Realakts i.S.v. Art. 25a VwVG auch solche mit einer «generell-abstrakten Struktur» erfasst, wie allgemeine Warnungen und Empfehlungen einschliesslich behördlicher Informationskampagnen.⁵⁰⁹¹ Hinsichtlich des nach Art. 25a VwVG erforderlichen *Rechtsschutzinteresses* können jedoch durchaus Unklarheiten bestehen.

Eine «Popularbeschwerde» will Art. 25a VwVG nicht ermöglichen.⁵⁰⁹² Um ein Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 25a VwVG bejahen zu können, ist vorausgesetzt, dass *Rechte und Pflichten berührt* werden («aktbezogenes Kriterium») und ein *schutzwürdiges Interesse* («subjektbezogenes Kriterium») vorliegt.⁵⁰⁹³ *Rechte und Pflichten sind dann berührt*, wenn ein «Eingriff in die persönliche Rechtssphäre» des Betroffenen vorliegt, wobei sich schützenswerte Rechtspositionen insbesondere aus grundrechtlich, aber auch anderweitig rechtlich geschützten Interessen ergeben; ein eigentlicher Grundrechtseingriff muss nicht vorliegen – ausreichend ist es nach der Rechtsprechung, «wenn der Gesuchsteller darzulegen vermag, dass ein vom Realakt ausgehender Reflex grundrechtsrelevant ist, *mithin den Grad eines Eingriffs annehmen könnte*», womit Art. 25a VwVG aber nur zur Anwendung gelange, «wenn eine gewisse Intensität der Betrof-

⁵⁰⁸⁸ Änderungen des Parlamentsrechts, Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 18. August 2017, BBl 2017 6797 ff., 6829.

⁵⁰⁸⁹ Vgl. dazu MICHEL, Versorgung, 821 ff.

⁵⁰⁹⁰ Vgl. Art. 7 Biomedizinkonvention; s.a. BGE 118 Ia 427, E. 7d.

⁵⁰⁹¹ BGE 144 II 233, E. 4; BGE 146 I 145, E. 4.2.

⁵⁰⁹² BGE 146 I 145, E. 4.1 und 5.5; BGE 140 II 315, E. 4.4; BGE 144 II 233, E. 8.4; BVGer C-5250/2014, E. 6.2 und 7; BVGer A-2992/2017, E. 6.3.2 und 7.2.

⁵⁰⁹³ BGE 146 V 38, E. 4.3.2; BGE 140 II 315, E. 4.1; BGE 144 II 233, E. 7.1; BVGer C-5250/2014, E. 6.1; BVGer A-2992/2017, E. 6.3.1; VwVG Komm.-WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, Art. 25a, Rz. 21 («aktbezogenes» und «subjektives» Kriterium).

fenheit des Privaten [...] gegeben» sei.⁵⁰⁹⁴ Das *schutzwürdige Interesse* erfordert «eine besondere Nähe der gesuchstellenden Person zum Realakt».⁵⁰⁹⁵ Namentlich reicht es nicht aus, lediglich «ein allgemeines Interesse oder ein Interesse Dritter geltend» zu machen.⁵⁰⁹⁶ Das ist besonders dann von Bedeutung, wenn der Realakt eine Vielzahl von Personen betrifft bzw. eine «grosse Breitenwirkung» aufweist.⁵⁰⁹⁷ Lehre und Rechtsprechung verlangen eine «besondere Betroffenheit»⁵⁰⁹⁸ (oder einen «Sondernachteil»): Die Betroffenheit muss sich von derjenigen der Allgemeinheit abheben.⁵⁰⁹⁹ Nach der – im Zusammenhang mit einer Informationskampagne ergangenen – bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt eine besondere Betroffenheit «dann vor, wenn der Einzelne von einem Realakt konkret in seinen Rechten und Pflichten betroffen ist [...]. Sind dagegen viele Personen betroffen, so ist massgebend, wie schwer die Einwirkungen auf den Einzelnen zu gewichten sind. Je zweifelhafter aber ist, ob von einer Kampagne überhaupt Einwirkungen über das ohnehin gesellschaftlich vorgegebene Mass hinausreichen, umso weniger kann das Individuum in schützenswerten Rechten berührt sein.»⁵¹⁰⁰

Bezogen auf das Rechtsschutzinteresse bei (paternalistisch zumindest *mit*motivierten) Informationskampagnen stellen sich verschiedene Fragen:

- (1.) Zunächst was die Grundrechtsrelevanz informierenden Staatshandelns (und das dadurch bewirkte *Berührtsein in Rechten und Pflichten*)⁵¹⁰¹ angeht: Nach der hier vertretenen Auffassung ist der diesbezügliche Grundrechtsschutz, jedenfalls gegen Handeln, das auf eine Verhaltensbeeinflussung (auch *im wohlverstandenen Interesse* des Einzelnen abzielt, weit zu ziehen. Die (auch *paternalistisch* motivierte) «*Love Life*»-Kampagne – welche «die sexuell aktiven Menschen in der Schweiz dazu anregen [sollte], sich für ein verantwortungsvolles Sexualleben zu entscheiden»⁵¹⁰² – bewirkt nach der hier vertretenen Auffassung *zumindest* einen Eingriff in die *persönliche Freiheit*:

⁵⁰⁹⁴ BGE 144 II 233, E. 7.3.1 f. (Herv. im Original); ferner BGE 146 I 145, E. 4.4; BVGer A-2992/2017, E. 6.3.3.

⁵⁰⁹⁵ BGE 140 II 315, E. 4.2; BGE 144 II 233, E. 7.2; BGE 146 V 38, E. 4.3.2; BVGer C-5250/2014, E. 6.2.

⁵⁰⁹⁶ BVGer C-5250/2014, E. 6.2; ferner TSCHOPP-CHRISTEN, 128, und BGE 146 I 145, E. 4.1.

⁵⁰⁹⁷ BVGer C-5250/2014, E. 6.2; BGE 144 II 233, E. 8.4; Praxiskomm. VwVG-HÄNER, Art. 25a, Rz. 28 und 31.

⁵⁰⁹⁸ BGE 144 II 233, E. 8.4; BVGer A-2992/2017, E. 6.3.2; Praxiskomm. VwVG-HÄNER, Art. 25a, Rz. 28 und 31.

⁵⁰⁹⁹ BGE 144 II 233, E. 8.4; Praxiskomm. VwVG-HÄNER, Art. 25a, Rz. 28 und 31; VwVG Komm.-WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, Art. 25a, Rz. 36 («Sondernachteil»); TSCHOPP-CHRISTEN, 129 und 137 f. («Sondernachteil»); BVGer C-5250/2014, E. 6.2 («Sondernachteil»).

⁵¹⁰⁰ BGE 144 II 233, E. 8.4.

⁵¹⁰¹ Praxiskomm. VwVG-HÄNER, Art. 25a, Rz. 19 ff., insb. 22; vorne, bei Fn. 5094.

⁵¹⁰² BGE 144 II 233, E. 8.3; s.a. BVGer, Zwischenverfügung vom 6. Oktober 2014, C-5250/2014, E. 4.4.2 und 4.4.5 (öffentliches Interesse am Schutz vor Selbstgefährdung durch die «*Love Life*»-Kampagnen; s.a. vorne, Fn. 2363).

Der Einzelne muss sich vom Staat nicht gegen seinen Willen in seinem wohlverstandenen Interesse in die Richtung eines sexuell verantwortungsvollen Handelns motivieren lassen und auch nicht in die Situation drängen lassen, entsprechenden Steuerungsversuchen gezielt ausweichen zu müssen.⁵¹⁰³ Ein Berührtsein in Rechten ist besonders bezogen auf *Kinder und Jugendliche* anzunehmen, die nach der hier vertretenen Auffassung durch Art. 11 Abs. 1 BV zudem einen *speziellen* Schutz dagegen erfahren, vom Staat mit sexualisierten Inhalten konfrontiert zu werden; dies erst recht, wenn sie – als sexuell aktive Jugendliche – selbst Adressaten der (verhaltenslenkenden) Informationskampagne sind.⁵¹⁰⁴

- (2.) Gegen das Erfordernis einer *besonderen Nähe der betroffenen Person zum Realakt* bzw. einer *besonderen Betroffenheit* ist – insbesondere mit Blick auf die Vermeidung einer «Popularbeschwerde»⁵¹⁰⁵ – grundsätzlich nichts einzuwenden; etwa wenn es darum geht, den *beschwerdeberechtigten* Kreis derjenigen Personen zu bestimmen, die von Fluglärm oder der Umbenennung einer Poststelle betroffen sind. Nicht unproblematisch ist dies jedoch bei *an die Allgemeinheit gerichteten verhaltenslenkenden Informationskampagnen*. Die Kampagne *als solche* soll bei einer *unbestimmten Vielzahl* von Personen einen *verhaltenslenkenden Effekt* bewirken. Wie lässt sich eine besondere Betroffenheit begründen, wenn doch bei *allen* Adressaten *gleichermaßen* eine Verhaltensanpassung bezweckt wird?⁵¹⁰⁶ Ist – so das Bundesgericht⁵¹⁰⁷ – auf die *Schwere der Einwirkung* abzustellen? Doch wovon hängt diese ab? Von einer besonderen Empfindsamkeit oder einer besonders häufigen Konfrontation mit den Inhalten der Kampagne? Und ist dabei tatsächlich zu berücksichtigen, ob und inwiefern die «Einwirkungen über das ohnehin gesellschaftlich vorgegebene Mass hinausreichen»?⁵¹⁰⁸ Was bedeutet das genau? Im Kontext des «*Love Life*»-Entscheids gelesen – keine *rechtlich unzulässige* Konfrontation von Kindern und Jugendlichen mit sexualisierten Inhalten und Darstellun-

⁵¹⁰³ Siehe vorne, bei Fn. 1995 ff., insb. 2006 ff.; von Bedeutung kann nach der hier vertretenen Auffassung aber auch die Meinungsfreiheit sein (vorne, bei Fn. 1904 ff.) – im Einzelnen zur Grundrechtsrelevanz verhaltensbeeinflussenden informierenden Staatshandelns vorne, Teil 2 III. F. 2 und – bezogen auf eine staatliche Aufklärung, die Defizite in der Selbstbestimmung korrigieren will – vorne, Teil 2 III. F. 3 s.a. vorne, Teil 4 III. C. 4. a) vi.

⁵¹⁰⁴ Anders das Bundesgericht in BGE 144 II 233, E. 8; dazu vorne, Teil 2 III. F. 2. a) vi.

⁵¹⁰⁵ BGE 144 II 233, E. 8.4; BVGer C-5250/2014, E. 6.2 und 7; vorne, bei Fn. 5092.

⁵¹⁰⁶ Vgl. auch die Wiedergabe der vorinstanzlichen Auffassung in BVGer C-5250/2014, E. 7.3.2, wonach durch die «*Love Life*»-Kampagne «niemand «stärker als jedermann» betroffen» sei.

⁵¹⁰⁷ Vorne, bei Fn. 5100.

⁵¹⁰⁸ Vorne, bei Fn. 5100.

gen⁵¹⁰⁹ – ist wohl gemeint, dass eine ausreichend schwere Einwirkung durch sexualisierte Information nicht vorliegen kann, wenn sie das vom Gesetzgeber (i.c. insbesondere im Straf- und Rundfunkrecht) festgelegte Ausmass des Zulässigen nicht überschreitet. Aber ist es nicht gerade die Frage, ob die durch das geltende Recht gezogenen Grenzen auch für staatliches Informationshandeln anlässlich einer gezielt auf das Verhalten einwirkenden Kampagne gelten?⁵¹¹⁰ Und wenn man auf die ohnehin bereits vorhandenen «sexualisierten und erotischen Einflüsse» abstellen will:⁵¹¹¹ Kann das tatsächlich ein Kriterium sein, um ein spezifisches Schutzbedürfnis vor neuen, *zusätzlichen* und vom *Staat* ausgehenden Einflussnahmeversuchen zu verneinen? Ganz grundsätzlich ist zudem auf Folgendes hinzuweisen: Lässt es sich tatsächlich rechtfertigen, all denjenigen Personen ein Rechtsschutzinteresse nach Art. 25a VwVG abzusprechen, die zwar nicht schwerer als andere betroffen sind, aber dennoch als Adressaten einer Kampagne gezielt in ihrem Verhalten gesteuert und beeinflusst werden sollen? Besteht hier nicht die Gefahr, dass im Bereich des informierenden Staatshandelns der durch Art. 25a VwVG beabsichtigte Schutz leerläuft? Ist es tatsächlich sachgerecht, mit der Vermeidung einer «Popularbeschwerde» zu argumentieren,⁵¹¹² wenn der Adressat des staatlichen Informationshandelns eben gerade die Bevölkerung (oder zumindest ein grosser Ausschnitt davon) *sein soll*? Eine zu strenge Handhabung des Rechtsschutzinteresses führt m.E. zu nicht unerheblichen Lücken im Schutz gegen verhaltenslenkende, nicht selten auch paternalistisch motivierte Informationskampagnen.⁵¹¹³ Sehr problematisch erscheint mir jedenfalls das Verneinen einer besonderen Betroffenheit von Kindern und Jugendlichen durch die sexualisierte Inhalte umfassende «*Love Life*»-Kampagne.⁵¹¹⁴

⁵¹⁰⁹ Vorne, Teil 2 III. F. 2. a) vi, insb. bei Fn. 1969.

⁵¹¹⁰ Vgl. vorne, Teil 2 III. F. 2. a) vi.

⁵¹¹¹ Vorne, bei Fn. 1970 ff.

⁵¹¹² So das BVGer im Kontext der «*Love Life*»-Kampagne: BVGer C-5250/2014, E. 7.5.2.

⁵¹¹³ Vgl. im Allgemeinen auch PATRICIA S. KAISER, Rechtsschutzlücken im Rahmen von Realakten, SJZ 2020, 147 ff., 152, wonach mit Blick auf Sinn und Zweck von Art. 25a VwVG die Anforderungen an die Schutzwürdigkeit eines Interesses nicht zu hoch angesetzt werden sollten.

⁵¹¹⁴ So aber BVGer C-5250/2014, E. 7, und BGE 144 II 233, E. 8; vgl. dazu bereits vorne, Teil 2 III. F. 2. a) vi.

Teil 6 Konsolidierung und Schlussthesen

Diese Untersuchung hat sich mit der Frage befasst, ob und unter welchen Voraussetzungen es ein legitimes Ziel staatlichen Handelns sein kann, der Einzelnen in ihrem *eigenen, wohlverstandenen* Interesse Schutz und Fürsorge aufzudrängen. Weitgehend ausgeblendet wurde die darüber *hinausgehende* und vom Paternalismusproblem klar zu *unterscheidende* Frage, welche *Drittinteressen* einem unklugen oder unvernünftigen, selbstgefährdenden oder -schädigenden Verhalten entgegenstehen können. Diese Beschränkung des Untersuchungsgegenstands rechtfertigt sich insbesondere deshalb, weil dem Schutz vor sich selbst als Zielsetzung staatlicher Massnahmen eine *eigenständige Bedeutung* zukommt, sich in *ganz verschiedenen Konstellationen* die Frage stellt, ob ein staatliches Handeln (auch) mit dem Schutz vor sich selbst begründet werden kann, darf oder gar muss und die Paternalismusproblematik durch neue, verhaltensökonomisch geprägte Konzepte («libertärer Paternalismus») an *Aktualität* gewonnen hat.⁵¹¹⁵

Die Beantwortung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Staat dem Einzelnen Schutz und Fürsorge in seinem eigenen, wohlverstandenen Interesse aufdrängen darf, erweist sich als komplex. Grundsätzlich lässt sich festhalten, dass ein staatlicher Paternalismus nach der hier vertretenen Auffassung *ausnahmslos* nur dann verfassungsrechtlich zulässig sein kann, wenn und soweit er darauf abzielt, die *Freiwilligkeit* individuellen Verhaltens sicherzustellen bzw. «unfreiwillige» Selbstschädigungen zu verhindern – eine Feststellung, die insbesondere mit Blick auf teils gegenläufige Tendenzen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und aktuell propagierte Regulierungsansätze (libertärer Paternalismus, *Nudging*) von Bedeutung ist. Schwierigkeiten ergeben sich indessen bei der Frage, wann ein Verhalten so «unfreiwillig» ist, dass sich das Aufdrängen eines Schutzes rechtfertigt (Problematik der Grenzen des «weichen» Paternalismus). Die nachfolgende Darstellung soll – thesenartig und in geraffter Form – die wesentlichen Leitlinien wiedergeben, an welchen sich paternalistisches Staatshandeln aus einer verfassungsrechtlichen Sicht m.E. zu orientieren hat.

⁵¹¹⁵ Vorne, Teil 1 I. B, s.a. Teil 1 II. C und D.

I. Allgemeine Feststellungen zum Paternalismusproblem aus verfassungsrechtlicher Sicht

- (1.) **Der Begriff des «Schutzes vor sich selbst» oder des «Paternalismus» (bzw. des hier interessierenden Rechtspaternalismus) weist zweifellos Unschärfen auf. Dieser Untersuchung wurde ein umfassender Paternalismusbegriff zugrunde gelegt.** Umfasst ist sämtliches Staatshandeln, mit dem der Einzelnen in ihrem eigenen, wohlverstandenen Interesse Schutz, Hilfe, Unterstützung, Förderung und Erziehung aufgedrängt werden, und zwar so, dass sie auch gegen ihren Willen mit der gut gemeinten Fürsorge konfrontiert werden soll. Welcher Mittel sich der Staat dabei bedient, wie intensiv die Einzelne in ihrer Selbstbestimmung beeinträchtigt wird, ob sie zu «freiverantwortlichem» Handeln überhaupt in der Lage ist, ob Wahlfreiheiten rechtlich verengt oder die Betroffene «bloss» in der Ausbildung ihrer Ziele, Wünsche und Überzeugungen «sanft» gelenkt werden soll, ist alles unerheblich für das der Untersuchung zugrunde liegende Verständnis des (Rechts-)Paternalismus.⁵¹¹⁶
- (2.) **Für die verfassungsrechtliche Diskussion ist von Bedeutung,** ob die staatliche Fürsorge auch bei freiwilligem Verhalten bzw. losgelöst von Freiwilligkeitsdefiziten aufgedrängt werden soll («**harter**» Paternalismus) oder ob sie nur insofern zulässig ist, als der Einzelne nicht (vollkommen) selbstbestimmt handelt und die Massnahmen auf die Absicherung der Freiwilligkeit des Handelns (bzw. die Verhinderung «unfreiwilliger» Schäden) zielen («**weicher**» oder «**autonomieorientierter**» Paternalismus).⁵¹¹⁷
- (3.) **Der Schutz vor sich selbst ist abzugrenzen von der (von den Betroffenen) gewollten Selbstbindung und der (von ihnen) gewollten Positionsverbesserung. Soweit der Staat Selbstbestimmung mit dem Willen der Betroffenen beschränkt, handelt er ihnen gegenüber nicht paternalistisch.** Eine andere Frage ist, wie weit die dem Staat erteilten Schutz- und Fürsorgeaufträge tatsächlich reichen; zudem darf der Staat Schutzbedürfnisse nicht vor-schnell unterstellen.⁵¹¹⁸
- (4.) **Der Schutz vor sich selbst ist kein «Scheinproblem».** Individuelles Verhalten hat zwar fast immer negative Auswirkungen auf Dritte. Entscheidend ist aber, ob individuelle Freiheiten tatsächlich (lediglich) unter Berufung auf Drittinteressen beschränkt werden. Das ist keineswegs immer der Fall. Zudem wer-

⁵¹¹⁶ Dazu vorne, Teil I II.

⁵¹¹⁷ Vorne, Teil I II, B. 7 und 8.

⁵¹¹⁸ Vorne, Teil I II, B. 4, Ziff. (2.) bei Fn. 287 ff. und Teil 3 II, A.

den paternalistische Zwecksetzungen zuweilen mit nicht paternalistischen Zielen «verschleiert».⁵¹¹⁹

- (5.) **Aus der Unzulässigkeit eines Schutzes vor sich selbst folgt nicht, dass eine Selbstgefährdung oder -schädigung vom Staat toleriert werden müsste:** Wird die Frage negativ beantwortet, ob die Einzelne von einer Selbstgefährdung oder -schädigung *in ihrem eigenen Interesse* abgehalten werden darf, kann deren Verhinderung immer noch zum Schutz von *Dritt- oder Allgemeininteressen* zulässig sein.⁵¹²⁰
- (6.) **Paternalistisches Staatshandeln ist nicht *per se* verfassungsrechtlich unzulässig.** Insbesondere kann daran – obwohl es auf den Schutz und die Förderung *privater* Interessen zielt – **durchaus ein «öffentliches» Interesse bestehen.** Davon zu trennen ist jedoch die Frage, unter welchen Voraussetzungen es sich um ein **verfassungsrechtlich zulässiges bzw. verfassungskonformes öffentliches Interesse** handelt.⁵¹²¹ Dies ist nur dann zu bejahen, wenn der aufgedrängte Schutz an ein Freiwilligkeitsdefizit anknüpft (nachfolgend *Abschnitt II*).

⁵¹¹⁹ Vgl. dazu vorne, Teil 1 I. B. 2 und Teil 1 II. D.

⁵¹²⁰ Vorne, Teil 1 I. B.

⁵¹²¹ Vorne, Teil 3 II.

II. Verfassungswidrigkeit eines losgelöst von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängten Schutzes vor sich selbst

- (7.) Eine aufgedrängte Fürsorge im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen ist nur insofern verfassungsrechtlich zulässig, als er davor bewahrt werden soll, sich «unfreiwillig» einen Nachteil zuzufügen. Der Staat muss den Schutz und die Fürsorge immer an das Vorliegen eines Selbstbestimmungs- bzw. Freiwilligkeitsdefizits knüpfen:

A. Zunächst: Kein verfassungsrechtlicher Auftrag zum Schutz vor sich selbst ohne Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits

- (8.) Der Verfassung lässt sich kein Auftrag entnehmen, dem Einzelnen losgelöst von individuellen Freiwilligkeitsdefiziten um seiner selbst willen einen Schutz aufzudrängen.
- (a.) **Kein «Würdeschutz gegen sich selbst»:** Der Menschenwürde ist – insbesondere aufgrund der von ihr geforderten Offenheit gegenüber individuellen Lebensentwürfen und Vernünftigkeitvorstellungen – kein Verfassungsauftrag und kein öffentliches Interesse zu entnehmen, die Einzelne vor freiverantwortlichen (angeblichen) «Verletzungen» ihrer eigenen Würde in ihrem eigenen (wohlverstandenen) Interesse zu schützen. Sieht sich die Einzelne durch ihr Verhalten nicht in ihrer Würde verletzt, ist diese Einschätzung auch für den Staat massgeblich und ein Schutz der eigenen «Würde» im wohlverstandenen Interesse der Würdeträgerin nicht statthaft. Nichts anderes gilt für die Würde als Verfassungsprinzip, die Würde in ihrer objektiv-rechtlichen Dimension und die sog. «Gattungswürde» (soweit man eine solche verfassungsrechtlich überhaupt als geschützt erachten will).⁵¹²²
- (b.) **Ein Grundrechtsschutz gegen sich selbst ist verfassungsrechtlich unzulässig, wenn der Grundrechtsträger in seiner Selbstbestimmung keinen Defiziten unterliegt.** Dies selbst dann, wenn *irreversible* Schädigungen oder Freiheitsverluste drohen, das Handeln des Grundrechtsträgers, würde es gegen seinen Willen erfolgen, als *Menschenwürde- oder*

⁵¹²² Zum Ganzen vorne, Teil 2 II. B; bezogen auf die Gattungswürde s.a. bei Fn. 3575 f. und 3628 f.

Kerngehaltsverletzung zu bezeichnen wäre oder ein *Sonderstatusverhältnis* vorliegt. Ein «hart paternalistisches» Grundrechtsverständnis oder Verständnis staatlicher Schutzpflichten steht in einem unüberwindbaren Konflikt mit dem Sinn der Grundrechte bzw. der Funktion des Grundrechtsschutzes – dem Schutz und dem Erhalt individueller Freiheiten.⁵¹²³

- (c.) **Ein von Freiwilligkeitsdefiziten losgelöster Schutz vor sich selbst lässt sich nicht mit der öffentlichen Sicherheit rechtfertigen**, da ihr kein Interesse der Allgemeinheit zu entnehmen ist, dem Einzelnen *um seiner selbst willen* einen Schutz in privaten Interessen aufzudrängen, wenn er in seiner Selbstbestimmung keinen Einschränkungen unterliegt. Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch dann, wenn sich eine Person aus freiem Willen der Gefahr schwerer und irreversibler Schädigungen aussetzt.⁵¹²⁴
- (d.) **Der Schutz der öffentlichen Sittlichkeit oder der guten Sitten zielt nicht auf einen Schutz des freiverantwortlich Handelnden vor sich selbst.** Das öffentliche Interesse am Schutz der Sittlichkeit und Moral aktualisiert sich dann, wenn der Einzelne mit seinem (selbstschädigenden) Verhalten gleichzeitig für das gemeinsame, friedliche Zusammenleben zentrale und allgemein anerkannte Werte in Gefahr bringt. Der Schutz vor sich selbst und der – Interessen Dritter dienende – Schutz der Moral dürfen nicht vermischt werden. Dabei lässt sich – insbesondere bei einer verfassungskonformen Handhabung des Sittlichkeitskriteriums und der öffentlichen Moral – auch nicht sagen, dass es einer allgemein geteilten Überzeugung entspreche, den Einzelnen vor sich selbst schützen zu müssen, jedenfalls nicht im Sinne eines harten Paternalismus. Bezogen auf die teils schwierig zu handhabende Gemengelage zwischen einer paternalistischen Absicht und einem Schutz moralisch geprägter Vorstellung der Gesellschaft oder gewisser Personengruppen über das «gute» und «richtige» Leben – insbesondere wenn «bizarres», schwer selbstschädigendes oder als «selbstentwürdigend» empfundenes Verhalten zur Diskussion steht – ist Folgendes zu beachten: Vorzunehmen ist immer eine sorgfältige Interessenabwägung. Allein mit der Begründung, ein Verhalten sei unvernünftig, bizarr oder besonders nachteilig oder ein Schutz vor sich selbst sei das «moralisch Richtige», lässt sich eine Freiheitsbeschränkung unter dem Aspekt des Schutzes der Moral jedenfalls nicht rechtfertigen.⁵¹²⁵

⁵¹²³ Dazu im Einzelnen vorne, Teil 3 IV. B, insb. Teil 3 IV. B. 2.

⁵¹²⁴ Vorne, Teil 3 IV. C, insb. Teil 3 IV. C. 2.

⁵¹²⁵ Vorne, Teil 3 IV. D.

- (e.) **Die der Einzelnen im Sozialstaat geschuldete Fürsorge verlangt keinen Paternalismus, der ihr losgelöst von ihrer individuellen Fähigkeit zur Selbstbestimmung aufgedrängt werden dürfte.** Der Sozialstaat ist von seiner *Grundausrichtung* her ein der Freiheit, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung verpflichteter Staat. Er respektiert die Menschen in ihren Zielen und Wünschen und überlässt es ihnen selbst, ihr eigenes Glück nach ihren individuellen Massstäben zu suchen und zu finden. Wenn die Einzelne keinen Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt, besteht kein Grund für einen paternalistisch motivierten Ausgleich von «Schwäche»; der Staat hat sich darauf zu beschränken, Hilfe und Unterstützung *anzubieten*.⁵¹²⁶ Mit Blick auf *spezifische* (zumindest *teilweise* auf den Ausgleich von Schwäche zielende) verfassungsrechtliche Schutz- und Fürsorgeaufträge sind folgende Präzisierungen und Differenzierungen angezeigt:
- (i.) **Das Gesundheitsverständnis der Verfassung ist kein «hart paternalistisches»:** Der Verfassung lassen sich keine Anhaltspunkte entnehmen, dass die eigene Gesundheit durch die Einzelne nicht verfügbar und es gerechtfertigt oder gar geboten wäre, sie in ihren wohlverstandenen Gesundheitsinteressen unabhängig davon zu schützen, zu welchem Umgang mit ihrer Gesundheit sie sich aus freiem Willen entscheidet. Daran ändern Erwägungen der Volksgesundheit oder der öffentlichen Gesundheit nichts.⁵¹²⁷
- (ii.) **Der verfassungsrechtliche Auftrag, Kinder und Jugendliche zu schützen und zu fördern, berechtigt nur zu einem autonomieorientierten Paternalismus.** Der Schutz und die Förderung von Kindern und Jugendlichen finden ihre Berechtigung (und Grenze) im Vorliegen von (altersbedingten) Reifedefiziten, über das eigene Wohl und die dafür (auf lange Sicht) notwendigen Voraussetzungen zu entscheiden. Soweit – insbesondere durch Art. 41 Abs. 1 Bst. g BV – (auch) eine Erziehung im wohlverstandenen *eigenen* Interesse der Kinder und Jugendlichen verfassungsrechtlich geboten ist, geht es nicht um deren «Formung» nach einem bestimmten, irgendwelchen Kriterien des «Vernünftigen» entsprechenden Menschenbild, sondern um eine Erziehung zur *Selbständigkeit und Eigenverantwortung*. Allgemein ist zu beachten: **Die Reichweite der zulässigen und gebotenen paternalistischen Einwirkung auf**

⁵¹²⁶ Vorne, Teil 3 IV. E. 1.

⁵¹²⁷ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. d).

Kinder und Jugendliche bleibt immer auch mit Blick auf die Eltern und deren (Erziehungs-)Rechte zu bestimmen.⁵¹²⁸

Das durch Art. 118 Abs. 2 Bst. b BV zweiter Teilsatz BV geforderte **Verbot von Tabakwerbung**, die Kinder und Jugendliche erreicht, wird (u.a.) mit altersbedingten Reifedefiziten bzw. einer besonderen Beeinflussbarkeit von Minderjährigen begründet. Da solche Umstände jedoch nicht bei allen Jugendlichen tatsächlich vorliegen müssen, kann sich das Werbeverbot für gewisse Minderjährige wie ein *harter* Paternalismus auswirken.⁵¹²⁹

- (iii.) Gewisse Anklänge eines harten Paternalismus finden sich im Bereich der **Forschung am Menschen** und zwar insofern, als Forschungsprojekte, bei denen ein **Missverhältnis zwischen Risiko und Nutzen** besteht, gar nicht zur Einwilligung vorgelegt werden dürfen (Art. 118b Abs. 2 Bst. b BV). Indessen ist die Bestimmung auch durch andere Interessen motiviert und scheint mir in ihrer *paternalistischen* Schutzrichtung primär vom – allerdings *sehr streng und undifferenziert* gehandhabten – Anliegen **eines Schutzes der Freiwilligkeit** getragen zu sein. So gesehen geht es weniger um einen harten als um einen **weichen Paternalismus**. Wenn der Gesetzgeber keine individuelle Abklärung der Freiverantwortlichkeit vorsieht, handelt er jedenfalls nicht verfassungswidrig. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein «Missverhältnis» vorliegt, sollte nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nicht gänzlich von der freiverantwortlich getroffenen, individuellen Risikoeinschätzung der Betroffenen abstrahiert werden; dafür lässt die Verfassung m.E. auch Raum.⁵¹³⁰
- (iv.) **Das Verbot der Leihmutterchaft** (Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV) weist auch eine *paternalistische Schutzrichtung* auf. Im Vordergrund dürfte hier die Absicherung der **freien Selbstbestimmung** der Leihmütter stehen, allerdings (wiederum) in einer reichlich *undifferenzierten und pauschalen* Art und Weise.⁵¹³¹ **Weich paternalistische Züge** trägt auch das in Art. 119 Abs. 2 Bst. e BV statuierte **Verbot des Handels mit menschlichem Keimgut und Erzeugnissen aus Embryonen**. Es kann sich in seiner *paternalistischen* Inten-

⁵¹²⁸ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. c).

⁵¹²⁹ Vorne, bei Fn. 3472 ff.

⁵¹³⁰ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) i).

⁵¹³¹ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) ii), Ziff. (2.) bei Fn. 3633 ff.

tion für gewisse Personen allerdings wie ein *harter* Paternalismus auswirken, da sich nicht pauschal behaupten lässt, eine finanzielle Motivation wirke sich in jedem Fall (hinreichend) negativ auf die Freiwilligkeit aus.⁵¹³²

- (v.) **Die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass die Spende von menschlichen Organen, Geweben und Zellen unentgeltlich erfolgen muss (Art. 119a Abs. 3 Satz 1 BV), scheint oberflächlich betrachtet von einer hart paternalistischen Motivation getragen zu sein.** Für das Kommerzialisierungsverbot werden jedoch auch **Dritt- und Allgemeininteressen** angeführt. Und soweit ein Schutz vor sich selbst beabsichtigt ist, geht der Verfassungsgeber – allerdings (erneut) in sehr problematischer Weise – davon aus, dass eine durch monetäre Anreize beeinflusste Spendeentscheidung **gar keine hinreichend freiwillige** sein könne; der «weiche» Paternalismus kann sich (auch) hier wie ein harter Paternalismus auswirken.⁵¹³³
- (vi.) **Im Zielbereich des verfassungsrechtlichen Konsumentenschutzauftrags steht auch ein gewisser Schutz vor sich selbst. Indessen kann es sich hier nur um einen autonomieorientierten Paternalismus handeln.** Ein Paternalismus, der die Freiwilligkeit der Konsumententscheidung überspielt oder die Präferenzen der Konsumentinnen und Konsumenten in eine bestimmte Richtung beeinflusst, ist nicht – wie vom verfassungsrechtlichen Konsumentenschutzauftrag geboten – an der Konsumentensouveränität orientiert.⁵¹³⁴
- (vii.) **Der verfassungsrechtliche Auftrag, den Gefahren des Geldspiels entgegenzuwirken, enthält eine paternalistische Zweckrichtung. Doch kann es diesbezüglich nur darum gehen, einen selbstbestimmten Spielentscheid abzusichern, insbesondere mit Blick auf eine bereits bestehende oder drohende Spielsucht (und der daraus resultierenden negativen Folgen für den Betroffenen).**⁵¹³⁵
- (viii.) **Die Herstellung von Chancengleichheit zielt nicht auf eine paternalistische «Bevormundung» der Einzelnen in dem Sinn, dass sie in ihrem eigenen Interesse daran gehindert oder es ihr erschwert werden dürfte, sich selbst Chancen zu begeben, oder**

⁵¹³² Vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) ii), Ziff. (1.) bei Fn. 3630 ff.

⁵¹³³ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. i) iii).

⁵¹³⁴ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. e).

⁵¹³⁵ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. b).

dass sie sich ohne oder gegen ihren Willen eine «Erhöhung» und «Verbesserung» ihrer Chancen aufdrängen lassen müsste. Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, dass bei der Einzelnen Defizite vorliegen; zu denken ist insbesondere an altersbedingte Reife- defizite bei Kindern und Jugendlichen.⁵¹³⁶

- (ix.) **Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Herstellung von Gleichheit zwischen Frau und Mann bedeutet keinen eigentlichen «Gleichheits-Paternalismus» im Sinne eines «Zwangs» zur Gleichheit.** Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich die Geschlechtergleichheit nicht anrufen, um eine Frau in ihrem *eigenen, wohlverstandenen Interesse* an freiverantwortlichem Handeln zu hindern, auch wenn dies von aussen gesehen zu einer «Ungleichheit» mit Männern führt (Sexarbeit, Tragen einer Verschleierung). Damit ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass Frauen und Männer im Interesse einer geschlechtergleichen Gesellschaft Beschränkungen ihrer Selbstbestimmung erdulden müssen, doch wird dann das Feld *paternalistisch* motivierter Freiheitsbeschränkungen verlassen.⁵¹³⁷

Beim **Verhüllungsverbot von Art. 10a BV** scheint mir nicht restlos klar, inwiefern es paternalistisch motiviert ist. Es führt aber dazu, dass Frauen, die sich aus freien Stücken für eine Verhüllung des eigenen Gesichts entscheiden, in ihrer (religiösen) Selbstbestimmung (massiv) eingeschränkt werden.⁵¹³⁸

- (f.) **Eine irgendwie geartete (Grund-)Pflicht, dass die Einzelne in ihrem eigenen Interesse einen verantwortungsvollen und schonenden Umgang mit sich selbst pflegen müsste, ist der Verfassung nicht zu entnehmen.** Die Verfassung hält die Einzelne zwar zur Übernahme von Eigenverantwortung an, dies aber nicht in ihrem eigenen, wohlverstandenen Interesse, sondern im Interesse der (*Solidar-*)*Gemeinschaft*.⁵¹³⁹ Immerhin im Rahmen der schulischen Bildung und Erziehung ist auf einen zur Übernahme von Eigenverantwortung fähigen Menschen hinzuwirken und zwar auch in dessen wohlverstandenen eigenen Interesse selbst.⁵¹⁴⁰

⁵¹³⁶ Vorne, Teil 3 IV. E. 2. h).

⁵¹³⁷ Vorne, bei Teil 3 IV. E. 2. i) v).

⁵¹³⁸ Vorne, bei Teil 3 IV. E. 2. i) v), insb. bei Fn. 3680 ff.

⁵¹³⁹ Dazu vorne, bei Fn. 2517 ff.

⁵¹⁴⁰ Dazu vorne, Teil 3 IV. E. 2. c), insb. bei Fn. 3413 ff.; und in diesem Kapitel unter Ziff. (8.)(e.)(ii.).

B. Eine paternalistisch motivierte Intervention ist nur bei Selbstbestimmungsdefiziten verfassungskonform, ...

1. ... weil sich der Staat ansonsten in einen Widerspruch zur (grundrechtlich geschützten) Freiheit setzen würde ...
 - (9.) Ein Schutz vor sich selbst kann verfassungsrechtlich nur insofern zulässig sein, als er im Dienste der Freiheit und Selbstbestimmung steht. Schon die Menschenwürde und der Grundrechtsverwirklichungsauftrag verlangen, dass der Staat sein Handeln auf die Freiheit auszurichten hat.⁵¹⁴¹
 - (10.) Kein verfassungsrechtlich zulässiger Schutz individueller Freiheit liegt vor, wenn sich der Staat in einen eigentlichen Widerspruch zur *grundrechtlich geschützten Freiheit* setzt. Dies würde die grundrechtliche Freiheit ihrer Substanz berauben und in ihrem Kern verletzen, woran kein verfassungsrechtlich zulässiges öffentliches Interesse bestehen kann.⁵¹⁴²
 - (11.) Dabei ist zu beachten, dass die grundrechtlich geschützte individuelle Freiheit in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten umfassend und weitreichend ist:
 - (a.) Schutz auch des von aussen gesehen «unvernünftigen» Handelns – kein «Vernunftvorbehalt»: Der Umfang der grundrechtlich geschützten Selbstbestimmung ist von keinem irgendwie gearteten «Vernunftvorbehalt» abhängig und bestimmt sich nicht nach «objektiven» Massstäben des «Vernünftigen» und «Richtigen».⁵¹⁴³
 - (b.) Recht auch zur Selbstgefährdung und Selbstschädigung: Die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung umfasst das Recht, individuelle Rechtsgüter (körperliche Integrität, Eigentum usw.) zu gefährden und zu schädigen, auf grundrechtlich geschützte Freiheiten zu verzichten oder Freiheiten und Rechtsgüter zur Erreichung eines bestimmten Ziels zu riskieren oder zu opfern.⁵¹⁴⁴ Dieses Recht findet *keine Grenze*:
 - (i.) In der *Menschenwürde* oder (anderen) *Grundrechten* des Grundrechtsträgers selbst: Die Menschenwürde lässt sich nicht gegen den (freiverantwortlich handelnden) Einzelnen wenden, erst recht

⁵¹⁴¹ Vorne, Teil 4 II. A. 1.

⁵¹⁴² Vorne, Teil 4 II. A. 1 und 2; s.a. Teil 2 IV. D.

⁵¹⁴³ Vorne, Teil 2 III. A.

⁵¹⁴⁴ Vorne, Teil 2 III. A.

nicht auf der Ebene grundrechtlicher Schutzbereiche.⁵¹⁴⁵ Grundrechte entfalten keine Selbstwirkung und stellen keine Pflichten gegen sich selbst dar. Dies gilt auch bezogen auf den grundrechtlich verbürgten Schutz der Integrität (Schutz der geistigen und körperlichen Unversehrtheit; Schutz des Lebens).⁵¹⁴⁶

- (ii.) In grundrechtlichen *Kerngehalten*: Kerngehalte richten sich aufgrund ihrer Funktion nicht gegen den Grundrechtsträger selbst und die von ihm (freiverantwortlich) ausgeübte Freiheit. Sie können durch den Grundrechtsträger auch nicht verletzt werden (ebenso wenig durch Dritte, die mit dessen freiverantwortlicher Zustimmung handeln).⁵¹⁴⁷
- (iii.) An *Dritt- und Allgemeininteressen*, zumindest im Grundsatz: Für den Ausgleich zwischen Individual- und Allgemeininteressen stehen in erster Linie die *Grundrechtsschranken* zur Verfügung. Eine Verengung des grundrechtlichen Schutzes auf eine «verantwortungsvoll» ausgeübte Freiheit ist abzulehnen; die grundrechtlich geschützte Freiheit untersteht keinem schutzbereichsimmanenten *Gemeinwohlvorbehalt*. Eine Engfassung grundrechtlicher Schutzbereiche *könnte* sich immerhin für solche Fälle rechtfertigen, in denen der Einzelne seine Freiheit gezielt dafür einsetzt, *einen Dritten gegen seinen Willen (schwer) zu schädigen*. Davon zu unterscheiden ist die Situation, dass die Schädigung Dritter ein mit der Selbstschädigung einhergehender *Nebeneffekt* ist. Darüber hinaus setzen die von der Verfassung eingeforderte individuelle «Mitverantwortung» und «Sozialpflichtigkeit» der Ableitung von Leistungsansprüchen aus Grundrechten Grenzen.⁵¹⁴⁸
- (iv.) In der *Schwere und Irreversibilität* der Schädigung.⁵¹⁴⁹
- (v.) Im *Alter*, einer *Schwäche* und *Verletzlichkeit* oder im Umstand, dass ein *Sonderstatusverhältnis* vorliegt. Dies sind für sich genommen keine legitimen Gründe, den grundrechtlichen Schutz auf Verhaltensweisen zu verengen, die nicht selbstschädigend oder die «von aussen» gesehen «vernünftig» sind.⁵¹⁵⁰

⁵¹⁴⁵ Vorne, Teil 2 II. B, insb. Teil 2 II. B. 2. b) und bei Fn. 1271.

⁵¹⁴⁶ Teil 2 III. A. 2, Ziff. (5.) und (6.) bei Fn. 1261 ff.

⁵¹⁴⁷ Teil 2 III. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 1282 ff.

⁵¹⁴⁸ Vorne, Teil 2 III. D, insb. Teil 2 III. D. 3. b).

⁵¹⁴⁹ Vorne, Teil 2 III. A. 3, Ziff. (3.) bei Fn. 1335 ff.

⁵¹⁵⁰ Vorne, Teil 2 III. A. 4.

- (c.) **Geschützt ist immer die aktuelle Entscheidung und die gegenwärtige Ausübung der Selbstbestimmung**, unabhängig davon, ob
- (i.) der Einzelne damit langfristig gesehen seine Freiheiten maximiert oder nicht,
 - (ii.) es sich («bloss») um eine Befriedigung kurzfristig auftretender, spontaner Bedürfnisse handelt oder
 - (iii.) sich der Einzelne damit allenfalls in einen Widerspruch zu verfestigten Lebensplänen und/oder langfristigen Präferenzen setzt.⁵¹⁵¹
- (d.) **Die Freiheit, das eigene Wohl eigenverantwortlich definieren bzw. in den das eigene Wohl betreffenden Angelegenheiten selbständig entscheiden zu können, stellt für sich genommen eine elementare Erscheinungsform der Persönlichkeitsentfaltung dar. Dabei ist unerheblich, wie banal die Freiheitsbetätigung von aussen gesehen erscheinen mag.** Staatliche Freiheitsbeschränkungen, die nicht auf den Schutz von Interessen Dritter, sondern auf den Schutz wohlverstandener Interessen des Betroffenen selbst zielen, sind in einem freiheitlich ausgerichteten, der Würde verpflichteten Staat offensichtlich konfliktbeladen, jedenfalls wenn sie unabhängig vom Vorliegen von Freiwilligkeitsdefiziten aufgedrängt werden. Der Einzelne hat ein legitimes und schutzwürdiges Interesse daran, selbst sein eigenes Wohlergehen zu bestimmen, als souveräner Entscheider in den sein eigenes Wohl betreffenden Angelegenheiten ernst genommen und respektiert zu werden und sich gegen eine mit einer paternalistischen Massnahme allenfalls einhergehenden Schlechterstellung grundrechtlich zur Wehr setzen zu können. Ob der betroffene Lebensbereich oder das betroffene Verhalten aus Sicht eines Dritten wichtig und zentral für die Persönlichkeit sind, muss dabei unerheblich bleiben. Dieser umfassende Schutz in der Bestimmung des *eigenen Wohls* aktualisiert sich im spezifischen Kontext *paternalistischen* Staatshandelns und ist *nicht* mit einer allgemeinen Handlungsfreiheit gleichzusetzen.⁵¹⁵²
- (e.) **Der grundrechtliche Schutz gegen «sanfte», nicht imperative Beeinflussungs- und Steuerungsversuche im wohlverstandenen Interesse des Einzelnen (verhaltenslenkende Kampagnen, Anreize, Nudges usw.) ist weit zu ziehen:** Paternalistisch motivierte Einflussnahmen auf individuelle Präferenzen können mit der *Meinungsfreiheit* oder allenfalls

⁵¹⁵¹ Vorne, bei Fn. 1336 und Teil 2 III. A. 3, Ziff. (4.) bei Fn. 1353 ff.

⁵¹⁵² Vgl. zum Ganzen vorne, Teil 2 III. E.

der *Glaubens- und Gewissensfreiheit* in Konflikt geraten. Mit dem grundrechtlichen Schutz einer Verhaltensfreiheit geht nach der hier vertretenen Auffassung aber immer auch ein Recht einher, nicht im eigenen, «besten» Interesse «sanft» zum vernünftigen Gebrauch der betreffenden Freiheit angeleitet und erzogen oder in die Richtung eines bestimmten Freiheitsgebrauchs «geschubst» zu werden. Subsidiär bietet die persönliche Freiheit Schutz. Bei nicht imperativen, verhaltenslenkenden Massnahmen sollte vermehrt berücksichtigt werden, dass damit die individuelle Freiheit (vor-)geformt wird. Das häufig angewendete Kriterium der Zwangsähnlichkeit einer staatlichen Massnahme trägt diesem Umstand nur beschränkt Rechnung und ist jedenfalls grosszügig zu Gunsten der Grundrechtsträgerinnen und ihrer Schutzbedürfnisse zu handhaben. Zudem sollte die Grundrechtsrelevanz einer bestimmten Massnahme nicht ohne Berücksichtigung des Gesamtausmasses bereits vorhandener staatlicher Beeinflussungs- und Steuerungsversuche in einem bestimmten Lebensbereich beurteilt werden.⁵¹⁵³

- (f.) **Die Einzelne hat auch ein Abwehrrecht gegen paternalistisch motivierte Massnahmen, mit welchen der Staat die Selbstbestimmung und individuelle Freiheitschancen erhöhen will.** Die Einzelne muss sich auch dann nicht in ihrem eigenen Interesse beraten, aufklären, erziehen und in Kompetenzen stärken lassen, wenn damit ihre Fähigkeiten zur Selbstbestimmung und zur Wahrnehmung von Freiheiten erhöht werden sollen. Anders kann dies sein, wenn die Einzelne Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt; umfasst ist davon auch die Konstellation, dass sie nicht oder nur beschränkt in der Lage ist, die Anforderungen, die das künftige Leben mit sich bringt, einzuschätzen (dies ist besonders bezogen auf die Bildung und Erziehung von Kindern und Jugendlichen von Relevanz).⁵¹⁵⁴
- (g.) **Die grundrechtlich geschützte Freiheit in der Bestimmung des eigenen Wohls umfasst das Recht, von der individuellen Freiheit zusammen mit Dritten einen «selbstschädigenden» oder riskanten Gebrauch zu machen und in (zumindest von aussen gesehen) «gefährliche» und «schädigende» Handlungen Dritter einzuwilligen.**⁵¹⁵⁵

⁵¹⁵³ Vorne, Teil 2 III. F. 2.

⁵¹⁵⁴ Vorne, Teil 2 III. F. 3. b) sowie bei Fn. 2744 und Teil 3 IV. E. 2. c).

⁵¹⁵⁵ Vorne, Teil 2 III. C.

- (h.) **Grundrechtlicher Schutz auch gegen «indirekten» Paternalismus:** Wenn einem *Dritten* im (wohlverstandenen) Interesse des vor sich selbst Geschützten gewisse Pflichten auferlegt oder Verhaltensweisen untersagt werden (z.B. das Erbringen gewisser Dienstleistungen), ist dies für den vor sich selbst Geschützten nicht weniger grundrechtsrelevant, als wenn er in seinem eigenen Interesse selbst und unmittelbar mit Geboten und Verboten belastet würde. Unterschiede zu einem direkten Paternalismus können allerdings hinsichtlich der Eingriffsintensität bestehen.⁵¹⁵⁶
- (12.) Damit ergibt sich: Wenn sich der staatliche Schutz nicht gegen die grundrechtlich geschützte Freiheit richten darf, findet der Staat – soweit er sich nicht auf ein Selbstbestimmungsdefizit beruft oder berufen kann – **keine Legitimation** für einen Schutz vor sich selbst:⁵¹⁵⁷
- (a.) in einer aus Sicht eines Dritten oder der Allgemeinheit vorliegenden «**Unvernunft**» einer individuellen Entscheidung,
 - (b.) im «**selbstschädigenden**» Charakter der Freiheitsausübung,
 - (c.) in der «**Schwäche**» oder «**Verletzlichkeit**» der zu schützenden Person (sofern sich diese nicht auf die Selbstbestimmungsfähigkeit auswirkt),
 - (d.) in der **Schwere und Irreversibilität der Selbstschädigung**,
 - (e.) in der **angeblich nur geringen Persönlichkeitsrelevanz** des «korrigierten» Verhaltens,
 - (f.) in der Tatsache, dass **Dritte** in die Selbstschädigung involviert sind,
 - (g.) im Umstand, dass der Staat mit der aufgedrängten Fürsorge «bloss» beabsichtigt, die **Selbstbestimmungsfähigkeit und Kompetenzen zu erhöhen** (anders kann dies sein, wenn bei der Betroffenen Selbstbestimmungsdefizite vorliegen),
 - (h.) im Umstand, dass der Staat «**sanft**» bzw. **nicht imperativ** auf die Präferenzen und Wertungen einwirken will,
 - (i.) in einer beabsichtigten **Maximierung von Freiheiten** für die Zukunft,
 - (j.) im Schutz der **langfristigen Präferenzen** bzw. der «verfestigteren», «tieferen» Lebenspläne und Überzeugungen und
 - (k.) im Umstand, dass sich der Betroffene in einem **besonderen Rechtsverhältnis** zum Staat befindet.

⁵¹⁵⁶ Vorne, Teil 2 III. C. 1, insb. bei Fn. 1414 ff., sowie bei Fn. 4193 f.

⁵¹⁵⁷ Vorne, Teil 4 II. A. 2.

2. ... und/oder⁵¹⁵⁸ weil der Staat den Einzelnen nicht in seinem (primär nach subjektiven Kriterien zu bestimmenden) Wohl schmälern darf ...

(13.) **Selbst wenn man die grundrechtliche Freiheit nicht so weit wie hier ziehen und die Einzelne damit gegenüber bestimmten Arten «hart» paternalistischen Handelns grundrechtlich schutzlos stellen will**, etwa mit der Begründung,

- (a.) ein Schutz vor sich selbst sei zumindest dann nicht grundrechtsrelevant, wenn die Einzelne nicht in (auch) von aussen gesehen zentralen Fragen ihrer Persönlichkeitsentfaltung betroffen werde,
- (b.) der Staat greife zumindest dann nicht in grundrechtlich geschützte Freiheiten ein, wenn er die Betroffene in ihrem «besten» Interesse in eine gewisse Richtung lenken will, ohne hierbei zwangsähnlich oder manipulativ zu handeln,
- (c.) dass sich gegenüber einem Paternalismus, der die Einzelne zur Freiheit und Selbstbestimmung befähigen will (obwohl sie dies aus freiem Willen ablehnt), kein grundrechtliches Schutzbedürfnis aktualisiere oder
- (d.) dass schwere Selbstschädigungen nur dann grundrechtlichen Schutz erfahren würden, wenn sie aus einem «nachvollziehbaren», «vernünftigen» Grund erfolgten,

bleibt zu berücksichtigen, dass der Staat die Einzelne zwar in ihrem Wohl befördern, ihr aber keinesfalls schaden darf, wenn er unter Berufung auf ihre eigenen, «wohlverstandenen» Interessen handelt. Dies insbesondere weil⁵¹⁵⁹

- (a.) sich eine solche Schmälerung des individuellen Wohls ohne Anrufung von Drittinteressen nicht durch ernsthafte und sachliche Gründe rechtfertigen lässt und an einem solchen Handeln deshalb zum Vorneherein kein verfassungsrechtlich zulässiges öffentliches Interesse bestehen kann und
- (b.) eine solche Verringerung des individuellen Wohls nicht mit der gebotenen Orientierung staatlichen Handelns an der Freiheit und speziell der Menschenwürde vereinbar ist und auch den sozialstaatlichen Zielsetzungen zuwiderliefe.

⁵¹⁵⁸ Vorne, Teil 4 II. C.

⁵¹⁵⁹ Vorne, Teil 4 II. B. 1.

Hierbei ist primär nach subjektiven Massstäben zu beurteilen, was der Einzelnen schadet und was ihr nützt, insbesondere⁵¹⁶⁰

- (a.) weil ansonsten die (erhebliche) Gefahr besteht, ihr einen (unzulässigen) Wohlfahrtsverlust aufzubürden,
- (b.) sie durch die Grundrechte und vor allem auch die Würde darin geschützt ist, in ihrer eigenen Bestimmung ihres Wohls akzeptiert und respektiert zu werden, und
- (c.) es auch im fürsorglich handelnden Sozialstaat in erster Linie Sache des Einzelnen ist, sein eigenes Glück nach seinen eigenen Massstäben zu definieren und zu finden.

Das aber bedeutet wiederum, dass sich dem Einzelnen kein Schutz und keine Hilfe aufdrängen lassen, die ihre Begründung nicht darin finden, dass er in der Bestimmung seines Wohls durch Selbstbestimmungsdefizite verzerrt ist,⁵¹⁶¹

- (a.) da die Fremdbestimmung des Wohls ansonsten der Durchsetzung einer *besser* verstandenen, nach objektiven Kriterien bemessenen, vermeintlich «vernünftigeren» Selbstbestimmung gleichkäme und
- (b.) sich die Notwendigkeit einer staatlichen Einmischung sowie eine *tatsächliche* Besserstellung des Einzelnen nicht überzeugend begründen lassen, wenn er über sein eigenes Wohl nach seinen *eigenen* Kriterien bereits *freiverantwortlich* bestimmt hat oder dazu in der Lage ist.

3. ... und unabhängig von diesen (absoluten) Grenzen: Weil sich ohne Bezugnahme auf Defizite in der Willensbildung und -umsetzung die Verhältnismässigkeit eines paternalistischen Schutzes nicht überzeugend begründen lässt

- (14.) **Selbst wenn man in einer unabhängig von Freiwilligkeitsdefiziten aufgedrängten staatlichen Fürsorge keine verfassungswidrige Aushöhlung grundrechtlich geschützter Freiheit erblicken will und Raum für eine Fremdbestimmung des individuellen Wohls auch ohne Bezugnahme auf Defizite in der Bildung und Verfolgung der eigenen Präferenzen sieht, hält eine solche aufgedrängte Fürsorge einer Verhältnismässigkeitsprüfung nicht stand.** Die erforderliche Interessenabwägung hat immer am vor

⁵¹⁶⁰ Vorne, Teil 4 II. B. 2.

⁵¹⁶¹ Vorne, Teil 4 II. B. 3.

sich selbst geschützten Einzelnen orientiert zu sein. Meines Erachtens lässt sich – jedenfalls unter Bezugnahme auf die verfassungsrechtlichen Wertungen und Grundentscheidungen (insbesondere: hoher Stellenwert der Eigenverantwortung; Respekt vor den individuellen Maßstäben des «Guten» und «Richtigen»; gebotene Erhöhung des individuellen Wohls) – nicht überzeugend begründen, warum eine Fremdbestimmung des individuellen Wohls, obwohl der Einzelne dazu in der Lage ist, nach seinen eigenen Maßstäben über das für ihn Richtige zu entscheiden und danach zu handeln, zumutbar sein könnte.⁵¹⁶²

⁵¹⁶² Vorne, Teil 4 II. C.

III. Die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Grenzen des «weichen» Paternalismus als Herausforderung

- (15.) Der «weiche» Paternalismus, obwohl verfassungsrechtlich *grundsätzlich* zulässig, darf in seiner Komplexität, seinen Gefahren und seiner grund- und verfassungsrechtlichen Problematik nicht unterschätzt werden. Zu beachten ist namentlich Folgendes:⁵¹⁶³
- (a.) Eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmung bzw. die Absicht, ein Freiwilligkeitsdefizit zu korrigieren, legitimiert den (weich) paternalistischen Eingriff für sich genommen nicht. Einer paternalistischen Intervention darf es nur darum gehen, *Wohlfahrtseinbussen* und *Freiheitsverluste* zu verhindern (oder zu verringern), die *aus Selbstbestimmungsdefiziten* (z.B. Urteilsunfähigkeit, Unwissenheit, falsche Risikoeinschätzung usw.) *resultieren*, die der Betroffene so also «eigentlich» nicht will.⁵¹⁶⁴
 - (b.) Mit einem weichen Paternalismus können **intensive Eingriffe und weitgehende Freiheitsverluste** verbunden sein (physischer Zwang, Verneinung der Geschäftsfähigkeit, strafrechtliche Sanktionen usw.).⁵¹⁶⁵
 - (c.) Der Wunsch, den Staat **aus der Bestimmung des individuellen Wohls herauszuhalten** und von **staatlicher Einmischung verschont zu bleiben**, hat einen **grundrechtlich geschützten, eigenen Wert** – und zwar auch dann, wenn der Einzelne Selbstbestimmungsdefiziten unterliegt.⁵¹⁶⁶
 - (d.) **Nur reduziert «freiwilligem»** (z.B. irrtumsbehaftetem, nicht vollkommen informiertem, übereiltem) **Entscheidungsverhalten** darf die Qualifikation als **grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung** nicht abgesprochen werden.⁵¹⁶⁷
 - (e.) **Selbst der faktische oder natürliche (Handlungs-)Wille bzw. die «Selbstorientierung» des «Urteilsunfähigen»** (seine Wünsche, Bedürfnisse und Ängste) erfahren **grundrechtlichen Schutz**, insbesondere durch die persönliche Freiheit.⁵¹⁶⁸

⁵¹⁶³ Zum Ganzen vorne, Teil 1 II. B. 8, Teil 4 I und insb. Teil 4 III. A.

⁵¹⁶⁴ Vorne, Teil 4 III. B. 1. a) und bei Fn. 4125; s.a. hinten, Ziff. (18.)(a.).

⁵¹⁶⁵ Vorne, bei Fn. 2083 ff.

⁵¹⁶⁶ Vorne, bei Fn. 2081 f., 2270 f. und 4307; s.a. bei Fn. 1824 ff.

⁵¹⁶⁷ Teil 2 III. F. 3. c) i).

⁵¹⁶⁸ Dazu vorne, Teil 2 III. F. 3. c) ii.

- (f.) **Da zahlreiche (innere und äussere) Umstände die Entscheidungsfindung negativ beeinträchtigen und zu individuellen Nachteilen führen können** (Irrtümer, Willensschwäche, Überoptimismus, Ängste, sozialer Druck, unzureichende Information usw.),⁵¹⁶⁹ besteht ein **potentiell weitreichendes, wenn nicht gar grenzenloses Feld für weich paternalistisch motivierte Interventionen. Je höher die Anforderungen sind, die an die staatlicherseits zu akzeptierende Freiwilligkeit** gestellt werden, desto mehr nähert sich der weiche zudem einem **harten Paternalismus** an.⁵¹⁷⁰ Damit gerät die Frage in den Vordergrund, **was unter welchen Umständen als legitimerweise einer Korrektur zugängliches defizitäres Verhalten gelten kann.**
- (16.) **Bei der Frage, was überhaupt als Selbstbestimmungsdefizit in Frage kommen kann, ist aus verfassungsrechtlicher Sicht Folgendes zu beachten:**
- (a.) Die **Menschenwürde** verlangt, dass der Einzelne in seiner Schwäche und seinen Hilfs- und Schutzbedürfnissen ernst genommen wird. Sie schützt den Einzelnen aber gleichzeitig davor, dass seine Entscheidungen vor-schnell als defizitär erachtet und einer «Korrektur» zugänglich gemacht werden. Zudem verlangt sie, dass der Mensch mit seinen ihm innewohnenden Entscheidungsschwächen zu respektieren und nicht auf eine (möglichst) «perfekte» Autonomie auszurichten ist.⁵¹⁷¹
- (b.) Je eher Entscheidungen als korrekturbedürftig erachtet werden, desto grösser ist die Gefahr, die **grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung** zu unterlaufen bzw. auszuhöhlen und damit einen eigentlichen, verfassungswidrigen *Widerspruch* zur grundrechtlich geschützten Freiheit zu provozieren.⁵¹⁷²
- (c.) Nicht zuletzt mit Blick auf die dem Einzelnen **grundrechtlich garantierte Freiheit sowie das Diskriminierungsverbot**⁵¹⁷³ darf auf ein defizitäres Entscheidungsverhalten **nicht allein** deshalb geschlossen werden, weil⁵¹⁷⁴
- (i.) eine schwere oder irreversible Selbstschädigung droht,
- (ii.) die Wünsche und Präferenzen nicht stabil sind,

⁵¹⁶⁹ Siehe vorne, bei Fn. 2042 ff.

⁵¹⁷⁰ Siehe insb. vorne, bei Fn. 3994 ff.

⁵¹⁷¹ Vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (7.) bei Fn. 1185 ff., sowie vorne, bei Fn. 2073 ff., 4013 und 4066.

⁵¹⁷² Vorne, bei Fn. 2077 ff. und 4102.

⁵¹⁷³ Vorne, Teil 3 III. C. 2, insb. bei Fn. 2591, sowie bei Fn. 4015, 4077 und 4116; s.a. hinten in diesem Kapitel, Ziff. (23.).

⁵¹⁷⁴ Vorne, Teil 4 III. B.

- (iii.) Freiheiten bzw. grundrechtlich geschützte Rechtsgüter für die Erreichung eines bestimmten Ziels riskiert oder geopfert werden sollen,
 - (iv.) die individuelle Entscheidung von aussen gesehen unvernünftig und nicht nachvollziehbar erscheint,
 - (v.) die Entscheidung durch äussere Umstände (z.B. finanzielle Anreize) oder Dritte beeinflusst ist oder ihren Ursprung in einer Drucksituation oder Notlage hat (v.a. wenn das Verhalten gerade darauf abzielt, die Notlage zu beseitigen),
 - (vi.) die Entscheidung in einem Widerspruch zu langfristigen Präferenzen steht bzw. der Befriedigung kurzfristiger Bedürfnisse der Vorrang eingeräumt wird oder
 - (vii.) eine individuelle «Schwäche» und/oder «Verletzlichkeit» (etwa bedingt durch Krankheiten, die soziale Stellung oder einen Aufenthalt in einem Spital, einer Pflege- oder einer Haftanstalt) vorliegt.
- (d.) Den (absoluten) **Kerngehaltsschutz** darf der Staat nicht dadurch unterlaufen, dass er die Ausübung der vom Kerngehalt umfassten (Abwehr-) Rechte (z.B. Schutz vor einer Zwangsforschung) von (zu) hohen Anforderungen an die Freiwilligkeit abhängig macht.⁵¹⁷⁵
- (17.) **Aus verfassungsrechtlicher Sicht lässt sich nicht allein aufgrund der Art und Schwere des Selbstbestimmungsdefizits über die Zumutbarkeit oder die Unzumutbarkeit einer weich paternalistischen Intervention entscheiden:**⁵¹⁷⁶
- (a.) Die **Urteilsunfähigkeit i.S.v. Art. 16 ZGB** (bzw. die Vermeidung daraus resultierender individueller Nachteile) stellt aus einer verfassungsrechtlichen Sicht nicht der einzige legitime Grund für ein weich paternalistisches Eingreifen dar.
 - (b.) **Gewisse Defizite unterhalb der Schwelle der Urteilsfähigkeit allein mit Blick auf ihre Geringfügigkeit als Ansatzpunkt für einen Schutz vor sich selbst auszuschliessen, ist nicht möglich und verfassungsrechtlich auch nicht geboten.** Erforderlich ist eine Berücksichtigung des Defizits im Gesamtkontext der Entscheidung und ihrer Folgen, namentlich mit Blick auf die die Höhe und Wahrscheinlichkeit der potentiellen Schäden. Deshalb können auch (sich negativ auswirkende) «Ra-

⁵¹⁷⁵ Vorne, bei Fn. 2196 ff., 2228, 3583 ff., 4014 und 4318.

⁵¹⁷⁶ Vorne, Teil 4 III. C. 2. b).

tionalitätsdefizite» und «Verhaltensanomalien» einen Ansatzpunkt für ein weich paternalistisches Eingreifen darstellen.

- (c.) **Umgekehrt gibt es keine Defizite, deren Vorliegen immer ein paternalistisches Eingreifen rechtfertigen würden. Dies gilt selbst dann, wenn eine eigentliche Urteilsunfähigkeit vorliegt.** Abgesehen davon, dass sich Urteilsunfähigkeit tatsächlich negativ auswirken muss, ist immer zu berücksichtigen, ob eine paternalistische Massnahme das individuelle Wohl erhöht, was auch bei schweren Selbstbestimmungsdefiziten eine Berücksichtigung der mit der Intervention verbundenen Folgen bedingt (dazu nachfolgend).
- (18.) **In jedem Fall ist die Verhinderung (oder Verringerung) der negativen Auswirkungen defizitären Verhaltens nur verhältnismässig, wenn damit das individuelle Wohl tatsächlich erhöht wird.** Zu berücksichtigen ist dabei insbesondere Folgendes:⁵¹⁷⁷
- (a.) Zu fragen ist, ob die Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist, um einen **ungewollten Schaden** zu verhindern (nicht einen «Schaden» an sich).⁵¹⁷⁸
- (b.) Bei der Zumutbarkeitsprüfung sind die Interessen des Betroffenen **auf beiden Seiten der Abwägung** einzustellen. Um eine Abwägung individueller Freiheit mit Drittinteressen oder abstrakten öffentlichen Interessen (öffentliche Gesundheit, programmatische Grundrechtsgehalte, Schutzpflichten usw.) geht es nicht.⁵¹⁷⁹
- (c.) Aus dem Umstand, dass jemand in einem Defizit korrigiert werden bzw. von einem nicht oder nur beschränkt freiwilligen Schaden bewahrt werden soll, darf nicht der Schluss gezogen werden, es werde damit gleichzeitig sein individuelles Wohl befördert. **Zu berücksichtigen sind immer auch die mit der Intervention verbundenen Wohlfahrts- und Freiheitsverluste.**⁵¹⁸⁰
- (d.) Massnahmen, die **nicht geeignet** sind, um ungewollte Schäden zu verhindern, oder sich hierfür **nicht als das mildeste Mittel** erweisen, **sind auch nicht zumutbar**, da mit ihnen vermeidbare Wohlfahrtseinbussen verbunden sind.⁵¹⁸¹ An die Geeignetheit sind m.E. hohe Anforderungen zu stellen: Wenn der Einzelne in seinem eigenen Interesse mit einer

⁵¹⁷⁷ Vorne, Teil 4 III. C. 2.

⁵¹⁷⁸ S.a. vorne, Teil 4 III. B. 1. a) und bei Fn. 4125; sowie vorne in diesem Kapitel, Ziff. (15.)(a.).

⁵¹⁷⁹ Vorne, Teil 4 I, Ziff. (1.) bei Fn. 3715 ff.

⁵¹⁸⁰ Vorne, Teil 4 III. C. 2. c).

⁵¹⁸¹ Vorne, Teil 4 I, Ziff. (2.) bei Fn. 3718 ff., sowie vorne, bei Fn. 4129 und 4279

Massnahme beschwert werden soll, sollte sie das Wohl möglichst gut erhöhen und ihn nicht mit Freiheitsverlusten belasten, die nur beschränkt tauglich sind, um einen ungewollten Schaden zu verhindern.⁵¹⁸²

- (e.) **Das Erfordernis einer Steigerung des individuellen Wohls gilt selbst dann, wenn einer paternalistischen Massnahme die Grundrechtsrelevanz abgesprochen wird.** Dies ist Ausdruck des auch ausserhalb von Grundrechtseingriffen zu beachtenden Verhältnismässigkeitsprinzips und folgt zudem aus dem verfassungsrechtlichen Leitprinzip der Menschenwürde: Sie verlangt, dass ein aufgedrängter Schutz im wohlverstandenen Interesse einer Person diese letztlich nicht schlechter stellen bzw. ihr keinen Schaden zufügen darf.⁵¹⁸³
- (f.) **Bei der Frage, was der Einzelnen schadet und was ihr nützt, muss primär die subjektive Perspektive massgeblich sein.** Ansonsten besteht die Gefahr von Wohlfahrtsverlusten; zudem hat die Einzelne selbst dann, wenn sie Verzerrungen in ihrer Willensbildung oder -umsetzung unterliegt, ein Recht darauf, in ihren Präferenzen und Wünschen ernst genommen und respektiert zu werden. Der Staat verfügt auch im Rahmen eines weich paternalistischen Schutzes nicht über eine «Vernunft-*hoheit*».⁵¹⁸⁴
- (i.) Dies bedeutet unter anderem, dass über die Intensität einer Freiheitsbeschränkung nicht nach «objektiven» Kriterien zu urteilen ist.
- (ii.) Es bedeutet aber nicht, dass die subjektive Einschätzung über das eigene Wohl *allein massgeblich wäre*; die Einzelne ist ja gerade darin beeinträchtigt, ihr eigenes Wohl freiverantwortlich festzulegen und über die «Sinnhaftigkeit» einer staatlichen Intervention zu entscheiden. Über die Zulässigkeit einer paternalistischen Massnahme bleibt aber in erster Linie anhand der (zu ermittelnden) individuellen Bedürfnisse, Überzeugungen, Wertungen und Einstellungen des konkret Betroffenen zu entscheiden – und nicht aufgrund des «objektiv Vernünftigen».⁵¹⁸⁵
- (iii.) Je weniger die Einzelne in ihrer Entscheidungsfindung verzerrt ist (insbesondere: je besser sie die Konsequenzen ihres Verhaltens ab-

⁵¹⁸² Vorne, Teil 4 III. C. 2. a), Ziff. (3.) bei Fn. 4140 ff.

⁵¹⁸³ Vorne, bei Fn. 3702 und 4280; vorne, Teil 2 II. C. 4, Ziff. (1.) bei Fn. 1164 ff. (Menschenwürde).

⁵¹⁸⁴ Vorne, Teil 4 II. B. 2 und Teil 4 III. C. 2. c) i), Ziff. (5.) bei Fn. 4282 ff.

⁵¹⁸⁵ Vgl. auch Teil 4 II. B. 3.

schätzen kann), desto massgeblicher ist für den Staat die persönliche Einschätzung ihres eigenen Wohls (und des Nutzens einer staatlichen Intervention) und desto eher ist sie in ihrem Wunsch zu respektieren, vom Staat in Ruhe gelassen bzw. keinen staatlichen Eingriffen ausgesetzt zu werden.⁵¹⁸⁶

- (iv.) Selbst dann, wenn die Einzelne zu einem vernunftgemässen Handeln *nicht* in der Lage ist, hat eine Orientierung an ihrem – im Licht ihrer subjektiven Präferenzen zu ermittelnden – mutmasslichen Willen zu erfolgen (soweit sich dieser Wille – z.B. aufgrund früherer Äusserungen – überhaupt feststellen lässt); zu berücksichtigen sind dabei auch aktuelle, faktische Willensäusserungen und Wünsche bzw. der «natürliche» Wille.⁵¹⁸⁷
- (v.) Objektiven Elementen muss bei der Bestimmung des individuellen Wohls aber dann eine Bedeutung zukommen, wenn sich der subjektive mutmassliche Wille nicht ermitteln lässt.⁵¹⁸⁸
- (g.) **Bei der Prüfung der Intensität eines Eingriffs bzw. der damit verbundenen Freiheits- und Wohlfahrtsverluste** ist insbesondere zu bedenken, dass bereits der **Umstand, eine staatliche Intervention erdulden zu müssen, als Wohlfahrtsverlust empfunden** werden kann. Besonders ins Gewicht fällt es, wenn der Staat in einem **höchstpersönlichen, stark von individuellen Wertungen geprägten Lebensbereich** interveniert. Massgeblich ist sodann, **ob und wie stark Wahlfreiheiten verengt werden** und der Staat mit der autonomieorientierten Intervention gleichzeitig auf die **Präferenzen und Handlungsziele einwirkt**. Von Bedeutung ist ferner, ob die Massnahme **verdeckt oder offen** erfolgt, ob sie mit **körperlichem Zwang oder Schmerzen** einhergeht, in welchem Umfang dem Einzelnen Möglichkeiten zur **Mitbestimmung** eingeräumt werden, welchen Wert und welche (langfristige) Bedeutung es für den Einzelnen hat, seine **eigenen Fehler zu machen** und daraus zu lernen, **wie unmittelbar die Gefahr und wie wahrscheinlich der Schadeneintritt** sind und **wie lange die Massnahme dauert**. Schliesslich sind sonstige mit der paternalistisch motivierten Massnahme verbundene **Nebeneffekte** zu berücksichtigen, die – zumindest aus subjektiver Sicht – das individuelle Wohl schmälern können.⁵¹⁸⁹

⁵¹⁸⁶ Siehe hierzu insb. bei Fn. 4291 ff., 4311 und 4374; s.a. bei Fn. 4265.

⁵¹⁸⁷ Vorne, bei Fn. 4293 ff.

⁵¹⁸⁸ Vgl. insb. vorne, bei Fn. 3940 und 4295.

⁵¹⁸⁹ Vorne, Teil 4 III. C. 2. c) ii.

- (19.) **Die Beurteilung, ob ein Schutz vor sich selbst zumutbar ist, wird regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden sein:** Häufig dürften erhebliche Unsicherheiten über das tatsächliche Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten sowie die Frage bestehen, ob die Intervention dem Einzelnen tatsächlich nützt, zumal diesbezüglich primär die subjektive Perspektive massgeblich ist. Diesbezüglich hat sich Folgendes ergeben:⁵¹⁹⁰
- (a.) Es obliegt dem Staat, die Zumutbarkeit des Schutzes vor sich selbst gegenüber dem Betroffenen **nachzuweisen und (sorgfältig) zu begründen**. Mit allgemeinen Vermutungen, «typisierten» Annahmen oder pauschalen Unterstellungen hinsichtlich des Bestehens von Freiwilligkeitsdefiziten oder eines Nutzens der staatlichen Intervention ist ein solcher Nachweis nicht erbracht.
 - (b.) **Absolute Gewissheit über das Vorliegen eines Defizits und einer Steigerung des individuellen Wohls muss aber nicht bestehen** (und dürfte sich auch kaum erreichen lassen).
 - (c.) Allerdings sind **strenge Anforderungen an den Nachweis zu stellen, dass ein Schutz vor sich selbst begründet ist**. Zu verlangen ist, dass
 - (i.) **das Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits sehr wahrscheinlich ist,**
 - (ii.) **sehr wahrscheinlich ist, dass für den Einzelnen ein (ungewollter) Nachteil oder Schaden eintritt und**
 - (iii.) **sich überzeugend begründen lässt, dass die Einzelne mit der paternalistischen Intervention in ihrem Wohl tatsächlich (und m.E. erheblich) befördert wird** (also der Nutzen des Eingriffs die damit verbundenen Freiheitsverluste deutlich aufwiegt) – je geringfügiger das Selbstbestimmungsdefizit ist, desto überzeugender, sorgfältiger und umfassender hat dieser Nachweis zu erfolgen.
 - (d.) **Im Zweifel ist auf den weich paternalistischen Schutz zu verzichten**. Die Freiheit vom Staat geht vor. **Ausnahmsweise**
 - (i.) kann es die Unsicherheit über das Vorliegen eines Selbstbestimmungsdefizits rechtfertigen, die **Freiverantwortlichkeit des Handelns** (gegen den Willen des Betroffenen) **individuell abzuklären** (was selbst wiederum eine weich paternalistische Intervention darstellt), soweit tatsächlich (ernsthafte) Anhaltspunkte auf ein defizitäres Verhalten bestehen. Solche Abklärungsverfahren sollten

⁵¹⁹⁰ Vorne, Teil 4 III. C. 3.

jedoch nur dann eingesetzt werden, wenn *ernsthafte* Anhaltspunkte auf *schwere* Defizite bestehen und potentiell *schwere* (ungewollte) Schäden drohen;

- (ii.) kann ein Schutz **ohne überzeugenden Nachweis eines im Einzelfall mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehenden Selbstbestimmungsdefizits und ohne Durchführung weiterer Abklärungen gerechtfertigt sein**: *Entweder* weil eine individuelle Abklärung mit einem *erheblichen* verwaltungswirtschaftlichen Aufwand verbunden oder praktisch kaum durchführbar ist *oder* weil im Rahmen eines Abklärungsverfahrens gar nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob Defizite bestehen (was auch die zeitliche Dringlichkeit mitumfasst). In beiden Fällen gilt, dass *schwere* (ungewollte) Schäden drohen und (m.E. erhebliche) Selbstbestimmungsdefizite zumindest *typischerweise* vorliegen müssen; ansonsten besteht die Gefahr, dass sich der weiche Paternalismus wie ein harter Paternalismus auswirkt.

IV. Wann *muss* der Staat den Einzelnen vor nicht oder nur beschränkt «freiwilligem» Handeln schützen?

- (20.) Dem Staat muss und *darf* es nicht gleichgültig sein, ob und inwiefern der Einzelne zu einem freiverantwortlichen Handeln tatsächlich in der Lage ist. Dies folgt insbesondere aus dem gebotenen Schutz der Menschenwürde, dem sozialstaatlichen Schutz- und Fürsorgeauftrag als solchem, spezifischen (fürsorglich motivierten) verfassungsrechtlichen Schutzaufträgen (insbesondere: Schutz und Förderung von Kindern und Jugendlichen, Forschung am Menschen, Geldspiel), dem Polizeigüterschutz und nicht zuletzt dem Grundrechtsverwirklichungsauftrag.⁵¹⁹¹
- (21.) **Allerdings bleibt** – von wenigen Ausnahmen abgesehen (siehe Art. 118b Abs. 2 Bst. a und c BV, Art. 118 Abs. 2 Bst. b zweiter Teilsatz BV) – auf der Ebene der Verfassung **weitgehend offen, mit welchen Mitteln und in welchem Umfang der Staat den Einzelnen vor Selbstbestimmungsdefiziten bzw. den daraus resultierenden Nachteilen schützen muss.**⁵¹⁹²
- (22.) **Grundrechtliche Schutzpflichten können und dürfen nicht vorschnell für die Begründung einer weich paternalistischen Intervention herangezogen werden:**⁵¹⁹³
- (a.) **Der Staat kann zum Vornherein nur insofern zu einem (autonomieorientierten) Schutz vor sich selbst grundrechtlich verpflichtet sein, als er dazu grundrechtlich überhaupt berechtigt ist:** Eine «treuhänderische» Wahrnehmung grundrechtlich geschützter Interessen ist dem Staat nur insofern erlaubt, als er diesen Interessen tatsächlich dient. Welche Selbstbestimmungsdefizite unter welchen Voraussetzungen einen Schutz vor sich selbst rechtfertigen, lässt sich jedoch nicht ohne Vornahme einer umfassenden Interessenabwägung bestimmen, welche die Art und Schwere des Defizits, die Höhe und die Wahrscheinlichkeit eines ungewollten Schadens und die mit der Korrektur des Defizits verbundenen Wohlfahrts- und Freiheitsverluste berücksichtigt (vorne, Ziff. [18.]). Das gilt auch bezogen auf urteilsunfähige Personen.
- (b.) **Selbst wenn sich eine Schutzberechtigung begründen lässt, fließt daraus noch nicht, dass eine eigentliche grundrechtliche Schutzpflicht besteht.** Der Staat kann nach der hier vertretenen Auffassung

⁵¹⁹¹ Vorne, Teil 4 III. A. 1, insb. bei Fn. 3983 ff. mit weiteren Verweisen.

⁵¹⁹² Bezogen auf Art. 118b Abs. 2 Bst. a und c BV vgl. vorne, bei Fn. 4009 f.

⁵¹⁹³ Vorne, Teil 3 IV. B. 3.

nur dann grundrechtlich zu einem Schutz vor sich selbst *verpflichtet* sein, wenn *schwere* Defizite und *schwere* Schäden drohen, wobei die Anforderungen an die Schwere des Selbstbestimmungsdefizits dann zu reduzieren sind, wenn sehr schwere, irreversible Schäden drohen. Zu berücksichtigen sind zudem weitere Umstände wie allenfalls nur beschränkt vorhandene staatliche Ressourcen, ob und inwiefern der Staat die Selbstgefährdung tatsächlich vorhersehen kann (bzw. konnte), aber auch die Eigenverantwortung bzw. das «Selbstverschulden» des Grundrechtsträgers. Grundrechtlich ist der Staat allerdings zur Schaffung eines gesetzlichen Rahmens verpflichtet, der es ihm ermöglicht, dem Urteilsunfähigen den im konkreten Fall notwendigen und verhältnismässigen Schutz zu gewähren, jedenfalls wenn es sich um schwere Selbstgefährdungen oder -schädigungen handelt.

V. Weitere Grenzen paternalistischen Staatshandelns

- (23.) Ein paternalistischer Schutz muss das **Rechtsgleichheits- und das Diskriminierungsverbot** beachten. Er kann nicht etwa bloss damit begründet werden, dass jemand «sozial schwach» sei oder eine körperliche oder geistige Behinderung aufweise.⁵¹⁹⁴
- (24.) Ein Schutz vor sich selbst muss mit den (rechtsstaatlichen) Grundsätzen der **Sachlichkeit, Objektivität und Transparenz staatlichen Handelns** im Einklang stehen sowie **Treu und Glauben** respektieren (und zwar unabhängig davon, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt). Damit in einem Konflikt steht insbesondere ein heimliches, täuschendes bzw. manipulatives Staatshandeln. Von Bedeutung ist dies u.a. für den Einsatz von *Nudges*.⁵¹⁹⁵

⁵¹⁹⁴ Vorne, Teil 3 III. C.

⁵¹⁹⁵ Vorne, Teil 3 III. B.

VI. Folgerungen für die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung

- (25.) **Paternalistisches Staatshandeln hat sich auf eine hinreichend bestimmte formell-gesetzliche Grundlage zu stützen.** Dabei muss sich der Schutz vor sich selbst **als Gesetzeszweck nachweisen** lassen, vorzugsweise indem er *ausdrücklich* als solcher normiert wird.⁵¹⁹⁶
- (26.) Ob und inwiefern ein Schutz vor sich selbst zulässig ist, bestimmt sich nicht nur nach den Interessen des vor sich selbst Geschützten, sondern auch mit Blick auf **allfällige gegenläufige öffentliche Interessen und Interessen Dritter**, die durch die paternalistische Regelung mitbetroffen werden. Dies schränkt den Spielraum für paternalistisch motivierte Regelungen (zusätzlich) ein.⁵¹⁹⁷
- (27.) **Bei der generell-abstrakten Regelung eines (weich) paternalistischen Schutzes ist – insbesondere mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, aber auch das Differenzierungsgebot – darauf zu achten, dass er genügend nach unterschiedlichen Schutzbedürfnissen differenziert wird bzw. ausreichend Raum für eine Betrachtung der individuellen Umstände lässt:** Der Staat darf Selbstbestimmungsdefizite und einen überwiegenden Nutzen der staatlichen Intervention nicht vorschnell unterstellen oder generell (erst recht nicht: unwiderlegbar) vermuten; ausserdem können die individuellen Schutzbedürfnisse sehr unterschiedlich sein.⁵¹⁹⁸ **Der Gesetzgeber darf bei einem Schutz vor sich selbst nur insofern typisieren und schematisieren oder diesen generell-abstrakt nur dann ohne die Möglichkeit einer Betrachtung des konkreten Einzelfalls vorsehen, wenn**⁵¹⁹⁹
- (a.) der Schutz vor sich selbst gegenüber den von der Regelung erfassten, vor sich selbst geschützten Personen *trotz einem Verzicht auf die Abklärung der konkreten Umstände (ausnahmsweise) zulässig* ist,⁵²⁰⁰
- (b.) der Schutz vor sich selbst bereits im Tatbestand so *spezifisch* abgefasst ist bzw. derart spezifische Situationen im Blick hat, dass die Verhältnismässigkeit gegenüber allen Betroffenen überzeugend begründet ist und es gar keiner Einzelfallabklärung (mehr) bedarf,

⁵¹⁹⁶ Vorne, Teil 5 I. A; s.a. Teil 3 II. C. 1.

⁵¹⁹⁷ Vorne, Teil 5 I. C.

⁵¹⁹⁸ Vorne, Teil 5 I. B.

⁵¹⁹⁹ Vorne, Teil 5 I. B. 3 und 4.

⁵²⁰⁰ S.a. vorne, Teil 4 III. C. 3. c) ii, und vorne in diesem Kapitel, Ziff. (19.)(d.).

- (c.) von einem gerechtfertigten Schutz gewisser Personengruppen vor sich selbst aus Gründen der *Praktikabilität oder Rechtssicherheit* auch solche Personen erfasst werden dürfen (oder müssen), denen gegenüber sich der Schutz vor sich selbst nicht rechtfertigen liesse,
 - (d.) der zulässige Schutz gewisser Personen vor sich selbst *nicht oder nicht angemessen verwirklicht werden kann*, wenn durch diesen Schutz nicht gleichzeitig auch Personen erfasst werden, gegenüber denen sich ein paternalistisches Eingreifen nicht begründen liesse, oder
 - (e.) eine *gemischt paternalistische Regelung* vorliegt und sich bei einer Anknüpfung des Schutzes an die individuellen Umstände der gewünschte Schutz von Interessen der Allgemeinheit oder Dritter nicht angemessen erreichen liesse.
- (28.) Häufig wird fraglich sein, **ob und in welchem Umfang eine Norm überhaupt einen paternalistischen Schutz bezweckt**. Bei der diesbezüglich erforderlichen (auch *verfassungskonformen*) **Auslegung** ist Folgendes zu berücksichtigen:⁵²⁰¹
- (a.) **Eine paternalistische Motivation darf nicht vorschnell als Gesetzeszweck unterstellt werden, jedenfalls keine (m.E. verfassungswidrige) hart paternalistische Zweckrichtung.**
 - (b.) Wenn der paternalistische Schutz nach dem *Gesetzeswortlaut* unabhängig vom Vorliegen von Selbstbestimmungsdefiziten aufgedrängt werden soll und/oder für die an sich gebotene Einzelfallbetrachtung keinen Raum lässt, ist zu prüfen, ob nach dem **wahren Sinn der Norm dennoch die konkreten Umstände zu berücksichtigen** sind und auf einen Schutz zu verzichten ist, wenn der Betroffene in seiner Selbstbestimmung keinen relevanten Verzerrungen unterliegt (oder sich der Schutz aus anderen Gründen nicht rechtfertigt): Es ist **nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber einen Schutz vor sich selbst verwirklichen will, mit welchem dem vor sich selbst Geschützten letztlich geschadet wird**. Die «Flexibilisierung» eines zu starren, dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und dem Differenzierungsgebot nicht hinreichend Rechnung tragenden Wortlauts kann nicht zuletzt durch eine **verfassungskonforme Auslegung und Handhabung der Norm geboten sein** (die allerdings nicht zu einer «Korrektur» des Normsinns führen darf). Immer aber bleibt zu beachten, dass der Gesetzgeber durchaus gute und legitime Gründe dafür haben kann, auf eine Differenzierbarkeit des

⁵²⁰¹ Zum Ganzen vorne, Teil 5 II.

paternalistischen Schutzes nach den konkreten Umständen zu verzichten.⁵²⁰²

- (29.) Bei der (verfassungskonformen, einschliesslich der grundrechtskonformen) **Auslegung und Handhabung von Normen des Gesetzes- und Verordnungsrechts**, einschliesslich solcher des Zivil- und Strafrechts, ist ganz generell zu berücksichtigen, dass **ein Schutz vor sich selbst, der dem Einzelnen unabhängig davon aufgedrängt wird, ob er zu einem freiverantwortlichen Handeln in der Lage ist, nicht vor der Verfassung standhält.**⁵²⁰³ Relevant ist dies etwa im Zusammenhang mit Sittlichkeitsklauseln, beim zivilrechtlichen Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (im Kernbereich der Persönlichkeit)⁵²⁰⁴ oder bei zivil- und strafrechtlichen Einwilligungsvoraussetzungen.⁵²⁰⁵
- (30.) Bei der **Verhältnismässigkeitsprüfung** darf die **Zumutbarkeit** einer Beschränkung individueller Freiheiten, die zum Schutz oder zur Förderung von *Drittinteressen* erfolgt, nicht damit begründet werden, dass diese Freiheitsbeschränkung gleichzeitig im Interesse der in ihrer Freiheit beschränkten Person liege, wenn diese nicht in ihrer Selbstbestimmung verzerrt ist.⁵²⁰⁶
- (31.) **Der libertäre Paternalismus und der Einsatz von (paternalistischen) Nudges sind aus verfassungsrechtlicher Sicht keineswegs unproblematisch.** Der Einsatz von *Nudges* ist nur zulässig, wenn⁵²⁰⁷
- (a.) der Einzelne tatsächlich in seiner Selbstbestimmung verzerrt ist (was aber *grundsätzlich* auch dann denkbar ist, wenn er sog. «Verhaltensanomalien» unterliegt) und er von einem «*ungewollten*» Schaden abgehalten werden soll,
 - (b.) die Richtung, in welche der Einzelne «geschubst» werden soll, tatsächlich diejenige ist, in die er sich ohne das Vorliegen entsprechender Defizite bewegen würde (der libertäre Paternalismus darf nicht dazu eingesetzt werden, das «objektiv Vernünftige» durchzusetzen), und
 - (c.) überzeugend begründet werden kann, dass die mit dem *Nudge* verbundenen Eingriffe und Nachteile durch einen (individuellen) Nutzen überwogen werden (ein Nachweis, der m.E. regelmässig schwerfallen wird).

⁵²⁰² S.a. vorne, in diesem Kapitel, Ziff. (27.).

⁵²⁰³ Vorne, Teil 5 II und III.

⁵²⁰⁴ Vorne, Teil 3 IV. D. 3. a) und b) ii).

⁵²⁰⁵ Vorne, Teil 5 III, Ziff. (4.) bei Fn. 5071 ff.

⁵²⁰⁶ Vorne, Teil 5 III, Ziff. (5.) bei Fn. 5075 ff.

⁵²⁰⁷ Zum Ganzen vorne, Teil 1 II. B. 10 und Teil 4 III. C. 4. b).

Meines Erachtens ist die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen und Zumutbaren dann erreicht, wenn der Staat, ohne dass dies vom Einzelnen bemerkt wird, Rationalitätsdefizite oder eine Willensschwäche gezielt *ausnützt*, um den Einzelnen in eine gewisse Richtung zu «schubsen».

Festzuhalten bleibt: Allein das Vorliegen von Rationalitätsdefiziten vermag die verfassungsrechtliche Zulässigkeit und insbesondere die Verhältnismässigkeit eines libertären Paternalismus nicht zu begründen.

- (32.) Dass der Einzelne das Recht hat, sich von aussen gesehen unvernünftig zu verhalten oder sich selbst zu schädigen, **hat nicht gleichzeitig zur Folge, dass er aus den Grundrechten einen an den Staat gerichteten Anspruch ableiten könnte, ihn bei solchen Handlungen direkt zu unterstützen oder ihm die dafür notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen** (auch wenn das punktuelle Bestehen entsprechender Leistungsrechte nicht prinzipiell ausgeschlossen ist). Dieser Problembereich ist jedoch **klar von der Frage zu trennen**, ob der Staat **grundrechtliche Freiheiten beschränkt, wenn er dem Einzelnen durch staatliche Vorschriften den Zugang zu Mitteln oder zu Hilfe Dritter verunmöglicht oder erschwert** (dies ist *zumindest* dann zu bejahen, wenn der Staat dabei mit einer paternalistischen Motivation handelt, sich also eine Fremdbestimmung des individuellen Wohls anmasst).⁵²⁰⁸
- (33.) **Abschliessend ist Folgendes festzuhalten:** Mit Blick auf die regelmässig bestehenden *Unsicherheiten*, ob sich ein Schutz vor sich selbst tatsächlich rechtfertigen lässt, sowie angesichts der potentiellen *Freiheitsverluste bei Dritten*, einschliesslich derjenigen (mitgeschützten) Personen, gegenüber denen sich ein Schutz nicht begründen lässt, ist eine **grundsätzliche Zurückhaltung mit paternalistisch motivierten Massnahmen geboten**. Dies gilt auch bezogen auf einen *indirekten* Paternalismus (der ohnehin nur soweit zulässig sein kann, als es auch ein direkter Paternalismus wäre⁵²⁰⁹) und eine vermeintlich «sanfte» (*nicht imperative*) *Einwirkung* auf den Einzelnen. Aus einer verfassungsrechtlichen Sicht ist zudem eine **grössere Sensibilität** des Gesetzgebers sowie der rechtsanwendenden und rechtsprechenden Organe hinsichtlich der mit einem Schutz vor sich selbst verbundenen (grund- und verfassungsrechtlichen) Problematik wünschenswert; dies nicht zuletzt **in Anbetracht verschiedener paternalistischer Tendenzen** im heutigen Präventionsstaat und mit Blick auf neuartige Regulierungsansätze wie den sog. libertären Paternalismus. Weiter ist zu fordern, dass paternalistische Zwecke **klar als solche ausgewiesen werden** und nicht hinter anderen, weniger umstrittenen

⁵²⁰⁸ Vorne, Teil 2 III. B und Teil 2 III. C.

⁵²⁰⁹ Vorne, Teil 4 II. A. 2, Ziff. (7.) bei Fn. 3788 ff. und Teil 5 III, Ziff. (3.) bei Fn. 5067 ff.

oder weniger problematischen Zwecken verborgen werden. Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass es im freiheitlichen Rechtsstaat **die Einzelne ist und bleibt, die über ihr eigenes Wohl entscheidet**: Der gut gemeinte Zweck vermag die Mittel nicht zu heiligen⁵²¹⁰ und das individuelle Verantwortungsgefühl gegenüber den Mitmenschen darf nicht dazu führen, ihnen einen Schutz aufzudrängen, den sie nicht wollen bzw. sie mit Anforderungen an die «Freiwilligkeit» zu konfrontieren, die sich nicht teilen. Ein **weicher Paternalismus**, obwohl im Grundsatz verfassungsrechtlich zulässig (und punktuell gar geboten), ist keineswegs ohne weiteres gerechtfertigt und **hat – wie gezeigt – spezifischen Anforderungen** zu genügen.

⁵²¹⁰ Siehe vorne, Teil 2 II. C. 1, Teil 2 IV. B sowie bei Fn. 1203 f.

Sachregister

Verweise auf Seiten.

A

Abkühlzeit, *siehe Bedenkfristen*

Akteneinsicht

- Beschränkung 16, 99 ff., 350 f., 704 ff., 760 ff.
- mediatisierte 101 f., 760 ff.
- Recht auf 100, 118 f.

Alkohol 18 f., 57, 529 f., 633, *siehe auch Informationskampagnen; siehe auch Werbeverbote*

- Abgabeverbote 98
- Alkoholsteuer 22, 81, 635, *siehe auch Lenkungsabgaben*
- Konsumverbot 198
- persönliche Freiheit 252 f.
- Sirup-Artikel 92 f., 298, 355, 454, 470
- soziale Kosten 21 f.
- Warnhinweise 700

Altersgrenzen, *siehe Mindestalter*

Anhörungsverzicht 102

Anreize, finanzielle 91, 552, 613, 617 f., 624 ff., *siehe auch Kommerzialisierungsverbot*

Arbeitnehmerschutz 30, 36 f., 78, 85, 523, 536, 754

Aufklärung, *siehe auch Beratung; siehe auch Warnungen und Empfehlungen*

- ärztliche 64, 99 f.
- Aufklärungsschaden 99
- Aufklärungsverzicht 105, 438, 700 ff.
- Offenbarungsschaden 99
- Recht auf 119

Aufklärungs- und Fragepflichten, richterliche 86, 552 ff.

Aufklärungskampagnen, *siehe Informationskampagnen*

Auskunft

- Beschränkung 99 ff., 704 ff., 717, 760 ff.
- mediatisierte 760 ff.
- Recht auf 78, 118 f.

Auslegung, verfassungskonforme 745 ff.

Ausreiseverbot 450, 785 f.

- öffentliches Interesse 354

B

Badeverbot 472

Bedenkfristen 41, 74, 638, 697 ff., 724, 731, 733 f.

- Adoptionsrecht 41, 75
- Eheschliessung 74, 698
- Forschung am Menschen 74
- genetische Untersuchung 74, 697
- Haustürgeschäfte 41
- Kirchenaustritt 327, 351, 660, 668
- Konsumkreditverträge 41
- Legalitätsprinzip 718
- Spende von Organen, Geweben und Zellen 74
- Spontan-Tattoos 698
- Suizidhilfe 687
- Vertragsabschluss 697
- Zeugenschutzprogramm 74, 697
- Zwangsmassnahmen 638

Begründungspflichten 670 ff., 788 f.

Behandlungsverzicht 131, 177, 349, 445, 617, 702 f., *siehe auch Freiheit zur Krankheit; siehe auch Freiheit zu sterben; siehe auch Sterbehilfe, passive; siehe auch Zwangsmassnahmen, medizinische*

Beratung 103 ff., *siehe auch Aufklärung; siehe auch Warnungen und Empfehlungen*

- obligatorische 41, 52, 104, 120, 273 f., 296, 301, 309, 637, 698 ff., *siehe auch Aufklärungsverzicht*

Bestimmtheitsgebot, *siehe Legalitätsprinzip*

Betäubungsmittel 64, 83 f., 633, 665

- Abgabeverbot 64, 637, 725, 784
- öffentliche Sittlichkeit 246 f., 488
- persönliche Freiheit 252 f., 257, 276
- Strafbarkeit des Konsums 83 f., 580, 665

- Suizid 204 ff., 349 f., 375, 580, 631, 676 f., 686 f., 734, 779, 784
- Betteln 20, 161, 355
- Bindung, übermässige 77 f., 129, 428, 434, 479 f., 481 f., 485 ff.
- Nichtigkeitsfolge 78, 485 ff.
- Burkaverbot, *siehe Verhüllungsverbot*

C

- Chancengleichheit 108, 350, 497, 500, 518 f., 537 ff., 744
- Computerspiele 723
- Covid-19 44 f.

D

- Diskriminierungsverbot 196, 198, 387 ff., 577, 615, 622 f., 625, 629, 765, 774
- Menschenwürde 150
- religiöse und weltanschauliche staatliche Neutralität 182
- Schutz von Moral und Sittlichkeit 494
- Verhüllungsverbot 556 f.
- Dosimeter 83
- öffentliches Interesse 354

E

- Ehescheidung 80, 671, 729
- Eheschliessung 73 f., 303, 349, 646, 659 f., 671, 729
- Wartefrist 698
- Zwangsverheiratung 329
- Eigentum
- Betretungs- und Nutzungsverbot 354, 599
- entschädigungslose polizeiliche Eigentumsbeschränkung 471, 783
- Rückbau- und Abbruchbefehl 354
- Eigenverantwortung, *siehe Verantwortung, Eigenverantwortung; siehe auch Subsidiaritätsprinzip*
- Einredevorzicht 78
- Einwilligung 75 f., 575 f., 578 f.
- Forschung am Menschen 542 ff.
- gute Sitten 479 f.
- in eine Körperverletzung 76, 195, 574 f.

- in eine Tötung 210 ff., *siehe auch Sterbehilfe, aktive; siehe auch Tötung auf Verlangen*
- in staatliches Handeln 424 ff.
- Mindestalter 73 f.
- stellvertretende 656 ff.
- Urteilsfähigkeit 73 f.
- Vernünftigkeitserfordernis 177, 195 f., 574 f., 593 ff., 785
- vorgängige Beratung und Aufklärung 79
- Zustimmungserfordernis 79 f.
- Eizellenspende 161
- Freiwilligkeit 624
- Empfangsfreiheit, *siehe Informationsfreiheit*
- Empowerment, *siehe Fürsorge, befähigende; siehe auch Kompetenzen*
- Erwachsenenschutz 16 f., 301, 392, 577, 687 f., 768 ff.
- Beistandschaft 616, 773 f.
- Bewegungsfreiheit 120
- Unterbringung, fürsorgerische 30, 96, 178, 639, 687 f., 744, 774 ff., 789
- Verwahrlosung, schwere 130 f., 152, 774 ff.
- Erziehungsrecht, elterliches 34, 513 f., 522

F

- Fesselung, polizeiliche 446, 780 f.
- Folgekosten, soziale, *siehe Kosten, soziale*
- Forderungsverzicht 78
- Formvorschriften 75, 631, 636
- Forschung am Menschen 93, 540 ff., 559, 571, 611, 614
- Aufklärung 79
- Gattungswürde 139, 542
- Kommerzialisierungsverbot 91
- Paternalismus, harter 542, 544 ff.
- Paternalismus, weicher 542 ff.
- Personen im Freiheitsentzug 76, 91 f.
- persönliche Freiheit 253 f., 276
- Zustimmung der gesetzlichen Vertretung 79 f.
- Zwangsforschung 327 f., 542 ff.
- Forschungsfreiheit, *siehe Wissenschaftsfreiheit*

- Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich 548 ff., 559, 571
- Eizellenspende, *siehe dort*
 - Gattungswürde 139, 549
 - Kommerzialisierungsverbot 550
 - Leihmutterchaft, *siehe dort*
 - Menschenwürde 549
 - Paternalismus, weicher 549 ff.
- Freiheit zu sterben 116 ff., 184 f., 205 ff., 334 f., 620, 734, 783 ff.
- Leistungsanspruch 203 f.
 - persönliche Freiheit 116, 178
 - Recht auf Achtung der Privatsphäre 117, 178
 - Recht auf körperliche Unversehrtheit 117 f.
 - Recht auf Leben 117, 184 f., 213 f.
 - Strafgefangene 212 f., 386, 419 f., 584 ff., 692 ff.
 - Voraussetzungen 195 f., *siehe auch Urteilsunfähigkeit, Selbstbestimmungsrecht*
- Freiheit zur Krankheit 115 ff., *siehe auch Behandlungsverzicht*
- Freiwilligkeitsdefizit, *siehe Selbstbestimmungsdefizit*
- Fremdtötungsverbot, *siehe Tötungstabu*
- Fürsorge
- aufgedrängte 4, *siehe auch Paternalismus*
 - befähigende 54, 66 f., 300 ff., 320, 376 f., 398 f., 414, 505, 538, 571, 578
- Fürsorgepflicht, richterliche 552 ff.
- G**
- Gattungswürde 132, 137 ff., 155 f., 542, 549
- Geldspiele 46, 65, 79, 114, 350, 353 f., 389, 470, 508 f., 596
- Darlehen und Vorschüsse 99
 - Depotguthaben 99
 - Paternalismus, harter 509
 - persönliche Freiheit 251, 276
 - Spielbankenverbot 72
 - Spielsperre 46, 65, 79, 509
 - Wirtschaftsfreiheit 737
- Geschlechtergleichheit, *siehe Gleichheit/Gleichstellung von Frau und Mann*
- Gesichtsschleier, *siehe Verhüllungsverbot*
- Gesundheit, öffentliche, *siehe Gesundheitsschutz, öffentliche Gesundheit*
- Gesundheitsförderung, *siehe Gesundheitsschutz*
- Gesundheitsschutz 18 f., 97 f., 105, 498, 500 f., 517, 522 ff., 756 f.
- Alkohol, *siehe dort*
 - Arbeitnehmende 36 f., 85, 536
 - Beschränkung von Auskunft/Akten-einsicht, *siehe Aufklärung; siehe Akten-einsicht, Beschränkung; siehe Privileg, therapeutisches*
 - Chancengleichheit 538
 - Covid-19, *siehe dort*
 - Forschung am Menschen 540 ff.
 - Genusskompetenz, *siehe Kompetenzen, Genusskompetenz*
 - Gesundheitserziehung 68, 105, 107, 280, 289, 320, 520 ff., 522, 699, 723 f., 756 f.
 - Gesundheitskampagnen, *siehe Informationskampagnen*
 - Gesundheitskompetenz, *siehe Kompetenzen, Gesundheitskompetenz*
 - Impfblogatorium, *siehe dort*
 - Lenkungsabgaben 708 f., 729 ff.
 - öffentliche Gesundheit 21, 44 f., 81, 448, 463 ff., 529 f., 565
 - öffentliches Interesse 341 f., 349 ff., 356 ff., 463 ff., 522 ff., 565, 598 f.
 - Paternalismus, weicher 527 f., 531
 - Rauchen, *siehe dort*
 - Sexualerziehung, *siehe dort*
 - soziale Umstände 622 f.
 - Tabakkonsum, *siehe Rauchen*
 - Transplantationsmedizin 551 f.
 - Trinkwasserfluoridierung, *siehe dort*
- Gewahrsam, polizeilicher, *siehe Ingewahrsamnahme, polizeiliche*
- Gewalt, häusliche 80, 352
- Gewaltdarstellungen 131 f., 161
- Glaubens- und Gewissensfreiheit 111 ff., 177, 285 ff., 320, 330, 655
- Gewissensfreiheit 112 f.
 - Kirchenaustritt 327, 329, *siehe auch Bedenkfristen, Kirchenaustritt*
 - Kopftuch/Gesichtsverhüllung 555 ff.
 - Neutralitätsgebot 182, 287 ff.

- Sekten 328
 - Sterbehilfe 13
 - Gleichheit/Gleichstellung von Frau und Mann 24, 554 ff., 660
 - Glücksspiel, *siehe Geldspiele*
 - Grundpflichten 183, 224 ff., 229 f., 233, 236 f., 378, 407
 - Grundrecht auf Risiko und Tod 178
 - Grundrechte
 - Ausübungsverzicht 129, 134 f., 188, 190 ff., 399 ff., 425 f.
 - Bagatellgrenzen 169, 171, 254 ff., 262 f., 272 f., 279
 - Grundrechtsmissbrauch 189
 - Grundrechtsschutz gegen sich selbst, *siehe dort*
 - Kerngehalte, grundrechtliche, *siehe dort*
 - objektiv-rechtliche Dimension 151 ff., 185, 200 f., 234, 237, 285, 334 f., 407 ff., 413, 434, 568
 - Schutzpflichten, *siehe dort*
 - Totalverzicht 190 ff., 425 f., 429
 - unverjährbare und unverzichtbare 89, 132 f., 401, 425 f., 428
 - Grundrechtsschutz gegen sich selbst 3, 396 ff.
 - Grundrechtsverzicht, *siehe Grundrechte, Ausübungsverzicht bzw. Totalverzicht*
 - Gurtenobligatorium, *siehe Gurtentragungspflicht*
 - Gurtentragungspflicht 6, 36, 49, 64, 66, 82, 167, 581, 598, 608, 616, 636, 703 f., 720, 723, *siehe auch Helmtragungspflicht*
 - Bewegungsfreiheit 120
 - Legalitätsprinzip 720
 - persönliche Freiheit 251
 - soziale Folgekosten 82
- H**
- Haftschock 693
 - Handlungsfreiheit, allgemeine 254 ff., 260 f., 268, 274 ff.
 - Harm Principle 265, 578 f., 610
 - Helmtragungspflicht 24, 54, 64, 66, 82, 112, 272, 465, 577, 633, 667 f., 703 f., 723, 739, *siehe auch Gurtentragungspflicht*
 - öffentliches Interesse 354
 - persönliche Freiheit 251, 276

- Selbstbindung 43
- soziale Folgekosten 22 f., 82
- Humanforschung, *siehe Forschung am Menschen*
- Hungerstreik 12, 25 f., 96, 120, 158, 193 f., 311, 354, 421 f., 433, 584 ff., 617, 630, 639, 658, 691 ff., 737 f., 743, *siehe auch Zwangsernährung*
- Meinungsäußerungsfreiheit 111, 244

I

- Impfobligatorium 748 ff.
 - Paternalismus, harter 750
- in dubio pro libertate 674 f.
- Individualismus, normativer 266 f., 609
- Informationsfreiheit 120, 290
- Informationskampagnen 18 f., 40, 104, 283, 292 ff., 296, 299, 301 f., 350, 384, 528, 531, 588, 699, 719, 756 f., 789 ff., *siehe auch Warnungen und Empfehlungen*
- Ingewahrsamnahme, polizeiliche 97, 446, 449, 780 f.

K

- Kerngehalte, grundrechtliche 10, 170, 186 ff., 322 ff., 411, 426 ff., 432, 543, 572, 659 f., 691 ff.
 - Paternalismus, weicher 325 ff.
- Kinder und Jugendliche 197 f., 256, 507, 590, 791 f.
 - Bildung und Erziehung 106 ff., 509 ff., 558
 - Grundrechtsschutz gegen sich selbst 414 ff.
 - Kindeswohl 198, 395, 417, 509 ff., 525 f., 530, 540, 550, 603, 614 f.
 - Paternalismus, harter 530
 - Schutz 23 f., 68, 92, 292 ff., 350, 509 ff., 523, 525 f., 529 f., 571, 599, 611 f., 680 f., 725, 731, 733
 - selbständige Grundrechtsausübung 304
- Kinder- und Jugendschutz, *siehe Kinder und Jugendliche, Schutz*
- Kindeswohl, *siehe Kinder und Jugendliche, Kindeswohl*
- Leihmutterchaft 550

- Kirchenaustritt 327, 329, 351, 660, 668
- Kommerzialisierungsverbot 89 ff., 491, 550, 552
- Paternalismus, harter 550, 552
 - Paternalismus, weicher 550, 552
- Kompetenzen
- Genusskompetenz 67, 302, 506
 - Gesundheitskompetenz 67, 454, 506, 522
 - Konsumkompetenz 302
 - Medienkompetenz 67
 - Stärkung von 67, 506, *siehe auch Fürsorge, befähigende*
- Konsumentenschutz 30, 68, 450, 498, 528, 531 ff., 614, 636, 640, 739 f.
- Paternalismus, weicher 534 f.
- Konsumfreiheit 121
- Konsumkredit 13, 41, 92, 98 f., 350, 353, 454 f., 739
- Kontrolluntersuchung
- verkehrsmedizinische 81, 391
- Kopftuch/Gesichtsverhüllung
- Freiwilligkeit 555 ff.
 - Menschenwürde 161 f., 556
 - Verbot, *siehe Verhüllungsverbot*
- Kosten, soziale 14 f., 21 ff., 25, 33 f., 71, 82, 98 f., 105, 230, 508, 528 ff., 709, 754
- öffentliches Interesse 14 f.
 - Leistungsverweigerung/-kürzung 22 f., 25, 82
- Kündigungsschutz 37
- Kunstfreiheit 114
- L**
- Ladenöffnungszeiten 355
- Laserspiel 133 f., 138, 162, 164, *siehe auch Paintball-Spiel*
- Legalitätsprinzip 717 ff.
- Paternalismus, harter 717 f.
 - Paternalismus, libertärer 717 f.
 - Paternalismus, weicher 717 ff.
 - und Verhältnismässigkeit 721 ff.
- Leibesvisitation 639
- Leihmutterchaft 86, 550 f., 571, 636, 738
- Menschenwürde 132, 161, 550 f.
 - öffentliche Moral und Sittlichkeit 246, 491, 550
 - Paternalismus, harter 551
 - Wirtschaftsfreiheit 246
- Lenkungsabgaben 66, 81, 298, 708 f., 729 ff., *siehe auch Rauchen, Tabaksteuer; siehe auch Alkohol, Alkoholsteuer*
- Lügendetektortest 129, 134, 162, 188, 401, 429, 432, 626
- M**
- Massnahmen, therapeutische 754 ff.
- Medikamente
- Versandhandel 640 f.
 - Verschreibungspflicht, ärztliche, *siehe dort*
- Meinungsfreiheit 20, 111, 243 f., 280 ff., 290, 320, 384
- Menschenwürde 23, 126 ff., 426 ff., 601, 612, 615, 691 f., 777
- Forschung am Menschen, 541 f.
 - Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich 549 ff.
 - Gattungswürde, *siehe dort*
 - Gleichheit und Gleichwertigkeit 150 ff., 170, 182
 - Grundrechte, unverjährbare und unverzichtbare 426
 - Grundrechtsausübungsverzicht 134 f., 426 ff.
 - Individualismus, normativer 267
 - Kerngehalte 127, 188
 - Kommerzialisierungsverbot 91
 - Nudge 167
 - objektiv-rechtliche Dimension 127 f., 151 ff.
 - Offenheit 135 f., 148 f., 152, 157, 170, 180, 482
 - öffentliche Moral und Sittlichkeit 129, 138, 148, 152, 155 f., 160, 481 ff.
 - Paternalismus, harter 166 ff., 174, 358 f.
 - Paternalismus, weicher 166 ff., 174
 - persönliche Freiheit 127, 170 f., 260 f.
 - Selbstaufgabe- und zerstörung 153 ff., 411, 579 f.
 - Selbstbestimmung 144 ff.
 - Selbstschädigung, schwere/irreversible 153 ff., 411, 579 f.

- Selbstverständnis 159 f.
- Sozialstaat 501 f.
- Sterbehilfe, passive 116
- Strafvollzug 584 ff.
- Subsidiaritätsprinzip 173, 366
- Transplantationsmedizin 551 f.
- Unverzichtbarkeit 142
- Urteilsunfähigkeit 303, 316 ff.
- Verfassungsprinzip 127 f., 151 ff.
- Würde des Spenders 90
- Mieterschutz 75 f., 536 f.
- Mindestalter 38, 73 f., 680 f., 723, 727 ff., 733
- Mitverantwortung, *siehe Verantwortung, Mitverantwortung*

N

- Nachahmung 14, 84, 293, 478, 737
- Nanny State 18
- Narkoanalyse 134
- Nudge 40, 54 ff., 66, 70, 277, 292, 297 ff., 301, 342, 384 ff., 506, 531, 588, 592, 608, 620, 629, 648, 661 f., 668, 709 ff., 719, 725, *siehe auch Paternalismus, libertärer*
- Nudging, *siehe Nudge*

O

- Obdachlosigkeit 354 f., 455, 471, 580
- Öffentliche Moral und Sittlichkeit 14, 23, 84 f., 472 ff.
- Kommerzialisierungsverbot 491
- Menschenwürde, *siehe Menschenwürde, öffentliche Moral und Sittlichkeit*
- Paternalismus, harter 483, 496
- Schutzbereichsbegrenzung 246 f.
- Öffentliche Sicherheit 448 ff., 754 ff., 783
- Paternalismus, weicher 467 ff.
- Selbstgefährdung, freiwillige 456 ff.
- Selbstgefährdung, unfreiwillige 467 ff.
- Öffentliches Interesse 47, 341 ff., 572 f., 592 f., 566 f., 652
- gemischter Paternalismus 24
- Nudge 342
- Paternalismus, harter 353 ff., 358, 572 f.

- Paternalismus, weicher 342, 349 ff., 358
- Schutz von Grundrechten Dritter 362
- Organspende, *siehe Spende von Organen, Geweben und Zellen*

P

- Paintball-Spiel 138, 162, 164, *siehe auch Laserspiel*
- Sittenwidrigkeit 488
- Paternalismus
- aktiver 66
- asymmetrischer 732
- autonomieorientierter, *siehe Paternalismus, weicher*
- befähigender, *siehe Fürsorge, befähigende*
- direkter 64 f.
- freiheitsmaximierender 194 ff., 411, 503, 581 ff., 607, 619
- Gefährdungspaternalismus 679
- gemischter 24 ff., 38 f., 82, 565, 735 f., 760
- harter 11, 49 ff., 268, 406 f., 434, 455, 483, 496, 503, 509, 529 f., 544 ff., 552, 559, 564, 588 f., 613, 648, 670, 682 f., 688, 729, 758 ff., 783 ff.
- indirekter 64 f., 206 ff., 335, 359, 394, 568, 578 f., 640, 688, 738, 784 f.
- kompetenzfördernder, *siehe Fürsorge, befähigende*
- libertärer 5, 7, 19, 54 ff., 297 ff., 311, 503 f., 506, 564, 589, 592, 598, 616 f., 709 ff., 725, 737
- moralischer 484
- negativer 29
- öffentliches Interesse, *siehe dort*
- passiver 65
- positiver 29
- prozeduraler 676
- Rechtspaternalismus 28
- reiner 38
- schwacher, *siehe Paternalismus, weicher*
- Selbstbindung 42 ff., 498, 635
- Selbstpaternalismus 42 f., 47, *siehe auch Paternalismus, Selbstbindung*
- unreiner 38 f.
- Verfahrens paternalismus 676

- Vernunftpaternalismus 50, 547 f., 657, 769
 - Verschleierung paternalistischer Ziele 21 ff., 32 ff., 140
 - weicher 50 ff., 300 ff., 325 ff., 609 ff., *siehe auch Schutzpflichten, autonomieorientierte*
 - zum Schutz der langfristigen Präferenzen 196 f., 503 f., 588 ff., 607, 711
 - zum Schutz des künftigen, anderen Selbst 591 f.
 - Patientenverfügung 72 f., 114 f., 419 f., 446, 587, 656, 694, 701 ff., 728
 - Aufklärungsverzicht 701 ff.
 - Peepshow 152, 162, 164
 - Persönliche Freiheit 176, 249 ff., 297 ff., 320 f., 577, 660, 760, 766, 790 f.
 - Behandlungsverzicht 114 f.
 - Bewegungsfreiheit 97, 120 f., 638 f., 687, 744, 780 f.
 - Freiheit zu sterben 115 f., 178
 - geistige Unversehrtheit 291 f., 303
 - Handlungsfreiheit, allgemeine, *siehe dort*
 - Hungerstreik 311
 - körperliche Unversehrtheit 114 ff., 117 f., 251 f., 303, 690
 - Recht auf Aufklärung 119
 - Sexualaufklärung 301
 - Urteilsunfähigkeit 317 f.
 - Zugang zu Gesundheitsdaten 118 f.
 - Zwangsbehandlung 690 ff.
 - Polizeiliche Generalklausel 742 f.
 - Pornographie 293, 737
 - Exkrementenpornographie 72 f., 84 f., 162, 478, 490
 - Menschenwürde 131, 162
 - Sittenwidrigkeit 488
 - Präventionskampagnen, *siehe Informationskampagnen*
 - Präventionsstaat 17 f., 69 f., 295
 - Privileg, therapeutisches 16, 99 ff., 118, 704 ff.
 - Prostitution, *siehe Sexarbeit*
- R**
- Rationalität, beschränkte, *siehe Rationalitätsdefizite*
 - Rationalitätsdefizite 4 ff., 628 f., 648 ff.
 - grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung 311
 - Rauchen 6, 18, 66, 244, 272, 284, 467, 600, 633, 750 ff., *siehe auch Tabakwerbung*
 - Freiwilligkeit 671
 - Lebensform 392
 - Passivrauchen 34, 244, 750 ff.
 - persönliche Freiheit 252 f., 276
 - soziale Kosten 22
 - Tabaksteuer 22, 81, 708 f., 729 ff., *siehe auch Lenkungsabgaben*
 - Warnhinweise 18, 632, 700
 - Raucherclubs 750 ff.
 - Paternalismus, weicher 752 ff.
 - Reality-Show 134, 161, 596 f.
 - Recht auf Achtung der Privatsphäre 176 f., 249 ff., 263 ff., 276
 - Freiheit zu sterben 116 f., 178
 - Recht auf Auskunft/Aufklärung 118 f.
 - Sexarbeit 103
 - Zugang zu Gesundheitsdaten 118 f.
 - Zwangsberatung 120
 - Recht auf Achtung des Privatlebens, *siehe Recht auf Achtung der Privatsphäre*
 - Recht auf Hilfe in Notlagen 248, 366, 371, 399, 406, 441, 786 f.
 - Recht auf Leben 116 f., 120, 183 ff., 213 ff., 303, 411 ff., 421 f., 429 ff., 445 ff., *siehe auch Sterbehilfe*
 - Recht auf Nichtwissen 73, 119, *siehe auch Aufklärungsverzicht*
 - Rechtsgleichheit 181 f., 198, 216, 263, 386 f., 472, 709, 722 ff.
 - Differenzierungsgebot 472, 722 ff.
 - Rechtsmoralismus 474
 - Rechtsschutz 789 ff.
 - Rechtssicherheit 697, 726 ff., 760, 824
 - Rechtsverhältnis, besonderes 212 f., 386 f., 402, 584 ff., 639, 784
 - Grundrechtsschutz 199, 419 f.
 - Legalitätsprinzip 743 f.
 - Leistungspflicht 203 f.
 - Schutzpflichten 418 ff., 442
 - Rechtsvertretung, gerichtliche Bestellung 86 ff., *siehe auch Verteidigung, notwendige*

Religionsfreiheit, *siehe Glaubens- und Gewissensfreiheit*

Rettungsaktionen 12 f., 244

Rezeptpflicht, ärztliche, *siehe Verschreibungspflicht, ärztliche*

S

Sadomasochistische Praktiken 354, 465, 580 f., 620

Schematisierungen, *siehe Typisierungen*

Schulobligatorium 106 f., 301, 350, 540, 559

Schutz vor sich selbst, *siehe Paternalismus*

Schutzpflichten 25 f., 185, 362, 396 ff., 449, 462, 469, 568, 584, 630, 686, *siehe auch Grundrechtsschutz gegen sich selbst*

– autonomieorientierte 436 ff.

– Kerngehaltsverletzung 323 f.

– Leistungsansprüche 200 f.

– medizinische Behandlung 335

– Menschenwürde 127, 160

– polizeiliche Generalklausel 742 f.

Schwangerschaftsabbruch 85 f., 91, 104, 120, 246, 666, 723

Schwimmobligatorium 251, 350, 519, 540, 559

Selbstbestimmung, informationelle 178, 290

– genetische Informationen 551

– Recht auf Nichtwissen 119

– Sexarbeit 118 f.

Selbstbestimmungsdefizit 615 ff., 642 ff., *siehe auch Paternalismus, weicher; siehe auch Urteilsunfähigkeit*

– Abklärung der Freiwilligkeit 675 ff.

– grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung 302 ff.

Selbstkontrolle, mangelnde, *siehe Willensschwäche*

Selbstschädigung

– moralische 176, 484 f., 496

– schwere/irreversible 194 ff., 411, 469 ff., 574 f., 576, 579 ff., 607, 621 f., 638, 658, 663, 682 f., 684 ff., 718, 734 f., 778

Selbsttötung, *siehe Suizid*

Selbstüberschätzung, *siehe Überoptimismus*

Selbstverantwortung, *siehe Verantwortung, Eigenverantwortung; siehe auch Subsidiaritätsprinzip*

Selbstverbrennung 34, 111, 193, 463

Selbstverklavung 153 ff., 491, 582, 621 f., 734 f.

Selbstversuch 114, 471

Selbstverteidigung, Recht auf, *siehe Selbstverteidigungsrecht*

Selbstverteidigungsrecht 89, 118, 762 ff., *siehe auch Verteidigung, notwendige*

Sexarbeit 36, 69, 134 f., 390, 492, 554 f., 558, 624 ff.

– Diskriminierungsverbot 390, 625

– Freierbestrafung 207, 784

– Freiwilligkeit 69, 558, 624 ff., 671

– Gleichstellung von Frau und Mann 554 f., 558

– Kondompflicht für Freier 36

– Melde- und Registrierungspflichten 103, 119 f., 355, 666

– Menschenwürde 162

– Sittenwidrigkeit 488 f.

– Verbot 666

– Wirtschaftsfreiheit 246

Sexualerziehung 107, 288, 350, 520 ff.

Solariumverbot 65, 68, 198, 207, 352, 359 f., 718 f.

Solidarität 15, 93 ff., 221 ff., 236 ff., 374,

496 ff., *siehe auch Sozialstaat; siehe auch Verantwortung, Mitverantwortung*

Sonderstatusverhältnis, *siehe Rechtsverhältnis, besonderes*

Sozialhilfe 103, 388, *siehe auch Recht auf Hilfe in Notlagen*

Sozialstaat 496 ff.

– Paternalismus, harter 503 f.

– Paternalismus, weicher 504 ff.

Sozialversicherungspflicht 36, 66, 93 f., 503, 537, 695 f., 731, 739

Spende von Organen, Geweben und Zellen 76, 355, 600, 738, *siehe auch Transplantationsmedizin*

– Aufklärung 79

– Freiwilligkeit 620, 624, 682, 738

– Kinder und Jugendliche 518

- Kommerzialisierungsverbot 89 ff., 491, 552
- Menschenwürde 90, 132, 551 f.
- Spielsucht, *siehe Geldspiele*
- Sportarten, risikoreiche 114, 244, 467
- Staatshaftung 783 f.
- Sterbehilfe 48, 80 f., 163, 203 ff., 210 ff., 312 ff., 319, 334 f., 349 f., 412 f., 421, 439, 491, 580, 620, 646, 686 f., 718, 734, 785, *siehe auch Suizid, Prävention/Verhinderung*
- aktive 48, 132, 173, 184 f., 188 f., 203 f., 210 ff., 410, 413, 429 ff., 434, 460, 483, 491, *siehe auch Tötung auf Verlangen*
- organisierte 13, 208, 335, 375, 421, 437, 446
- passive 115 f., 196, 198 f., 319, 334, 412, 525, 580
- Suizidhilfe 13, 80, 184 f., 198 f., 203 ff., 210 ff., 319, 334 f., 349 f., 412 f., 446, 580, 686 f., 734
- Sterbehilfeorganisationen, *siehe Sterbehilfe, organisierte*
- Sterilisation 20, 74, 96 f.
 - Aufklärung 79
 - Sittenwidrigkeit 489
- Subsidiaritätsprinzip 173, 221 ff., 226, 364 ff., 379, 502, 514, 604, 788 f., *siehe auch Verantwortung, Eigenverantwortung*
- Suizid 13, 80, 111, 190, 203 ff., 311, 412, 441 f., 461 f., 489, 623, 631, 665, 676 f., 683, 737, 783 f., *siehe auch Sterbehilfe*
- Prävention/Verhinderung 98, 204, 421, 437, 444, 446, 465, 678, 684 ff., 777 ff.
- Sittenwidrigkeit 489
- Suizidfreiheit, *siehe Freiheit zu sterben*
- Swingerclubs 162

T

- Tabakkonsum, *siehe Rauchen*
- Tabakprävention, *siehe Rauchen*
- Tabakwerbung 18, 510, 529, 559, 571, 599
- Therapiefreiheit 737 f.
- Tötung auf Verlangen 65, 429 ff., 688 ff., *siehe auch Sterbehilfe, aktive*

Tötungstabu 48, 214 ff., 412, 688 ff., *siehe auch Tötung auf Verlangen; siehe auch Sterbehilfe, aktive*

Tötungsverbot, *siehe Tötungstabu*

Transplantationsmedizin 551 f., 559, 571, 611 f., *siehe auch Spende von Organen, Geweben und Zellen*

- Gattungswürde 139
 - Kommerzialisierungsverbot 89 ff., 491, 552
 - Menschenwürde 90, 132, 551 f.
- Treu und Glauben 221, 225, 384 f., 448, 536, 713

Trinkwasserfluoridierung 36, 42, 97, 277, 465, 735

Typisierungen 726 ff.

U

Übereilungsschutz 74 f., 78 f., 80, 209, 326, 349 ff., 443, 447, 471, 631, 638, 649 f., 660, 668, 685 f., 687, 689, 698, 724, *siehe auch Bedenkfristen; siehe auch Formvorschriften*

Überoptimismus 6, 54, 306, 310, 439 f., 629, 648, 668, 703, 723, 764

Überschuldung 13, 98 f., 350, 353, 454 f., 470, 576

Untersuchung, genetische 79, 551, 626, 666

- Bedenkfrist 697

Urteilsunfähigkeit 73 f., 642 ff.

- Abklärung 678
- mutmasslicher Wille 656 ff.
- Wichtigkeit von Rechtsgeschäften 781 f.
- Selbstbestimmungsrecht 313 ff.

V

Verantwortung

- Eigenverantwortung 232 f., 240, 244, 248, 268 f., 276, 357 f., 377 ff., 417, 502, *siehe auch Subsidiaritätsprinzip*
- Mitverantwortung 217 ff.
- soziale, *siehe Verantwortung, Mitverantwortung*

Verfallsvertrag 75

Verhaltensanomalien, *siehe Rationalitätsdefizite*

Verhältnismässigkeit 563 ff., 785 ff.
 – Erforderlichkeit 565, 631, 635 ff.
 – Geeignetheit 566, 631 ff.
 – Grenzen der Abwägung 570 ff.
 – Paternalismus, weicher 609 ff.
 – und Legalitätsprinzip 721 ff.
 – Zumutbarkeit 565, 631 ff.
 Verhüllungsverbot 15 f., 20, 744, *siehe auch Kopftuch/Gesichtsverhüllung*
 – Geschlechtergleichheit 24, 555 ff.
 – Menschenwürde 20, 132
 – Neutralitätsgebot 289
 Verschreibungspflicht, ärztliche 64, 80, 98, 205 f., 208 f., 375, 437, 631, 640 f., 686, 734
 Versicherungsobligatorium, *siehe Sozialversicherungspflicht*
 Versorgung, administrative 71 f., 492
 Verteidigung, notwendige 87 ff., 349, 553 f., 580, 653, 735, 762 ff., *siehe auch Selbstverteidigungsrecht*
 Vertragsfreiheit 121 f., 537, 631, 638
 – Formvorschriften, *siehe dort*
 Volksgesundheit, *siehe Gesundheitsschutz, öffentliche Gesundheit*

W

Waffen 66, 98, 777 ff.
 – persönliche Freiheit 254, 276
 Warnungen und Empfehlungen 383 ff., 632 f., 637, 698 ff., 719, 734, 789 ff., *siehe auch Informationskampagnen*
 – edukatorisches Staatshandeln 68
 – Grundrechtsrelevanz 280 ff.
 – Nudge 57
 Wartefristen, *siehe Bedenkfristen*
 Werbeverbote 36, 92, 120, 351 f., 465, 731, 738, *siehe auch Tabakwerbung*
 – öffentliches Interesse 354
 Werfen kleinwüchsiger Menschen 133, 150, 152, 161, 164

Wesentlichkeitsschwellen, *siehe Grundrechte, Bagatellgrenzen*
 Wesentlichkeitsvorbehalte, *siehe Grundrechte, Bagatellgrenzen*
 Widerrufsrecht 41 f., 532, 636, 638, 697, *siehe auch Bedenkfristen*
 Wille, natürlicher 52, 172, 315 ff., 327, 329, 347, 398, 437 f., 611, 644, 657 f.
 Willensschwäche 5, 7, 342, 469 f., 589, 627 f., 648, 661, 668, 695 f., 708 f., 711 ff., 724
 Willkürverbot 150, 263, 273 f., 361, 385, 593
 Wirtschaftsfreiheit 114, 121 f., 133, 246, 311, 450, 498, 737, 739 f.
 Wissenschaftsfreiheit 114, 737 f.
 Würde der Menschheit, *siehe Gattungswürde*

Z

Zeugenschutzprogramm 79, 697
 Zwangsbehandlung, *siehe Zwangsmassnahmen, medizinische*
 Zwangsberatung, *siehe Beratung, obligatorische*
 Zwangsernährung 12, 25 f., 66, 96, 165, 309, 328, 354, 387, 421 f., 433, 437, 584 ff., 617, 692 ff., 737 f., 743 f., *siehe auch Hungerstreik*
 – Bewegungsfreiheit 120
 – öffentliches Interesse 354
 Zwangsmassnahmen
 – medizinische 96 f., 316, 318, 323 ff., 349, 440, 492, 525, 617, 638 f., 658 f., 690 ff., 742 f., 789
 – polizeiliche 97, 445 f., 449, 638 f., 683 f., 687, 780 f.
 – Zwangsernährung, *siehe dort*
 Zwangsmedikation, *siehe Zwangsmassnahmen, medizinische; siehe auch Trinkwasserfluoridierung*
 Zwangssterilisation, *siehe Sterilisation*
 Zwangsversicherung, *siehe Sozialversicherungspflicht*

Darf der Staat einer Person in ihrem eigenen, wohlverstandenen Interesse Schutz und Fürsorge aufdrängen? Unter welchen Voraussetzungen ist ein «Schutz vor sich selbst» gerechtfertigt? Diese Habilitationsschrift widmet sich der komplexen und umstrittenen Paternalismusproblematik aus verfassungsrechtlicher Sicht. Nach Ansicht des Autors kann ein staatlicher Paternalismus nur dann zulässig sein, wenn bei der betroffenen Person ein Selbstbestimmungsdefizit vorliegt. Doch selbst ein an der Selbstbestimmung orientierter Schutz vor sich selbst ist keineswegs unproblematisch. Die Untersuchung setzt sich vertieft mit den Anforderungen auseinander, denen ein autonomieorientierter Paternalismus genügen sollte. Die Ergebnisse werden im Kontext aktueller Regulierungsansätze wie dem libertären Paternalismus und dem Nudging sowie an Beispielen aus dem Verwaltungsrecht, dem Strafrecht und dem Zivilrecht diskutiert.

