

Zusammenfassende Thesen

1. Die Umsetzung einer bevölkerungsweiten Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention stellt den Gesetzgeber vor vielschichtige verfassungsrechtliche Herausforderungen. Die Verschiebung von bloßer Krankenversorgung hin zu einer umfassenden Sorge um den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung führt tendenziell zu einer weitreichenden Normierung des alltäglichen Lebens. Staatliche Gesundheitsförderung neigt dazu, den Einzelnen als hauptverantwortlich für seinen Gesundheitszustand anzusehen. Dies führt oftmals zu einer Bevorzugung verhaltenssteuernder gegenüber struktureller Maßnahmen. Der Einzelne wird dabei einer Verhaltenserwartung unterworfen, welche für ihn immer schwerer zu erreichen ist. Einerseits gilt es, möglichst „gesund“ zu sein, andererseits werden immer mehr alltägliche Verhaltensweisen und körperliche Zustände als risikoreich und „krank“ bewertet. Der Fokus auf Risikofaktoren führt zudem zu einer zunehmenden Verobjektivierung der Einschätzung über Gesundsein und Kranksein. Die subjektive Wahrnehmung des Einzelnen gerät in den Hintergrund.
2. Um das tatsächliche und vor allem wirkmächtige verhaltenssteuernde Potenzial moderner Formen staatlichen Handelns bewerten zu können, ist ein Einbezug verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse in die juristische Analyse dringend geboten. Nur so ist es möglich, diese teilweise gar als freiheitsvergrößernd bezeichneten Maßnahmen in ihrer vollen Bandbreite zu erfassen und grundrechtseingreifendes Potenzial offenzulegen. Der Einbezug verhaltensökonomischer Erkenntnisse darf jedoch nicht dazu verleiten, mittels Argumentation beschränkter Rationalität menschlicher Entscheidungen und Verhaltens Grundrechtsschutz zu beschränken und somit paternalistische oder erzieherische Intentionen des Gesetzgebers einer verfassungsrechtlichen Legitimitätsprüfung zu entziehen. Vielmehr zeigen verhaltenswissenschaftlich basierte Steuerungsansätze, dass es auch für die inneren Vorgänge der Willensbildung eines umfassenden und vor allem konkret artikulierbaren grundrechtlichen Schutzes bedarf.
3. Anknüpfungspunkt für einen Schutz der freien Willensbildung ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1

GG, welches insbesondere durch den Menschenwürdebezug auf die Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der freien Selbstbestimmung, der Autonomie des Menschen verweist. Eine solche freie Selbstbestimmung schlägt sich dabei nicht nur in einer allgemeinen, das aktive Element der Selbstbestimmung betonenden Handlungsfreiheit nieder, sondern erfordert als unabdingbare Grundvoraussetzung auch die von staatlicher Suggestion und Manipulation unbeeinflusste freie Willensbildung. Autonomie des Einzelnen zu respektieren, bedeutet auch vermeintlich widersprüchliche oder schädlich erscheinende Verhaltensweisen als Ausdruck eines freien Willens zu verstehen.

4. Ein Recht auf Gesundheit ist unter dem Grundgesetz als eine normative Leitidee zu verstehen. Es findet seine konkrete Ausprägung erst in den Einzelgewährleistungen. Hierbei erweist sich insbesondere die Selbstbestimmung und Befähigung des Einzelnen zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung gesundheitlicher Belange als zentrale Teilgewährleistung eines Rechts auf Gesundheit. Ein so verstandenes Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung hebt die Subjektstellung des Individuums und seine daraus folgende grundsätzliche Entscheidungsbefugnis hervor. Dies umfasst neben der Freiheit zu selbstgefährdendem und selbstschädigendem Verhalten auch das Recht, sein Verhältnis zur Gesundheit und zum Gesundsein selbst zu bestimmen und ein Aufzwingen von Gesundheit durch Andere abzuwehren. Dieses Recht wird insbesondere dadurch gefährdet, dass der Staat verbindlich definiert, was für das eigene Wohlbefinden und für die eigene Selbstverwirklichung relevant ist und was nicht.
5. Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Prävention weisen insgesamt ein stark verhaltenssteuerndes Potenzial auf, auch ist ihre verhaltenssteuernde Wirkung intendiert. Sie stellen somit in der Regel Grundrechtseingriffe dar. Dies gilt nicht nur für die Ge- und Verbote und Anreize, sondern auch für Kommunikationsmaßnahmen und verhaltenswissenschaftlich inspirierte Steuerungsansätze des *Nudging*. Die verschiedenen Maßnahmen verfolgen jedoch einen grundsätzlich unterschiedlichen Regulierungsansatz. Während ultimativ mit Zwang durchsetzbare gesetzgeberische Maßnahmen einen klaren Verhaltensappell an zur Selbstbestimmung fähige Bürger darstellen, steht eine gesetzgeberische Verhaltenskonditionierung und -manipulation aufgrund verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse in einem starken Widerspruch zum Leitbild des selbstbestimmten Bürgers.

6. Ein *Nudge* soll den Steuerungsadressaten zielgerichtet zu einem bestimmten Verhalten lenken, ohne jedoch die formale Möglichkeit abweichenden Verhaltens einzuschränken. Dennoch kann die Eingriffswirkung insbesondere darin gesehen werden, dass sie den Einzelnen in seinen nicht-reflektierten, automatisierten Entscheidungsprozessen und -mustern ansprechen und darin festhalten. Durch die Ausnutzung oder Verstärkung bestimmter Verhaltensmuster und Biases wird die autonome Willensbildung und Entscheidung des Einzelnen be- oder verhindert und damit abweichendes Verhalten wesentlich erschwert. Der Einzelne wird zudem in seinem Verhalten beeinflusst, ohne sich dessen bewusst zu sein. Er wird dadurch auch seiner Abwehr- und Rechtsschutzmöglichkeiten beraubt. Zwar können *Nudges* grundsätzlich auch dazu eingesetzt werden, den Einzelnen vor durch kognitive Verzerrungen beeinflusste Entscheidungen zu bewahren (*Debiasing*). Die tatsächliche Befähigung des Einzelnen zu einer selbstbestimmteren Entscheidung ist jedoch im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention oftmals gar nicht gewollt. Es geht vielmehr darum, die Bürger zu einem „gesünderen“ und „verantwortungsvolleren“ Verhalten und Leben zu bewegen. Entsprechend eingesetzte *Nudges* ersetzen damit lediglich ein Übel (die vermeintliche Rationalitätsbeschränkung des Individuums) durch ein anderes (die Beschränkung individueller Autonomie). Sie stellen damit eindeutig eine finale Freiheitsbeeinträchtigung dar.
7. Gleiches gilt auch für die staatliche Gesundheitskommunikation. Wenngleich Kommunikation grundsätzlich dazu eingesetzt werden kann, dem Einzelnen notwendiges Wissen zu vermitteln und damit Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zu fördern, ist jedoch deutlich geworden, dass der moderne Staat Informationshandeln typischerweise instrumentell einsetzt. Eine auf Gesundheitsverhalten bezogene Kommunikation erfüllt oftmals eine Doppelrolle von Information und Überredung (Persuasion) zugleich. Darüber hinaus kann Kommunikation manipulativ eingesetzt werden. Manipulative Kommunikation behindert aufgrund ihrer für den Adressaten verdeckten Wirkung die Unabhängigkeit der Willensbildung und unterminiert damit insgesamt die Fähigkeit zu selbstbestimmtem Handeln und Entscheiden. Auch kann durch die Propagierung gesundheitlicher Leitbilder ein gesellschaftlicher Erwartungsdruck erzeugt werden, die staatlichen Verhaltensempfehlungen zu einem „gesunden“ Leben zu befolgen. Einem solchen so-

- zialen Konformitätsdruck kann sich der Einzelne in aller Regel nur schwer entziehen. Er wird damit klar in seiner Freiheit beeinträchtigt.
8. Steuert der Staat Gesundheitsverhalten zum Zwecke des Gesundheitsschutzes oder der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, so können sich dahinter verschiedene Ziele verbergen. Die konkret verfolgten Ziele herauszuarbeiten und aufzuzeigen, ist notwendige Bedingung für die Bewertung der Ziellegitimität und auch für die Verhältnismäßigkeitsprüfung. Üblicherweise beruft sich der gesundheitsfördernde Staat auf den Schutz Dritter und den Schutz von Gemeinwohlbelangen. Daneben weisen die Maßnahmen jedoch oft auch eine paternalistische Motivation auf. Sie bezwecken den Schutz des Grundrechtsträgers vor sich selbst. Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass sich viele der in Frage kommenden Schutzzwecke nur eingeschränkt dazu eignen, eine mit grundrechtseingriffen verbundene bevölkerungsweite Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention zu rechtfertigen.
 9. Der Schutz des Grundrechtsträgers vor sich selbst muss zwar nicht als von vornherein illegitimes staatliches Steuerungsziel verstanden werden. Im Rahmen des hier in Frage stehenden allgemeinen Gesundheitsverhaltens liegen jedoch selten solche Gefahrenkonstellationen vor, in denen ein Selbstschutz – sei es mittels Zwangs oder vermeintlich milderer Maßnahmen – gerechtfertigt erscheint. Weder werden existenzbedrohende Gesundheitsrisiken verursacht, noch liegen extreme Selbstbestimmungsdefizite vor. Zumindest mangelt es oftmals an hinreichender Evidenz oder Plausibilität für ein im konkreten Einzelfall tatsächlich beherrschendes Willensdefizit. Vielmehr unterliegt verhaltenswissenschaftlich informierte Regulierung einem naturalistischen Fehlschluss. Konzepte um das *Nudging* behaupten grundlegende regulatorische und verfassungsrechtliche Fragen und Problemstellungen allein durch die Empirie beantworten zu können. Während sie eine Autoförderung behaupten, legen sie durch ihre Annahmen jedoch externe Maßstäbe an die Rationalität und Werthaftigkeit des Entscheidens und Handelns eines Anderen. Dabei wird missachtet, dass ein autonomes Handeln vor allem eines ist, das an den eigenen Maßstäben ausgerichtet ist.
 10. Eine Ausnahme kann für solche gesundheitsrelevanten Verhaltensweisen gelten, die vermehrt von Menschen aus sozial schwachen Bevölkerungsschichten verfolgt werden. Hier können je nach Einzelfall hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bestimmte gesundheits-schädliche Verhaltensweisen stark durch sozio-ökonomische Faktoren

geprägt sind und sich damit nicht als Ausdruck tatsächlicher Selbstbestimmung erweisen. Der Selbstschutz ist daneben vor allem dann legitimes Ziel, wenn dem Grundrechtsträger mittels Bildung und Befähigung zur Ausübung tatsächlicher Selbstbestimmung verholfen werden soll. Grundsätzlich können jedoch nur Maßnahmen der Gesundheitskommunikation (vereinzelt auch solche des *Nudging*) durch die Wahrnehmung eines staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gerechtfertigt werden.

11. Auch die Verfolgung von Drittinteressen vermag Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention nur in bestimmten Fällen zu rechtfertigen. Der Schutz von Individualrechtsgütern Dritter kommt nur ausnahmsweise in Betracht, hier ist klassischerweise an den Nichtraucherschutz zu denken. Allgemeines Gesundheitsverhalten, Bewegungs- und Ernährungsverhalten führen dagegen nicht zu einer Beeinträchtigung rechtlich geschützter Interessen Dritter. Genauso wenig kann die umfassende Beeinträchtigung entsprechenden Verhaltens mit dem Schutz der Bevölkerungsgesundheit legitimiert werden. Dieser setzt regelmäßig konkrete Gefahren im Rahmen der Seuchenbekämpfung oder Gefahren für die Funktionsfähigkeit staatlicher Organisation des Gesundheitswesens voraus. Ansonsten erweist sich dieses Schutzgut in aller Regel als zu abstrakt, um einen konkreten Grundrechtseingriff rechtfertigen zu können. Der Schutz der Bevölkerungsgesundheit wird vielmehr als bloße Chiffre für ein politisches Fernziel verwendet, sodass sich für die Interessenabwägung in aller Regel ein konkreteres Ziel herauskristallisieren lässt. Für die Steuerung von Gesundheitsverhalten und die Förderung gesundheitsfördernder Verhaltensweisen kommt dabei insbesondere das finanzielle Interesse der Versichertengemeinschaft oder der Gesellschaft insgesamt in Betracht.
12. Die Gemeinschaft hat unbestritten ein legitimes Interesse an der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Beschränkung kostenverursachenden Gesundheitsverhaltens hat sich jedoch dem Argument zu stellen, dass der Versicherungszwang erst die Kostenbelastung der Gemeinschaft begründet. Ein umfassender Leistungsausschluss wäre jedoch im Widerspruch mit den Grundsätzen der sozialen Sicherung. Auch stellt sich das Problem der Kriterienwahl. In Betracht kommen deshalb eher Kostenbeteiligungen. Diese werden grundsätzlich als adäquates Mittel angesehen, die Verantwortung für selbstverursachte Krankheitskosten verstärkt dem Einzelnen zuzuweisen. Im Ergebnis erweist sich das

Kostenargument jedoch als wenig tragfähig. So ist insbesondere zu hinterfragen, inwieweit verhaltensbedingte Gesundheitskosten überhaupt in der Verantwortung des Einzelnen liegen. Vor allem der Grundsatz der Solidarität und der Schutz sozial Schwacher sprechen hier gegen eine umfassende Ausweitung individueller finanzieller Belastung oder Entlastung.

13. Als verhältnismäßig würde sich hingegen eine Betonung individueller Vorsorgepflichten erweisen. Dies umfasst solche Maßnahmen, welche den Einzelnen in die Lage versetzen sollen, selbstbestimmt Gesundheitsentscheidungen treffen zu können. Diese vorsorgebezogenen Mitwirkungspflichten wären aber grundsätzlich nur als Obliegenheiten zu qualifizieren, also als Verhaltensaufforderungen, die das Recht dem Leistungsberechtigten in dessen Interesse und im Interesse des Leistungsträgers auferlegt, ohne dass dieser das rechtlich angeordnete Verhalten des Leistungsberechtigten erzwingen kann. Mangelndes Vorsorgeverhalten kann dann allerdings einen Anknüpfungspunkt für finanzielle Sanktionen in Form von Kostenbeteiligungen darstellen. Dies bietet den Vorteil, dass der Grund der finanziellen Beteiligung die Verletzung einer konkreten Mitwirkungspflicht des Versicherten und nicht der Vorwurf der Krankheitsverursachung selbst ist.
14. Neben den finanziellen Interessen ist auch das Ziel der Verringerung sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten zu beachten. Es stellt ein legitimes Anliegen des Sozialstaates dar, soziale Ungleichheiten auszugleichen und auf eine tatsächliche Chancengleichheit im Bereich der Gesundheit hinzuarbeiten. Das Ziel der Verringerung gesundheitlicher Ungleichheiten stellt den Gesetzgeber jedoch vor große Herausforderungen, gibt es doch nur eine feine Grenze zwischen ungleichheitsverringenden Maßnahmen auf der einen und stigmatisierenden, diskriminierenden und ungleichheitsverstärkenden Maßnahmen auf der anderen Seite. Gerade bei Maßnahmen zur Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist zu hinterfragen, ob die verfolgten Ziele nicht ins Gegenteil verkehrt werden. Die Kenntnis über die sozial bedingten gesundheitlichen Ungleichheiten erweist sich damit insbesondere als Korrektiv für zielgruppenunspezifische und damit potenziell ungleichheitsverstärkende Grundrechtseingriffe.
15. Insgesamt bestehen im Rahmen der Steuerung von Gesundheitsverhalten noch viele Forschungslücken. Immer wieder wird die unzureichende Evidenz der Konzepte der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention und auch der verhaltenswissenschaftlichen Grundannahmen

bemängelt. Dies stellt oftmals die Geeignetheit und Effektivität der verhaltenssteuernden Maßnahmen in Frage. Ohne eine solide wissenschaftliche Grundlage sind umfassende Interventionen zur Steuerung gesundheitlich relevanten Verhaltens kaum als verhältnismäßig anzusehen.

