



Würzburger Vorträge  
zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie  
und Rechtssoziologie

49

Stefan Huster

# **Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit**

Normative Aspekte von  
Public Health



Nomos Verlag



Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie,  
Rechtstheorie und Rechtssoziologie

Herausgegeben von Horst Dreier  
und Dietmar Willoweit

Begründet von Hasso Hofmann, Ulrich Weber <sup>†</sup>  
und Edgar Michael Wenz <sup>†</sup>

Heft 49

Stefan Huster

# Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit

Normative Aspekte von Public Health



**Nomos**

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

ISBN 978-3-8487-2641-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-6806-4 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Danksagung

Das vorliegende Buch geht auf meinen Vortrag „Gesundheitsungleichheit und soziale Gerechtigkeit“ im Mai 2014 im Rahmen der „Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie und Rechtstheorie“ zurück. *Horst Dreier* danke ich für die Einladung, meine Überlegungen in Würzburg vorzustellen, und für die Aufnahme des Buches in diese Schriftenreihe.

Vortrag und Buch haben dabei maßgeblich von der Zusammenarbeit in einer Forschungsgruppe zum Thema „Normative Aspekte von Public Health“, die ich im Wintersemester 2013/14 zusammen mit *Thomas Schramme* am Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF) der Universität Bielefeld geleitet habe, sowie meinem Aufenthalt bei der DFG-Kollegforschergruppe „Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ an der Universität Münster im Sommersemester 2014 profitiert. Den genannten Institutionen bin ich für großzügige Unterstützung, den Mitgliedern dieser Gruppen und insbesondere *Thomas Schramme* für viele Anregungen und Diskussionen zu Dank verpflichtet.

Ausgearbeitet wurde der Text während meines Fellowships am Alfred Krupp Wissenschaftskolleg in Greifswald im Sommersemester 2015. Neben den vorzüglichen Arbeitsbedingungen am Kolleg hat *Tatjana Hörnle* zur Entstehung des Textes im Rahmen eines gemeinsamen Projekts zu „Selbstbestimmung als Rechtsprinzip – normative Fiktionen und reale Bedingungen“ beigetragen. Auch ihr sei herzlich gedankt.



## Inhaltsübersicht

I. Die Sorge um Gesundheit und Gesundheitsgerechtigkeit	9
1. Versorgung und Vorsorge	9
2. Die sozialen Gesundheitsdeterminanten	13
3. Die normativen Probleme von Public Health	15
II. Selbstbestimmung und Gesundheit	17
1. Eigenverantwortung im Versorgungssystem	17
2. Grund und Grenzen der Beeinflussung des gesundheitsbezogenen Verhaltens	20
3. Nudging als freiheitsverträgliche Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens?	24
a) Das Verbot des Paternalismus	24
b) Der libertäre Paternalismus	26
c) Nudging: Pro und Contra	31
d) Der eudaimonistische Hintergrund	37
e) Grund und Grenzen des Nudging	48
4. Die Relativierung der Selbstbestimmung in der Public Health-Diskussion	50
a) Negativer und positiver Gesundheitsbegriff	52
b) Disziplinäre Prägungen	54
c) Die soziale Einbettung der Selbstbestimmung	56



III. Soziale Gesundheitsungleichheiten	61
1. Gesundheitsungleichheiten in der moralischen Kritik	61
2. Gerechtigkeitstheoretische Besonderheiten und Probleme bei der Beurteilung sozialer Gesundheitsungleichheiten	64
a) Unklare Verantwortlichkeiten und Handlungsoptionen	65
b) Direkte oder indirekte Bewertung?	70
c) Gesundheitsungleichheiten in den Theorien der sozialen Gerechtigkeit	72
3. Gerechtigkeit oder Solidarität?	79
IV. Public Health und das Recht	83
1. Gesundheitsförderung in der Jurisprudenz	83
2. Entgrenzung vs. Begrenzung: das Spannungsverhältnis von Recht und Public Health	83
3. Alles ist Gesundheit, aber Gesundheit ist nicht alles	86

# I. Die Sorge um Gesundheit und Gesundheitsgerechtigkeit

## 1. *Versorgung und Vorsorge*

Wenn in der Öffentlichkeit über Gesundheit gesprochen wird, kommt in erster Linie das System der medizinischen Versorgung in den Blick. Nahezu jeden Tag kann man lesen und hören, dass es an Ärzten auf dem Lande fehlt, Krankenhauskeime Unheil anrichten, die Ökonomisierung der Versorgung schadet und die Krankenversicherungsbeiträge steigen. Die Gesetze zur Reform des Versorgungssystems überholen sich gegenseitig, wobei der Eindruck schwer zu vermeiden ist, dass man vielfach mit hoher Geschwindigkeit auf der Stelle tritt. Für die Gesundheit scheint also die Behandlung von Krankheiten zentral zu sein: Wer krank ist, ist nicht gesund; und wer gesund bleiben und werden will, braucht einen Zugang zur medizinischen Versorgung. Diese Einstellung spiegelt sich auch in der Rechtswissenschaft wider: Krankenversicherungs- und Medizinrecht sind etablierte Rechtsgebiete mit zahlreichen eigenen Kommentaren und Zeitschriften. Dass es auch für praktisch tätige Juristen interessante Betätigungsfelder sind, mag dabei nicht zuletzt daran liegen, dass eine Menge Geld im System ist: Der Medizinsektor darf inzwischen als der größte Wirtschaftszweig in Deutschland gelten.<sup>1</sup>

Nun ist nicht zu bestreiten, dass medizinische Hilfe wichtig ist; die Vorstellung, krank zu sein und eine medizinische Versorgung nicht erlangen zu können, ist erschreckend und erniedrigend. Dementsprechend finden wir in allen Industrienationen – mit der wichtigen, aber auch gerade in Entwicklung befindlichen („Obamacare“) Ausnahme der USA – eine staatliche Verantwortung für eine funktionsfähige medizinische Versorgung. Auch die Rechtsordnung schreibt der medizinischen Versorgung – insbesondere bei ernsthaften oder gar lebensbedrohlichen

1 Vgl. dazu nur zuletzt *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Die Gesundheitswirtschaftliche Gesamtrechnung für Deutschland, April 2015.

Krankheiten – einen hohen Stellenwert („Höchstwert Leben“) zu.<sup>2</sup> Zudem ist die medizinische Versorgung äußerst differenzierungsfeindlich: Wir wollen es – mit guten Gründen – nicht zulassen und ertragen, dass sozial schwächere Teile der Bevölkerung an der Standard- oder Normalversorgung nicht teilhaben können – allerdings mit der Folge, dass wir uns angesichts der unausweichlichen Knappheit der Ressourcen darüber verständigen müssen, wie dieses Versorgungsniveau bestimmt werden soll, das wir jedermann gewährleisten müssen.<sup>3</sup>

Zunehmend gelangt nun aber die Einsicht in das öffentliche Bewusstsein, dass Gesundheit nicht nur etwas mit der erfolgreichen Behandlung von Krankheiten zu tun hat, sondern von vielen anderen Faktoren abhängt, die überhaupt erst dazu führen, dass Menschen krank werden oder gesund bleiben: „Die wichtigsten Bestimmungsfaktoren für Krankheit sind wirtschaftlicher und sozialer Natur.“<sup>4</sup> Diese sozialen Determinanten von Gesundheit und Krankheit – Umwelteinwirkungen, Verhaltensweisen und sozialstrukturelle Einflüsse<sup>5</sup> – mögen für die Gesundheit der

- 2 Vgl. dazu nur die sog. „Nikolaus-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts (*BVerfGE* 115, 25 ff.; dort auch auf S. 45 der Begriff vom Leben als „Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung“), und die sich daran anschließende Diskussion: *Ulrich Becker*, Das Recht auf Gesundheitsleistungen, in: FS Udo Steiner, 2009, S. 50 ff.; *Hans M. Heinig*, Der Hüter der Wohltaten?, *NVwZ* 2006, S. 771 ff.; *Stefan Huster*, Anmerkung, *JZ* 2006, S. 466 ff.
- 3 Dies ist die Kernfrage der wissenschaftlich geführten, politisch aber abgewehrten Diskussion über Leistungsprioritäten („Priorisierung“) und Leistungsbeschränkungen („Rationierung“) im Versorgungssystem; vgl. dazu nur die Beiträge bei *Walter A. Wohlgenuth/Michael H. Freitag* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin – Interdisziplinäre Forschungsansätze*, 2009; *Björn Schmitz-Luhn/André Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin*, 2013.
- 4 *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/acatech – Deutsche Akademie der Technikwissenschaften/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Stellungnahme: Public Health in Deutschland. Strukturen, Entwicklungen und globale Herausforderungen, 2015, S. 13.
- 5 Näher dazu sogleich unter I.2. Zum Konzept der sozialen Determinanten vgl. nur *Michael Marmot/Richard G. Wilkinson* (Hrsg.), *Social Determinants of Health*, 2. Aufl. 2006.

Bevölkerung sogar viel wichtiger sein als die medizinische Versorgung.<sup>6</sup> Dass dies nun stärker in das Blickfeld rückt, dürfte nicht zuletzt damit zusammenhängen, dass die medizinische Versorgung an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit gerät: So wichtig sie im Einzelfall ist – gegen die Gesundheitsbeeinträchtigungen und chronischen Krankheiten, die mit der Lebensweise in modernen Gesellschaften zusammenhängen („Zivilisationskrankheiten“), kann die Medizin nicht anbehandeln. Es wird bereits befürchtet, dass in einigen Ländern der säkulare Trend, dass die durchschnittliche Lebenserwartung immer weiter ansteigt, an ein Ende kommt.<sup>7</sup> Schaut man nicht auf das Einzelschicksal, sondern auf Populationen, liegt es daher nahe, der Vorsorge – also der Prävention von Krankheiten und der Förderung der Gesundheit<sup>8</sup> – ein größeres Gewicht zu geben und sie nicht (länger) gegenüber der Versorgung zu vernachlässigen.<sup>9</sup> „Gesundheit ist mehr als Medizin.“<sup>10</sup>

- 6 Vgl. grundlegend *Thomas McKeown*, Die Bedeutung der Medizin, 1982. Einen Überblick bietet *Jörg Vögele*, Zur Entwicklung der Gesundheitsverhältnisse im 19. und 20. Jahrhundert, in: Stefan Schulz u.a. (Hrsg.), Geschichte, Theorie und Ethik der Medizin, 2006, S. 165 ff. Der *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001: Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, Band I, 2002, Tz. 95, schätzt den Anteil des Versorgungssystems an der Verbesserung der gesundheitlichen Ergebnisse lediglich auf 10–30% bei Männern und 20–40% bei Frauen.
- 7 Vgl. dazu *S. Jay Olshansky u.a.*, A Potential Decline in Life Expectancy in the United States in the 21st Century, *New England Journal of Medicine* 352 (2005), S. 1138 ff.; dazu wiederum *Samuel H. Preston*, Deadweight? The Influence of Obesity on Longevity, ebd., S. 1135 ff.; *Haomiao Jia/Erica I. Lubetkin*, Trends in Quality-Adjusted Life-Years Lost Contributed by Smoking and Obesity, *American Journal of Preventive Medicine* 38 (2010), S. 138 ff.
- 8 Die genaue Zuordnung und Abgrenzung von Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung werden in den Gesundheitswissenschaften kontrovers diskutiert; darauf kommt es hier nicht an.
- 9 Dies ist in der Public Health-Diskussion weithin Konsens; vgl. nur *Matthias Richter/Klaus Hurrelmann*, Warum die gesellschaftlichen Verhältnisse krank machen, *APuZ* 42/2007, S. 3, 10; *Rolf Rosenbrock*, Gesundheit und Gerechtigkeit in Deutschland, *Das Gesundheitswesen* 69 (2007), S. 647, 650 ff. Grundsätzlich dazu aus der Perspektive einer Theorie der Sozialpolitik vgl. *Volker H. Schmidt*, Gerechtigkeit als Politik der Befähigung zu reflexiver Selbstbestimmung, *Österr. Zeitschr. f. Soziologie* 37 (2012), S. 81 ff.
- 10 Vgl. jetzt *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina u.a.* (Fn. 4), S. 13.

Dies gilt auch mit Blick auf die Verteilung von Gesundheit und Gesundheitschancen. Niemand kann ernstlich behaupten, dass die massiven sozialen Gesundheitsunterschiede, die wir – mit Unterschieden in Ausmaß und Art – in allen modernen Gesellschaften finden,<sup>11</sup> maßgeblich auf Barrieren im Zugang zur medizinischen Versorgung beruhen. Dass der Unterschied in der durchschnittlichen Lebenserwartung zwischen Männern im obersten und im untersten Einkommensfünftel mehr als zehn Jahre beträgt,<sup>12</sup> kann zumindest in Deutschland schon deshalb nicht viel mit einer „Zwei-Klassen-Medizin“ im Sinne des Nebeneinanders von gesetzlicher und privater Krankenversicherung zu tun haben, weil sich diese Korrelation von Einkommen und Gesundheit in Form eines sozialen Gradienten durch die gesamte Bevölkerung – und damit auch durch die Gruppe der gesetzlich Versicherten – zieht.<sup>13</sup> Wer die Gesundheitschancen angleichen will, wird das daher kaum schaffen, indem er den Zugang zur medizinischen Versorgung erleichtert – es sind ganz andere, soziale Faktoren, die man insoweit angehen müsste.<sup>14</sup> Und tatsächlich sind die Gesundheitsungleichheiten ein wesentlicher Treiber

11 Näher dazu unten bei III.1.

12 Vgl. *Thomas Lampert/Lars Eric Knoll*, Soziale Unterschiede in der Mortalität und Lebenserwartung, Robert Koch-Institut (GBE kompakt 2/2014), S. 3.

13 Diese Erkenntnis verdankt sich ursprünglich den berühmten Whitehall-Studien; vgl. dazu *Michael Marmot*, The Status Syndrome. How Your Social Standing Directly Affects Your Health and Life Expectancy, 2004.

14 Zu den Erkenntnissen über soziale Barrieren beim Zugang zum deutschen Versorgungssystem vgl. etwa *Siegfried Geyer*, Soziale Ungleichheiten in der onkologischen Versorgung?, *Der Onkologe* 18 (2012), S. 151 ff.; *Kerstin Hofreuter/Olaf von dem Knesebeck*, Soziale Ungleichheit und gesundheitliche Versorgung, in: *Andrea Wesenauer/Sarah Sebing* (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2. Aufl. 2011, S. 25 ff.; *Johanna Huber/Andreas Mielck*, Morbidität und Gesundheitsversorgung bei GKV- und PKV-Versicherten, in: *Bundesgesundheitsblatt* 53 (2010), S. 925 ff.; *Christian Janßen u.a.*, Der Einfluss von sozialer Ungleichheit auf die medizinische und gesundheitsbezogene Versorgung in Deutschland, in: *Matthias Richter/Klaus Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit. Grundlagen, Probleme, Perspektiven, 2. Aufl. 2009, S. 149 ff.; *Olaf von dem Knesebeck u.a.*, Soziale Ungleichheit in der gesundheitlichen Versorgung – Ein Plädoyer für systematische Forschung, *Das Gesundheitswesen* 71 (2009), S. 59 ff.; *Karen Tiesmeyer u.a.* (Hrsg.), Der blinde Fleck. Ungleichheiten in der Gesundheitsversorgung, 2008.

für die Forderung nach einer Politik der gesundheitsbezogenen Vorsorge und Förderung.<sup>15</sup>

## 2. Die sozialen Gesundheitsdeterminanten

Wie Gesundheit erhalten wird und Krankheiten verursacht werden, sind keine Fragen, für die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie eine Kompetenz beanspruchen können. Man ist insoweit auf die Auskünfte aus der Medizin und der Gesundheitswissenschaft angewiesen, die zudem nicht immer unumstritten sind. Da es aber auf methodische und inhaltliche Details hier nicht ankommt, darf mit der folgenden, gewiss etwas groben Einteilung gearbeitet werden:

- Zunächst liegt es auf der Hand, dass *Umwelteinwirkungen* die Gesundheit der Menschen beeinflussen. Wer schädlichen Expositionen – von Lärm bis Feinstaub – an seinem Arbeitsplatz oder in seinem Wohnumfeld ausgesetzt ist, hat ein erhöhtes Krankheitsrisiko.
- Ferner ist die *Lebensführung* von maßgeblicher Bedeutung für den Gesundheitszustand. Tabakkonsum, Umgang mit Alkohol, Ernährungsweise, Sexualverhalten und Bereitschaft zu regelmäßiger körperlicher Bewegung – all diese Verhaltensweisen haben Auswirkungen auf unsere Gesundheit.
- Schließlich sind *sozialstrukturelle Faktoren* relevant: Es gibt Korrelationen zwischen Gesundheit und bestimmten gesellschaftlichen Strukturen. Dies betrifft nicht nur die Einkommenssituation, die es etwa nicht erlaubt, zusätzliche Gesundheitsleistungen zu kaufen oder sich gesünder zu ernähren. Auch andere, eher „weiche“ Faktoren wie das Ausmaß der Selbstbestimmung am Arbeitsplatz, die Erfahrung von Arbeitslosigkeit,<sup>16</sup> Diskriminierung und sozialer Ausgrenzung sowie die Einbindung in ein soziales Netzwerk scheinen für den Gesundheitszustand wichtig zu sein. Wie hier die Wirkungszusammen-

15 Näher dazu unten bei III.

16 Zu den Auswirkungen von Arbeitslosigkeit vgl. bereits die klassische Studie von Marie Jahoda/Paul F. Lazarsfeld/Hans Zeisel, *Die Arbeitslosen von Marienthal* (orig. 1933), 1975.

hänge verlaufen, ist nicht immer sofort ersichtlich. Dies ändert aber nichts daran, dass es sich um durchaus bedeutsame Ursachen handelt; so sind psychosoziale Faktoren wie Stress für das Herzinfarktrisiko fast genauso bedeutsam wie das Rauchen.<sup>17</sup>

Für den hiesigen Zusammenhang sind insoweit zwei Erläuterungen wichtig. Zum einen lässt sich nachweisen, dass die gesundheitsrelevanten Faktoren zu einem erheblichen Teil schichtenspezifisch ausgeprägt sind: Angehörige der unteren sozialen Schichten – im Kern unabhängig davon, ob man den Sozialstatus anhand von Einkommen, Bildung oder beruflicher Stellung bestimmt – sind häufiger einer gesundheitlich belastenden Arbeitsumgebung und auch in ihrem Wohnumfeld häufiger Lärm und Luftverschmutzung ausgesetzt; sie ernähren sich ungesünder, neigen stärker zu Nikotinkonsum und vernachlässigen die körperliche Bewegung; schließlich leiden sie sowohl in ihrem Privat- und Arbeitsleben als auch in der Öffentlichkeit an geringen Selbstbestimmungs- und Partizipationsmöglichkeiten. Es dürften daher primär die sozialen Determinanten, nicht die Bedingungen des Zugangs zur medizinischen Versorgung sein, die die sozialen Gesundheitsungleichheiten erklären.

Zum anderen ist es für das Verständnis der sozialen Gesundheitsdeterminanten von zentraler Bedeutung, dass sie das Krankheits- und Gesundheitsgeschehen aus einer Populationsperspektive betrachten. Es geht hier nicht um die individuelle Gesundheit oder gar die konkrete Krankenbehandlung, sondern um die öffentliche Gesundheit („Public Health“). Für den Einzelnen stellen sich die sozialen Gesundheitsdeterminanten lediglich als mehr oder minder gewichtige Risikofaktoren dar. Dies mag auch dazu führen, dass seine Motivation, sich selbst um diese Gesundheitsdeterminanten zu kümmern, eher gering ausgeprägt ist: Während Leistungen der Gesundheitsversorgung einen klaren Individualbezug haben und deshalb das Interesse der Bürger auf sich ziehen,

17 Dies ist jedenfalls ein Ergebnis einer großen und vielbeachteten Studie; vgl. *Salim Yusuf u.a.*, Effect of Potentially Modifiable Risk Factors Associated with Myocardial Infarction in 52 Countries (the INTERHEART Study): Case-Control Study, *The Lancet* 364 (2004), S. 937 ff.; *Annika Rosengren u.a.*, Association of Psychosocial Risk Factors with Risk of Acute Myocardial Infarction in 11.119 Cases and 13.648 Controls from 52 Countries (the INTERHEART Study): Case-Control Study, ebd., S. 953 ff.

schlägt hier das „Präventionsparadox“ durch: Auf statistischer Ebene haben schon kleine Veränderungen des Verhaltens oder der Umwelt deutliche Auswirkungen auf die Gesundheit der Bevölkerung; dem Einzelnen bringen sie dagegen nur einen geringfügigen Vorteil.<sup>18</sup> Diese Besonderheit der Public Health-Perspektive ist auch in normativer Hinsicht nicht unwichtig. Dementsprechend wird die traditionelle Medizinethik inzwischen durch eine Public Health-Ethik ergänzt, die auf die spezifischen Probleme der gesundheitsbezogenen Präventionspolitik bezogen ist.<sup>19</sup>

### 3. Die normativen Probleme von Public Health

Welche sind nun diese normativen Probleme, die die Public Health-Ethik diskutiert? Zwei Fragen ragen heraus, die auch im Mittelpunkt dieses Buches stehen:

Dass die öffentliche Gewalt für die Abwehr von Gesundheitsrisiken verantwortlich ist, die von Dritten ausgehen, leuchtet unmittelbar ein und ist auch verfassungsrechtlich in den grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates fest verankert.<sup>20</sup> Weite Teile des Umweltrechts, das Ar-

18 Vgl. dazu grundlegend *Geoffrey Rose*, Sick Individuals and Sick Populations, Intern. Journal of Epidemiology 14/1 (1985), S. 32 ff.

19 Programmatisch dazu *Dan W. Brock*, Broadening the Bioethics Agenda, Kennedy Institute of Ethics Journal 10 (2000), S. 21 ff.; *Norman Daniels*, Equity and Population Health. Towards a Broader Bioethics Agenda, Hastings Center Report 36 (2006), Heft 4, S. 22 ff. Aus der rasant anwachsenden Literatur vgl. zunächst nur *Ronald Bayer u.a.* (Hrsg.), Public Health Ethics, 2007; *Angus Dawson* (Hrsg.), Public Health Ethics: Key Concepts and Issues in Policy and Practice, 2011; *ders./Marcel Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007; *Stephen Holland*, Public Health Ethics, 2. Aufl. 2014. Seit 2008 erscheint bei Oxford University Press zudem die Zeitschrift „Public Health Ethics“. Aus der sich entwickelnden deutschsprachigen Diskussion vgl. *Peter Schröder-Bäck*, Ethische Prinzipien für die Public-Health-Praxis, 2014; und die Beiträge bei *Daniel Strech/Georg Marckmann* (Hrsg.), Public Health Ethik, 2010; *Alena M. Buyx/Stefan Huster* (Hrsg.), Ethische Aspekte von Public Health, Ethik in der Medizin 22 (2010), Heft 3; sowie in Bundesgesundheitsblatt 51 (2008), Heft 2, S. 117 ff.

20 Vgl. nur *Horst Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 101 ff.



beutsschutzrecht und zahlreiche weitere Rechtsnormen beziehen sich auf die Abwehr von Gefahren und die Vorsorge vor Risiken für die Gesundheit. Soweit eine Public Health-Politik auf das Gesundheitsverhalten fokussiert, ist die Lage aber heikler: Darf der Staat seine Bürger auch vor sich selbst schützen, wenn sie durch ihr Verhalten lediglich die eigene Gesundheit gefährden? Wird er dann nicht zu einem *paternalistischen Bevormundungsstaat*, gar zu einer Gesundheitsdiktatur, die mit dem liberalen Grundprinzip der Selbstbestimmung („Personal Autonomy“) nicht mehr verträglich ist? Diese Fragen werden in dem folgenden Abschnitt diskutiert.

Die Dringlichkeit, eine Public Health-Politik voranzutreiben, wird vielfach damit begründet, dass es geboten sei, die *sozialen Gesundheitsungleichheiten* zu bekämpfen: Es sei ein moralischer Skandal, dass Gesundheit und Gesundheitschancen in unserer Gesellschaft nach wie vor so ungleich verteilt seien. Aber ist es wirklich so klar, dass wir es hier mit einer himmelschreienden Ungerechtigkeit zu tun haben? Gehören die schichtenspezifischen Gesundheitszustände nicht einfach zu den vielen Ungleichheiten, die wir in freiheitlichen Ordnungen hinnehmen müssen? Um diese Fragen wird es im dritten Abschnitt gehen.

Auf verwickelte Weise hängen diese beiden Fragen zusammen. Soweit die gesundheitlichen Ungleichheiten auf gesundheitsrelevante Verhaltensweisen zurückgehen – was nur zum Teil der Fall ist –, könnte man überlegen, ob sie nicht schon durch die selbstbestimmten Entscheidungen der Individuen gerechtfertigt sind und daher gar kein Gerechtigkeitsproblem begründen. Auf der anderen Seite lässt gerade die Schichtenspezifität mancher Verhaltensweisen daran zweifeln, dass sie tatsächlich ohne Weiteres der individuellen Selbstbestimmung zugeschrieben werden können. In der Zusammenschau dieser Fragen soll schließlich im vierten Abschnitt diskutiert werden, welche spezifische Rolle dem *Recht* in diesen Zusammenhängen zukommt.

## II. Selbstbestimmung und Gesundheit

### *1. Eigenverantwortung im Versorgungssystem*

Über den Zusammenhang von Selbstbestimmung und Gesundheit ist in Gesundheitspolitik und Gesundheitsrecht bisher vorrangig unter einem ganz spezifischen Aspekt diskutiert worden: der Bedeutung, die dem Prinzip der Eigenverantwortung im System der Gesundheitsversorgung zukommt. Hintergrund sind Überlegungen und auch bereits erste praktische Ansätze, gesundheitsriskante Verhaltensweisen im Versorgungssystem zu sanktionieren – typischerweise in Form einer Beteiligung an den Behandlungskosten, die entstehen, wenn sich das Risiko realisiert. Auf den ersten Blick ist das in einer freiheitlichen Ordnung kein fernliegender Ansatz: Wer die Freiheit der Selbstbestimmung für sich reklamiert, wird die Verantwortung für die Folgen seiner Entscheidung nicht auf Dritte abwälzen können. Verantwortung ist ohne Freiheit nicht denkbar – aber eben auch nicht Freiheit ohne Verantwortung. Dass „jeder mann grundsätzlich die Risiken seines eigenen Schicksals zu tragen hat“, ist „die Kehrseite der Freiheit zur Entfaltung der Person des Art. 2 Abs. 1 GG“.<sup>21</sup> In anderen Lebensbereichen haben wir auch wenig Schwierigkeiten, diesen Zusammenhang anzuerkennen: Wer sein Geld verschwendet oder sich nicht um eine solide berufliche Ausbildung kümmert, darf sich hinterher nicht beschweren, dass er schlechter dasteht als diejenigen, die sparsam waren und sich um ihr berufliches Fortkommen bemüht haben.<sup>22</sup> Und wenn Finanzinstitute riskante Spekulationsgeschäfte tätigen, wird es zu Recht kritisiert, wenn die Allgemeinheit dann die Verluste tragen soll.

Im Versorgungssystem stößt die Anknüpfung von Rechtsfolgen an selbstverschuldete Gesundheitsprobleme dagegen auf massive Bedenken. Dies wird belegt sowohl durch die grundsätzliche Diskussion über

21 *BVerfGE* 60, 16, 39.

22 Zur Bedeutung dieses Aspekts für Theorien der Verteilungsgerechtigkeit vgl. unten bei Fn. 180.

Eigenverantwortung als Priorisierungskriterium,<sup>23</sup> als auch durch die Reaktionen auf die Einführung des § 52 Abs. 2 SGB V, der erstmals im deutschen Krankenversicherungsrecht gesundheitsriskante Verhaltensweisen – nämlich die Vornahme einer medizinisch nicht indizierten ästhetischen Operation, einer Tätowierung oder eines Piercings – mit finanziellen Folgekosten verbindet.<sup>24</sup> Die Vorbehalte gegen derartige Regelungen beruhen zunächst darauf, dass sich eine bestimmte Verhaltensweise nur selten eindeutig als Ursache einer späteren Erkrankung identifizieren lässt; zudem ist es auch eine beängstigende Vorstellung, dass Krankenkassen – möglichst noch unter Einschaltung der Ärzte<sup>25</sup> – die mehr oder weniger gesunde Lebensführung ihrer Versicherten ausforschen. Aber auch abgesehen von derartigen Operationalisierungsproblemen werden gegen die Eigenverantwortung als Priorisierungskriterium grundsätzliche Einwände erhoben – allerdings von ganz unterschiedlichen Seiten, was mit der unklaren oder zumindest gemischten Zielsetzung derartiger Maßnahmen zusammenhängt:

Auf der einen Seite kann das Abstellen auf die Eigenverantwortung verteilungsmotiviert sein: Es sei unfair, dass in einem kollektiven Sicherungssystem die Vernünftigen und Disziplinierten für diejenigen (mit) aufkommen müssen, die ihre Gesundheit durch ihr selbstbestimmtes Verhalten achtlos ruinieren und dadurch Behandlungskosten verur-

23 Vgl. etwa *Kathrin Alber/Hartmut Kliemt/Eckhard Nagel*, Selbstverantwortung als Kriterium kaum operationalisierbar, *Dt. Ärzteblatt* 106 (2009), S. A 1361 ff.; *Alena M. Buyx*, Eigenverantwortung als Verteilungskriterium im Gesundheitswesen, *Ethik in der Medizin* 17 (2005), S. 269 ff.; *Daniel Wikler*, Personal and Social Responsibility for Health, in: Sudhir Anand/Fabienne Peter/Amartya Sen (Hrsg.), *Public Health, Ethics, and Equity*, 2004, S. 109 ff.

24 Zur – weithin sehr kritischen – Einschätzung dieser Regelung vgl. etwa *Wolfram Höfling*, Recht auf Selbstbestimmung versus Pflicht zur Gesundheit, *ZEFQW* 103 (2009), S. 286 ff.; *Alice Stieß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 247 ff.; *Albrecht Wienke*, Eigenverantwortung der Patienten/Kunden: Wohin führt der Rechtsgedanke des § 52 Abs. 2 SGB V?, in: ders. u.a. (Hrsg.), *Die Verbesserung des Menschen*, 2009, S. 169 ff.

25 So zur Durchsetzung des § 52 Abs. 2 SGB V dann tatsächlich § 294 a Abs. 2 S. 1 SGB V.

sachen.<sup>26</sup> Aus dieser Perspektive geht es also zunächst um eine gerechte Verteilung der Kostenlast in dem kollektiven Sicherungssystem, die retrospektiv an das vorherige Verhalten anknüpft.

Die Kritik an dieser Argumentation konzentriert sich auf die Unterstellung, dass gesundheitsschädigende Verhaltensweisen hinreichend selbstbestimmt seien. Punktueller Verhaltensweisen – etwa das Ausüben einer Risikosportart – können sicherlich der Verantwortung des Einzelnen zugeschrieben werden; hier stellt sich eher die Frage, ob sich sinnvolle Abgrenzungen finden lassen: Ist etwa das Fußballspielen eine gesundheitsförderliche körperliche Ertüchtigung oder – zumindest ab einem gewissen Alter – ein besonders verletzungsanfälliges Freizeitvergnügen? Zu einfach dürfte es aber jedenfalls sein, Lebensstile und die gesundheitsbezogene Lebensführung ausschließlich der individuellen Verantwortung zuzuschlagen. Skeptisch stimmt insoweit schon die Beobachtung, dass Lebensgewohnheiten außerordentlich änderungsresistent sind, wenn sie in Form von Ermahnungen und Aufklärungskampagnen angegangen werden. Individuelle Verhaltensweisen und Wahlentscheidungen sind zudem stark von kulturellen und sozialen Randbedingungen geprägt. Lebensstile wie das Ernährungs- und Bewegungsverhalten werden durch soziale und mediale Einflüsse verstärkt, weisen nicht selten Suchtcharakter auf und sind häufig bereits in der Kindheit angelegt.<sup>27</sup> Es gibt hier offensichtlich – mit einem verbreiteten, wenn auch etwas dubiosen Begriff<sup>28</sup> – „Ursachen der Ursachen“, die auch und gerade mit der jeweiligen Lebenswelt und dem Sozialstatus zusammenhängen: Wer in wirtschaftlich beengten Verhältnissen lebt, nur über be-

26 Ob und inwieweit dies tatsächlich der Fall ist, ist häufig nicht klar; vgl. dazu unten bei Fn. 34.

27 Vgl. dazu nur *Nico Dragano u.a.*, Wie baut sich soziale und gesundheitliche Ungleichheit im Lebenslauf auf?, in: Sachverständigenkommission 13. Kinder- und Jugendbericht (Hrsg.), Materialien zum 13. Kinder- und Jugendbericht: Mehr Chancen für gesundes Aufwachsen, 2010, S. 11 ff.; *Chris Power/Diana Kuh*, Die Entwicklung gesundheitlicher Ungleichheiten im Lebenslauf, in: Johannes Siegrist/Michael Marmot (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgerungen, 2008, S. 45 ff.

28 Zu dieser Charakterisierung vgl. *Michael Marmot*, Fair Society Healthy Lives, in: Nir Eyal u.a. (Hrsg.), *Inequalities in Health. Concepts, Measures, and Ethics*, 2013, S. 282, 289.

grenzte Bildungskompetenzen verfügt und wenig gesellschaftliche Anerkennung erfährt, hat es erheblich schwerer, gesund zu leben. An dieser Stelle maßgeblich auf das Prinzip der Eigenverantwortung zu setzen, liefe daher Gefahr, die Schuld an ihren Gesundheitsproblemen und die finanziellen Folgekosten den schon Benachteiligten zuzuweisen („Victim Blaming“) und den Sozialstaat aus seiner Verantwortung zu entlasten, die für gesundheitsbewusste Entscheidungen hilfreichen sozialen Strukturen zu fördern.

Auf der anderen Seite kann eine derartige Kostenbeteiligung – oder ein anderer vergleichbarer finanzieller Anreiz – die Absicht verfolgen, die Versicherten für die Zukunft zu einer gesundheitsbewussteren Lebensführung zu bewegen.<sup>29</sup> Es ginge dann nicht – zumindest nicht primär – um ihre Verteilungs-, sondern um ihre Lenkungswirkungen. Damit weitet sich die Fragestellung: Was kann und darf ein freiheitlicher Staat tun, um die gesundheitsbezogenen Verhaltensweisen der Bürger zu beeinflussen?

## 2. Grund und Grenzen der Beeinflussung des gesundheitsbezogenen Verhaltens

Die Klagen, dass viele Menschen sich ungesund verhalten – rauchen, zu viel Alkohol trinken, sich zu wenig bewegen, zu viel essen –, sind allgegenwärtig und lösen gesundheitspolitische Handlungsreflexe aus. Die Frage, was die öffentliche Gewalt insoweit tun darf, kann sich zum einen auf die Eingriffsintensität der einschlägigen Maßnahmen beziehen – verfassungsrechtlich gewendet: ihre Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit. Hier lassen sich gewiss Abstufungen vornehmen: Die reine

29 In diese Richtung geht ersichtlich § 62 Abs. 1 SGB V, der die Zuzahlungsgrenzen für Behandlungskosten unter anderem danach bestimmt, ob der erkrankte Versicherte zuvor an Vorsorgeuntersuchungen teilgenommen hat. Grundsätzlich zu Grund und Grenzen derartiger finanzieller Anreize vgl. nur *Norman Daniels*, Individual and Social Responsibility for Health, in: Carl Knight/Zofia Stemplowska (Hrsg.), *Responsibility and Distributive Justice*, 2011, S. 266 ff.; *Harald Schmidt*, Bonus as Incentives and Rewards for Health Responsibility: A Good Thing?, *Journal of Medicine and Philosophy* 33 (2008), S. 198 ff.

Aufklärung über Gesundheitsrisiken stellt gar keinen Freiheitseingriff dar; dies gilt auch für Maßnahmen, die lediglich Gelegenheiten – etwa zur Bewegung durch den Bau einer Sportanlage oder die Pflege eines öffentlichen Parks – zu gesundheitsförderlichem Verhalten zur Verfügung stellen. Finanzielle Anreize für gesundheitsbewusstes Verhalten – etwa die Besteuerung gesundheitsgefährdender Lebensmittel oder eben eine an Verhaltensrisiken ausgerichtete Gestaltung der Krankenversicherungsbeiträge – oder gar entsprechende Ge- und Verbote sind dagegen als rechtfertigungsbedürftige Freiheitseinschränkungen einzuordnen.<sup>30</sup>

Zum anderen hängt die Zulässigkeit derartiger Public Health-Maßnahmen von der Legitimität ihres Zwecks ab – und dies ist der sehr viel grundsätzlichere und heiklere Punkt: Was geht den Staat das Gesundheitsverhalten seiner Bürger an?<sup>31</sup> Zunächst ist die Gesundheit der Bevölkerung – in traditioneller Diktion: die „Volksgesundheit“ – in einer freiheitlichen Ordnung, die auf dem Grundsatz des normativen Individualismus beruht,<sup>32</sup> ein schwieriges Rechtsgut. Gesundheit scheint hier ein privates Gut zu sein, so dass sich die „Volksgesundheit“ nur als summative Bezeichnung für die individuellen Gesundheitszustände auffassen lässt und keinen darüber hinausgehenden normativen Gehalt besitzt: Der Einzelne ist nicht Bestandteil eines „Volkkörpers“, für dessen Gesundheitszustand er verantwortlich wäre.

Aber auch das Argument, gesundheitsriskantes Verhalten schädige die Interessen Dritter und der Allgemeinheit, ist von begrenzter Leistungsfähigkeit. Soweit damit gemeint ist, dass das Gemeinwesen ein

30 Eine „Intervention Ladder“, die stark dem Verhältnismäßigkeitsprinzip des deutschen Verfassungsrechts ähnelt, findet sich in einer wichtigen Stellungnahme des britischen Pendantes des Deutschen Ethikrats: *Nuffield Council on Bioethics*, Public Health: Ethical Issues, 2007. Zu dem dort entwickelten „Stewardship“-Modell der Gesundheitsförderung vgl. nur *Roger Brownsword*, Public Health Interventions: Liberal Limits and Stewardship Responsibilities, *Public Health Ethics* 6 (2013), S. 235 ff.; *John Coggon*, What Help Is a Steward? Stewardship, Political Theory and Public Health Law and Ethics, *Northern Ireland Legal Quarterly* 62 (2011), S. 599 ff.

31 Zum Folgenden vgl. auch bereits *Stefan Huster*, Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht, in: *Buyx/Huster* (Fn. 19), S. 289 ff.

32 Vgl. dazu jetzt nur die Beiträge in *Dietmar von der Pfordten/Lorenz Kähler* (Hrsg.), *Normativer Individualismus in Ethik, Politik und Recht*, 2014.

Interesse an einer gesundheitsbewussten Lebensführung hat, weil dadurch Kosten reduziert werden, ist dies ein grundsätzlich unverdächtiger Ansatz, weil er auf dem bekannten Grundsatz beruht, dass externe Kosten zu internalisieren sind.<sup>33</sup> Mit Blick auf die Kosten der Sozialsysteme und insbesondere der medizinischen Versorgung ist aber zum einen nicht sehr klar, ob und unter welchen Umständen dies zutreffend ist.<sup>34</sup> Bekanntlich könnte es sein, dass etwa das Rauchen für die sozialen Sicherungssysteme letztlich kostenneutral oder sogar kostensparend ist. Zum anderen scheint die Beeinflussung der Lebensstile der falsche Ansatzpunkt zu sein; konsequent wäre es, die Betroffenen unmittelbar an den Behandlungskosten ihrer Krankheiten zu beteiligen. Soweit man in die zu berücksichtigenden Kosten darüber hinaus auch den Arbeitsausfall und sonstige gesellschaftliche Folgekosten einbezieht, wird man berücksichtigen müssen, dass dieses Vorgehen einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung fremd ist: Denn auch unabhängig vom Gesundheitsverhalten haben die Bürger hier keine Pflicht, sich zu möglichst produktiven Mitgliedern des Gemeinwesens zu entwickeln. Wer etwa seine Talente verkümmern lässt, anstatt sie auszubilden und für das Gemeinwesen einzusetzen, wird zwar typischerweise ein geringeres Markteinkommen erzielen, er wird aber nicht zusätzlich mit einer Strafabgabe belegt. Gelegentlich wird auch suggeriert, dass ein riskantes Verhalten nicht nur die Gesundheit des Betroffenen, sondern unmittelbar auch das Wohlergehen Dritter gefährde. Dies mag für übertragbare Krankheiten und die Gefahren des Passivrauchens zutreffend sein, trifft aber für viele gesundheitsgefährdende Verhaltensweisen sicherlich nicht zu: Wer sich falsch ernährt oder zu wenig bewegt, schädigt in keinem relevanten Sinne das Wohlergehen Dritter.

Damit bleibt nur die paternalistische Begründung, dass es um das gesundheitliche Wohlergehen jedes einzelnen Bürgers gehe. Damit betritt die öffentliche Gewalt aber vermintes Gelände: Die Bürger in ihrem eigenen Interesse zu einer gesundheitsbewussteren Lebensführung zu drängen, zu erziehen oder gar zu zwingen, kollidiert mit zentralen

33 Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 22 und *Eberhard Eichenhofer*, Wahl des Lebensstils – Auswirkungen in der sozialen Sicherheit, SGB 50 (2003), S. 705 ff.

34 Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 26.

Grundsätzen einer freiheitlichen Ordnung. Dies wird im Folgenden darzulegen sein.<sup>35</sup>

Nur am Rande sei bemerkt, dass immer wieder versucht wird, diese Problematik zu vernebeln, indem behauptet wird, dass nahezu jedes selbstschädigende Verhalten auch andere Personen in Mitleidenschaft ziehe, um auf diese Weise doch wiederum die Interessen Dritter zur Eingriffsrechtfertigung heranziehen zu können und dadurch dem Einwand des Paternalismus zu entgehen.<sup>36</sup> Ein Beispiel für diese heuchlerische Umgehungsstrategie ist der Umgang mit den gesetzlichen Beschränkungen des Tabakkonsums in der deutschen Rechtsordnung. So hat sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst gesehen zur Rechtfertigung der Rauchverbote in Gaststätten zu betonen:

„Die Raucher werden hierbei nicht in unzulässiger Weise bevormundet, ihnen wird insbesondere kein Schutz vor Selbstgefährdung aufgedrängt. Die Landesnichtraucherschutzgesetze zielen weder auf Suchtprävention noch auf den Schutz des Einzelnen vor sich selbst. Ihr Ziel ist vielmehr der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens. Es geht um den Schutz der Gesundheit nicht des Rauchers, sondern der Gesundheit der anderen Personen, die in der jeweiligen Situation nicht selbst rauchen.“<sup>37</sup>

Allerdings ist nicht ersichtlich, dass der Schutz der Nichtraucher ausnahmslose Rauchverbote rechtfertigen kann, wenn Nichtraucher gar nicht, nur marginal oder mit ihrem Einverständnis betroffen sind.<sup>38</sup> So-

35 Vgl. dazu sogleich bei II.3.a).

36 Dies ist auch schon immer als Problem des *Millschen* Schädigungsprinzips (dazu sogleich bei II.3.a) diskutiert worden; vgl. dazu nur *Jean-Claude Wolf*, Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, in: Michael Anderheiden u.a. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55, 62 f.

37 *BVerfGE* 121, 317, 359.

38 Entsprechend einzuschätzen ist auch das Argument des Jugendschutzes, das nun ins Feld geführt wird, um ein Totalverbot der Tabakwerbung zu rechtfertigen: Wie soll das funktionieren, wenn die Werbung auch an Orten verboten wird, zu denen Jugendliche gar keinen Zugang haben? Der Hinweis auf mögliche Jugendgefährdungen ist auch in der Public Health-Szene zur Rechtfertigung staatlicher Interventionen beliebt, weil man so mangels hinreichender Selbstbestimmung von Jugendlichen dem Einwand des Paternalismus entgeht. Nicht immer wird dabei freilich hinreichend bedacht, dass nicht nur nach der deutschen Rechtsordnung (vgl. Art. 6 Abs. 2 GG) zunächst einmal die Eltern (oder andere Erziehungsberechtigte) aufgerufen sind, über das (Gesundheits-)Verhalten von Kindern und Jugendlichen zu entscheiden.



weit das Bundesverfassungsgericht trotzdem strikte Rauchverbote für zulässig hielt, musste es sich auch bereits heftige Kritik gefallen lassen;<sup>39</sup> selbst innerhalb des Gerichts war umstritten, ob damit nicht „ein Weg edukatorischer Bevormundung vorgezeichnet (wird), der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt“.<sup>40</sup> In der Sache liegt es auf der Hand, dass mit den Rauchverböten auch das Rauchen als solches eingedämmt werden soll; die einschlägigen Akteure machen daraus auch gar keinen Hehl, wenn sie den Rückgang der Anzahl der Raucher<sup>41</sup> oder die positiven Auswirkungen dieser Verbote auf das Rauchverhalten in den eigenen vier Wänden<sup>42</sup> als Erfolg bezeichnen – was keinen Sinn machte, ginge es nur um den Schutz der Nichtraucher.

### 3. *Nudging als freiheitsverträgliche Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens?*

#### a) *Das Verbot des Paternalismus*

Dass die individuelle Selbstbestimmung Grund und Grenze der politischen Ordnung ist, ist eine Prämisse, die in unserer politischen Kultur tief verankert ist.<sup>43</sup> So spricht etwa das Bundesverfassungsgericht von einem „Menschenbild (des Grundgesetzes), das von der freien Entfal-

39 Vgl. nur *Rolf Gröschner*, Vom Ersatzgesetzgeber zum Ersatzerzieher, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2008, S. 400 ff.

40 So das Sondervotum des Richters *Masing*, BVerfGE 121, 317, 388.

41 Vgl. nur *Paolo Bofetta u.a.*, Gesetzlicher Nichtraucherschutz wirkt: Eine Bewertung der bisherigen wissenschaftlichen Evidenz zur Wirksamkeit von Rauchverböten, 2008 ([https://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Publikationen/AdWfP/Ad-WfP\\_Gesetzlicher\\_Nichtraucherschutz\\_wirkt.pdf](https://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Publikationen/AdWfP/Ad-WfP_Gesetzlicher_Nichtraucherschutz_wirkt.pdf)).

42 Vgl. *Ute Mons*, Fördern Rauchverbote in der Gastronomie auch ein rauchfreies Zuhause?, 2011 ([http://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Deutsche\\_Konferenzen\\_fuer\\_Tabakkontrolle/9\\_Deutsche\\_Konferenz\\_fuer\\_Tabakkontrolle/Ute\\_Mons\\_2011.pdf](http://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/download/Deutsche_Konferenzen_fuer_Tabakkontrolle/9_Deutsche_Konferenz_fuer_Tabakkontrolle/Ute_Mons_2011.pdf)).

43 Davon zu unterscheiden – wenn natürlich auch nicht strikt zu trennen – ist die generelle und unüberschaubare philosophische Diskussion über individuelle Selbstbestimmung und personale Autonomie. Erwähnt seien dazu nur zwei einschlägige Sammelbände: *John Christman* (Hrsg.), *The Inner Citadel. Essays on Individual Autonomy*, 1989; *ders./Joel Anderson* (Hrsg.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism. New Essays*, 2005.

tung der Persönlichkeit in Selbstbestimmung und Eigenverantwortung geprägt ist.“<sup>44</sup> Auch die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG wird – was immer sie sonst noch bedeuten mag – maßgeblich durch den Gedanken der Selbstbestimmung oder Autonomie konkretisiert.<sup>45</sup> Daraus folgt – unter anderem –, dass die öffentliche Gewalt regulierend eingreifen darf, soweit die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit betroffen sind; eine darüber hinausgehende Bewertungskompetenz, die es ihr erlauben würde, die Bürger vor sich selbst zu schützen,<sup>46</sup> besitzt sie aber nach verbreiteter Ansicht nicht. Der Staat ist zur Neutralität gegenüber den unterschiedlichen Lebensformen und Lebensentscheidungen verpflichtet;<sup>47</sup> eine perfektionistische oder paternalistische Politik ist ihm daher grundsätzlich versagt: Wie er sein Leben gestalten und welchen Stellenwert er dabei der Vermeidung von Gesundheitsrisiken beimessen will, ist Sache der Selbstbestimmung jedes Einzelnen. Diese liberale Sichtweise hat einen wirkungsmächtigen Ausdruck in *John Stuart Mills* Schädigungsprinzip gefunden:

„Dass der einzige Zweck, um dessentwillen man Zwang gegen den Willen eines Mitglieds einer zivilisierten Gemeinschaft rechtmäßig ausüben darf, der ist: die Schädigung anderer zu verhüten. Das eigene Wohl, sei es das physische oder das moralische, ist keine genügende Rechtfertigung. Man kann einen Menschen nicht rechtmäßig zwingen, etwas zu tun oder zu lassen, weil dies besser für ihn wäre, weil es ihn glücklicher machen, weil er nach Meinung anderer klug oder sogar richtig handeln würde.“<sup>48</sup>

Ganz entsprechend heißt es in der neueren Verfassungsrechtsprechung:

„Die Freiheitsgrundrechte schließen das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der – jedenfalls in den Augen Dritter – den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwiderläuft.“<sup>49</sup>

44 BVerfGE 108, 282, 300, im Anschluss an BVerfGE 41, 29, 50.

45 Vgl. etwa BVerfGE 49, 286, 298: „Art. 1 Abs. 1 GG schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewußt wird. Hierzu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“

46 Vgl. dazu nur *Christian Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992.

47 Vgl. *Stefan Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002.

48 *John Stuart Mill*, Über die Freiheit (On Liberty, orig. 1859), hrsg. v. Manfred Schlenke, 1976, S. 16.

49 BVerfGE 128, 282, 304.

Dieses Verbot des Paternalismus beruht allerdings auf einer Voraussetzung, die nicht mehr unumstritten ist: dass die Entscheidungen der Bürger, wie sie ihr Leben führen wollen, auf einer Willensbildung und Willensbetätigung beruhen, die gewissen Rationalitätskriterien genügen. Entscheidungen, die auf Unreife, geistige Verwirrtheit, Irrtümer und Täuschungen zurückgehen, sind – zumindest auf den ersten Blick – weder schutzwürdig noch schutzbedürftig, weil sie das „eigentliche“ Wollen gar nicht zum Ausdruck bringen.<sup>50</sup> Selbst hartgesottene Liberale wie *Mill* waren in diesen Fällen selbstverständlich bereit, dem Einzelnen in den Arm zu fallen: Jemanden daran zu hindern, eine Brücke zu betreten, die gleich zusammenbrechen wird, ist kein – jedenfalls kein problematischer – Fall des Paternalismus, wenn der Betroffene die Baufälligkeit der Brücke gar nicht kennt: „Denn Freiheit besteht darin, zu tun, was man will, und der Betreffende will ja nicht ins Wasser fallen.“<sup>51</sup> Erst wenn er die relevanten Informationen erlangt hat, kann er autonom entscheiden, ob er das Risiko auf sich nimmt.<sup>52</sup>

#### b) Der libertäre Paternalismus

Diesen Umstand machen sich Vertreter eines libertären Paternalismus („Libertarian Paternalism“) zunutze, dessen Ausgangspunkt die Beobachtung ist, dass wir alle nicht so autonom und informiert entscheiden, wie wir meinen. Psychologische Erkenntnisse belegen, dass Entscheidungen häufig von bestimmten Rahmenbedingungen abhängen, die wir

50 Dementsprechend akzeptiert die Verfassungsrechtsprechung auch paternalistische Eingriffe gegenüber psychisch Kranken (vgl. *BVerfGE* 58, 208, 225: „Bei psychischer Erkrankung wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgereisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist.“) und Heranwachsenden (vgl. *BVerfG*, NJW 2012, S. 1062 ff., zum Verbot des Besuchs von Sonnenstudios).

51 *Mill* (Fn. 48), S. 132.

52 In der Medizin beruht ersichtlich das Konzept des „Informed Consent“ auf diesem Gedanken; vgl. dazu nur *Tom L. Beauchamp/James F. Childress*, *Principles of Bio-medical Ethics*, 6. Aufl. 2009, S. 117 ff.; ferner etwa *Barbara Advena-Regnery*, *Informed Consent*, in: Johann S. Ach (Hrsg.), *Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin*, 2013, S. 29 ff.

gar nicht als solche erkennen und die uns in die Irre führen können. Von besonderer Bedeutung waren und sind diese Einsichten für die Wirtschaftswissenschaften, die den Idealtypus des stets rationalen, allwissenden und nutzenmaximierenden „Homo Oeconomicus“ zugunsten eines realistischeren Modells des menschlichen Entscheidungsverhaltens weithin aufgegeben haben.<sup>53</sup> So konnte in der Psychologie und in der Verhaltensökonomik (Behavioral Economics) etwa gezeigt werden, dass menschliche Verhaltens- und Konsumententscheidungen von der jeweiligen Standardeinstellung abhängen (Status quo-Effekt).<sup>54</sup> Auch neigen Menschen zu einer Gegenwartsprivilegierung in dem Sinne, dass sie gegenwärtigen und kurzfristigen Nutzen über- und langfristigen Nutzen unterschätzen. Zudem zeigen sie bei der Bewertung von Risiken einen übermäßigen Optimismus („Mich wird es schon nicht treffen“). Risiken werden weiterhin stark abhängig davon eingeschätzt, ob entsprechende Informationen zur Verfügung stehen, weil sich etwa gerade ein derartiges Risiko spektakulär realisiert hat; so werden bestimmte Versicherungen vermehrt abgeschlossen, wenn sich gerade eine entsprechende Katastrophe ereignet hat – obwohl dieser Umstand an dem Risiko natürlich nichts ändert („Availability Bias“). Und schließlich werden mögliche Verluste häufig sehr viel höher gewichtet als mögliche Gewinne; diese Verlustaversion kann bekanntlich insbesondere bei Entscheidungen über finanzielle Anlagen zu eigenartigen Ergebnissen führen („Endowment-Effekt“). Zahlreiche weitere „Cognitive Biases“ ließen sich hier nennen. Aus einer Perspektive, die derartige Entscheidungen mit dem Idealbild eines rationalen Nutzenmaximierers vergleicht, ist menschliches Verhalten daher oft zutiefst unvernünftig und defizitär: Wir rauchen, essen und trinken zu viel, bewegen uns zu wenig und fahren zu schnell mit dem Auto und ruinieren dadurch unsere Gesundheit. Ebenso treffen wir irrationale Anlage- und Konsumententscheidungen und verschwenden dadurch Ressourcen.

53 Zur Diskussion vgl. nur *Gebhard Kirchgässner*, Homo Oeconomicus – Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, 4. Aufl. 2013.

54 Vgl. dazu und zum Folgenden nur *Daniel Kahnemann*, Schnelles Denken, langsames Denken, 2012.

Wenn es richtig ist, dass derartige unkluge und ungesunde Entscheidungen häufig auf unbewusste Weise durch ihre Umstände und Rahmenbedingungen zustande kommen, liegt die Idee nahe, unsere Entscheidungen durch eine Veränderung dieser Umstände und Bedingungen zu „verbessern“. Dies ist der Ansatz des Nudging, der in den letzten Jahren viel Aufmerksamkeit gefunden hat.<sup>55</sup> Einen „Stups“ (Nudge) zu geben, kann etwa bedeuten, das gesunde Essen in einer Schulcafeteria in Augenhöhe zu platzieren, während die Schokoriegel in die unteren Fächer verbannt werden. Wenn Arbeitnehmern eine betriebliche Altersvorsorge angeboten wird, werden mehr Verträge abgeschlossen, wenn man sich dazu nicht gesondert entschließen muss, sondern die Überweisung eines Teils des Gehalts in einen entsprechenden Sparplan die Standardeinstellung ist. Und wir wissen aus Umfragen, dass sehr viel mehr Bürger die Organspende befürworten, als letztlich tatsächlich einen Spendeausweis ausfüllen; vermutlich könnte man das Organaufkommen steigern, wenn die Spendebereitschaft der Normalfall wäre, man also seinen Widerspruch und nicht seine Zustimmung zur Organspende erklären müsste.<sup>56</sup>

Die beispielhaft genannten Nudges beruhen alle darauf, dass sie eine gewisse Trägheit des menschlichen Entscheidungsverhaltens ausnutzen, indem sie die Standardeinstellung („Default Rule“) verändern. Nicht alle Nudges sind dieser Art; so können Entscheidungen etwa auch dadurch beeinflusst werden, dass den Bürgern Informationen zur Verfügung gestellt werden (z.B. Angaben zu dem Kaloriengehalt eines Lebensmittels) oder die Umwelt auf andere Weise verändert wird (z.B. durch auf den Bürgersteig gemalte Fußabdrücke, die den Weg zum nächsten Mülleimer weisen).<sup>57</sup> Eine allgemeine Definition der Instrumente, die als Nud-

55 Vgl. grundlegend *Richard H. Thaler/Cass R. Sunstein*, Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness, 2008; aus diesem Buch stammen auch die folgenden Beispiele. Zuvor bereits *dies.*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, Univ. of Chicago LR 70 (2003), S. 1159 ff. Umfassende Darstellung jetzt bei *Robert Neumann*, Libertärer Paternalismus, 2013.

56 Inwieweit dieser Zusammenhang tatsächlich besteht, ist allerdings umstrittener, als *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 55), S. 184 ff., annehmen.

57 Eine Nudge-Typologie, die auf Bewertungsfragen ausgerichtet ist, findet sich etwa bei *Karen Yeung*, Nudge as Fudge, Modern Law Review 75 (2012), S. 122 ff.

ges aufgefasst werden, könnte aus den folgenden drei Elementen bestehen.<sup>58</sup>

- Nudges beschränken – jedenfalls in einem substantiellen Sinne – die Wahlfreiheit nicht, sondern modellieren lediglich die Entscheidungsarchitektur. Niemandem ist es in den genannten Beispielen verwehrt, doch den Schokoriegel aus dem unteren Regal zu wählen, die betriebliche Altersvorsorge abzulehnen oder sich gegen eine Organspende zu entscheiden. Es geht also keinesfalls um zwingende Ge- und Verbote, aber auch nicht einmal um Anreize: Das „unklugen“ Verhalten wird nicht besteuert oder sonst finanziell oder auf andere Weise benachteiligt; ebenso wird das „erwünschte“ Verhalten nicht prämiert. Gewisse Kosten entstehen allenfalls durch die Obliegenheit des „Opt out“: Man muss nach dem Schokoriegel Ausschau halten und sich bücken, und man muss seine fehlende Bereitschaft zur Organspende oder zur Teilnahme an einem Programm der Altersvorsorge erklären.<sup>59</sup> Aber es ist zuzugeben, dass das eher in den Bereich der Lästigkeiten als der ernsthaften Kosten und Nachteile fällt.<sup>60</sup> Aus Sicht seiner „Erfinder“ rechtfertigt es dies, von einem „libertären“ Paternalismus zu sprechen.<sup>61</sup>

58 Im Anschluss an *Christopher McCrudden*, Nudging and Human Dignity, VerfBlog, 2015/1/06, <http://www.verfassungsblog.de/nudging-human-dignity/>, der wiederum auf *Luc Bovens*, The Ethics of Nudge, in: *Till Grüne-Yanoff/Sven Ove Hansson* (Hrsg.), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, 2009, S. 207 ff., verweist.

59 Vgl. dazu *Cass R. Sunstein*, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism, 2014, S. 57 ff.; und die Diskussion bei *Yashar Saghai*, Salvaging the Concept of Nudge, *Journ. of Medical Ethics* 39 (2013), S. 487 ff., und in den nachfolgenden Kommentaren zu diesem Artikel.

60 Dies gilt jedenfalls bei isolierter Betrachtung der einzelnen Maßnahme. Dass sich diese Lästigkeiten bei einem flächendeckenden Einsatz von Nudges aufsummieren könnten, betont *Gertrude Lübbe-Wolff*, Constitutional Limits to Health-related Nudging – A Matter of Balancing, VerfBlog, 2015/1/05, <http://www.verfassungsblog.de/constitutional-limits-health-related-nudging-matter-balancing/>.

61 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 55), S. 5 f. und passim. Dass hier nicht einfach von einem „liberalen“ Paternalismus gesprochen wird, dürfte sich aus dem Sprachgebrauch der amerikanischen Diskussion erklären, in der der Begriff „liberal“ eine sozialdemokratische Einfärbung besitzt.

- Nudges zeichnen sich ferner dadurch aus, dass sie an die Besonderheiten und Defizite des menschlichen Entscheidungsverhaltens, die in der Verhaltensökonomik analysiert worden sind, anknüpfen, indem sie die Entscheidungsschwächen auszugleichen versuchen (etwa durch die Zurverfügungstellung von Informationen) oder sie sogar ausnutzen (etwa die Trägheit durch eine Veränderung der Standardeinstellung).
- Kein notwendiges Definitionsmerkmal ist schließlich der Umstand, dass Nudges das Wohlergehen der beeinflussten Person zu fördern beabsichtigen. Wie das Beispiel der Gegenüberstellung von Zustimmungs- und Widerspruchslösung bei der Organspende zeigt, können Default-Einstellungen auch dazu verwendet werden, ein Allgemeininteresse zu fördern: Denn die Organspende liegt sicherlich nicht im unmittelbaren Interesse des jeweiligen Spenders.<sup>62</sup> Ähnlich können Nudges andere Gemeinwohlziele – etwa des Umweltschutzes – zu befördern suchen. Derartige „Stupser“ zugunsten der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit werfen eigene Probleme auf: Auf der einen Seite können sie als problematischer angesehen werden, weil sie den Betroffenen nicht in seinem eigenen Interesse „manipulieren“, auf der anderen Seite entsteht dadurch aber nicht das klassische Problem des Paternalismus. Gelegentlich mag es auch schwierig sein, zwischen den beiden Fallkonstellationen eindeutig zu unterscheiden, weil selbstschädigendes Verhalten auch die Interessen Dritter berühren kann.<sup>63</sup> Trotzdem gibt es natürlich auch ein selbstschädigendes Verhalten, das die Interessen Dritter in keiner relevanten Weise berührt; unkluge Konsumentenentscheidungen, die durch manipulative Werbung verursacht werden, sind regelmäßig nur für den jeweiligen Konsumenten von Nachteil. Die folgenden Ausführungen

62 Dies betonen auch *Jamie Kelly*, *Libertarian Paternalism, Utilitarianism, and Justice*, in: Christian Coons/Michael Weber (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 216 ff.; *Daniel M. Hausman/Brynn Welch*, *Debate: To Nudge or Not to Nudge*, *The Journ. of Polit. Philos.* 18 (2010), S. 123, 125; *Jeremy Waldron*, *It's All for Your Own Good*, *NY Rev. of Books* 61 (2014), No. 15 v. 9.10.2014.

63 Vgl. dazu schon oben bei Fn. 36. Zu dieser Problematik im Rahmen des libertären Paternalismus vgl. etwa *Riccardo Rebonato*, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, 2012, S. 232 ff.

rungen beschränken sich auf Nudges, die allein dadurch begründet sind, dass sie derartige Schädigungen im Interesse des Betroffenen selbst zu verhindern versuchen: Denn nur hier tritt das Problem des Paternalismus in seiner reinen Form auf und in diesem Sinne einer – wenn auch „libertären“ – paternalistischen Politik sind Nudges auch in die Diskussion eingeführt worden.

### *c) Nudging: Pro und Contra*

Über die Einschätzung und Bewertung des Einsatzes von Nudges wird sowohl in der politischen Öffentlichkeit als auch in der Fachphilosophie äußerst kontrovers diskutiert. Während der libertäre Paternalismus auf der einen Seite emphatisch als Regulierungsinnovation begrüßt wird, werden auf der anderen Seite grundlegende Bedenken gegen seine Sinnhaftigkeit und Zulässigkeit erhoben.

Von seinen Erfindern wird der Nudging-Ansatz – wenig erstaunlich – als eine effektive und zugleich freiheitsverträgliche Form der Regulierung vorgestellt. Neben dem Umstand, dass Nudges die Wahlfreiheit nicht beschränken, wird insoweit auch darauf verwiesen, dass eine Beeinflussung des menschlichen Verhaltens durch die Entscheidungsumstände gar nicht vermeidbar sei. Nicht nur die Werbewirtschaft nutze die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik; auch der Zufall und die Natur beeinflussten unsere Entscheidungen: Egal, wie und durch wen die Speisen in der Cafeteria angeordnet werden – jede Anordnung habe Auswirkungen auf das Konsumentenverhalten. Dann sei es aber sinnvoll, die Anordnung so vorzunehmen, dass sie zu einer gesünderen Ernährung führe; jedenfalls sei eine Fundamentalopposition dagegen, dass menschliche Entscheidungen überhaupt gesteuert werden, sinnlos.<sup>64</sup>

Die Politik hat sich des Nudging-Ansatzes jedenfalls interessiert angenommen: Nachdem es in den USA und in Großbritannien bereits vor einigen Jahren zur Gründung entsprechender Regulierungseinrichtungen („Behavioural Insights Team“, „Nudge Unit“) gekommen war, hat kürzlich auch die deutsche Bundesregierung drei Stellen für Bewerber

64 Zu dieser Argumentation vgl. *Sunstein* (Fn. 59), S. 118 ff.



mit „hervorragenden psychologischen, soziologischen, anthropologischen, verhaltensökonomischen bzw. verhaltenswissenschaftlichen Kenntnissen“ besetzt, die helfen sollen, durch den Einsatz von Nudges „effektiver zu regieren“.<sup>65</sup> Auch die deutsche Rechtswissenschaft hat das Instrument bereits – und durchaus zustimmend – diskutiert.<sup>66</sup> In der politischen Praxis gibt es bereits spektakuläre Fälle des Einsatzes von Nudges; dazu gehört insbesondere das zeitweilige Verbot des Verkaufs von zuckerhaltigen Limonaden in XXL-Größen („Big Gulp“) in New York: Niemandem wurde verboten, so viel Cola zu trinken, wie er mochte, aber es wurde ihm etwas schwerer gemacht, große Mengen zu sich zu nehmen.<sup>67</sup> Tatsächlich ist es gut nachvollziehbar, dass Ansätze einer verhaltensökonomischen Steuerung für die Politik auf manchen Handlungsfeldern attraktiv sind. Insbesondere mit Blick auf das gesundheitsbezogene Verhalten haben sich traditionelle Aufklärungs- und Informationskampagnen als nicht sonderlich wirksam erwiesen, während strikte Ge- und Verbote hier aufgrund ihres paternalistischen Charakters weithin abgelehnt werden und auch verfassungsrechtlich pro-

- 65 Zur Entwicklung der Nudging-Regulierung vgl. *Rhys Jones/Jessica Pykett/Mark Whitehead*, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, 2013. Zu Entwicklungen in der Verbraucherpolitik vgl. *Lucia A. Reisch/Julia Sandrini*, *Nudging in der Verbraucherpolitik*, 2015.
- 66 Vgl. etwa *Horst Eidenmüller*, *Liberaler Paternalismus*, JZ 2011, S. 814 ff.; *Ulrich Smeddinck*, *Regulieren durch „Anstoßen“*, DV 44 (2011), S. 375 ff.; *ders.*, *Der Nudge-Ansatz – eine Möglichkeit, wirksam zu regieren?*, ZRP 2014, S. 245 ff. Vgl. ferner *Anne van Aaken*, *Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus*, in: *Anderheiden u.a.* (Fn. 36), S. 109 ff.; *Tristan Barczak*, *Staatliche Gesundheitssteuerung zwischen Nachtwächterstaat und Nanny-State*, in: *Ach* (Fn. 52), S. 65, 111 ff.; *Gunnar Folke Schuppert*, *Zwischen Freiheit und Bevormundung. Das Konzept des libertären Paternalismus aus governancetheoretischer Perspektive*, in: *FS Schmidt-Jortzig*, 2011, S. 291 ff.; zuletzt *Johanna Wolff*, *Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, RW 2015, S. 194 ff.
- 67 Zur Diskussion vgl. etwa *Brownsword* (Fn. 30), S. 235 ff.; *Alex Rajczi*, *Case Discussion: Formulating and Articulating Public Health Policies: The Case of New York City*, *Public Health Ethics* 6 (2013), S. 246 ff.; *Sarah Conly*, *Coercive Paternalism in Health Care: Against Freedom of Choice*, ebd., S. 241 ff.; *dies.*, *Three Cheers for the Nanny State*, *The New York Times* v. 25.3.2013, S. A 23; *Lawrence O. Gostin*, *Bloomberg’s Health Legacy. Urban Innovator or Meddling Nanny?*, *Hastings Center Report* 43 (2013), Heft 5, S. 19 ff.

blematisch wären.<sup>68</sup> Nudges versprechen hier nicht nur eine gleichzeitig effektive und schonende Regulierung, sondern eröffnen auch die Chance, soziale Schichten zu erreichen, die Informationen nicht wahrnehmen oder zumindest nicht handlungswirksam werden lassen.<sup>69</sup>

Gleichzeitig gibt es in der Öffentlichkeit auch ein Unbehagen an einer Politik, die auf unmerkliche Steuerung zugunsten eines „klügeren“ Entscheidungsverhaltens setzt. In der politischen Philosophie wie der Rechtsphilosophie ist bereits aus unterschiedlichen Perspektiven versucht worden, dieses Unbehagen auf den Begriff zu bringen. Befürchtet wird zunächst, dass eine Politik des libertären Paternalismus letztlich unwirksam bleibe und lediglich dazu führe, dass die traditionellen Regulierungsinstrumente der Politik geschwächt werden oder gar aus dem Blick geraten. In dieser Perspektive ist Nudging das Instrument einer neoliberalen Politik, die die Hoffnung auf die Durchsetzbarkeit „harter“ und effektiver Regulierung bereits aufgegeben und den demokratisch urteilsfähigen Bürger durch den lenkungsbedürftigen Konsumenten ersetzt hat.<sup>70</sup> Diese regulierungspolitischen Einwände sind durchaus ernst zu nehmen. Sie sollen hier aber nicht näher diskutiert werden, weil sie sich nicht in spezifischer Weise gegen das paternalistische Element einer derartigen Politik richten. Im Gegenteil: Die Argumentation tritt hier gelegentlich sogar für einen „härteren“ Paternalismus ein und thematisiert die Vor- und Nachteile des Nudging gerade für die Konstellationen, in denen es (auch) um die Interessen Dritter geht.<sup>71</sup>

Nudges setzen an Verhaltensmustern und Entscheidungsdefiziten an, die typisch, aber natürlich nicht bei allen Menschen in jeder Situation in

68 Vgl. insoweit nur die bereits erwähnte (vgl. oben II.2.) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Rauchverboten.

69 Obgleich die Problematik der sozialen Gesundheitsungleichheiten bei *Sunstein/Thaler*, Nudge (Fn. 55), keine Rolle spielt; vgl. dazu *Jean-Frederick Ménard*, A „Nudge“ for Public Health Ethics: Libertarian Paternalism as a Framework for Ethical Analysis of Public Health Interventions?, *Public Health Ethics* 3 (2010), S. 229, 235. Zur Schichtenspezifität des Gesundheitsverhaltens vgl. bereits oben bei I.2.

70 In diesem Sinne etwa *Jeff King*, Why not Nudge?, *VerfBlog*, 2015/1/05, <http://www.verfassungsblog.de/not-nudge/>. Vgl. auch *Sabine Frerichs*, False Promises? A Sociological Critique of the Behavioural Turn in Law and Economics, *J Consum Policy* 34 (2011), S. 289 ff.

71 Vgl. *King* (Fn. 70).

der gleichen Weise ausgeprägt sind. Dies hat dem Nudging-Ansatz ferner den Vorwurf eingebracht, zu undifferenziert vorzugehen („One Size Does not Fit All“) und dadurch zu einer problematischen Umverteilung von den reflektierten zu den impulsiven Entscheidern zu führen.<sup>72</sup> Auch dieser Einwand mag an sich berechtigt sein, führt aber schwerlich zum Kern des Problems und zu einem durchschlagenden Einwand. Dies liegt nicht nur daran, dass die Kosten des Nudging für diejenigen, die nicht davon profitieren, äußerst gering sind. Man wird auch fragen müssen, ob jedenfalls auf der Ebene des Rechts überhaupt Regulierungen denkbar sind, die in ihrer notwendigen Allgemeinheit nicht immer auch Einzelfälle erfassen, die eigentlich vom Regelungszweck her nicht „passen“. Insofern trifft der gegen den – selbstverständlich typisierenden und schematisierenden – Einsatz von Nudges erhobene Vorwurf im Grunde jede Art der allgemeinen Regulierung.<sup>73</sup>

Den intuitiv vielfach geteilten Bedenken näher kommt eine Argumentation, die den tendenziell manipulativen Charakter des Nudging betont. Tatsächlich beruht das Instrumentarium des libertären Paternalismus darauf, dass an weithin unbewusste Entscheidungsmuster angeknüpft wird oder deren Schwächen sogar – wie bei der Veränderung von Standardvorgaben – ausgebeutet werden, um zu „besseren“ Entscheidungen zu gelangen. Politiker und Regulierungsexperten nutzen also – so könnte man es jedenfalls sehen – unbewusste menschliche Schwächen, um das Verhalten der Bürger in die genehme Richtung zu lenken. Einwände gegen diese Art der „Manipulation“ treffen allerdings – was die Kritiker auch eingestehen<sup>74</sup> – zunächst von vornherein nur einen Teil der vorgeschlagenen Nudges. So spricht die reine Informationsvermitt-

72 Zu diesem Einwand vgl. etwa *Gregory Mitchell*, Review Essay. Libertarian Paternalism is an Oxymoron, *Northwestern Univ. LR* 99 (2005), S. 1245, 1269 ff.; *Christian Coons/Michael Weber*, Paternalism – Issues and Trends, in: dies. (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013, S. 1, 18. Vgl. auch die Diskussion bei *Sunstein* (Fn. 59), S. 96 ff.

73 Vgl. dazu nur *Stefan Huster*, Pauschalierung und Typisierung im Sozialrecht, in: FS für Rolf Wank, 2014, S. 193 ff. mwN.

74 Vgl. *Hausman/Welch* (Fn. 62), S. 126 ff.; *T. Martin Wilkinson*, Nudging and Manipulation, *Political Studies* 61 (2013), S. 341 ff.; *Waldron* (Fn. 62). In die Richtung dieses Manipulationsvorwurfs gehen auch die Einwände von *Udo Di Fabio*, vgl. *Spiegel* 15/2015, S. 38 f.: „Wir sind keine Labormäuse“.

lung das rationale Vermögen der Adressaten an und fordert gerade zu einer reflektierten Entscheidung auf; hier wird man schwerlich einen Manipulationsvorwurf erheben können.<sup>75</sup> Daran zeigt sich ferner, dass dieser Einwand auf Nudges als Instrument oder Mittel bezogen ist, nicht dagegen auf das Ziel der Nudging-Politik als solcher. Dem entspricht schließlich auch die rechtsphilosophische Begrifflichkeit, mit deren Hilfe diese Kritik formuliert wird. Da auch „manipulative“ Nudges die Verhaltensfreiheit nicht oder nur unwesentlich beschränken, kann insofern – anders als gegenüber klassischen staatlichen Freiheitseingriffen – nicht auf einen Grundsatz der Handlungsfreiheit und ein entsprechendes Recht abgestellt werden. Vielmehr muss man hier bereits bei der Entscheidungsfindung ansetzen, die durch Nudges beeinflusst wird. Dies setzt allerdings einen stärkeren Freiheits- oder Autonomiebegriff im Sinne eines Rechts auf unmanipulierte Willensbildung voraus, zu dessen Begründung dann auch teilweise die Menschenwürde herangezogen wird.<sup>76</sup>

Diese Kritik spricht einen wichtigen Punkt an, der auch von verfassungsrechtlicher Bedeutung ist, da sich die Frage stellt, wie die Transparenzgebote der Verfassung – etwa der Vorbehalt des Gesetzes – mit Blick auf Maßnahmen mobilisiert werden können, die keine klassischen Freiheitseingriffe darstellen.<sup>77</sup> Letztlich stehen den Vertretern des liber-

75 Dabei wird hier außer Acht gelassen, dass auch die Formulierung und Aufbereitung von Informationen, ihr „Framing“, Lenkungseffekte haben können. Um nur den Standardfall zu nennen: Die Aussage „90% der Patienten überleben die Operation“ erhöht die Bereitschaft erheblich, in einen medizinischen Eingriff einzuwilligen, im Vergleich zu der Formulierung „10% der Patienten sterben bei der Operation“.

76 Zu entsprechenden Konstruktionen vgl. insbesondere *Hausman/Welch* (Fn. 62), S. 128; ferner *McCrudden* (Fn. 58); *Till Grüne-Yanoff*, Old Wine in New Casks: Libertarian Paternalism still Violates Liberal Principles, *Social Choice and Welfare* 38 (2012), S. 635, 636 ff. Einen interessanten Anwendungsfall stellt der Versuch dar, die Steuermoral der Bürger zu heben, indem säumige Steuerschuldner darauf hingewiesen werden, dass sie zu einer kleinen Minderheit gehörten, während die meisten Mitbürger bereits pünktlich gezahlt hätten (vgl. *Die Zeit* v. 28.5.2015, S. 30): Kommt es bei diesem „kleinen psychologischen Trick“ (ebd.) darauf an, ob dieser Hinweis der Wahrheit entspricht? Oder darf die Finanzverwaltung die Steuerschuldner auch frech anlügen, weil der gute Zweck dieses Mittel heiligt?

77 Vgl. dazu etwa *Martin Eifert*, Nudging as a Matter of Politics, *VerfBlog*, 2015/1/08, <http://www.verfassungsblog.de/nudging-matter-politics/>.

tären Paternalismus aber gute Antworten zur Verfügung, um dieser Kritik zu begegnen: Weder die konkrete Nudging-Maßnahme noch die gesamte Nudging-Regulierung geschehen nämlich notwendigerweise hinter dem Rücken der Adressaten. So ist es durchaus denkbar, dass jeweils offen darüber informiert wird, dass eine bewusste Gestaltung der Entscheidungsarchitektur stattfindet; für einzelne Nudges gibt es bereits Untersuchungen, dass deren Wirksamkeit dadurch nicht beeinträchtigt wird.<sup>78</sup> Auch auf der Ebene der politischen Grundsatzentscheidung, Nudging-Instrumente einzusetzen, spricht grundsätzlich nichts gegen einen transparenten Entscheidungsprozess. Dementsprechend haben die Vertreter des libertären Paternalismus auch keine Probleme, ihren Kritikern an dieser Stelle entgegenzukommen und einen „Publicity-Vorbehalt“ zu formulieren.<sup>79</sup> Ist der Einsatz von Nudges aber in einem offenen politischen Prozess beschlossen worden, spricht selbst dann, wenn diese Instrumente menschliche Entscheidungsschwächen ausnutzen und in der konkreten Situation gar nicht von den Betroffenen bemerkt werden, nicht viel dafür, dass Nudges schlechthin bedenklich sind. Schließlich kennen wir in modernen politischen Rechtsordnungen auch andere Formen eines derartigen „Autopaternalismus“, mit deren Hilfe wir uns gegen vorhersehbare Irrationalitäten schützen; selbst die verfassungsrechtlichen Bindungen kann man letztlich dazu zählen.<sup>80</sup>

Die bisher erörterte Kritik des libertären Paternalismus hat regulierungspolitische Aspekte, seine mangelnde Zielgenauigkeit sowie normative Probleme des Instrumentariums angesprochen. Daneben ist aber noch eine weitere Intuition verbreitet, die fragt, ob eine Nudging-Politik nicht grundsätzlich verfehlt ist, weil Staat und Recht hier plötzlich in eine ganz andere Rolle geraten, wenn sie die Bürger zu „klügeren“ oder „besseren“ Entscheidungen zu führen versuchen. In der öffentlichen Diskussion äußert sich diese Kritik in dem – so oder ähnlich formulier-

78 Vgl. *George Loewenstein u.a.*, Warning: You Are About to Be Nudged, 2014 (<http://ssrn.com/abstract=2417383>).

79 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 55), S. 243 ff.; *Sunstein* (Fn. 59), S. 144 ff. Zur Diskussion vgl. *Coons/Weber* (Fn. 72), S. 19 ff.

80 Zur Diskussion vgl. nur *Hubertus Buchstein*, Selbstbindung als verfassungstheoretische Figur, in: Jürgen Gebhardt/Rainer Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Demokratie, Verfassung und Nation*, 1994, S. 231 ff.

ten – Vorbehalt, die individuelle Lebensführung gehe den Staat nichts an und eine Politik, die den Schutz der Bürger vor den Folgen ihrer eigenen Entscheidungen bezwecke, gerate auf den Abweg zu einem paternalistischen Bevormundungsstaat.<sup>81</sup> Dieser Einwand fokussiert nicht auf die Mittel, sondern auf Ziel und Zweck eines libertären Paternalismus. Er ist daher auch nicht ausschließlich auf das Instrument des Nudging bezogen, sondern thematisiert in fundamentaler Weise die Legitimationsgrundlagen einer libertär-paternalistischen Politik. Tatsächlich liegt hier, wie im Folgenden gezeigt werden soll, der heikle Punkt des libertären Paternalismus.

#### *d) Der eudaimonistische Hintergrund*

Die Grundformel des libertären Paternalismus lautet, dass Nudges den Zweck verfolgen, „to influence choices in a way that will make choosers better off“, „to influence people’s behavior in order to make their lives longer, healthier, and better“ oder „to steer people’s choices in directions that will improve their lives“.<sup>82</sup> Schaut man nun auf die einschlägigen Beispiele, so geht es insbesondere darum, dass Menschen sich gesünder verhalten, mehr für das Alter sparen oder rationalere Konsumententscheidungen treffen sollen. Das Ziel des Nudging ist in dieser Formulierung also zunächst materieller Natur: Es geht um ein besseres, gelungeneres oder glücklicheres Leben des Einzelnen.

Dass Staat und Politik dieses Ziel anstreben, ist zunächst dem bekannten Einwand von *John Stuart Mill* ausgesetzt, dass der Einzelne besser als jeder andere – zumal der Staat – wisse, was für ihn das gute Leben oder sein Glück ausmache, und derartige paternalistische Ambitionen daher unzulässig seien.<sup>83</sup> Aber die Verfechter einer Nudging-Politik haben schnell bemerkt, dass dieses epistemische Argument auf einer empirischen Prämisse beruht, die nach ihrer Ansicht durch die Er-

81 Aus der Tagespresse mit dieser Tendenz etwa *Karen Horn*, „Sklavenhalter der Zukunft“, FAZ v. 11.3.2013.

82 *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 55), S. 5.

83 Vgl. *Mill* (Fn. 48), S. 103 ff.

kenntnisse der Verhaltensökonomik widerlegt ist: dass Menschen wissen, was ihnen gut tut. Vielmehr sehen wir, dass und warum Menschen oft Entscheidungen treffen, die – zumindest auf den ersten Blick – für ihr Leben nicht gut sind. Es ist dann nicht ausgeschlossen, dass diese Einsichten von benevolenten und klugen Entscheidungsarchitekten zum Wohle der Betroffenen eingesetzt werden können.<sup>84</sup>

Aber es gibt gegen den staatlichen Versuch, „to move people in directions that will make their lives better“, einen sehr viel grundsätzlicheren Einwand: Der Staat hat nicht die Kompetenz, das Wohl oder Glück der Bürger inhaltlich zu bestimmen, sondern muss es ihnen selbst überlassen zu entscheiden, was ihr Leben besser macht. Diese Zurückhaltung oder Neutralität ist geradezu ein Wesenszug des modernen Staates, der für die – auch materiellen – Freiheitsvoraussetzungen Verantwortung trägt, aber nicht für die Freiheitseinhalte. In diesem Sinne sind freiheitliche politische Ordnungen immer auf die Freiheit und nicht auf das Wohl oder Glück der Bürger ausgerichtet. *Kant* hat diesen anti-eudaimonistischen Charakter freiheitlicher Ordnungen im Unterschied zu dem Paternalismus der absolutistischen Fürstenstaaten wirkungsmächtig auf den Begriff gebracht:

„Niemand kann mich zwingen, auf seine Art (wie er sich das Wohlsein anderer Menschen denkt) glücklich zu sein, sondern ein jeder darf seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen, welcher ihm selbst gut dünkt, wenn er nur der Freiheit anderer, einem ähnlichen Zwecke nachzustreben, die mit der Freiheit von jedermann nach einem möglichen allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, (d.i. diesem Rechte des andern) nicht Abbruch tut. – Eine Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines *Vaters* gegen seine Kinder errichtet wäre, d.i. eine *väterliche Regierung* (*imperium paternale*), wo also die Untertanen als unmündige Kinder, die nicht unterscheiden können, was ihnen wahrhaftig nützlich oder schädlich ist, sich bloß passiv zu verhalten genötigt sind, um, wie sie glücklich sein *sollen*, bloß von dem Urteile des Staatsoberhauptes, und, daß dieser es auch wolle, bloß von seiner Gütigkeit zu erwarten: ist der größte denkbare *Despotismus*

84 Dass staatliche Entscheidungsarchitekten auch nicht gegen Irrtümer gefeit sind, darf dabei natürlich nicht übersehen werden; vgl. dazu etwa *Edward L. Glaser*, *Paternalism and Psychology*, *The Univ. of Chicago LR* 73 (2006), S. 133 ff.; *Pierre Schlag*, *Nudge, Choice Architecture, and Libertarian Paternalism*, *Michigan LR* 108 (2010), S. 913, 917 f.; *Rebonato* (Fn. 63), S. 221 ff.; *Waldron* (Fn. 62) sowie die Diskussion bei *Sunstein* (Fn. 59), S. 100 ff.

(Verfassung, die alle Freiheit der Untertanen, die alsdann gar keine Rechte haben, aufhebt).“<sup>85</sup>

Diese Dimension der Paternalismus-Diskussion gerät nur in den Blick, wenn man nicht allgemein moralphilosophisch argumentiert, sondern in sehr viel spezifischerer Weise mit der politischen Philosophie über die Aufgaben und Grenzen der öffentlichen Gewalt nachdenkt.<sup>86</sup> Insoweit ist es auch zweifelhaft, ob man aus dem Umstand, dass allenthalben Einfluss auf menschliche Entscheidungen genommen wird, kurzerhand schließen kann, dass dann auch – in bester Absicht – der Staat dazu berechtigt sei.<sup>87</sup> Aus Sicht der politischen Philosophie macht es nämlich einen erheblichen Unterschied, ob Eltern, Freunde, Werbeagenturen, die Natur und der Zufall „nudgen“ – oder der Staat, der besonderen Beschränkungen und Rechtsbindungen unterliegt.

Auch die Vertreter des libertären Paternalismus können sich dem kantischen Einwand nicht entziehen und verfolgen zwei Strategien, um ihm zu begegnen. Zum einen ist versucht worden, eine *Unterscheidung von Mitteln und Zielen* des individuellen Wohlergehens aufzumachen: Das Nudging betreffe nur die Mittel, die die Einzelnen – fälschlicherweise – als geeignet zur Erreichung ihres Wohlergehens ansehen; was das Ziel ist, was das Wohlergehen also inhaltlich ausmacht, bleibe dagegen offen. Es handle sich daher nur um einen „means paternalism“, nicht um einen „ends paternalism“.<sup>88</sup> Nun ist es aus der handlungstheoretischen Debatte bekannt, dass die Unterscheidung von Mitteln und Zielen bzw. Zwecken notorisch instabil ist: Was aus der einen Perspektive schon ein Zweck ist, ist unter einer anderen Beschreibung noch ein Mittel.<sup>89</sup> Auch mit Blick auf das Nudging ist – wie seine Vertreter selbst

85 *Immanuel Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: ders., Werke. Hrsg. v. Wilhelm Weischedel, 1983, Bd. 9, S. 125, 145 f. Zum historischen Hintergrund vgl. *Ulrich Engelhardt*, Zum Begriff der Glückseligkeit in der kameralistischen Staatslehre des 18. Jahrhunderts, *Zeitschr. f. histor. Forschung* 8 (1981), S. 37 ff.

86 Dass dies häufig nicht geschieht, ist ein generelles Manko der Public Health-Ethik; vgl. dazu auch *Coggon* (Fn. 30), S. 601 ff.

87 Wie die Nudging-Apologeten annehmen; vgl. oben bei Fn. 64.

88 Vgl. *Sunstein* (Fn. 59), S. 61 ff. Die Unterscheidung wird in der Paternalismus-Diskussion auch oft als die Differenz von „weak“ und „strong paternalism“ bezeichnet.

89 Vgl. *Niklas Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität, 1973.



einräumen müssen<sup>90</sup> – die Unterscheidung in vielen Fällen reichlich unscharf. Nehmen wir das Cafeteria-Beispiel: Ist die Auswahl des Essens Mittel oder Zweck? Soweit man sich möglichst gesund ernähren will, ist es eher ein Mittel; und hier wäre der Schokoriegel die falsche Wahl. Geht es dagegen um den Genuss beim Essen selbst, kann man die Wahl auch als Mittel betrachten, das dann aber mit dem Zweck zusammenfällt: Der Schokoriegel wird gewählt, weil der Betroffene ihn gern isst; weitere Zwecke werden damit nicht verfolgt.<sup>91</sup> Es ist daher nicht sehr wahrscheinlich, dass sich über diese Unterscheidung die These verteidigen lässt, dass der libertäre Paternalismus keine substantiellen Entscheidungen über das Wohlergehen von Personen treffen muss.

Zum anderen liegt das Argument auf der Hand, dass die Betroffenen selbst sich so verhalten hätten, wie es das Nudging vorsieht, wenn sie vollständig – insbesondere auch über die Rahmenbedingungen ihrer Entscheidungsfindung – informiert gewesen wären. Es gehe also darum, „to influence choices in a way that will make choosers better off, *as judged by themselves*“.<sup>92</sup> Der libertäre Paternalismus würde die Menschen dann nur zu den Entscheidungen führen, die sie ohnehin „eigentlich“ treffen wollen; der Entscheidungsarchitekt wäre wie der Warner in Mills Brücken-Beispiel nur jemand, der wirklich freie Entscheidungen erst ermöglicht. Ihm ginge es dann nicht um eine möglichst vernünftige, sondern um eine möglichst autonome Entscheidung; nicht das Wohlergehen, sondern die autonome Bildung und Verwirklichung der Wünsche des Adressaten wäre sein Ziel.

Allerdings gibt es mancherlei Anzeichen dafür, dass die „as judged by themselves“-Klausel bei den Vertretern des libertären Paternalismus nicht mehr als ein rhetorisches Zugeständnis an die in unserer politischen Kultur tief verankerte Hochschätzung der Autonomie und der Zurückhaltungspflichten der öffentlichen Gewalt ist. Zunächst müsste die Politik des libertären Paternalismus ganz anders ausgerichtet sein, wenn es um die Förderung autonomer Entscheidungen ginge. Vorrangig wäre dann nicht das „Stupsen“ in eine bestimmte Richtung, sondern die Auf-

90 Vgl. Sunstein (Fn. 59), S. 63 ff.

91 Zu derartigen begrifflichen Unklarheiten, die man sich mit der Zweck-Mittel-Terminologie einhandelt, vgl. Stefan Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 147 ff.

92 Thaler/Sunstein, Nudge (Fn. 55), S. 5 (Hervorhebung im Original).

klärung der Bürger über die unbewussten Einflüsse, denen sie ausgesetzt sind, damit sie selbst entscheiden können, wie sie sich zu diesen Einflüssen verhalten.<sup>93</sup> Auch müsste es ein zentrales Ziel sein, die gezielte Ausnutzung von Entscheidungsdefiziten durch Dritte – insbesondere aus kommerziellen Motiven – zu verhindern. Beides spielt aber in den Ausführungen der libertären Paternalisten keine besondere Rolle.<sup>94</sup> Das ist schwerlich allein dadurch zu erklären, dass es tatsächlich und rechtlich schwierig ist, immer die notwendigen Informationen zur Verfügung zu stellen und die strategischen Einflussnahmen Dritter – etwa bestimmte Formen von Werbung und Produktgestaltung – zu verhindern.

Ferner findet sich nichts dazu, woher wir wissen, dass die Menschen – alle Menschen oder mindestens eine deutliche Mehrheit<sup>95</sup> – die den vorgeschlagenen Nudges zugrundeliegenden Wertungen überhaupt teilen.<sup>96</sup> Man muss nun schon sehr exzentrische Präferenzen haben, um ohne Not eine Brücke überqueren zu wollen, die beim Betreten mit hoher Wahrscheinlichkeit zusammenbrechen wird, aber in anderen Fällen ist das nicht so klar. Sind die Menschen denn wirklich willens und bereit, zugunsten ihrer Gesundheit in der Cafeteria regelmäßig zu den gesünderen Mahlzeiten zu greifen? Wollen sie nicht häufig auch ein gewisses Gesundheitsrisiko (mehr ist es ja nicht) dafür akzeptieren, dass ihnen das Essen richtig schmeckt? Müsste man nicht zumindest einmal eine Umfrage präsentieren, dass sie später ihre früheren Ernährungsgewohnheiten wirklich bereuen und sich nachträglich wünschen, sie wären durch einen Nudge zu einer gesünderen Ernährung veranlasst worden? All diese Fragen werden aber in den Schriften der Vertreter des libertären Paternalismus nicht diskutiert; stattdessen wird einfach unterstellt, dass etwa Gesundheit überragend wichtig sei und es deshalb auf der Hand liege, dass ein gesundheitsbewussteres Verhalten die Menschen „better off“ mache. Das überzeugt schon deshalb nicht, weil sich viele andere Fälle denken lassen, in denen wir plausiblerweise gesundheitli-

93 Diesen Einwand erhebt auch *Mitchell* (Fn. 72), S. 1255 ff.; vgl. noch *Mark D. White*, *The Manipulation of Choice and Libertarian Paternalism*, 2013, S. 137 ff.

94 In diesen Punkten trifft sich der Einwand mit der regulierungspolitischen Kritik (vgl. oben bei Fn. 70).

95 Zum – legitimerweise – typisierenden Charakter von Nudges vgl. oben bei Fn. 73.

96 Zu diesem Punkt vgl. auch *White* (Fn. 93), S. 61 ff.

che Risiken eingehen, um andere Interessen zu verwirklichen. Man dürfte sonst kaum mehr die Straße überqueren, von Reisen in ferne Länder ganz zu schweigen: Jeder Epidemiologe wird bestätigen, dass der Besuch mancher asiatischer oder afrikanischer Länder schon wegen der Gefahr der Ansteckung mit Krankheiten ein signifikantes Gesundheitsrisiko darstellt, und es gibt nicht wenige Menschen, die deshalb darauf verzichten. Aber liegt es auf der Hand, dass das vernünftiger ist und im „eigentlichen“ Interesse jedes Einzelnen liegt, so dass der Staat sich auch dann, wenn er niemandem das Reisen verbietet, darüber ein Urteil anmaßen dürfte?<sup>97</sup>

Schließlich und vor allem zeigen die Ausführungen der Vertreter des libertären Paternalismus zum Verhältnis von Autonomie und Wohlergehen, dass die „as judged by themselves“-Klausel ein Lippenbekenntnis ist. Blieb dieses Verhältnis zunächst noch ungeklärt, haben seine Vertreter inzwischen ausführlicher dazu Stellung genommen. So hat insbesondere *Sunstein* in einer neueren Publikation klargemacht, dass es letztlich immer um Wohlergehen („Welfare“) gehe: Autonomie habe nur eine instrumentelle Bedeutung in dem Sinne, dass wir typischerweise am besten fahren, wenn wir selbst entscheiden – *Mills* epistemisches Argument<sup>98</sup> –, aber das sei nur eine widerlegbare intuitive heuristische Annahme: „On this view, it is much better, and much less crude,

97 Das Bundesverfassungsgericht hält einen derartigen „fürsorgerischen Paternalismus“ jedenfalls für unzulässig; vgl. *BVerfGE* 128, 282, 308: „Soweit unter dieser Voraussetzung ausnahmsweise eine Befugnis des Staates, den Einzelnen ‚vor sich selbst in Schutz zu nehmen‘ (...), anzuerkennen ist, eröffnet dies keine ‚Vernunfthoheit‘ staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt, dass dessen Wille allein deshalb beiseitegesetzt werden dürfte, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint. Auf eine eingriffslegitimierende Unfähigkeit zu freier Selbstbestimmung darf daher nicht schon daraus geschlossen werden, dass der Betroffene eine aus ärztlicher Sicht erforderliche Behandlung, deren Risiken und Nebenwirkungen nach vorherrschendem Empfinden im Hinblick auf den erwartbaren Nutzen hinzunehmen sind, nicht dulden will. Erforderlich ist eine krankheitsbedingte Einsichtsunfähigkeit oder Unfähigkeit zu einsichtsgemäßem Verhalten.“

98 Vgl. oben bei Fn. 83.

to focus directly on welfare. And on this view, autonomy disintegrates as an independent argument (...). The real question involves welfare.”<sup>99</sup>

Diese Formulierungen zeigen deutlich, dass es den libertären Paternalisten nicht um ein möglichst selbstbestimmtes, sondern um ein möglichst glückliches Leben geht.<sup>100</sup> Der libertäre Paternalismus mag weithin freiheitskompatibel sein, er ist aber nicht freiheitsmotiviert. Im Gegenteil: Wenn die freien Entscheidungen schädlich für Gesundheit, Wohlstand oder andere für wertvoll erachtete Güter sind, können sie auch ignoriert werden. Damit handelt sich der libertäre Paternalismus aber zwei Probleme ein, die letztlich auch der tiefere Grund für die Beunruhigung sein dürften, die viele Beobachter angesichts der Nudging-Euphorie empfinden: Wie soll nun bestimmt werden, was „Welfare“ ist? Und welchen Stellenwert haben Freiheit oder Autonomie noch in diesem Modell?

Wenn die libertären Paternalisten der Autonomie letztlich nur eine instrumentelle Funktion für die Verwirklichung von individuellem Wohlergehen oder einem guten und geglückten Leben – oder was an dieser Stelle auch immer mit „Welfare“ gemeint sein mag – zuschreiben, so können sie nicht einfach auf den – wenn auch „wirklichen“ – Willen der Menschen verweisen, sondern müssen „Welfare“ unabhängig davon und in diesem Sinne objektiv bestimmen. Trotz aller Liberalität teilen sie damit das grundsätzliche Problem jeder paternalistischen Position: Der Paternalismus ist gerade in Misskredit geraten, weil es zu den prägenden Erfahrungen moderner pluralistischer und individualistischer

99 *Sunstein* (Fn. 59), S. 134. Diese Erklärung der Hochschätzung von Autonomie greift auf dieselben psychologischen Theorien zurück (namentlich die Unterscheidung eines intuitiven und eines reflektierenden Entscheidungssystems bei *Kahnemann* [Fn. 54]), die bereits die menschlichen Entscheidungsdefizite erklärt (vgl. oben bei II.3.b).

100 Daneben gerät dieser Ansatz auch noch an einer weiteren Stelle in Konsistenzprobleme: Wenn man die Abhängigkeit unserer Entscheidungen und Präferenzen von den Rand- und Rahmenbedingungen betont – Stichwort der adaptiven Präferenzbildung (vgl. dazu nur *Jon Elster*, *Subversion der Rationalität*, 1987, S. 106 ff. und 211 ff.) –, bleibt unklar, ob es einen „eigentlichen Willen“, der durch die „Cognitive Biases“ nur verschüttet ist und auf den sich die paternalistischen Instrumente beziehen können, überhaupt gibt; vgl. dazu *Coons/Weber* (Fn. 72), S. 16 f.; *Mitchell* (Fn. 72), S. 1252.

Gesellschaften gehört, dass wir uns – jenseits der Notwendigkeit gewisser Grundgüter, die für alle Lebensformen wichtig sind und die aber gerade deshalb keine konkreteren Aussagen über das gute Leben zulassen – über die Bestimmung dessen, was individuelles Wohlergehen ausmacht, permanent uneinig sind. Jede perfektionistische Politik, die auf einem partikularen Ideal des gelungenen Lebens beruht, ist daher dem durchgreifenden Einwand ausgesetzt, dass sich die öffentliche Gewalt damit Wertentscheidungen und Überzeugungen zu eigen machen müsste, die nicht allgemein geteilt werden, und daher in unfairer Weise Partei ergreifen würde.<sup>101</sup>

Wie geht der libertäre Paternalismus mit diesem Problem um? Eine eindeutige Auskunft ist nicht leicht zu finden, aber wenn der Eindruck nicht täuscht, spielt hier folgender Zusammenhang eine zentrale Rolle: Es gehört zu den zentralen Annahmen der Verhaltensökonomik, auf deren Erkenntnissen der libertäre Paternalismus beruht, dass das menschliche Entscheidungsverhalten von den Modellannahmen eines rationalen und nutzenmaximierenden „Homo Oeconomicus“ abweicht. Insofern ist es dann naheliegend, das defizitkompensierende Nudging wiederum auf dieses Modell eines nutzenmaximierenden Entscheidungskalküls zurück zu beziehen. In diesem Sinne ist der libertäre Paternalismus nicht perfektionistisch, sondern utilitaristisch geprägt.<sup>102</sup>

Dies beantwortet allerdings immer noch nicht die Frage, wie denn nun dieser „Nutzen“, den es zu maximieren gilt, bestimmt werden soll – allein um die Erfüllung der individuellen Präferenzen kann es jedenfalls nicht gehen, weil diese ja gerade als weithin defizitär entlarvt worden sind und man den „Revealed Preferences“ daher nicht trauen kann. Soweit dann nicht einfach auf Alltagsüberzeugungen zurückgegriffen wird, die als evident unterstellt werden („Gesundheit ist wichtig“ oder „Man sollte auch an die Vorsorge für das Alter denken“), deutet es sich an, dass der libertäre Paternalismus auf die Erkenntnisse der Glücksfor-

101 Vgl. nochmals *Huster* (Fn. 47).

102 Daraus ergibt sich noch nicht notwendigerweise ein aggregationistisches Vorgehen, wie es den Utilitarismus auszeichnet – obwohl es angesichts des typisierenden Charakters von Nudges auch nicht fernliegt, dass die libertären Paternalisten Nutzen gewinne hier einfach addieren wollen. Offensiv dazu *Eidenmüller* (Fn. 66), S. 819: Ein welfaristischer Ansatz sei der „natürliche Partner“ des libertären Paternalismus.

schung zurückgreifen will,<sup>103</sup> die – in engem sachlichen und personellen Zusammenhang mit der Verhaltensökonomik – in den letzten Jahren einen enormen Aufstieg erlebt hat.<sup>104</sup> Dies eröffnet dann grundsätzlich die Möglichkeit, das individuelle Wohlergehen auf eine zunächst ganz unverdächtige, nicht von umstrittenen philosophischen Theorien und weltanschaulichen Überzeugungen abhängige Weise zu bestimmen: nämlich durch Befragungen, für die die Glücksforschung ein differenziertes methodisches Instrumentarium zur Verfügung stellt. Was der „Welfare“ von Individuen und Gesellschaften förderlich ist, lässt sich aus dieser Perspektive also einfach empirisch feststellen.

Nun ist es im Einzelnen alles sehr viel komplizierter, weil man etwa fragen kann, was hier eigentlich genau ermittelt wird und ob es zwischen den unterschiedlichen erhobenen „Glückszuständen“ nicht prinzipielle Unterschiede gibt.<sup>105</sup> Unwillkürlich denkt man daran, dass selbst ein Utilitarist wie *Mill* dafür ein Gespür hatte: „Es ist besser, ein unzufriedener Mensch zu sein als ein zufriedenes Schwein; besser ein unzufriede-

- 103 Dieser Zusammenhang wird auch hergestellt bei *Gilles Saint-Paul*, *The Tyranny of Utility. Behavioral Science and the Rise of Paternalism*, 2011, S. 51 ff. und passim. Vgl. auch etwa *Jennifer S. Blumenthal-Barby*, *Choice Architecture: A Mechanism for Improving Decisions while Preserving Liberty?*, in: Coons/Weber (Fn. 72), S. 178, 196: „(...) judgements about what is ‘make people better off’ should be based on data about satisfaction and happiness levels across various outcomes and not simply on intuition.“
- 104 Vgl. nur die Beiträge in *Susan David u.a.* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Happiness*, 2013; zu einem Überblick aus philosophischer Perspektive vgl. *Kurt Bayertz*, *Eine Wissenschaft vom Glück*, *ZfphF* 64 (2010), S. 410 ff., 560 ff. Interessante Anmerkungen zu Entwicklung und Grenzen dieser Disziplin bei *Rudolf Stichweh*, *Soziologiekolumne: Glück und die Qualität der Gesellschaft*, *Merkur*, 67. Jg., Heft 772 (September 2013), S. 807 ff. Die Bedeutung der Glücksforschung für Recht und Politik, die zum Teil energisch behauptet wird (vgl. *Derek Bok*, *The Politics of Happiness*, 2010; *Ed Diener u.a.*, *Well-Being for Public Policy*, 2009; *Richard Layard*, *Die glückliche Gesellschaft*, 2. Aufl. 2009), wäre eine eigene Betrachtung wert; vgl. dazu bereits etwa *Kurt Bayertz/Thomas Gutmann*, *Happiness and Law*, *Ratio Juris* 25 (2012), S. 236 ff.; *Jan-Willem van der Rijt*, *Public Policy and the Conditional Value of Happiness*, *Economics and Philosophy* 29 (2013), S. 381 ff.; und die Beiträge bei *Eric A. Posner/Cass R. Sunstein* (Hrsg.), *Law and Happiness*, 2010.
- 105 Vgl. dazu etwa *Daniel M. Hausman*, *Hedonism and Welfare Economics*, *Economics and Philosophy* 26 (2010), S. 321 ff.

dener Sokrates als ein zufriedener Narr“<sup>106</sup> – eine Wertung, die insbesondere von den hedonistisch gesonnenen Glücksforschern nicht nachvollzogen werden kann.

Hier soll es aber um eine andere Frage gehen, nämlich nach dem Stellenwert, der der Autonomie bei dieser Herangehensweise noch verbleibt. Die Antwort liegt auf der Hand: Sie ergibt sich aus dem Beitrag, den die Autonomie zur Herstellung des – von der Glücksforschung ermittelten – Wohlergehens leistet.<sup>107</sup> Dabei mag sie durchaus einen gewissen Eigenwert in dem Sinne besitzen, dass es für die meisten Menschen zu ihrem Wohlergehen gehört, selbst über ihre Lebensführung entscheiden zu können; in der glücksutilitaristischen Kalkulation werden die Kosten der Enttäuschung dieser Erwartung als eine gewisse „Frustration“ eingerechnet. Wenn diese Entscheidungen aber defizitär sind und Schaden anrichten, muss die Selbstbestimmung im Wege einer Abwägung hinter andere Güter zurücktreten. Es gibt hier jedenfalls keinen prinzipiellen Grund mehr, der Autonomie einen besonderen Stellenwert zuzuschreiben; alles hängt von ihrem Beitrag zum Lebensglück ab, der empirisch erforscht werden kann.<sup>108</sup>

Dann wird aber in sehr grundsätzlicher Weise unklar, warum nur ein libertärer, freiheitskompatibler Paternalismus gerechtfertigt werden kann. Seine eigenen Prämissen bieten jedenfalls keinen Schutz vor einer sehr viel weitergehenden Beschränkung individueller Freiheit, wenn das denn zum individuellen Wohlergehen beiträgt. Und tatsächlich finden sich bei Autoren, die ebenfalls von den Erkenntnissen über die Schwächen menschlichen Entscheidungsverhaltens ausgehen, bereits vielfach Positionen, die äußerst autonomiekritisch sind und einen sehr viel „härteren“ Paternalismus befürworten. Einen vielbeachteten grundsätzli-

106 *John Stuart Mill*, *Der Utilitarismus* (orig. *Utilitarianism*, 1871). Hrsg. v. Dieter Birnbacher, 1985, S. 18.

107 Dies ist die „thin version“ von Autonomie, die bei *Sunstein* (Fn. 59), S. 124 ff., übrig bleibt.

108 Grundsätzlich zu den Schwierigkeiten konsequentialistischer Theorien, den Paternalismus zu begrenzen, vgl. *Thomas Gutmann*, *Paternalismus und Konsequentialismus*, in: Michael Kühler/Alexa Nossek (Hrsg.), *Paternalismus und Konsequentialismus*, 2014, S. 27 ff. Zur Bedeutung von Autonomie in utilitaristischen Theorien vgl. *Lawrence Haworth*, *Autonomy and Utility*, in: Christman (Hrsg.), *The Inner Citadel* (Fn. 43), S. 155 ff.

chen philosophischen Ausdruck hat diese Tendenz nun in *Sarah Conly's* Paternalismus-Traktat gefunden.<sup>109</sup> Conly gelangt aufgrund identischer Prämissen wie die libertären Paternalisten zu ganz anderen Ergebnissen, nämlich zur Zulässigkeit und sogar Gebotenheit eines harten Paternalismus, der schädliche Verhaltensweisen – etwa den Konsum von Nikotin – einfach verbieten will. Menschen entschieden sich häufig falsch und richteten dadurch Schaden in ihrem Leben an; stelle man dies in eine Kosten-Nutzen-Bewertung ein, sei Autonomie sehr viel weniger wichtig, als vielfach angenommen werde. Conly ist auch der Ansicht, dass wir einem Irrtum erliegen, wenn wir uns als autonome und rational Handelnde betrachten; es gebe vielmehr nur einen graduellen Unterschied zwischen „normalen“ Personen und zu rationalen Entscheidungen Unfähigen, bei denen wir zweifellos ein paternalistisches Vorgehen für zulässig hielten.<sup>110</sup> Die Einschränkungen des libertären Paternalismus auf freiheitskompatible Nudges seien daher nicht gerechtfertigt;<sup>111</sup> auch gebe es keinen Bereich des menschlichen Lebens, in dem ein harter Paternalismus von vornherein ausgeschlossen sei. So hat Conly dann auch alle Mühe zu erklären, warum etwa nicht auch arrangierte Ehen eingeführt werden sollten, wenn frei gewählte Verbindungen doch so oft scheitern.<sup>112</sup>

Vertreter eines liberaleren Paternalismus haben gegen diese Ergebnisse einige instrumentelle Einwände zur Hand – etwa die Probleme und Kosten einer Prohibitionspolitik –, aber keine prinzipiellen Argumente.<sup>113</sup> So landet man auf der Grundlage der Einsichten der Verhaltensökonomik erstaunlich schnell in einem paternalistischen Bevormundungsstaat, der prinzipiell die gesamte Lebensführung regulieren kann, wenn die individuellen Entscheidungen nur als unvernünftig genug eingeschätzt werden.

109 *Sarah Conly*, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, 2013.

110 Vgl. *Conly* (Fn. 109), S. 19 f.

111 Vgl. *Conly* (Fn. 109), S. 29 ff.

112 Vgl. *Conly* (Fn. 109), S. 182 ff.

113 Vgl. dazu die Rezension von *Cass Sunstein*, *It's For Your Own Good*, *NY Rev. of Books* 60 (2013), No. 4 v. 7.3.2013.



### e) Grund und Grenzen des Nudging

Die vorangegangene Analyse legt die Schlussfolgerung nahe, dass das Unbehagen, das vielfach gegenüber der Nudging-Bewegung empfunden wird, gar nicht primär die Nudges als solche betrifft, sondern ein sehr viel fundamentaleres Problem, nämlich die damit verbundene Umstellung des gesamten Begriffssystems des politischen Nachdenkens: von Freiheit, Autonomie oder Selbstbestimmung auf Wohlergehen oder Glück als Grundprinzipien. Dies führt dazu, dass die individuelle Autonomie nicht mehr Grund und Ziel des politischen Handelns ist, sondern ein Abwägungsgesichtspunkt unter vielen, der unter Berufung auf die Cognitive Biases relativ leicht überwunden werden kann.<sup>114</sup> Der gemeine Menschen- und Bürgerverstand spürt dies, wenn gegenüber der Nudging-Politik vorgebracht wird, dass sie ja erst der Anfang und mit ihr der Weg in einen paternalistischen Bevormundungsstaat vorgezeichnet sei. Gegenüber derartigen „Slippery Slope“-Argumenten sollte man grundsätzlich vorsichtig sein, aber sie haben hier einen plausiblen Ansatzpunkt, wie die Entwicklung der philosophischen Diskussion belegt.

Das heißt nun nicht, dass Nudges wegen dieser Gefahr des Umschlagens in einen harten Paternalismus von vornherein des Teufels sind. Der libertäre Paternalismus sollte allerdings einige Grundstrukturen seiner Argumentation und Strategie klarstellen oder verändern, um diesem Verdacht zu entgehen:

Zunächst ist das paternalistische Nudging eindeutig darauf zu beziehen, dass – wie in *Mills* Beispiel der maroden Brücke – den Plänen und Vorstellungen der Adressaten zur Realisierung verholfen wird. Nur wenn in plausibler Weise unterstellt und öffentlich dargelegt werden kann, dass sie sich selbst wünschen, sich gesünder zu ernähren, sinnvollere Konsumententscheidungen zu treffen usw., dies aber in der konkreten Situation jeweils nicht schaffen und deshalb gar nichts dagegen hätten, in eine bestimmte Richtung „gestupst“ zu werden, damit sich ihr

114 Ähnliche Beobachtung bei *Grüne-Yanoff* (Fn. 76), S. 640 ff.

„wirkliches“ oder authentisches Wollen realisiert,<sup>115</sup> ist die Beeinflussung ihrer Entscheidungen und ihres Verhaltens legitim.<sup>116</sup> Dies ist gewiss kein operationalisierbarer Maßstab, zeigt aber die Richtung der Rechtfertigungsaufgabe an. Vermeintlich objektive Wohlergehensvorstellungen oder Ergebnisse der Glücksforschung tragen zur Rechtfertigung staatlichen Handelns dagegen nichts bei, sondern können nur der Selbstreflexion und Selbstvergewisserung jedes Einzelnen über seine Lebensführung dienen.

Ferner ist klarzustellen, dass paternalistische und die Entscheidungsschwächen ausnutzende Instrumente nur dann zum Einsatz kommen sollten, wenn dem wohlverstandenen Interesse nicht durch Information und Aufklärung gedient werden kann, also durch Maßnahmen, die autonome Entscheidungen der Betroffenen selbst ermöglichen und ihre Entscheidungskompetenzen stärken.<sup>117</sup>

Schließlich sollten wir uns nicht einreden lassen, dass unser übliches Wollen und unsere ganz normalen Entscheidungen keine legitimatorische Kraft besitzen, weil wir gelegentlich Fehler machen.<sup>118</sup> Dass Menschen oft über unvollständige Informationen verfügen, sich durch die Entscheidungsumstände beeinflussen lassen, über keine völlig kon-

115 Zu einer plausiblen Rekonstruktion dieser Art von Freiheit als Handlungswirksamkeit derjenigen Wünsche, die der Einzelne handlungswirksam werden lassen will, vgl. *Harry G. Frankfurt*, *Freedom of the Will and the Concept of a Person*, *The Journal of Philosophy* 68 (1971), S. 5 ff.

116 Ähnlich zu den Rechtfertigungsmöglichkeiten vgl. *Gebhard Kirchgässner*, *Sanfter Paternalismus, meritorische Güter, und der normative Individualismus*, in: *Held/Kubson-Gilke/Sturm* (Hrsg.), *Grenzen der Konsumentensouveränität*, 2013, S. 41 ff.

117 Auch eine derartige Politik des „to educate“ oder „to boost“ lässt sich mit den Erkenntnissen über „Bounded Rationality“ und die daran anschließenden Forschungen in Verbindung bringen, nämlich als Konsequenz des „Simple Heuristics Program“ (vgl. dazu *Gerd Gigerenzer/Peter M. Todd/ABC Research Group*, *Simple Heuristics that Make Us Smart*, 1999), während das Nudging an das „Heuristics and Biases Program“ anschließt. Vgl. dazu jetzt *Till Grüne-Yanoff/Ralph Hertwig*, *Nudge Versus Boost: How Coherent are Policy and Theory?*, *Minds & Machines* 2015, doi: 10.1007/s11023-015-9367-9.

118 Vgl. dazu auch *Hans Michael Heinig*, *Gibt es eine Ethik des Nudging?*, *VerfBlog*, 2014/12/15, <http://www.verfassungsblog.de/gibt-es-eine-ethik-des-nudging/>; *Robert Sugden*, *Why Incoherent Preferences do not Justify Paternalism*, *Const. Polit. Econ* 19 (2008), S. 226 ff.

sistente Präferenzordnung verfügen und willensschwach sind – in den Worten von *Thaler* und *Sunstein*: dass sie „Humans“ und nicht „Econs“ sind<sup>119</sup> –, ist keine grundsätzlich neue Erkenntnis: Irren ist menschlich. Als bahnbrechend und unsere Überzeugungen zur menschlichen Autonomie umstürzend konnten sie nur in einer wissenschaftlichen Disziplin verstanden werden, die ihre methodologische Figur des nutzenmaximierenden und vollständig rationalen „Homo Oeconomicus“ als Ideal oder gar als Abbild der menschlichen Entscheidungsrealität missverstanden hat. Das ist aber ungefähr so plausibel, als wollte man jedermann als defizitär oder sogar krank bezeichnen, der nicht so stark wie *Muhammed Ali* ist und nicht so schnell läuft wie *Usain Bolt*. Natürlich darf sich das Menschenbild, das freiheitlichen politischen Ordnungen zugrundeliegt, nicht von den tatsächlichen Gegebenheiten und empirischen Erkenntnissen ablösen, aber es hat aus guten Gründen einen kontrafaktischen Zug, wenn es sich mit einem Mindestmaß an Fähigkeiten und Kompetenzen zufrieden gibt, um Menschen und ihre Entscheidungen als selbstbestimmt anzuerkennen.<sup>120</sup>

#### 4. Die Relativierung der Selbstbestimmung in der Public Health-Diskussion

Der Erfolg des libertären Paternalismus auch und gerade in den Diskussionen über Gesundheitsförderung ist ein Indiz für eine sehr viel allgemeinere Strömung in der Literatur zur Public Health-Politik und ihrer normativen Reflexion: Wie wohl in keinem anderen Handlungsfeld wird hier das liberale Konzept der individuellen Selbstbestimmung kritisiert

119 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge (Fn. 55), S. 7 ff.

120 Vgl. dazu jetzt auch *Tatjana Hörnle*, Das Menschenbild des Rechts, in: Jan-Christoph Heilinger/Julian Nida-Rümelin (Hrsg), *Anthropologie und Ethik*, 2015, S. 97, 98 ff.

und relativiert.<sup>121</sup> Die verhaltensökonomischen Erkenntnisse über die Defizite menschlichen Entscheidungsverhaltens unterstützen diese Ausrichtung, begründen sie aber nicht; es wird ausdrücklich betont, dass der libertäre Paternalismus allenfalls als Ergänzung des gesundheitspolitischen Handlungsinstrumentariums zu begrüßen, ihm aber keinesfalls eine Beschränkung auf Public Health-Maßnahmen zu entnehmen sei, die die Wahlfreiheit nicht einschränken.<sup>122</sup>

Dementsprechend werden Freiheit und Gesundheit, Selbstbestimmung und Public Health-Politik hier vielfach in einem Spannungsverhältnis gesehen, das häufig zu Lasten der individuellen Autonomie aufgelöst wird – oft genug in einer unstrukturierten „Abwägung“ von Gesundheit und Freiheit. Es ist nicht zuletzt diese Tendenz in der gesundheitswissenschaftlichen und gesundheitsphilosophischen, aber auch gesundheitspolitischen Diskussion, die dazu geführt hat, dass der Paternalismus – auch und gerade mit Bezug auf Fragen der Gesundheit und ihrer Förderung – als Thema der praktischen Philosophie eine Renais-

121 Neben der bereits erwähnten Schrift von *Conly* (Fn. 109), die ihre Anwendungsfelder ebenfalls vielfach in der Gesundheitsförderung findet, sowie *dies.*, *Coercive Paternalism in Health Care* (Fn. 67), vgl. etwa *Angus Dawson*, *Resetting the Parameters*, in: ders. (Hrsg.), *Public Health Ethics* (Fn. 19), S. 1 ff.; *Bruce Jennings*, *Public Health and Liberty: Beyond the Millian Paradigm*, *Public Health Ethics* 2 (2009), S. 123 ff.; *dies.*, *Relational Liberty Revisited: Membership, Solidarity and a Public Health Ethics of Place*, *Public Health Ethics* 8 (2015), S. 7 ff.; *James Wilson*, *Why It's Time to Stop Worrying About Paternalism in Health Policy*, *Public Health Ethics* 4 (2011), S. 269 ff. Gegenkritik etwa bei *Jessica Flanigan*, *Public Bioethics*, *Public Health Ethics* 6 (2013), S. 170 ff.; *Lubomira Radoilska*, *Public Health Ethics and Liberalism*, *Public Health Ethics* 2 (2009), S. 135 ff.

122 Vgl. etwa *Ménard* (Fn. 69), S. 235 f.

sance erlebt.<sup>123</sup> Wie ist diese Tendenz in weiten Teilen der Public Health-Literatur und -Bewegung zu erklären?

a) *Negativer und positiver Gesundheitsbegriff*

Zunächst könnte gerade das wichtige Gut der Gesundheit, auf dessen allgemeine Wertschätzung geradezu stereotyp hingewiesen wird, die Ansicht nahelegen, dass Menschen regelmäßig bereit sind – oder bei verständiger Würdigung ihrer Interessen bereit sein sollten –, Einschränkungen und Mühen auf sich zu nehmen, um ihre Gesundheit zu erhalten. Gesundheit scheint daher in einer typisierten Abwägung mit anderen Zielen, die wir auch in unserem Leben verfolgen wollen und die zum Teil der Gesundheit nicht förderlich sind, regelmäßig die Oberhand zu behalten.

Aber können wir tatsächlich unterstellen, dass (alle) Menschen diese Wertung teilen? Tatsächlich ist uns die Behandlung einer Krankheit viel wert, um die Gesundheit wiederherzustellen – nur ist das nicht die Gesundheit, auf die sich das Programm der Gesundheitsförderung bezieht.<sup>124</sup> In der medizinischen Versorgung und im Krankenversicherungsrecht verwenden wir einen *negativen* Gesundheitsbegriff, der durch die Abwesenheit von Krankheit definiert und der nicht graduierbar ist: Wer krank ist, ist nicht gesund, und wer gesund ist, ist nicht krank;

123 Vgl. etwa *Anderheiden u.a.* (Fn. 36); *Emma C. Bullock*, A Normatively Neutral Definition of Paternalism, *The Philosophical Quarterly* 65 (2015), S. 1 ff.; *Conly* (Fn. 109); *Christian Coons/Michael Weber* (Hrsg.), *Paternalism. Theory and Practice*, 2013; *Bijan Fateh-Moghadam/Stephan Sellmaier/Wilhelm Vossenkuhl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010; *Michael Kühler/Alexa Nossek* (Hrsg.), *Paternalismus und Konsequentialismus*, 2014; *Thomas Schramme* (Hrsg.) *New Perspectives on Paternalism and Health Care*, 2015; *Heiko Ulrich Zude*, *Paternalismus. Fallstudien zur Genese des Begriffs*, 2010; und die in der Sammelrezension von *Dominik Düber*, *Paternalismus, Perfektionismus und Public Health – neuere Literatur zu den Grenzen liberaler Neutralität*, *ZfphF* 68 (2014), S. 527 ff., erwähnten Werke.

124 Zum Folgenden vgl. *Thomas Schramme*, *Setting Limits to Public Health Efforts and the Healthisation of Society*, *Zeitschr. f. Menschenrechte* 2015, i.E. Vgl. auch *Volker H. Schmidt*, *Public Health Ethics. Problems and Suggestions*, *Public Health Ethics* 8 (2015), S. 18, 19 f.

man kann in diesem Sinne auch nicht mehr als gesund sein. Ganz anders sieht es dagegen aus, wenn es um die sozialen Determinanten der Gesundheit und um Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung geht: Hier ist ein *positiver* Gesundheitsbegriff einschlägig, der einen Idealzustand bezeichnet, der sich insbesondere durch eine möglichst große Widerstandskraft gegen Krankheiten und ein möglichst geringes Erkrankungsrisiko auszeichnet; in diesem Sinne können Menschen auch gesünder als andere sein, selbst wenn niemand krank ist.<sup>125</sup>

Es liegt auf der Hand, dass die Bemühungen um eine positive Gesundheit in diesem Sinne nie an ein Ende kommen und der positive Gesundheitsbegriff deshalb eine expansive Tendenz der staatlichen Gesundheits(förderungs)politik begründet.<sup>126</sup> Vor allem aber kommt den beiden Gesundheitsbegriffen ganz unterschiedliches Gewicht in der Abwägung mit anderen Gütern zu: Gesundheit ist wichtig, aber wie wichtig sie ist, hängt davon ab, was mit dem Begriff genau gemeint ist. Dass wir für die Reduzierung eines Erkrankungsrisikos und die Förderung unserer Gesundheit im positiven Sinne alle anderen Belange zurückzustellen bereit sind, ist nämlich keineswegs selbstverständlich; hier werden die Haltungen und Einstellungen der Menschen vermutlich sehr unterschiedlich sein. Deshalb ist es zweifelhaft, ob man aus den auf Populationsebene beobachtbaren gesundheitlichen Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen schließen kann, dass die einzelnen Bürger ein starkes Interesse haben, diese Verhaltensweisen zu vermeiden, und dafür auch paternalistische Übergriffe in Kauf zu nehmen bereit sind.

Vielleicht erklärt sich daraus auch teilweise der schichtenspezifische Charakter des gesundheitsbezogenen Verhaltens: Wer in komfortablen Umständen eine befriedigende Existenz führt, hat im Falle der ersten Erkrankung oder des frühzeitigen Versterbens größere Verluste als derjenige, dessen Lebensqualität sehr viel geringer ist. Deshalb verdrießt auch der gelegentliche kulturkämpferische Habitus der Gesundheitsför-

125 Der prominenteste positive Gesundheitsbegriff findet sich in der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation (WHO): „Gesundheit ist ein Zustand vollkommenen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens und nicht allein das Fehlen von Krankheit und Gebrechen.“

126 Vgl. dazu nur *Carmen Kaminsky*, Public-Health-Ethik als Bereichsethik, Bundesgesundheitsblatt 51 (2008), S. 127, 131 f.

derung.<sup>127</sup> Wenn eine gut situierte Oberschicht der „heruntergekommenen“ Unterschicht erklärt, wie sie ihr Leben führen soll, kann man sich nicht des Eindrucks erwehren, dass zunächst einmal Verhältnisse geschaffen werden müssten, die ein möglichst langes Leben allseits als besonders attraktiv und daher die Vermeidung von Gesundheitsrisiken als besonders dringlich erscheinen lassen.

## b) Disziplinäre Prägungen

Ein zweiter Faktor, der dazu beitragen dürfte, dass die individuelle Selbstbestimmung für die Public Health-Protagonisten keine besondere Rolle spielt, ist deren disziplinäre Prägung.<sup>128</sup> Public Health ist als wissenschaftliche Disziplin im Kern eine empirische Sozialwissenschaft. Als solche ist sie darauf ausgerichtet, die Bestimmungsgründe menschlicher Entscheidungen und Verhaltensweisen zu analysieren. In diesem Forschungsansatz besitzt die Aussage, eine Person habe sich auf eine bestimmte Weise verhalten, weil sie es so gewollt habe, keinen Erklärungswert. Zumindest muss dann weiter untersucht werden, aufgrund welcher Einflüsse die Person dazu kam, diesen Willen zu bilden; die alltagspsychologisch plausible Erklärung, dass manchen Menschen der Genuss wichtiger ist als anderen und sich daher auch ihr gesundheitsbezogenes Verhalten unterscheidet, ist hier nicht zugelassen: „Soziales ist aus Sozialem zu erklären.“<sup>129</sup>

Die individuelle Selbstbestimmung gerät auf diese Weise zur theoretischen Leerstelle und geht allenfalls als unerklärter Restbestand in die Analyse ein. Besonders deutlich wird dies, wenn Epidemiologen auf der

127 Dieser Habitus wird auch in der Public Health-Szene gelegentlich bemerkt; vgl. etwa *Christoph Klotter*, Warum wir es schaffen, nicht gesund zu bleiben, 2009, S. 135 ff.; *Bettina Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 172 ff.

128 Die Ausführungen dieses Abschnitts schulden viel einem klärenden Gespräch mit *Martin Carrier*.

129 *Peter Gross*, Selbsthilfe und Selbstverantwortung als normative Leitideen der Sozialpolitik, in: *Christoph Sachße/H. Tristram Engelhardt* (Hrsg.), Sicherheit und Freiheit, 1990, S. 85, 96, mit kritischen Anmerkungen zur sozialpolitischen Normativierung dieser Herangehensweise.

Grundlage statistischer Daten Zusammenhänge zwischen Lebensverhältnissen und Verhaltensweisen beobachten und erklären: Das Individuum mit seinen Wertvorstellungen und Vorlieben kommt hier nicht vor; es kann nur als Mitglied einer bestimmten sozialen Gruppe aufgefasst werden, das deren Einstellungen und Lebensgewohnheiten teilt. Die gesamte Herangehensweise beruht auf der heuristischen Prämisse, dass man eben nach weiteren sozialen Determinanten suchen muss, wenn abweichendes Verhalten noch nicht erklärt ist. Dies ist gar nicht zu kritisieren, weil die Aussage, eine bestimmte Lebensführung oder Verhaltensweise gehe auf individuelle Wertvorstellungen und Präferenzen zurück, in diesem sozialwissenschaftlichen Sinne tatsächlich nichts erklärt; das Abschneiden von Kausalketten unter Hinweis auf subjektive Entscheidungen bedeutet hier schlichten Erklärungsverzicht.<sup>130</sup> Autonomie und Willensfreiheit haben daher in dieser Form von Sozialwissenschaft keinen Platz.<sup>131</sup>

Nicht so selbstverständlich ist es allerdings, wenn diese methodologische Heuristik ins Normative gewendet und individuellen Entscheidungen die legitimatorische Kraft abgesprochen wird, weil davon ausgegangen wird, dass der Einzelne und sein Wollen nur die Ergebnisse dieser Einflüsse und ihnen hilflos ausgeliefert sind, es im Grunde also überhaupt keine freien und selbstbestimmten Entscheidungen gibt. Dies

130 Anders sieht dies bekanntlich aus, wenn man auf der Grundlage eines methodologischen Individualismus arbeitet, wie er in den Wirtschaftswissenschaften verbreitet ist, und das menschliche Verhalten als rationale nutzenmaximierende Präferenzverfolgung erklärt – nur bleibt dann unklar, wie und warum gerade diese Präferenzen zustande gekommen sind. Den Unterschied auf den Punkt bringt das bekannte Bonmot des Ökonomen *James Duesenberry*: „Economics is all about how people make choices; sociology is all about how they don't have any choices to make“ (hier zitiert nach *Frerichs* [Fn. 70], S. 300).

131 Sehr eindeutig dazu etwa *Wolfgang Prinz*, Der Wille als Artefakt, in: Karl Siegbert Rehberg (Hrsg.), *Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel 2006, 2007*, S. 642, 646: „(...) dass nämlich für Willensfreiheit und Autonomie als theoretische Konstrukte in der wissenschaftlichen Psychologie zunächst einmal kein Platz sein kann. In diesem – theoretischen – Sinne müssen wir Willensfreiheit leugnen, wenn wir Wissenschaft betreiben wollen.“ Ganz ähnlich etwa die Beschreibung bei *Holm Tetens*, Willensfreiheit als erlernte Selbstkommentierung, *Psychologische Rundschau* 55 (2004), S. 178, 179 ff.



ergibt sich jedenfalls nicht aus der sozialwissenschaftlichen Methodologie: Denn aus den gleichen Gründen, aus denen die empirische Sozialwissenschaft mit der personalen Autonomie als theoretischem Konstrukt nichts anfangen kann, kann sie mit ihren Methoden auch nicht darlegen, dass individuelle Selbstbestimmung nicht existiert: Die Frage, ob das – untypischerweise – äußerst gesundheitsbewusste Mitglied der Unterschicht von seiner Selbstbestimmung Gebrauch macht oder lediglich die spezifischen Sozialdeterminanten für sein ungewöhnliches Verhalten noch nicht aufgeklärt werden konnten, muss bis auf Weiteres in die Metaphysik – oder die Ideologie – verschoben werden; aus sozialwissenschaftlicher Sicht kann man dazu nichts mehr sagen.

### *c) Die soziale Einbettung der Selbstbestimmung*

Ein derartiger szientistischer Fehlschluss ist aber wohl auch nicht der maßgebliche Hintergrund der selbstbestimmungskritischen Tendenz in weiten Teilen der Public Health-Diskussion, sondern die sehr viel weichere Behauptung, dass individuelle Entscheidungen immer in einen sozialen Kontext eingebettet sind. So heißt es in einer prominenten Entgegnung auf die Kritik an dem – wenn vielleicht auch libertären<sup>132</sup> – Paternalismus der New Yorker Gesundheitsförderungsolitik:<sup>133</sup>

„The underlying point here is that personal choice is always conditioned by social circumstances in various ways. The public health approach rejects the idea that there is such a thing as unfettered free will, recognizing instead that the built environment, social networks, marketing, and a range of situational cues drive complex behaviors.”<sup>134</sup>

Derartige Formulierungen sind in der Public Health-Szene ubiquitär. Die Frage ist nur, was aus der – zweifellos zutreffenden – Beobachtung

132 Die Einordnung fällt nicht leicht, weil etwa das Verbot des Verkaufs von „Big Gulps“ (vgl. oben bei Fn. 67) einen Fall des indirekten oder mittelbaren Paternalismus darstellt, der typischerweise eine Doppelnatur besitzt: für die Verkäufer ein striktes Verbot, für die Konsumenten, die ggf. mehrmals nachkaufen müssen, nur eine Lästigkeit.

133 Vgl. dazu bereits oben bei und in Fn. 67.

134 *Gostin* (Fn. 67), S. 23.

folgt, dass menschliche Entscheidungen und Verhaltensweisen zahlreichen Einflüssen unterliegen.

Hält man an dem Ziel und Grundsatz individueller Selbstbestimmung fest, so heißt das, dass Menschen zu einem informierten und reflektierten Umgang mit diesen Einflüssen in die Lage versetzt werden müssen. Für das gesundheitsbezogene Verhalten könnte dies etwa bedeuten, dass ihre Gesundheitskompetenz („Health Literacy“) gestärkt werden muss.<sup>135</sup> Auch ist es einsichtig, dass Entscheidungen durch ihre tatsächlichen Rahmenbedingungen geprägt werden: Die Empfehlung, mehrmals in der Woche Sport zu treiben, ist eben nicht so leicht umzusetzen, wenn eine entsprechende Infrastruktur – ein Park zum Joggen o.ä. – gar nicht in erreichbarer Nähe ist; derartige Erschwernisse sollten insbesondere berücksichtigt werden, wenn es darum geht, gesundheitsschädliche Lebensstile mit finanziellen Folgekosten zu belegen.<sup>136</sup> Soweit eine Public Health-Politik darauf angelegt ist, diese für gesundheitsbewusste Entscheidungen erforderlichen oder jedenfalls förderlichen Bedingungen und Verhältnisse („Verhältnisprävention“) überhaupt erst herzustellen, wird die individuelle Autonomie gefördert.<sup>137</sup> Ein Konflikt mit dem Prinzip der Selbstbestimmung entsteht jedenfalls nicht; man bleibt im Rahmen der legitimen Aufgaben eines Sozialstaats, der Selbstbestimmung ermöglichen, aber nicht ihre Inhalte festlegen will. Dies gilt angesichts des notwendigerweise kollektiven Charakters von Public Health-Maßnahmen<sup>138</sup> auch für bestimmte Formen des „Autopaternalismus“, die die Mehrheit offen und demokratisch beschließen kann, solange die Beeinträchtigungen für die Minderheit – wie in einigen Konstellationen des Nudging – gering bleiben und ihr deshalb nicht ein bestimmter Lebensstil aufgedrängt wird: Irgendwie müssen die Speisen in der Cafeteria ja angeordnet werden, und wenn eine Mehrheit der Ansicht

135 Vgl. dazu – allerdings mit Bezug auf die medizinische Versorgung – Gerd Gigerenzer/J. A. Muir Gray (Hrsg.), *Bessere Ärzte, bessere Patienten, bessere Medizin. Aufbruch in ein transparentes Gesundheitswesen*, 2013.

136 Vgl. dazu bereits oben bei II.1.

137 Diese Variante scheint auch dem zitierten Autor vorzuschweben, denn er fährt fort: „The job of public health is to make healthy living the easier choice“ (Gostin [Fn. 67], S. 23) – eine Wahlmöglichkeit soll also wohl bleiben.

138 Dies ist ein berechtigter Punkt bei Wilson (Fn. 121).

ist, dass sie eine Unterstützung für ihre gesundheitsbewusste Ernährung benötigt, möge der Salat in Augenhöhe wandern – solange auch der Schokoriegel noch verfügbar ist.<sup>139</sup>

Allerdings sind viele Vertreter der Public Health-Bewegung und Public Health-Ethik der Ansicht, dass derartige autonomieermöglichende Maßnahmen nicht hinreichen. Sie wollen daher – auf unterschiedlichen Wegen – die Bedeutung der individuellen Selbstbestimmung relativieren, die als „relationale Freiheit“<sup>140</sup> von vornherein gewissen Beschränkungen unterliegen und einer Lebensformkritik nicht mehr entzogen sein soll.<sup>141</sup> Dieser Ansatz kann philosophisch vielfach an kommunitaristische oder republikanische Freiheitsverständnisse anknüpfen.<sup>142</sup> Er fällt auch insofern auf einen fruchtbaren Boden, als sich die Klagen über die Unzumutbarkeit individueller Selbstbestimmung und Wahlfreiheit zur Zeit häufen.<sup>143</sup> Diese Art der Gegenwartsdiagnose, die – in nicht immer sehr transparenter Weise – den „Zwang“ zur Wahl und Selbstbestimmung mit einer „kapitalistischen“ oder gar „neoliberalen“ Tendenz zur individuellen Selbstoptimierung zusammenbringt, ist für Kri-

139 Zu diesem Beispiel für die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur vgl. oben bei Fn. 55.

140 Vgl. nur *Jennings*, Public Health Ethics 8 (Fn. 121), S. 7 ff.; *John Owens/Alan Cribb*, Beyond Choice and Individualism. Understanding Autonomy for Public Health Ethics, Public Health Ethics 6 (2013), S. 262 ff.; *Alistair Wardrope*, Relational Autonomy and the Ethics of Health Promotion, Public Health Ethics 8 (2015), S. 50 ff.

141 Neben den oben in Fn. 121 genannten Autoren vgl. auch – erheblich differenzierter – *Michael Quante*, Das Elend der Volksgesundheit, in: *Buyx/Huster* (Fn. 19), S. 179 ff. Allgemein zur Kritik von Lebensformen vgl. jetzt *Rahel Jaeggi*, Kritik von Lebensformen, 2013.

142 Vgl. dazu nur *Axel Honneth* (Hrsg.), Kommunitarismus - Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, 1993.

143 Vgl. etwa *Alain Ehrenberg*, Das erschöpfte Selbst, 2. Aufl. 2015; *Byung-Chul Han*, Die Müdigkeitgesellschaft, 10. Aufl. 2014; *ders.*, Psychopolitik. Neoliberalismus und die neuen Machttechniken, 5. Aufl. 2014; *Bas Kast*, Ich weiß nicht, was ich wollen soll, 2. Aufl. 2013; *Renata Salecl*, Die Tyrannei der Freiheit. Warum es eine Zumutung ist, sich anhaltend entscheiden zu müssen, 2014; *Barry Schwartz*, The Paradox of Choice. Why More is Less, 2005. In die Gegenrichtung nun *Michael Pauen/Harald Welzer*, Autonomie. Eine Verteidigung, 2015. – Auch in der gegenwärtigen Diskussion über die Suizidbeihilfe ist manche kritische Stimme gegen das Prinzip der Selbstbestimmung zu vernehmen, die weit über den berechtigten Hinweis hinausgeht, dass Selbstbestimmung nicht voraussetzungslos ist.

tiker der gesundheitsbezogenen Selbstbestimmung unmittelbar anschlussfähig, weil auch hier vermutet wird, dass mit den Begriffen der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung letztlich „die Inpflichtnahme der Handlungsautonomie (...) für von außen gesetzte Zwecke“ – etwa der Entlastung des Systems der Gesundheitsversorgung oder der Steigerung der wirtschaftlichen Produktivität – gemeint ist.<sup>144</sup> Dabei ist diese Kritik nicht zuletzt durch die sozialen Gesundheitsungleichheiten motiviert, zu deren Vergrößerung diese Entwicklungen beitragen könnten.<sup>145</sup> Ihnen wenden wir uns nun zu.

- 144 Vgl. *Georg Vobruba*, Gesundheit als Erfolg, in: Elmar Brähler u.a. (Hrsg.), *Gesund und gebildet. Voraussetzungen für eine moderne Gesellschaft*, 2012, S. 353, 364 ff. Vgl. ferner die Beiträge in *Martin Lengwiler/ Jeannette Madarász* (Hrsg.), *Das präventive Selbst*, 2010; *Bettina Paul u.a.* (Hrsg.), *Risiko Gesundheit. Über Risiken und Nebenwirkungen der Gesundheitsgesellschaft*, 2010. Insbesondere die Maßnahmen gegen das zunehmende Übergewicht der Mitglieder moderner Gesellschaften hat insoweit kritische Aufmerksamkeit gefunden; vgl. etwa *Eva Barlösius*, *Dicksein. Wenn der Körper das Verhältnis zur Gesellschaft bestimmt*, 2014; *Friedrich Schorb*, *Die Adipositas-Epidemie als politisches Problem*, 2015; und die Beiträge bei *Anja Hilbert/Winfried Rief* (Hrsg.), *Adipositasprävention. Eine interdisziplinäre Perspektive*, 2006; *Anja Hilbert/Peter Dabrock/Winfried Rief* (Hrsg.), *Gewichtige Gene. Adipositas zwischen Prädisposition und Eigenverantwortung*, 2008; *Henning Schmidt-Semisch/Friedrich Schorb* (Hrsg.), *Kreuzzug gegen Fette*, 2008.
- 145 Vgl. etwa *Gregor Hensen*, *Gesundheitsverhalten und Ungleichheit zwischen individueller Freiheit und gesellschaftlichen Implikationen*, in: Peter Hensen/Christian Költzer (Hrsg.), *Die gesunde Gesellschaft. Sozioökonomische Perspektiven und sozialetische Herausforderungen*, 2011, S. 207 ff.



### III. Soziale Gesundheitsungleichheiten

#### 1. Gesundheitsungleichheiten in der moralischen Kritik

In einer Vielzahl von Studien und Untersuchungen ist nachgewiesen worden, dass in allen modernen Gesellschaften ein enger Zusammenhang zwischen Sozialstatus und Gesundheit besteht.<sup>146</sup> Dabei handelt es sich nicht um ein reines Deprivationsphänomen: Zwar ist der Gesundheitszustand in den untersten sozialen Schichten – gemessen an Einkommen, beruflicher Position oder Bildungsstand – am schlechtesten; der soziale Gesundheitsgradient setzt sich aber durch die gesamte Gesellschaft fort – auch dort, wo von Armut oder gar Verelendung keine Rede sein kann.<sup>147</sup> Auch für Deutschland ist dieser Befund inzwischen vielfach belegt.<sup>148</sup> So gelangt die Expertise des Robert Koch-Instituts zum 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung zum Ergebnis, dass auch in Deutschland deutliche Zusammenhänge zwischen sozioökonomischem Status und Gesundheit bestehen.<sup>149</sup> Wie bereits er-

146 Vgl. dazu etwa *Mel Bartley*, Health Inequality. An Introduction to Theories, Concepts, and Methods, 2004; *Grace Budrys*, Unequal Health. How Inequality Contributes to Health or Illness, 2003; *Johannes Siegrist/Michael Marmot* (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgerungen, 2008 (engl. Original 2006). Neben dieser vertikalen Ungleichheit gibt es auch horizontale Gesundheitsungleichheiten, die sich etwa an Geschlecht, Herkunft und Wohnort festmachen; so scheint der Migrationshintergrund einen eigenständigen Effekt auf die Gesundheit zu haben, der sich nicht auf die sozialen Unterschiede reduzieren lässt (vgl. dazu zuletzt *Alexander Rommel u.a.*, Die gesundheitliche Lage von Menschen mit Migrationshintergrund und die Bedeutung des sozioökonomischen Status, Bundesgesundheitsblatt 58 [2015], S. 543 ff.).

147 Vgl. dazu bereits oben bei Fn. 13.

148 Übersichten dazu bei *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005: Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2006, Tz. 111 ff.; *Ulrich Bauer u.a.* (Hrsg.), Health Inequalities. Determinanten und Mechanismen gesundheitlicher Ungleichheit, 2008; *Thomas Lampert u.a.*, Sozioökonomischer Status und Gesundheit, Bundesgesundheitsblatt 56 (2013), S. 814 ff.; *Richter/Hurrelmann* (Fn. 14); *Andreas Mielck*, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005.

149 Vgl. *Thomas Lampert u.a.*, Armut, soziale Ungleichheit und Gesundheit. Expertise des Robert Koch-Instituts zum 2. Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, 2005.

wähnt, sterben Männer aus dem untersten Einkommensfünftel durchschnittlich mehr als zehn Jahre früher als Männer im obersten Fünftel; bei Frauen beträgt der Unterschied acht Jahre. Vergleicht man die in Gesundheit verbrachten Lebensjahre, sind die Unterschiede mit 14 und zehn Jahren noch größer.<sup>150</sup> Auch wenn manche Daten und Zusammenhänge umstritten geblieben sind, wird für Deutschland die Existenz eines ausgeprägten sozialen Gesundheitsgradienten nicht mehr grundsätzlich geleugnet.

Sehr viel anspruchsvoller ist es dagegen, präzise die Wege zu beschreiben, auf denen ein niedriger Sozialstatus zu gesundheitlichen Problemen führt, also von den Korrelationen zu den Kausalitäten zu gelangen; niemand stirbt ja unmittelbar, weil er wenig verdient oder keine gute Bildung hat.<sup>151</sup> Der Einfluss von materiellen Umweltbedingungen, die sich am Arbeitsplatz und Wohnumfeld schichtenspezifisch ausdifferenzieren, mag dabei noch leicht nachvollziehbar sein. Auch der Einfluss der gesundheitsbezogenen Lebensführung liegt auf der Hand; hier besteht die Herausforderung eher in der Erläuterung, warum sich das Gesundheitsverhalten vielfach am Sozialstatus orientiert, was also insoweit die „Ursachen der Ursachen“ für Gesundheit und Krankheit sind.<sup>152</sup> Am schwierigsten ist schließlich zu erklären, wie sich sozialstrukturelle Faktoren auf den Gesundheitszustand auswirken; hier geht es im Wesentlichen um psychosoziale Zusammenhänge. Jedenfalls handelt es sich um ein ganzes Bündel von Faktoren und Umständen, die den Sozialstatus mit den Gesundheitschancen verbinden. Dabei scheinen das

150 Vgl. die Angaben bei *Lampert/Knoll* (Fn. 12).

151 Zu einschlägigen Erklärungsmodellen vgl. etwa *Thomas Abel/Katherine L. Frohlich*, Capitals and Capabilities: Linking Structure and Agency to Reduce Health Inequalities, *Soc. Science & Medicine* 74 (2012), S. 236 ff.; *Siegfried Geyer*, Manifestation, Erklärung und Reduzierung gesundheitlicher Ungleichheiten, in: *Huster/Buyx* (Fn. 19), S. 249, 251 ff.

152 Vgl. dazu nur *Uwe Helmert/Friedrich Schorb*, Die Bedeutung verhaltensbezogener Faktoren im Kontext der sozialen Ungleichheit der Gesundheit, in: *Richter/Hurrelmann* (Fn. 14), S. 133 ff.

Ausmaß der Kontrolle über das eigene Leben<sup>153</sup> und die Erfahrung gesellschaftlicher Anerkennung von zentraler Bedeutung zu sein.<sup>154</sup>

Die Annahme sozialstaatlicher Handlungspflichten läge nicht fern, wenn derartig massive Gesundheitsunterschiede eine unmittelbare Folge von finanziellen Zugangsbarrieren zum System der Gesundheitsversorgung wären. Warum aber sollten wir eine soziale Spaltung der Gesellschaft hinsichtlich des zentralen Gutes der Gesundheit anders beurteilen, nur weil dafür nicht das Versorgungssystem, sondern soziale Faktoren verantwortlich sind? Muss man sich nicht darüber wundern, dass der Abbau der Gesundheitsunterschiede nicht schon längst als vorrangige sozialpolitische Aufgabe betrachtet wird? Zwar sieht § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V seit einigen Jahren immerhin vor, dass die Prävention der Krankenkassen nicht nur den allgemeinen Gesundheitszustand verbessern, sondern insbesondere einen Beitrag zur Verminderung sozial bedingter Ungleichheit von Gesundheitschancen erbringen soll. Man wird aber nicht behaupten können, dass die sozialen Gesundheitsungleichheiten bereits als ein großes öffentliches Thema angesehen werden.

Für die Protagonisten einer Public Health-Politik sind diese Ungleichheiten dagegen ein Stein des moralischen Anstoßes; hier wird vielfach vorausgesetzt, dass es sich nicht nur um „Health Inequalities“, sondern um „Health Inequities“ handelt, die ungerecht sind und abge-

153 Zu dem Aspekt der Kontrolle vgl. *Geyer* (Fn. 151), S. 259 f. Die berühmte Ottawa-Charta zur Gesundheitsförderung der WHO formuliert: „Health promotion is the process of enabling people to increase control over, and to improve, their health.“ Die deutsche Fassung übersetzt dies mit: „ein höheres Maß an Selbstbestimmung zu ermöglichen“.

154 Zum Zusammenhang von Gesundheitschancen und sozialer Anerkennung vgl. *Johannes Siegrist*, Soziale Anerkennung und gesundheitliche Ungleichheit, in: *Bauer* u.a. (Fn. 148), S. 220 ff.



baut werden müssen.<sup>155</sup> Die einflussreiche und prominent besetzte „Commission on Social Determinants of Health“ der WHO hat diese Überzeugung an hervorgehobener Stelle drastisch zum Ausdruck gebracht:

„In countries of all levels of income, health and illness follow a social gradient: the lower the socioeconomic position, the worse the health. It does not have to be this way and it is not right that it should be like this. [...] Reducing health inequities is [...] an ethical imperative. Social injustice is killing people on a grand scale.“<sup>156</sup>

## 2. Gerechtigkeitstheoretische Besonderheiten und Probleme bei der Beurteilung sozialer Gesundheitsungleichheiten

Sind die sozialen Gesundheitsungleichheiten tatsächlich ein moralischer Skandal? Sind sie in der gleichen Weise ungerecht wie soziale Hürden beim Zugang zur notwendigen medizinischen Versorgung? Gibt es eine moralische Verpflichtung für das Gemeinwesen, diese Ungleichheiten zu beseitigen oder zumindest zu reduzieren? Im Folgenden sollen einige Gründe genannt werden, warum die Antworten auf diese Fragen nicht so klar sind, wie die Public Health-Protagonisten häufig annehmen, und

155 Vgl. nur programmatisch Matthias Richter/Klaus Hurrelmann, Gesundheitliche Ungleichheit: Ausgangsfragen und Herausforderungen, in: dies. (Fn. 14), S. 13: „Diese gesundheitlichen Ungleichheiten (...) repräsentieren zudem bedeutende gesellschaftliche Ungerechtigkeiten, da ein breites Spektrum gesundheitlicher Ungleichheit nach den Konventionen des Sozialstaats nicht legitimiert sein dürfte. Es besteht allgemein kein Zweifel, dass vermeidbare gesundheitliche Ungleichheiten ein Versagen moderner Gesellschaften darstellen, die angegangen werden können und müssen.“

156 So bereits in der „Executive Summary“: *Commission on the Social Determinants of Health, Closing the Gap in a Generation: Health Equity through Action on the Social Determinants of Health*, 2008.

warum die Beurteilung der Gerechtigkeit der sozialen Gesundheitsunterschiede besondere Probleme bereitet.<sup>157</sup>

*a) Unklare Verantwortlichkeiten und Handlungsoptionen*

Die Behauptung, es bestehe eine Ungerechtigkeit und durch diese kämen Menschen sogar massiv zu Schaden („Social injustice is killing people on a grand scale“), ist keine Kleinigkeit. Sollen derartige Vorwürfe nicht trivialisiert werden, wäre es mindestens hilfreich zu erfahren, wer wen durch welche Handlung geschädigt hat und wie Abhilfe zu schaffen ist. Dies ist aber im Fall der sozialen Gesundheitsungleichheiten nicht so einfach.

Insoweit fällt zunächst auf, dass die vorgebrachte Empörung nicht auf einer unmittelbaren Unrechtserfahrung, sondern auf einer rein sta-

157 Die folgenden Ausführungen nehmen einige Überlegungen auf aus *Stefan Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 55 ff. Aus der inzwischen umfangreichen Literatur vgl. etwa *Anand/Peter/Sen* (Fn. 23); *Yukiko Asada*, Health Inequality. Morality and Measurement, 2007; *Lawrence C. Becker*, Habilitation, Health, and Agency, 2012; *Uwe H. Bittlingmayer u.a.* (Hrsg.), Normativität und Public Health. Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, 2009; *Alena M. Buyx*, Wie gleich kann Gesundheit sein? Ethische und gerechtigkeits-theoretische Aspekte gesundheitlicher Ungleichheiten, Das Gesundheitswesen 71 (2009), S. 1 ff.; *Norman Daniels*, Just Health. Meeting Health Needs Fairly, 2008; *Eyal u.a.* (Fn. 28); *Daniel M. Hausman*, What's Wrong with Health Inequalities?, Journal of Political Philosophy 15 (2007), S. 46 ff.; *Richard Hofrichter* (Hrsg.), Health and Social Justice. Politics, Ideology, and Inequity in the Distribution of Disease, 2003; *Barry S. Levy/Victor W. Sidel* (Hrsg.), Social Injustice and Public Health, 2006; *Sarah Marchand u.a.*, Class, Health, and Justice, The Milbank Quarterly 76 (1998), S. 449 ff.; *Madison Powers/Ruth Faden*, Social Justice. The Moral Foundations of Public Health and Health Policy, 2006; *dies.*, Health Inequities and Social Justice, Bundesgesundheitsblatt 51 (2008), S. 151 ff.; *Oliver Rauprich*, Public Health als Beitrag zur sozialen Gerechtigkeit, in: *Buyx/Huster* (Fn. 19), S. 263 ff.; *ders.*, Gesundheitliche Ungleichheiten als Problem der sozialen Gerechtigkeit, in: *Strech/Marckmann* (Fn. 19), S. 97 ff.; *Jennifer Prah Ruger*, Health and Social Justice, 2010; *Shlomi Segall*, Health, Luck, and Justice, 2010; *ders.*, Equality and Opportunity, 2013, S. 173 ff.; *Sridhar Venkatapuram*, Health Justice, 2011; und jüngst *Adina Preda/Kristin Voigt*, The Social Determinants of Health: Why Should We Care?, The American Journal of Bioethics (15) 2015, S. 25 ff., und die Kommentare dazu ebd., S. 37 ff.

tistischen Grundlage beruht. Wird ein Patient mit Blinddarmdurchbruch an der Krankenhauspforte abgewiesen, weil er die Operation nicht bezahlen kann, ist dies ein offensichtliches Unrecht und die geschädigte Person eindeutig erkennbar. Mit ihrem Schicksal kann sich der Beobachter identifizieren. So ist es aber nicht bei den „Opfern“ der schichtenspezifischen Gesundheitsdeterminanten: Wir werden nie genau wissen, welche konkreten Personen aufgrund ihres Sozialstatus und der damit verbundenen Lebensumstände gesundheitliche Vor- und Nachteile gehabt haben; manche Bergarbeiter sind gesund geblieben und steinalt geworden, während es den Bergwerksdirektor schon lange dahingerafft hat. Hier wirkt sich aus, dass es bei Public Health eben gar nicht um konkrete Personen, sondern um populationsbezogene statistische Zusammenhänge geht.<sup>158</sup> Ein moralischer Furor, der sich allein auf epidemiologische Zahlenkolonnen stützt, ist aber nicht ganz einfach nachzuvollziehen. Oder vorsichtiger formuliert: Der übliche Moralhaushalt ist so konstruiert, dass wir auf die Verletzung der Rechte konkreter Personen sehr viel sensibler reagieren als auf den Verlust statistischer Leben. Die Rettung konkreter Leben besitzt eine höhere moralische Dringlichkeit.<sup>159</sup>

Man kann fragen, ob und inwieweit diese normative Unterscheidung berechtigt ist.<sup>160</sup> Einen guten Sinn dürfte sie aber schon deshalb haben, weil bei der Gefährdung statistischer Leben regelmäßig komplexe strukturelle Ursachen im Spiel sind, so dass sich die Handlungsfelder und -optionen nicht ohne weiteres erschließen. So verhält es sich auch mit Blick auf die Gesundheitsungleichheiten. Anders als Leistungen der

158 Vgl. oben bei I.2.

159 Dieses Argument hat auch in der Diskussion über Leistungsbeschränkungen im Versorgungssystem immer wieder eine Rolle gespielt; vgl. insbesondere *Walter Krämer*, Statistische versus individuelle Menschenleben, in: Georg Marckmann (Hrsg.), *Gesundheitsversorgung im Alter*, 2003, S. 219 ff.

160 Grundlegend dazu *Thomas C. Schelling*, *The Life You Save May Be Your Own*, in: S. B. Chase, Jr. (Hrsg.), *Problems in Public Expenditure Analysis*, 1968, S. 127 ff.; ferner *Norman Daniels*, *Reasonable Disagreement About Identified vs. Statistical Victims*, *Hastings Center Report* 42 (2012), Heft 1, S. 35 ff. Vgl. auch bereits *Stefan Huster*, „Hier finden wir zwar nichts, aber wir sehen wenigstens etwas“. Zum Verhältnis von Gesundheitsversorgung und Public Health (Medizinethische Materialien Heft 178), 2008, S. 20 ff.

medizinischen Versorgung ist Gesundheit kein Gut, das sich selbst un-  
mittelbar (um)verteilen ließe, um mehr Gleichheit herzustellen; man  
muss hier sehr viel mittelbarer an den sozialen Determinanten ansetzen.  
Damit eröffnet sich aber ein ziemliches unübersichtliches Feld, auf dem  
weder klar ist, wer tätig werden muss, noch einfache und bewährte Lö-  
sungen zur Verfügung stehen. Dass man – wie die Europäische Union  
einprägsam formuliert hat – „Health in All Policies“ berücksichtigen  
muss,<sup>161</sup> ist angesichts der verwickelten Wirkungszusammenhänge  
plausibel, lässt aber die Verantwortung auch diffundieren: Wenn alle  
verantwortlich sind, ist es keiner mehr – zumindest nicht in ausgeprägter  
Weise. Die Querelen um ein Präventionsgesetz, das zunächst mehrfach  
gescheitert ist, belegen die Zuständigkeitsunklarheiten, die durch den  
deutschen Korporatismus und Föderalismus sicherlich noch verstärkt  
werden.<sup>162</sup> Aber auch unabhängig davon ist schon nicht klar, wer die  
primäre Verantwortung besitzt. Der Gesundheitsminister oder die Kran-  
kenkassen, an die man zunächst denken könnte, sind vielleicht für die  
Politikfelder gar nicht zuständig, in denen die wirkungsmächtigsten Ge-  
sundheitsdeterminanten liegen; vermutlich müsste man sehr viel inten-  
siver auf die Bildungs-, Arbeitsmarkt- und allgemeine Sozialpolitik  
schauen. Selbst dann wäre schließlich noch ungewiss, welche Interven-  
tionen überhaupt wirksam sind und die Gesundheitsungleichheiten tat-  
sächlich verringern.<sup>163</sup> Dies gilt insbesondere für Politikfelder, die nur  
einen sehr mittelbaren Bezug zur Gesundheit besitzen. So ist etwa um-  
stritten, ob und inwieweit die gesellschaftliche Ungleichheit als solche

161 Vgl. dazu jetzt die Darstellung bei *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina u.a.* (Fn. 4), S. 54 ff. Ambitioniert jetzt auch der „gesamtsstaatliche“ („whole-of-government approach“) und „gesamtgesellschaftliche“ („whole-of-society approach“) Ansatz bei *WHO/Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020. Rahmenkonzept und Strategie der Europäischen Region für das 21. Jahrhundert, 2013.

162 Vgl. jetzt aber den Entwurf zum inzwischen verabschiedeten Präventionsgesetz: BT-Drks. 18/4282.

163 Generell wird zunehmend erkannt, dass Public Health-Maßnahmen der Qualitätssicherung und Evaluation bedürfen, vgl. dazu zuletzt etwa *Ansgar Gerhardus/Eva Rehfuess/Hajo Zeeb*, Evidenzbasierte Verhältnisprävention und Gesundheitsförderung: Welche Studiendesigns brauchen wir?, ZEFQ 109 (2015), S. 40 ff.; und die Beiträge in *Ansgar Gerhardus u.a.* (Hrsg.), Evidence-based Public Health, 2010; *Petra Kolip/Veronika E. Müller* (Hrsg.), Qualität von Gesundheitsförderung und Prävention, 2009.

gesundheitsrelevant ist.<sup>164</sup> Hier herrscht weder Einigkeit über den genauen Befund noch darüber, ob dieser Zusammenhang nicht auf einen gemeinsamen dritten Faktor zurückgeführt werden kann. Es gibt aber durchaus Indizien für die These, dass der Gesundheitszustand einer Population umso schlechter und die sozialen Gesundheitsungleichheiten umso größer sind, je stärker die soziale Ungleichheit ausgeprägt ist. Dies könnte mit größeren Stressfaktoren in sehr inegalitären Gesellschaften erklärt werden, aber auch damit, dass in derartigen Gesellschaften der soziale Zusammenhalt geringer ist und die Pflege gesundheitsrelevanter öffentlicher Güter vernachlässigt wird. Nur ist schwer zu bestimmen, ob und inwieweit eine entschieden auf sozialen Ausgleich gerichtete Sozialpolitik auch zu einer Reduktion der Gesundheitsungleichheiten führen würde, zumal etwa in den skandinavischen Ländern die ökonomische, nicht aber die gesundheitliche Ungleichheit kleiner ist. Es könnte daher sein, dass soziale Ungleichheit zwar mit dem Gesundheitsniveau der Gesamtbevölkerung korreliert, nicht aber mit der gesundheitlichen Ungleichheit.<sup>165</sup>

Vielleicht hat sich der Sozialstaat in gewisser Weise auch bereits zu Tode besiegt. So hat ein renommierter Epidemiologe kürzlich die Überlegung vorgetragen, der irritierende Umstand, dass die sozialen Gesundheitsungleichheiten trotz aller wohlfahrtstaatlichen Bemühungen fortbestehen oder sich sogar ausweiten, sei dadurch zu erklären, dass die sozialen Schichten aufgrund der Durchlässigkeit moderner sozialer Ordnungen immer homogener geworden seien und zudem nun auch den unteren sozialen Schichten ein Überfluss – etwa an Nahrungsmitteln –

164 Aus der unüberschaubaren Literatur vgl. nur *Norman Daniels u. a.*, *Is Inequality Bad for Our Health?*, 2000. Große Aufmerksamkeit hat die Behauptung bei *Richard Wilkinson/Kate Pickett*, *Gleichheit ist Glück. Warum gerechte Gesellschaften für alle besser sind* (orig.: *The Spirit Level. Why More Equal Societies Almost Always Do Better*), 2009, gefunden, dass soziale Ungleichheit in vielen Lebens- und Politikbereichen negative Auswirkungen hat; dies ist nicht unwidersprochen geblieben (vgl. *Peter Saunders*, *Beware False Prophets. Equality, the Good Society and The Spirit Level*, 2010; *Christopher Snowdon*, *The Spirit Level Delusion*, 2010).

165 Vgl. dazu nur *Klaus Hurrelmann/Matthias Richter/Katharina Rathmann*, *Welche Wohlfahrtspolitik fördert die Gesundheit? Der ungeklärte Zusammenhang von ökonomischer und gesundheitlicher Ungleichheit*, *Das Gesundheitswesen* 73 (2011), S. 335, 339 ff.

zur Verfügung stehe, der der Gesundheit nicht förderlich sei.<sup>166</sup> Andere behaupten, dass eine zentralistische Umverteilungspolitik die „salutogenetischen Selbststeuerungskompetenzen“ in unteren sozialen Schichten vielleicht gerade beschädige; es komme nun für die Bekämpfung der Gesundheitsungleichheiten zunehmend auf die „postmaterialistischen Bedingungen der sinnerfüllten und aktiv hergestellten Lebensgestaltung“ an.<sup>167</sup> Man ahnt, welche sozio-kulturellen Lebensformen sich hinter diesen Formeln verstecken – und weiß gleichzeitig, dass es in einer freiheitlichen Ordnung nicht einfach sein wird, darauf positiven Einfluss zu nehmen.

Insgesamt stellen sich die sozialen Gesundheitsungleichheiten als unbeabsichtigte und nicht einmal vorhergesehene, aber inzwischen (zum Teil) bekannte komplexe Nebenfolgen der gesellschaftlichen Organisation und der sozialen Ungleichheiten dar.<sup>168</sup> Sie sind emergente Eigenschaften der gesellschaftlichen Organisation.<sup>169</sup> Anders als im System der Gesundheitsversorgung hat hier niemand bewusst entschieden, dass bestimmte Leistungen nicht jedermann zur Verfügung stehen und die Gesundheit dadurch möglicherweise beeinträchtigt wird, soweit ein privater Zukauf nicht möglich ist; vielmehr dürften die gesundheitlichen Auswirkungen der meisten Entscheidungen zur Organisation des Zusammenlebens überhaupt nicht bewusst sein. Wenn es sich bei den sozialen Gesundheitsungleichheiten um Ungerechtigkeiten handeln sollte, dann sind diese allenfalls struktureller Natur. Sie ähneln damit den sozialen Unterschieden, die wir im (deutschen) Bildungssystem finden: Auch hier hat niemand verfügt oder durch prohibitive Schulgebühren dafür gesorgt, dass Arbeiterkinder seltener das Gymnasium besuchen

166 Johan P. Mackenbach, The persistence of health inequalities in modern welfare states: The explanation of a paradox, *Soc. Science & Medicine* 75 (2012), S. 761, 766 ff.

167 Vgl. Hurrelmann/Richter/Rathmann (Fn. 165), S. 341 f.

168 Ähnlich Geyer (Fn. 151), S. 250: „Gesundheitliche Ungleichheiten sind ungeplante Nebeneffekte der Art und Weise, wie das soziale Leben und das Wirtschaften organisiert sind und wie Lebensweisen und individuelle Präferenzen (willentlich oder unwillentlich) ausgestaltet sind.“

169 Zum Emergenzbegriff, der aus anderen philosophischen Diskussionen bekannt ist und hier weiterhelfen könnte, vgl. Achim Stephan, *Emergenz: Von der Unvorhersehbarkeit zur Selbstorganisation*, 2005.

oder studieren; die sozialen Selektionsprozesse beruhen vielmehr auf einem vielgestaltigen Ursachenbündel – was ihre Einschätzung als Ungerechtigkeiten aber vielfach nicht hindert.<sup>170</sup>

Nun ist der „strukturelle“ Charakter derartiger Ungleichheiten und ihrer Ursachen kein Grund, sie von vornherein für normativ unerheblich zu halten. Sobald wir wissen, dass eine bestimmte Form der Organisation des sozialen Zusammenlebens zu derartigen Ungleichheiten führt, kann sie deshalb kritisiert werden. Zur Modernität einer politischen Ordnung gehört es, dass kein soziales Arrangement dem Zwang zur Rechtfertigung entzogen ist. Nicht so klar ist dagegen, dass die besagten Ungleichheiten selbst dann, wenn man sie letztlich nach Art oder Ausmaß für problematisch hält, in spezifischer Weise eine Ungerechtigkeit darstellen.<sup>171</sup>

#### *b) Direkte oder indirekte Bewertung?*

Der verschlungene Weg, auf dem gesundheitliche Ungleichheiten aus dem sozialen Zusammenleben heraustreten, führt zu einer weiteren schwierigen Frage, die *Fabienne Peter* in einem scharfsinnigen Aufsatz herausgearbeitet hat: Sind soziale Gesundheitsungleichheiten als solche Gegenstand der normativen Betrachtung oder sind sie nur zu kritisieren, wenn ihre Ursachen ungerecht sind? Können sie also direkt oder nur indirekt als Problem der Gerechtigkeit aufgefasst werden?<sup>172</sup> Beide Perspektiven haben ihre Berechtigung, aber auch ihre problematischen Seiten.

Angesichts der hohen Bedeutung der Gesundheit und ihres erheblichen Ausmaßes sind die sozialen Gesundheitsungleichheiten auf den ersten Blick bereits als solche ein Missstand, dem es abzuhelfen gilt; dies entspricht auch der weithin geteilten Überzeugung der Public

170 Zur Diskussion vgl. jetzt *Segall*, *Equality and Opportunity* (Fn. 157), S. 133 ff.; und die Beiträge bei *Kirsten Meyer* (Hrsg.), *Education, Justice and the Human Good*, 2014.

171 Darauf wird zurückzukommen sein; vgl. unten bei III.3.

172 *Fabienne Peter*, *Health Equity and Social Justice*, in: *Anand/Peter/Sen* (Fn. 23), S. 93, 97 ff.

Health-Protagonisten. Bei näherem Hinsehen ergeben sich aber Zweifel, ob dieser *direkte* Zugang stimmig ist. Immerhin gibt es Gesundheitsunterschiede, die wir keineswegs als problematisch ansehen: Es beunruhigt uns nicht, wenn (einige wenige) Krankheiten – etwa bestimmte Allergien – häufiger in höheren sozialen Schichten auftreten. Auch wissen wir, dass in allen modernen Gesellschaften Frauen im Durchschnitt länger als Männer leben.<sup>173</sup> Auf rein biologische Ursachen kann dies wohl nicht zurückgeführt werden; es hängt auch mit der – riskanteren – Lebensweise von Männern zusammen, die ihrerseits wiederum von sozialen Faktoren – vom männlichen Selbstbild bis hin zu gesellschaftlich eingespielten Rollenverteilungen – mitbestimmt wird.<sup>174</sup> Trotzdem haben wir es hier schwerlich mit einer Ungerechtigkeit zu tun: Wir mögen den Männern raten, besser auf sich Acht zu geben und ihren Lebenswandel zu überdenken, aber dies hat den Charakter einer Empfehlung, nicht einer moralischen Kritik der bestehenden Ungleichheit.<sup>175</sup> Schließlich sind die Männer in keinem Sinne Opfer einer gesellschaftlichen Benachteiligung oder Unterdrückung; es liegt allein an ihnen, ihr Verhalten und ihre Einstellung zu verändern – so schwierig das aus der Sicht des Einzelnen auch sein mag.

Dass wir Gesundheitsungleichheiten differenziert beurteilen, indem wir ihre Ursachen in Augenschein nehmen, scheint nun für einen *indirekten* Ansatz zu sprechen: Diese Ungleichheiten sind nur dann problematisch, wenn ihre Ursachen ungerecht sind. Für die sozialen Gesundheitsungleichheiten hieße dies, dass sie nur dann als „Inequities“ angesehen werden können, wenn und soweit sie auf sozialen Ungerechtig-

- 173 Zu den neuesten Erkenntnissen dazu vgl. *Hiram Beltrán-Sánchez/Caleb E. Finch/Eileen M. Crimmins*, Twentieth Century Surge of Excess Adult Male Mortality, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 5. Juli 2015, doi: 10.1073/pnas.1421942112. Für die Situation in Deutschland vgl. *Lampert/Knoll* (Fn. 12), S. 3; danach beträgt der Unterschied in der durchschnittlichen Lebenserwartung immerhin sechs Jahre.
- 174 Zur Datenlage vgl. *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), *Gesundheitliche Lage der Männer in Deutschland. Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes*, 2014.
- 175 Ähnlich *Faden/Powers*, *Bundesgesundheitsblatt* 51 (Fn. 157), S. 155. Glücksegalitaristische Theorien mögen das anders sehen müssen (vgl. *Shlomi Segall*, *Luck Prioritarian Justice in Health*, in: *Knight/Stemplowska* [Fn. 29], S. 246, 256 ff.), was allerdings schwerlich zu ihrer Plausibilität beiträgt.



keiten beruhen. Damit handelt man sich allerdings zwei andere Probleme ein. Zum einen sind die Maßstäbe sozialer Gerechtigkeit alles andere als unumstritten; dies gilt insbesondere für die Verteilung von Einkommen und Vermögen, die auf die Gesundheitsverhältnisse durchaus Einfluss haben mag. Die Frage nach der Gerechtigkeit der Gesundheitsungleichheiten geriete damit in die Untiefen der allgemeinen Diskussion über soziale Verteilungsgerechtigkeit. Vielleicht muss man das hinnehmen, aber es macht es gewiss nicht einfacher, eine zustimmungsfähige Antwort auf die Frage zu finden, wie es sich mit den Gesundheitsungleichheiten verhält. Zum anderen erfasst der indirekte Ansatz nicht das Unbehagen, das viele Beobachter angesichts der erheblichen Gesundheitsungleichheiten empfinden: Sind die erwähnten zehn Jahre Unterschied in der Lebenserwartung nicht ein eigenständiger Grund zur Beunruhigung? Und sollten sie nicht ihrerseits ein Maßstab zur – kritischen – Beurteilung der gesellschaftlichen Verhältnisse sein, die sie hervorbringen? So könnte man denken, dass mit einer Gesellschaft, die derartig große Unterschiede in den Gesundheitschancen verursacht, irgendetwas nicht stimmen kann. Zumindest könnten die Gesundheitsungleichheiten als Indizien für Ungerechtigkeiten aufgefasst werden, die ein Anlass sein sollten, noch einmal genauer zu schauen, ob mit den Verhältnissen, die sie verursacht haben, tatsächlich alles in Ordnung ist.

### c) *Gesundheitsungleichheiten in den Theorien der sozialen Gerechtigkeit*

Ganz ähnliche Unklarheiten sind zu konstatieren, wenn man analysiert, wie die unterschiedlichen Theorien der sozialen Gerechtigkeit die gesundheitlichen Ungleichheiten einordnen.

Lange Zeit ganz vorherrschend waren *egalitaristische* Theorien der Verteilungsgerechtigkeit, die aus einem – unstreitigen<sup>176</sup> – fundamentalen Grundsatz der gleichen Berücksichtigung – in *Ronald Dworkins*

176 Zum Verständnis moderner politischer Theorien als Versuche, dieses fundamentale Gleichheitsgebot zu explizieren, vgl. *Will Kymlicka*, *Contemporary Political Philosophy*, 1990, S. 4 f.

Worten: der Behandlung „als Gleicher“<sup>177</sup> – auch auf ein Gebot der Gleichverteilung materieller Güter schließen – jedenfalls im Sinne der Rechtfertigungsbedürftigkeit von gesellschaftlichen Arrangements, die zu einer differenzierten Güterausstattung führen.<sup>178</sup> Standardbeispiel ist hier die Aufteilung einer Torte bei einem Kindergeburtstag: Solange nicht gute Gründe für ein anderes Ergebnis sprechen, ist es gerecht, dass jedes Kind ein gleich großes Stück bekommt.<sup>179</sup> Nun liegt es auf der Hand, dass in freiheitlichen Gesellschaften unweigerlich materielle Ungleichheiten entstehen, weil sich die unterschiedlichen individuellen Ambitionen, Präferenzen und Talente auf die Güterausstattung auswirken. Das ist aus zwei Gründen auch gar nicht zu kritisieren: Zum einen ist die Freiheit der Lebensgestaltung ohne die Verantwortung für die – auch materiellen – Folgen nicht zu haben; wer etwa viel arbeitet und dadurch gut verdient, muss sich von dem Müßiggänger seinen materiellen Vorteile nicht vorhalten lassen. Selbst egalitaristisch gesonnene Theorien der Gerechtigkeit vertreten daher die Ansicht, eine gerechte Güterverteilung sei zwar „endowment-insensitive“, aber „ambition-sensitive“: Sie müsse die unverdienten Vor- und Nachteile ausgleichen, die sich aus den unterschiedlichen Startbedingungen und individuell nicht beeinflussbaren Umweltbedingungen ergeben, nicht aber die differenzierten Folgen der autonomen Entscheidungen.<sup>180</sup> Selbst wenn man der Ansicht ist, dass wir es hier nur selten mit autonomen Entscheidungen

177 Vgl. *Ronald Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 370.

178 Vgl. nur *Wilfried Hinsch*, Gerechtfertigte Ungleichheiten, 2002, S. 169 f. Unterschiede zwischen diesen Theorien bestehen bekanntlich hinsichtlich der Frage, worauf – Ressourcen, Grundgüter, Funktionsfähigkeit – sich die Forderung der Gleichverteilung genau bezieht; vgl. dazu nur *Gerald Cohen*, Equality of What? On Welfare, Goods, and Capabilities, in: Martha Nussbaum/Amartya Sen (Hrsg.), The Quality of Life, 1993, S. 9 ff. Auch der in Diskussionen über Gesundheitsungleichheit prominent vertretene „Capabilities Approach“ (vgl. nur *Ruger* [Fn. 157]; *Venkatapuram* [Fn. 157]; und – allerdings mit primärem Fokus auf das Versorgungssystem – *Peter Dabrock*, Befähigungsgerechtigkeit, 2012, S. 219 ff.) zählt letztlich – was hier nicht weiter begründet werden kann – zu dieser Theoriefamilie.

179 Vgl. nur *Ernst Tugendhat*, Vorlesungen über Ethik, 1993, S. 373 f..

180 Vgl. *Ronald Dworkin*, Was ist Gleichheit, 2011, S. 106 ff. Zum Zusammenhang von Freiheit und Verantwortung vgl. bereits oben bei II.1. Zur Bedeutung des Verantwortungsbegriffs für Theorien der Gerechtigkeit vgl. jetzt die Beiträge bei *Knight/Stemplowska* (Fn. 29).

und meistens mit den Konsequenzen der „natürlichen Lotterie“ zu tun haben, ist zum anderen zu bedenken, dass sich auch dann noch Ungleichverteilungen rechtfertigen lassen – nämlich genau dann, wenn sie auf Produktivitätsanreizen beruhen, die den gesellschaftlichen Wohlstand mehren und daher letztlich auch den am schlechtesten Gestellten zugutekommen. Dies ist bekanntlich die Grundidee des Differenzprinzips von *John Rawls*, dem es auf diese Weise gelingt, eine egalitaristische Ausgangsposition mit notwendigen, jedenfalls rechtfertigungsfähigen materiellen Ungleichheiten zu versöhnen und dadurch einer unplausiblen Position des „Levelling down“ – also der Herstellung von Gleichheit durch die Schlechterstellung aller – zu entkommen.<sup>181</sup>

Was bedeutet das nun für die Beurteilung der gesundheitlichen Ungleichheiten?<sup>182</sup> Wenn es stimmt, dass ungleiche gesellschaftliche Verhältnisse – von einer ungleichen Güterausstattung bis zu Hierarchien am Arbeitsplatz – die gesundheitlichen Ungleichheiten verursachen, führt eine Verteilung, die in dem Sinne egalitär ist, dass materielle Ungleichheiten nur gerechtfertigt sind, wenn sie den am schlechtesten Gestellten zum Vorteil gereichen, zu einer Abflachung des sozialen Gesundheitsgradienten. In diesem Sinne trägt das Differenzprinzip – wenn auch nur mittelbar und zufällig, weil für *Rawls* die Gesundheit selbst nicht zu den Grundgütern zählt, die es zu verteilen gilt – zu einer Verringerung der Gesundheitsungleichheit bei. Allerdings bleibt damit eine wichtige Frage offen: Wenn auch die durch das Differenzprinzip zugelassenen – und in diesem Sinne als gerecht unterstellten – materiellen Ungleichheiten Auswirkungen auf die Gesundheit haben – was hier „for the sake of argument“ angenommen werden soll –, verpflichten uns diese Auswirkungen dann, die sozialen Ungleichheiten noch weiter einzuebnen, als es das Differenzprinzip vorgibt?<sup>183</sup> Anders gefragt: Müssen die materiellen Vorteile, die aus bestimmten Anreizstrukturen zu erwarten sind und die zugunsten der am schlechtesten Gestellten verwendet werden

181 Vgl. *John Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, 1975, S. 81 ff. und passim.

182 Die folgenden Ausführungen beziehen sich insbesondere auf *Daniels* (Fn. 157), S. 79 ff., der an *Rawls*‘ Gerechtigkeitstheorie anknüpft.

183 Vgl. dazu auch *Gopal Sreenivasan*, Ethics and Epidemiology: Residual Health Inequalities, *Public Health Ethics* 2 (2009), S. 244 ff.; ferner *Preda/Voigt* (Fn. 157), S. 30 f.

können, mit den „Residual Health Inequalities“, die sie verursachen, abgewogen werden? Und nach welchem Maßstab sollte das geschehen? Die egalitaristischen Verteilungstheorien haben darauf keine rechte Antwort. Man könnte in die Richtung denken, dass die materiellen Vorteile uns erlauben, in für Gesundheit und größere Gesundheitschancengleichheit förderliche Strukturen – etwa in der medizinischen Versorgung oder im Bildungssystem – zu investieren, und dann zu erheben ist, ob dies letztlich zu einer Abflachung des sozialen Gradienten und zu einer Verbesserung der Gesundheit – insbesondere in den unteren sozialen Schichten – führt. Aber es ist nicht klar, warum es hier nur auf die Gesundheit ankommen soll; schließlich stellen wir auch sonst die gesundheitlichen Belange gegenüber anderen Gütern gelegentlich zurück.<sup>184</sup> Für diese Abwägung zwischen Gesundheit und Gesundheitsgerechtigkeit einerseits, materiellen Vorteilen andererseits scheint in den egalitaristischen Theorien kein Kriterium mehr zur Verfügung zu stehen; man kann sich dann nur noch mit dem pragmatischen Verweis auf einen möglichst offenen politischen Prozess behelfen, in dem diese Abwägung vorgenommen wird<sup>185</sup> – was nun gerade den Verzicht auf eine nähere gerechtigkeits-theoretische Auskunft bedeutet. Insgesamt zeigt sich jedenfalls, welche Schwierigkeiten es den egalitaristischen Gerechtigkeits-theorien bereitet, die gesundheitlichen Ungleichheiten als emergente Eigenschaften der sozialen Ordnung sinnvoll zu erfassen.

Nun mag man mit guten Gründen der Ansicht sein, dass der Egalitarismus von vornherein keine besonders plausible Theorie der Verteilungsgerechtigkeit für moderne freiheitliche Gesellschaften darstellt. So gibt es etwa in der *Rawlsschen* Theorie ein unaufgelöstes Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Freiheit der Gestaltung des eigenen Lebens und der „Vergemeinschaftung“ der individuellen Talente

184 Dies sieht auch *Daniels* (Fn. 157), S. 98.

185 Vgl. *Daniels* (Fn. 157), S. 99 f.

und Fähigkeiten:<sup>186</sup> Wenn diese Fähigkeiten und Talente keinen Anspruch auf die Früchte der eigenen Tätigkeit verschaffen, sondern dieser nur mittelbar daraus folgt, dass Anreize gesetzt werden müssen, um im Interesse der Gemeinschaft die Leistungsbereitschaft zu fördern, bleibt unklar, warum die Gemeinschaft nicht auch bereits die Ausbildung und Pflege dieser Fähigkeiten und Talente verlangen und ihre Vernachlässigung unterbinden kann. Dieser Aspekt weist darauf hin, dass egalitaristische Verteilungstheorien ein sehr anspruchsvolles Solidaritätsverständnis voraussetzen, das nicht recht zu freiheitlichen Gesellschaften passen will: Wir sind hier nämlich – anders als in dem unterkomplexen Beispiel der Verteilung des Kuchens auf einem Kindergeburtstag – nicht Mitglieder einer umfassenden (Um-)Verteilungsgemeinschaft, sondern jeder ist zunächst einmal selbst für sein Leben und sein Fortkommen verantwortlich; nur soweit dies dazu führt, dass einzelne oder Gruppen von Bürgern keine sinnvolle und grundsätzlich gleichberechtigte Existenz in unserer Gesellschaft führen können, sind wir zur Unterstützung verpflichtet. Egalitaristische Theorien verwechseln an dieser Stelle Allgemeinheit und Gleichheit: Maßgeblich ist, dass *jedem* die für ein anständiges Leben erforderlichen Güter zur Verfügung stehen – nicht dagegen, dass die Güterverteilung (darüber hinaus) *gleich* ist.

Plausibler sind daher Theorien der sozialen Gerechtigkeit, die nicht von einer Präsumtion der materiellen Gleichheit ausgehen, sondern von vornherein auf diesen Aspekt der sozialen Inklusion abstellen und die Verpflichtungen der sozialen Gerechtigkeit auf einen Mindeststandard der Güterausstattung beziehen, der eine nicht ausgegrenzte Existenz in

186 Vgl. *Rawls* (Fn. 181), S. 122: „Das Unterschiedsprinzip bedeutet faktisch, daß man die Verteilung der natürlichen Gaben in gewisser Hinsicht als Gemeinschaftssache betrachtet (...). Wer von der Natur begünstigt ist (...), der darf sich der Früchte nur so weit erfreuen, wie das auch die Lage der Benachteiligten verbessert.“ Zur Diskussion dieses Punkts vgl. *Thomas Nagel*, *Rawls and Liberalism*, in: Samuel Freeman (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Rawls*, 2003, S. 62, 78 ff.

unserem Gemeinwesen ermöglicht.<sup>187</sup> Derartige *Suffizienztheorien* stimmen jedenfalls sehr viel besser mit der Vorstellung von Sozialstaatlichkeit überein, die etwa in der Verfassungsrechtsprechung vertreten wird und die das grundlegende Sicherungsziel auf ein menschenwürdiges Existenzminimum bezieht.<sup>188</sup> Auch die prominente Überlegung, dass soziale Rechte inzwischen neben Freiheitsrechte und politische Rechte getreten sind, um einen vollwertigen Status als Bürger eines Gemeinwesens zu konstituieren,<sup>189</sup> passt eher mit Suffizienztheorien als mit egalitaristischen Theorien der sozialen Gerechtigkeit zusammen.

Strukturell haben Suffizienztheorien den Vorteil, dass sie nicht auf relationale oder komparative Gerechtigkeitserwägungen angewiesen sind.<sup>190</sup> Sie müssen sich nicht auf die aussichtslose Suche nach der Antwort auf die Frage begeben, welche Unterschiede in Einkommen und Vermögen gerecht und ungerecht sind; es reicht aus, dass für jedermann der für die soziale Inklusion erforderliche Mindeststandard gewährleistet ist. Dabei ist dieser Standard zweifellos durch einen Vergleich mit den gesellschaftlich üblichen Lebensverhältnissen zu ermitteln; die Begriffe der Suffizienz und der sozialen Inklusion werden in Deutschland auf eine andere Weise konkretisiert als in Rumänien oder gar in

187 Vgl. *Elizabeth Anderson*, Warum eigentlich Gleichheit?, in: Angelika Krebs (Hrsg.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit*, 2000, S. 117 ff.; *Harry G. Frankfurt*, Gleichheit und Achtung, ebd., S. 38 ff.; *ders.*, Equality as a Moral Ideal, in: *ders.*, The Importance of What We Care About, 1988, S. 134 ff.; *Thomas Schramme*, Gerechtigkeit und soziale Praxis, 2006, S. 183 ff.; ferner etwa *Yitzhak Benbaji*, The Doctrine of Sufficiency. A Defense, *Utilitas* 17 (2005), S. 310 ff.; *Robert Huseby*, Sufficiency. Restated and Defended, *The Journal of Political Philosophy* 18 (2010), S. 178 ff.; *Liam Shields*, The Prospects of Sufficiency, *Utilitas* 24 (2012), S. 101 ff.

188 Vgl. *BVerfGE* 125, 175, 222.

189 Vgl. *Thomas H. Marshall*, Staatsbürgerrechte und soziale Klassen (orig. *Citizenship and Social Class*, 1949), in: *ders.*, Bürgerrechte und soziale Klassen. Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaates, 1992, S. 33 ff.

190 Zur Unterscheidung von „comparative“ und „noncomparative justice“ vgl. bereits *Joel Feinberg*, *Social Philosophy*, 1973, S. 98 ff.; *ders.*, Noncomparative Justice, *Philosophical Review* 83 (1974), S. 297 ff.

Äthiopien.<sup>191</sup> Ist dieser Standard aber ermittelt und gewährleistet, kommt es auf relationale Überlegungen nicht mehr an.

Auch diese Theorien haben aber mit der Analyse sozialer Gesundheitsungleichheiten einige Probleme. Zum einen findet sich hier kein Maßstab für das Ausmaß an gesundheitlicher Ungleichheit, das nicht mehr akzeptabel ist. Man wird sagen können, der Umstand, dass eine soziale Schicht deutlich hinter der durchschnittlichen Lebenserwartung zurückbleibt, sei ein Indiz dafür, dass sie an dem üblichen Existenzniveau eines Gemeinwesens nicht mehr teilhat; wo diese Grenze verläuft, ist aber aus den Prämissen der Theorie kaum mehr abzuleiten. Noch schwerer wiegt ein zweites Problem: Es gibt Anzeichen dafür, dass die soziale Ungleichheit und ihr Ausmaß einen Einfluss auf Gesundheit und Gesundheitsverteilung haben. Eine größere soziale Ungleichheit könnte – unabhängig von den absoluten Standards der Lebensbedingungen – die Gesundheitsungleichheiten verstärken.<sup>192</sup> Nach dieser – umstrittenen, aber nicht unplausiblen – „Relative Income Thesis“ wirken sich soziale Ungleichheiten auch dann, wenn für jedermann ein Lebensstandard gewährleistet ist, der ein „normales“ Leben in seinem Gemeinwesen ermöglicht, auf die Verteilung des wichtigen Guts der Gesundheit aus. Da sich dieser „überschießende“ Effekt kaum als belanglos zur Seite schieben ließe, hätte das für die Suffizienztheorien die unerfreuliche Konsequenz, dass relationale Erwägungen der sozialen Gerechtigkeit doch wieder ins Spiel kommen.

191 Dies gilt auch für die medizinische „Grundversorgung“; vgl. dazu *Stefan Huster*, Hat das Leben keinen Preis? Absolute und relative Ansprüche im System der Gesundheitsversorgung, in: Joachim Hruschka/Jan C. Joerden (Hrsg.), *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics*, Bd. 22, 2014, S. 251, 263 ff.

192 Vgl. dazu etwa *Daniels* (Fn. 157), S. 85 ff.; *Gopal Sreenivsan*, *Ethics and Epidemiology. The Income Debate*, *Public Health Ethics* 2 (2009), S. 45 ff.; und die Textsammlung bei *Ichiro Kawachi/Bruce P. Kennedy/Richard G. Wilkinson* (Hrsg.), *The Society and Population Health Reader. Vol. I: Income Inequality and Health*, 1999.

### 3. Gerechtigkeit oder Solidarität?

Soziale Gesundheitsungleichheiten sind ein faszinierendes Phänomen, weil sie zeigen, wie selbst ein höchstpersönliches Gut wie die Gesundheit von gesellschaftlichen Strukturen maßgeblich beeinflusst wird.<sup>193</sup> Insbesondere die Statusunterschiede in unserem Gemeinwesen scheinen tiefer zu reichen, als man gedacht hat: Ungerechte Entlohnung, Arbeitslosigkeit, Fremdbestimmung am Arbeitsplatz oder wirtschaftliche und politische Krisen<sup>194</sup> sind nicht nur aufgrund ihrer Unannehmlichkeiten und finanziellen Folgen ein Problem, sondern gehen auch „unter die Haut“.

Ungerecht sind diese gesundheitlichen Auswirkungen sicherlich dann, wenn sie auf entwürdigende und demütigende Verhältnisse zurückgehen. Die Gesundheitsfolgen bieten damit einen weiteren Grund, gegen Ausbeutung oder Dauerstress am Arbeitsplatz vorzugehen. Wer etwa erfolglos nach einem Verfassungsgut sucht, auf dessen Grundlage sich der Eingriff in die Koalitionsfreiheit durch die gesetzliche Festlegung eines Mindestlohns rechtfertigen lässt,<sup>195</sup> könnte überlegen, ob insoweit nicht mindestens die Gesundheit der Beschäftigten einschlägig wäre, weil inzwischen sogar experimentell nachgewiesen werden konnte, dass und wie sich eine ungerechte Bezahlung als „Gratifikationskrise“ negativ auf die Gesundheit auswirkt.<sup>196</sup>

Wie steht es aber um die gesundheitlichen Auswirkungen, die auf Lebensverhältnisse und insbesondere soziale Ungleichheiten zurückgehen, die wir nicht ohne Weiteres als ungerecht bezeichnen können und

193 Irritierend ist etwa, wie stark das unmittelbare Wohnumfeld – unabhängig vom eigenen Sozialstatus – auf die Gesundheit einwirkt; vgl. dazu *Sven Voigtländer/Andreas Mielck/Oliver Razum*, Die Bedeutung des kleinräumigen Kontexts für Gesundheit: Entwurf eines Erklärungsmodells, *Das Gesundheitswesen* 74 (2012), S. 602 ff.

194 Vgl. dazu insbesondere *Sanjai Basu/David Stuckler*, Sparprogramme töten, 2014.

195 Vgl. etwa *Mattias G. Fischer*, Gesetzlicher Mindestlohn – Verstoß gegen die Koalitionsfreiheit?, *ZRP* 2007, S. 20, 21 f.

196 Vgl. *Armin Falk u.a.*, Cardiovascular Consequences of Unfair Pay (SOEPpapers on Multidisciplinary Panel Data Research 380), 2011; ferner etwa *Reinhard Schunck/Carsten Sauer/Peter Valet*, Macht Ungerechtigkeit krank? Gesundheitliche Folgen von Einkommens(un)gerechtigkeit, *WSI-Mitteilungen* 8/2013, S. 553 ff.



die sich – wie die ungleiche Verteilung von Positionsgütern<sup>197</sup> – in einer komplexen und freiheitlichen Gesellschaft gar nicht vermeiden lassen? Hier fällt ein Urteil sehr viel schwerer, zumal man auch gar nicht weiß, ab welchem Ausmaß der Gesundheitsunterschiede das moralische Problem beginnt: Sind zehn Jahre zwischen oberstem und unterstem Einkommensfünftel zu viel? Wie wäre es bei sieben oder fünf oder nur zwei Jahren? Es hat etwas Tragisches, dass die gar nicht vermeidbaren Hierarchien und Ungleichheiten in modernen Gesellschaften zu Gesundheitsungleichheiten führen, und eine politische Gemeinschaft mag es als einen Akt der spezifischen Solidarität ansehen, den unvermeidlichen „Wettbewerbsverlierern“ an dieser Stelle beizustehen;<sup>198</sup> ebenso kann man insbesondere mit Blick auf die unteren sozialen Schichten fragen, ob nicht allein der Umstand, dass dort so viele Lebensjahre „verlorengehen“, ein guter Grund für sozialpolitische Maßnahmen ist – unabhängig von allen Gleichheitsüberlegungen.<sup>199</sup> Aber der Vorwurf, es handle sich bei den sozialen Gesundheitsungleichheiten um einen moralischen Skandal und um eine handfeste Ungerechtigkeit, lässt sich insoweit schwerlich aufrechterhalten.<sup>200</sup>

Trotzdem können die Gesundheitsungleichheiten Anzeichen dafür sein, dass in einer Gesellschaft etwas grundlegend falsch läuft und sozialstaatliche Handlungspflichten zu greifen beginnen. Das ist zum einen der Fall, wenn die sozialen Gesundheitsungleichheiten im internationalen Vergleich besonders groß sind. Dann liegt zumindest der Verdacht nahe, dass die Organisation des sozialen Zusammenlebens den

197 Zu Positionsgütern vgl. grundlegend *Fred Hirsch*, Die sozialen Grenzen des Wachstums, 1980. Zu ihrer gerechtigkeitstheoretischen Bedeutung vgl. *Harry Brighouse/Adam Swift*, Equality, Priority, and Positional Goods, *Ethics* 116 (2006), S. 471 ff.

198 Vgl. dazu bereits *Huster* (Fn. 157), S. 69 ff.

199 So etwa *Daniel M. Hausman*, Egalitarian Critiques of Health Inequalities, in: Eyal u.a. (Fn. 28), S. 95, 110. Allerdings sind gerade diese Schichten für Maßnahmen der Gesundheitsförderung gelegentlich nicht gut zu erreichen, so dass die Public Health-Politik auch noch eine Abwägung zwischen der Verringerung von Ungleichheiten und der Verbesserung der Gesundheit der gesamten Bevölkerung vornehmen muss; vgl. dazu etwa *Norman Daniels*, Reducing Health Disparities, ebd., S. 178 ff.; *Ole Frithjof Norheim*, Implementing the Marmot Commission's Recommendations: Social Justice Requires a Solution to the Equity-Efficiency Trade-Off, *Public Health Ethics* 2 (2008), S. 53 ff.

200 Ähnliche Einschätzung jetzt bei *Mackenbach* (Fn. 166), S. 767.

Schlechtergestellten übermäßige und unnötige Bürden auflastet. Zum anderen ist es ein Alarmsignal, wenn die sozialen Gesundheitsungleichheiten zunehmen.<sup>201</sup> Dies könnte ebenfalls ein Hinweis darauf sein, dass der soziale Zusammenhalt brüchig wird. Allerdings wird man hier unterscheiden müssen: Dramatisch ist die Situation, wenn am oberen Ende der Gesellschaft Lebenserwartung und Gesundheitschancen ansteigen, während die unteren sozialen Schichten in immer prekärere gesundheitliche Verhältnisse geraten; dies würde nämlich bedeuten, dass ganze Schichten von einer positiven Entwicklung abgehängt werden. Selbst dort, wo die gesundheitlichen Ungleichheiten zunehmen, scheint dies aber nicht der Fall zu sein; vielmehr erklärt sich dieser Trend dadurch, dass sich in den oberen Schichten der gesundheitliche Zustand in größerem Ausmaß verbessert als in den unteren Schichten. Hier gibt es also eine positive Entwicklung, von der alle profitieren, wenn auch nicht in gleicher Weise. Dies mag man immer noch unschön finden, aber wiederum drängt sich der Vorwurf einer echten Ungerechtigkeit nicht auf.

201 Dass dies in den letzten 20 Jahren in Deutschland der Fall war, behaupten etwa *Thomas Lampert u.a.*, Gesundheitliche Ungleichheit, in: Statistisches Bundesamt u.a. (Hrsg.), Datenreport 2013. Ein Sozialbericht für die Bundesrepublik Deutschland, 2013, S. 259, 270 f. Vgl. ferner dazu *J. Maron u.a.*, Nimmt die gesundheitliche Ungleichheit zu?, Bundesgesundheitsblatt 57 (2014), S. 431 ff.



## IV. Public Health und das Recht

### 1. Gesundheitsförderung in der Jurisprudenz

Dass die öffentliche Gewalt für die Gesundheit der Bevölkerung Verantwortung trägt, ist für das deutsche Recht nichts Neues. Ein Historiker hat sogar behauptet,

„(...) dass in Deutschland die öffentliche Gesundheitspflege eine Erfindung der Juristen war. (...) Sie war ein Ausfluss der naturrechtlichen Lehre von den Staatszwecken und ihrer Konkretisierung im inneren Aufbau der Verwaltung. (...) Das juristische Konzept der öffentlichen Gesundheitspflege wurde dann seit den 1840er Jahren mehr und mehr auch von Medizinern aufgegriffen und von ihnen übernommen.“<sup>202</sup>

Allerdings haben sich das Recht und die Rechtswissenschaft insoweit bisher fast ausschließlich mit der medizinischen Versorgung beschäftigt. Die spezifische Public Health-Perspektive auf Gesundheit sowie die Bedeutung der sozialen Gesundheitsdeterminanten und der sozialen Gesundheitsungleichheiten sind dagegen in der Jurisprudenz bisher kaum analysiert worden.<sup>203</sup>

### 2. Entgrenzung vs. Begrenzung: das Spannungsverhältnis von Recht und Public Health

Dabei besteht hier durchaus Anlass zur Reflexion. In einer prominenten Darstellung der „Konzepte einer gesundheitsförderlichen Politik“ wird die heraufkommende „Gesundheitsgesellschaft“ durch vier Maximen

202 Axel Flügel, Public Health und Geschichte, 2012, S. 73, unter Bezugnahme auf den Artikel von Robert von Mohl zur „Gesundheitspolizei“ im Staatslexikon von Rotteck/Welcker.

203 Erste Ansätze dazu etwa bei Barczak (Fn. 66), S. 65 ff.; Stefan Huster, Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859 ff. Aus der amerikanischen Diskussion vgl. Lawrence A. Gostin, Public Health Law: Power, Duty, Restraint, 2. Aufl. 2008; Wendy E. Parmet, Populations, Public Health, and the Law, 2009 und die Beiträge in Richard A. Goodman (Hrsg.), Law in Public Health Practice, 2. Aufl. 2007.

charakterisiert: „1. Gesundheit ist grenzenlos. 2. Gesundheit ist überall. 3. Gesundheit ist machbar. 4. Jede Entscheidung ist auch eine Gesundheitsentscheidung.“<sup>204</sup> Dieses Programm steht zu den Prinzipien und Strukturen einer freiheitlichen Rechtsordnung in einem gewissen Spannungsverhältnis. Auf einer sehr abstrakten Ebene und gewiss etwas holzschnittartig kann man dieses Spannungsverhältnis vielleicht durch die Gegenüberstellung beschreiben, dass Public Health ein *entgrenzendes* Projekt, das Recht dagegen ein *begrenzender* Faktor ist:

- Public Health entgrenzt *Politikbereiche*: Wenn Gesundheit „überall“ ist, ist tatsächlich – auch auf der politischen Ebene – „jede Entscheidung auch eine Gesundheitsentscheidung.“ Das Recht ordnet dagegen Handlungsfelder und Verantwortlichkeiten differenziert zu.
- Public Health ist aufgrund des *positiven Gesundheitsbegriffs* ein „grenzenloses“ Unternehmen. Mehr Gesundheit ist immer besser als weniger Gesundheit; es ist in der Logik dieser Herangehensweise auch kein Punkt erkennbar, an dem „genug“ Gesundheit erreicht wäre. Das Recht kennt gewiss auch Optimierungsgebote, ist im Kern aber auf begrenzte Zielvorstellungen bezogen.
- Public Health entgrenzt die *staatlichen Kompetenzen*: Der Zweck der Verbesserung der Gesundheit legitimiert immer weiter ausgreifendes staatliches Handeln. Wo immer für die Gesundheit noch etwas zu tun ist – und für sie ist eben „überall“ etwas zu tun –, stellt sich die Frage, ob der „Präventions- und Gesundheitsstaat“ nicht tätig werden muss. Das Recht kennt dagegen Bereiche, die staatlicher Einflussnahme entzogen sind.
- Public Health entgrenzt die *staatliche Verantwortung*: Wenn Gesundheit „machbar“ ist, scheint es keine Legitimation dafür zu geben, dieses zentrale Gut nicht zu befördern. Das Recht begrenzt dagegen die staatliche Verantwortung und findet sich damit ab, dass ein freiheitlicher Staat nicht alle Missstände beheben kann, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben.
- Public Health entgrenzt die *staatlichen Handlungsbefugnisse*: Der zentrale Zweck der Gesundheitsförderung scheint vielleicht nicht

204 Ilona Kickbusch/Susanne Hartung, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 19.

- alle, aber sehr viele Mittel zu rechtfertigen. Dies macht anfällig für paternalistische, manipulative und andere Arten von Übergriffen. Das Recht dagegen beschränkt die Instrumente staatlichen Handelns.
- Public Health entgrenzt den *Wert der Gesundheit*: Gesundheit ist schon deshalb immer am wichtigsten, weil es der gesamten Public Health-Bewegung um die Förderung gerade der Gesundheit geht; dieser Tunnelblick fördert eine gewisse Distanzlosigkeit und eine Hypostasierung der Gesundheit. Das Recht weiß dagegen, dass Menschen auch andere Ziele verfolgen und nicht alles für die Verbesserung ihrer Gesundheit opfern. Es überlässt den Bürgern die Entscheidung, welchen Wert die Gesundheit für sie hat.
  - Public Health entgrenzt die *Kritik von Ungleichheit*: Weil Gesundheit so wichtig ist, ist jede Gesundheitsungleichheit zumindest verdächtig. Das Recht stellt dagegen primär nicht auf Ergebnisse, sondern auf Ursachen ab: An sich sind Ungleichheiten selbstverständliche, geradezu naturwüchsige Eigenschaften freiheitlicher Ordnung; problematisch sind sie grundsätzlich nur, wenn sie auf Ungerechtigkeiten beruhen.
  - Public Health entgrenzt die normative *Unterscheidung von Gebotem und Gewünschtem*, von „Principles“ und „Policies“: Verbesserungen der Gesundheit und der Abbau von Gesundheitsungleichheiten mögen manchmal dringlicher, manchmal weniger dringlich sein, stellen aber grundsätzlich ein Kontinuum dar. Die Rechtsordnung unterscheidet dagegen zwischen strikten (verfassungsrechtlichen) Verpflichtungen und (politisch zu vereinbarenden) Wünschbarkeiten.
  - Public Health entgrenzt die *Personen*. Die Konzentration auf den Gesundheitszustand von Populationen bringt unweigerlich eine aggregationistische Logik mit sich. Das Recht beruht dagegen auf einem normativen Individualismus, der einer utilitaristische Herangehensweise im Wege steht.
  - Public Health entgrenzt schließlich das *Individuum* selbst, dessen Selbstbestimmung sich auflöst im Strudel der sozialen Verhaltensdeterminanten und der „Cognitive Biases“. Das Recht dagegen schützt den Einzelnen in seiner unvollkommenen Selbstbestimmung

und kontingenten Identität, erwartet aber auch die eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens.

### 3. *Alles ist Gesundheit, aber Gesundheit ist nicht alles*

Mit diesen Gegenüberstellungen soll in keiner Weise geleugnet werden, dass die Gesundheitspolitik viele Einsichten von Public Health – etwa über die Vorzüge der Verhältnis- gegenüber der Verhaltensprävention – berücksichtigen sollte. Ebenso wenig soll bestritten werden, dass der Gesundheitsförderung – insbesondere im Verhältnis zur kurativen Medizin – und der Begrenzung der sozialen Gesundheitsungleichheiten größere Aufmerksamkeit zuteilwerden sollte. Schließlich kann und muss die Rechtsordnung auch nicht ignorieren, dass Selbstbestimmung und Gesundheit nicht voraussetzungslos sind und von sozialen Bedingungen abhängen; die Erkenntnisse über diese Zusammenhänge erweitern die Handlungsbefugnisse des Sozialstaats. Insoweit ist das Rechtsprinzip der Selbstbestimmung auch vielfältigen Konkretisierungen mit Blick auf die Verteilung von individueller und kollektiver Verantwortung zugänglich, die jedes Gemeinwesen immer wieder neu aushandeln muss. So spricht viel dafür, dass es tatsächlich unfair wäre, ungesunde Lebensstile mit finanziellen Folgekosten zu belegen, wo wir doch wissen, dass diese Lebensstile maßgeblich von den Lebensbedingungen geprägt werden, auch wenn wir die Anteile von individueller Entscheidung und sozialer Prägung nie eindeutig bestimmen können.<sup>205</sup>

Anders stellt sich das Bild aber dar, wenn aus der sozialen Bedingtheit individuellen Verhaltens geschlossen wird, dass die öffentliche Gewalt die individuellen Entscheidungen nicht respektieren müsse: Dass Menschen immer Einflüssen unterliegen und Schwächen besitzen, ist in einer freiheitlichen Ordnung gerade kein Grund, in ihre Lebensführung einzugreifen, wenn die Mindestbedingungen für individuelle Selbstbestim-

205 Vgl. dazu bereits oben bei II.1. Zu einem – gewiss nicht operationalisierbaren – Modell gestufter Verantwortlichkeit im Rahmen der Gerechtigkeitstheorie vgl. John. E. Roemer, A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner, in: *Philosophy & Public Affairs* 22 (1993), S. 146 ff.; ders., Equality and Responsibility, in: *Boston Review* 20, 1995, S. 3 ff.

mung erfüllt sind. Dass diese Selbstbestimmung manchen leichter und anderen schwerer fällt, manchen gelingt und anderen misslingt und ein anspruchsvolles und gelegentlich auch anstrengendes Unternehmen ist, ist weder zu bestreiten noch zu vermeiden.<sup>206</sup> Auch das Anliegen der Gesundheitsförderung muss sich in diese Prinzipien und Strukturen einer freiheitlichen Rechtsordnung einfügen. Das wird nicht gelingen, indem – wie es in der Public Health-Diskussion nicht selten geschieht – Gesundheit und Freiheit einander in einer unstrukturierten Abwägung und mit ungewissem Ausgang gegenübergestellt werden; vielmehr muss auch das Gut der Gesundheit auf den zentralen Bestimmungspunkt der individuellen Selbstbestimmung zurückbezogen werden. Der Volksmund weiß: „Alles ist nichts ohne Gesundheit“. Public Health folgert daraus: „Alles ist Gesundheit.“ Aber das Recht schränkt ein: „Gesundheit ist nicht alles.“

206 Darauf weisen zu Recht auch *Pauen/Welzer* (Fn. 143), S. 207 ff., hin.







*Prof. Dr. jur. Stefan Huster*

Ruhr-Universität Bochum  
 Juristische Fakultät  
 Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie  
 Universitätsstr. 150, 44780 Bochum  
 Telefon +49 (0)234-32 22239, Telefax +49 (0)234-32 14271  
 E-Mail: stefan.huster@rub.de

*Lebenslauf*

- 1984 – 1990 Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie an den Universitäten Bielefeld und Frankfurt/M.
- 1990 – 2002 Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Assistent an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. Dr. Görg Haverkate)
- 1993 Promotion (s.c.l.) mit der Arbeit „Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes“ (ausgezeichnet mit dem Fritz-Grunebaum-Preis der Universität Heidelberg)

1993 – 1995	Referendariat am Landgericht Heidelberg
2001	Habilitation und Verleihung der <i>venia legendi</i> für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Europarecht und Rechtsphilosophie
WS 2002/03	Vertretung des Lehrgebietes für Deutsches und Europäisches Staats- und Verwaltungsrecht an der FernUniversität in Hagen
2003 – 2004	Universitätsprofessor (C4) an der FernUniversität in Hagen (Lehrgebiet für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht)
Seit 2004	Universitätsprofessor (C4/W3) an der Ruhr-Universität Bochum (Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie)
Seit 2005	Geschäftsführender Direktor des Instituts für Sozial- und Gesundheitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum
2007	Forschungsaufenthalt am Kennedy Institute of Ethics der Georgetown University (Washington, DC)
Seit 2008	Geschäftsführer des Zentrums für medizinische Ethik e.V.
2010 – 2011	Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin
2011	Ruf an die Universität Augsburg auf eine W3-Professur für Öffentliches Recht (abgelehnt)
WS 2012/13	Personenförderung des Mercator Research Center Ruhr
WS 2013/14	Leitung der Forschungsgruppe „Normative Aspekte von Public Health“ am Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld
SS 2014	Fellow der DFG-Kollegforschergruppe „Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ der Universität Münster
2014	Verleihung des Preises „Recht und Gesellschaft“ der Christa-Hoffmann-Riem-Stiftung
SS 2015	Fellow des Alfred Krupp Wissenschaftskollegs Greifswald

### *Ausgewählte Veröffentlichungen*

Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993.

Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht, in: JZ 1994, S. 541–549.

Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, in: NJW 1996, S. 487–491.

(mit Görg Haverkate) Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999.

(Hrsg. mit Winfried Brugger) Der Streit um das Kreuz in der Schule. Zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat Band 7), Baden-Baden 1998.

Bioethik im säkularen Staat. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechts- und Moralphilosophie im pluralistischen Gemeinwesen, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 55 (2001), S. 258–276.

Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung (Jus Publicum Bd. 90), Tübingen 2002.

Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 176), Berlin 2004.

Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: Bettina Schöne-Seifert/Alena M. Buyx/Johann S. Ach (Hrsg.), Gerech behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen, Paderborn 2006, S. 121–145.

Kultur im Verfassungsstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 65 (2006), S. 51–82.

(Hrsg. mit Franz Merli) Die Verträge zur EU-Osterweiterung. Kommentar mit systematischen Erläuterungen, Berlin 2008.

Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: JZ 2008, S. 859–867.

(Hrsg. mit Karsten Rudolph) Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt/M. 2008.

(Hrsg. mit Markus Kaltenborn) Krankenhausrecht. Praxishandbuch zum Recht des Krankenhauswesens, München 2010.

Soziale Gesundheitsgerechtigkeit. Sparen, umverteilen, vorsorgen?, Berlin 2011.

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: DVBl. 2010, S. 1069–1077.

(mit Tatjana Hörnle) Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, in: JZ 2013, S. 328–339.

Hat das Leben keinen Preis? Absolute und relative Ansprüche im System der Gesundheitsversorgung, in: Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, hrsg. von Joachim Hruschka/Jan C. Joerden, Berlin, Bd. 22 (2014), S. 251–267.

Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiebung der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, Tübingen 2015, S. 203–230.

(Hrsg. mit Josef Berchtold und Martin Rehborn) Gesundheitsrecht. SGB V und SGB XI. Kommentar, Baden-Baden 2015.