

Drittes Kapitel: Rechtfertigungsmöglichkeiten des gesundheitsfördernden Staates

A. Die Schrankentrias und die Legitimität des gesetzgeberischen Zwecks

Nachdem im vorigen Kapitel das grundsätzliche Eingriffspotenzial der Präventionsmaßnahmen aufgezeigt wurde, folgt nun eine genauere Betrachtung etwaiger Rechtfertigungsmöglichkeiten des gesundheitsfördernden Staates. Einschränkungen von Grundrechten sind nur zulässig, um ein anderes – individuelles oder überindividuelles –, im allgemeinen oder im konkreten Fall vorrangiges Rechtsgut wirksam schützen zu können.¹⁴⁸¹ Solche Rechtsgüter zu identifizieren und die konkreten Gründe festzulegen, aus denen heraus grundrechtliche Freiheiten beschränkt werden dürfen, ist grundsätzlich Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers.¹⁴⁸² Die vom Gesetzgeber angeführten öffentlichen Interessen müssen ihrerseits keinen Verfassungsrang besitzen.¹⁴⁸³ Was ein legitimer öffentlicher Zweck ist, lässt sich demzufolge nicht abschließend positiv umschreiben, sondern lediglich negativ abgrenzen.¹⁴⁸⁴ Abgesehen von verfassungsunmittelbaren Schranken ist es zumindest erforderlich, aber eben auch ausreichend, dass der Gesetzgeber sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls verfolgt, die der Werteordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen.¹⁴⁸⁵ Letztlich bleibt mangels objektiver Kriterien für eine generelle Betrachtung nur der Rückgriff darauf, welche Interessen

1481 BVerfGE 30, 1 (18).; vgl. auch Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 20 f.; Murswieck/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 91 ff.; Sachs, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (305).

1482 Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 54.

1483 Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 54.

1484 Hillgruber, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 55; explizite und implizite verfassungslegitime und -illegitime Ziele aufzeigend Merten, in: Merten/Papier (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 53 ff.

1485 Merten, in: Merten/Papier (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 62, mit Verweis auf BVerfGE 39, 210 (225).

das Gemeinwesen selbst als für das Gemeinwohl relevant festlegt.¹⁴⁸⁶ Das Gemeinwohl umfasst demnach schlicht „die Gesamtheit der für ein Gemeinwesen von seinen zuständigen Organen für bedeutsam erklärten Interessen.“¹⁴⁸⁷ Legitim ist damit grundsätzlich jedes Interesse, das nicht verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist.¹⁴⁸⁸ Es ist daher entscheidend, sich am konkreten Fallbeispiel mit den vom Gesetzgeber und in der allgemeinen Diskussion angeführten Rechtfertigungsgründen auseinanderzusetzen und diese auf ihre Legitimität hin zu untersuchen.¹⁴⁸⁹

Unabhängig von der konkreten verfassungsrechtlichen Verankerung gilt es zunächst wohl als unstrittig, dass der Schutz der Gesundheit als legitimes Ziel staatlichen Tätigwerdens verstanden werden kann.¹⁴⁹⁰ So führte das Bundesverfassungsgericht etwa in seiner Entscheidung zum Arzneimittelgesetz aus, dass der „Schutz der menschlichen Gesundheit als eines besonders hohen Gutes“ im öffentlichen Interesse liege und daher auch „empfindliche“ Grundrechtseingriffe rechtfertigen könne.¹⁴⁹¹ Mit dieser sehr allgemeinen Feststellung ist jedoch noch nicht viel über die Legitimität der vielschichtigen Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention gesagt. Die meisten dieser Maßnahmen versuchen letztlich zumindest als Fernziel (auch) die menschliche Gesundheit zu fördern und zu schützen. Zu bewerten ist vielmehr, wie und auf welchem Wege der Staat versucht, die Gesundheit zu schützen und wessen Gesundheit eigentlich genau vor welchen Gefahren geschützt werden soll.

Grundsätzlich lassen sich in diesem Zusammenhang zwei Argumentationsstränge ausmachen. Zum einen liegen die Rechtfertigungsargumente beim betroffenen Grundrechtsträger selbst. So sollen die Maßnahmen Wis-

1486 Sachs, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (350).

1487 Sachs, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (350).

1488 BVerfGE 124, 300 (331).

1489 Vgl. auch Kluckert, JuS 2015, 116 (117), welcher betont, dass Gemeinwohlbelange in der Abwägung (wie die Interessen des Grundrechtsträgers auch) nur eine fallbezogene Bedeutung entfalten können.

1490 Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 51; BVerfGE 90, 145 (174 f.); Lübbe-Wolff, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 247 (248 f.); allg. auch Wilson, Public Health Ethics 2011, 269 (270 u. 275); Siegel, Journal of Contemporary Health Law & Policy 2001, 359 (359).

1491 Dies allerdings auf Eingriffe in die Berufsfreiheit beziehend BVerfGE 17, 269 (276).

sens- und Selbstbestimmungsdefizite neutralisieren, den Einzelnen vor gesundheitsgefährdendem Verhalten schützen und insgesamt auch zu einem besseren Gesundheitszustand verhelfen. Der zweite Argumentationsstrang liegt dann bei den Gemeinwohlbelangen, also den Individualrechten Dritter und den Gemeinschaftsinteressen¹⁴⁹², welche der Staat durch Inanspruchnahme des vermeintlichen Verhaltensstörers zu schützen und zu fördern versucht. Mögliche Schutzgüter sind hier allen voran die Individualgesundheit der betroffenen Dritten, die Bevölkerungsgesundheit als Ganze als auch das Interesse der Solidargemeinschaft am Schutz vor Kostenbelastung durch eigenverantwortliche Gesundheitsgefährdung Einzelner sowie das Ziel der Verringerung gesundheitlicher Ungleichheit in der Gesamtbevölkerung.

B. Durchsetzung von Eigeninteressen des Grundrechtsträgers selbst

I. Rechtspatrialismus und der Schutz des Menschen vor sich selbst

Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zum Grundrechtseingriff erwähnt, ist die Verhältnismäßigkeitsprüfung der dogmatische Ort, an dem Argumente der Patrialismusdiskussion die verfassungsrechtliche Erörterung am meisten bereichern können.¹⁴⁹³ Kritikwürdig ist vor allem die spezifische Zwecksetzung der Willensbildungs- und Verhaltensbeeinflussung und damit der Freiheitsbeschränkung.¹⁴⁹⁴ Das charakteristische an einer paternalistischen Freiheitsbeschränkung ist, dass diese nicht zum Schutze der Interessen Dritter oder der Allgemeinheit vorgenommen wird, sondern aus der Überlegung heraus, dass der Einzelne angeblich nicht in der Lage sei, seine Freiheit in verantwortungsvoller Weise sich selbst ge-

-
- 1492 Im Folgenden wird vereinfachend von Dritt- und Gemeinschaftsinteressen gesprochen, obgleich es sich bei den Individualinteressen Dritter, wie aufgezeigt, um subjektive Rechte handeln muss.
- 1493 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 55, verweist darauf, dass ein Großteil der Literatur den Schwerpunkt der Patrialismusdiskussion bei der Frage des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht sieht. Dies umfasst jedoch sowohl die Eingriffs- als auch Rechtfertigungsebene.
- 1494 Möller, Patrialismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 12; van Aaken, in: Andereiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), Patrialismus und Recht, 2006, S. 109 (136); Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 11.

genüber wahrzunehmen.¹⁴⁹⁵ Der Staat nimmt hier also in Anspruch, den Bürger vor sich selbst zu schützen, um sein Wohl zu erhalten oder zu fördern.¹⁴⁹⁶ Wie aufgezeigt, lässt sich solch eine paternalistische Argumentation als roter Faden der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention im Allgemeinen und insbesondere im Rahmen des *Nudging*-Ansatzes und manipulativer Gesundheitskommunikation erkennen.¹⁴⁹⁷ Vielerlei vorgeschlagene verhaltenslenkende und potenziell freiheitsbeschränkende Maßnahmen werden gerade mit dem Argument legitimiert, dass der Staat damit nur versuche, die Interessen des Einzelnen, ein gesundes Leben zu führen und deshalb seine alltäglichen Entscheidungen grundsätzlich auch auf dieses langfristige Ziel hin ausrichten zu wollen, zu fördern, da der Mensch aufgrund seiner „Willensschwäche“ und seiner kognitiven Beschränkungen dazu allein nicht in der Lage sei. Es ist damit gar nicht so sehr die einzeln betrachtete Maßnahme, welche als besonders gravierender Freiheitseingriff verstanden werden kann. Dies hat die Aufarbeitung der verschiedenen Maßnahmen als Eingriff in grundrechtliche Schutzbereiche gezeigt. Marginale Verbote und Gebote, finanzielle Anreize, kleine Stupper und geschickte Anpassungen der Entscheidungsarchitektur lassen sich isoliert betrachtet teilweise nur mit Mühe als (schwerer) Grundrechtsein-griff qualifizieren. Doch erst nachdem das autonomiebeschränkende Potenzial ebensolcher Maßnahmen aufgezeigt wurde, kann nun zum eigentlich kritikwürdigen Punkt der fürsorgerischen staatlichen Gesundheitsförderung vorgedrungen werden. Große Teile der Debatte um Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sind stark geprägt von der Idee, den willensschwachen, seine Gesundheit vernachlässigenden Bürger zu einem „gesünderen“ Menschen zu erziehen, um sich und anderen ein vor allem längeres und den Sozialstaat weniger belastendes Leben zu ermöglichen. Oftmals fehlt es an einem Verständnis dafür, dass hier anstelle von individuellen Präferenzen staatlich aufoktroyierte Vorstellungen vom „gesunden“, gar vom „guten“ Leben verfolgt und umgesetzt werden sollen und im Hintergrund (finanzielle) Effizienzgedanken mitschwingen.

Der Idee der staatlichen Verfolgung vermeintlich eigener Interessen des Individuums entsprechend wird häufig zwischen hartem und weichem Paternalismus unterschieden. *Harter Paternalismus* bedeutet, dass der Schutz demjenigen aufgedrängt wird, der seine Entscheidung für die (ver-

1495 Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 12.

1496 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 12.

1497 S. oben Kap. 2 A IV.

meintliche) Selbstgefährdung völlig freiwillig trifft. *Weicher Paternalismus* hingegen zielt nur auf den Schutz derjenigen, die ihre Entscheidung zur Selbstgefährdung unfreiwillig treffen.¹⁴⁹⁸ Andere unterscheiden eher nach Art der Maßnahmen und ordnen Ge- und Verbote dem harten Paternalismus zu, während Steuerungsmaßnahmen wie Anreize und *Nudges* dem weichen Paternalismus zugeordnet werden, insbesondere dann, wenn sie eine Autonomiestärkung bezwecken.¹⁴⁹⁹ Neben diesem rein deskriptiven Unterschied lässt sich oftmals auch die normative Unterscheidung finden, nach der nur weicher, nicht hingegen harter Paternalismus zulässig sein soll bzw. weicher Paternalismus gar kein Paternalismus sei und sich ganz unproblematisch mit der Idee des Liberalismus vertrage.¹⁵⁰⁰

Auch vordergründig unscheinbare, gar „banale“¹⁵⁰¹ Freiheitsbeschränkungen können nicht zu rechtfertigende Grundrechtseingriffe darstellen, wenn sie von staatlicher Seite mit illegitimen Zielen verfolgt werden. Die Frage der Ziellegitimität allein unter dem Aspekt des Paternalismus zu diskutieren, ist jedoch von geringer verfassungsrechtlicher Relevanz. Einerseits kann man staatliches Handeln per se als paternalistisch verstehen. Schließlich erlauben oder gebieten die Normen des (öffentlichen) Rechts dem Staat unzweifelhaft, dem Einzelnen auch ohne oder gegen seinen Willen etwas Gutes zu tun und damit letztlich paternalistisch zu handeln.¹⁵⁰² Daneben ist jedoch auch festzustellen, dass Paternalismus keine verfassungsrechtliche Kategorie ist und sich nicht einem spezifischen Punkt verfassungsrechtlicher Analyse zuordnen lässt.¹⁵⁰³ Für die verfassungsrechtliche Bewertung hat die Kategorie des Paternalismus damit in

1498 Vgl. Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 16; Conly, Against Autonomy, 2014, S. 5 ff.

1499 Vgl. Kirste, JZ 2011, 805 (806 ff.); Conly, Against Autonomy, 2014, S. 5 ff.

1500 Vgl. etwa Kirchgässner, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 229 ff.; weitere Nachweise finden sich bei Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 16, der dieser Ansicht selbst jedoch nicht folgt; zur Kritik an der Kategorie des „weichen“ Paternalismus vgl. Kirste, JZ 2011, 805 ff.; Schnellenbach, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2011, 445 (449 ff.) sowie Conly, Against Autonomy, 2014, S. 5 ff., die jedoch jeglichen Paternalismus für legitim hält.

1501 Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 13.

1502 So etwa der Jugend-, Arbeits-, und Verbraucherschutz, vgl. Schwabe, JZ 1998, 66 f.

1503 So berühren die im Rahmen paternalistischer Maßnahmen aufgeworfenen Themen Fragen des Grundrechtseingriffs, der Ziellegitimität und der Verhältnismäßigkeit insgesamt.

erster Linie deskriptiven Charakter. Paternalistische Maßnahmen beschreiben einen bestimmten Typus staatlicher Steuerungsmaßnahmen, welcher sich durch den starken fürsorgerischen Aspekt auszeichnet.¹⁵⁰⁴ Entscheidend für die verfassungsrechtliche Bewertung ist dann jedoch, ob der Gesetzgeber mit seinem Handeln in grundrechtlich geschützte Freiheiten eingreift und ob er einen legitimen Zweck für sein Tätigwerden anführen kann oder nicht.¹⁵⁰⁵ Es ist daher zu hinterfragen, ob und in welchem Maße für (gesundheits-)paternalistische Maßnahmen überhaupt legitime Gesetzeszwecke zur Rechtfertigung angeführt werden können und worin diese begründet liegen.

Viele Elemente der Paternalismusdiskussion lassen sich in der verfassungsrechtlichen Literatur unter der Frage verorten, ob der Staat dazu berechtigt ist, den Bürger vor sich selbst zu schützen. Es gilt dabei als gemeinhin anerkannt, dass ein solcher Schutz vor sich selbst grundsätzlich nicht legitimes Ziel staatlichen Handelns sein kann.¹⁵⁰⁶ Paternalistische Begründungen von Rechtsregeln werden in Politik und Rechtswissenschaft dementsprechend auch tunlichst vermieden.¹⁵⁰⁷ Mit Blick auf gesundheitsschützende Regelungen wie etwa die Gurt- und Helmpflicht oder Rauchverbote muss eine solche Aussage in ihrer Stringenz allerdings verwundern. Insbesondere Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sowie des Gesundheitsschutzes sind stark durch paternalistische Überlegungen geprägt.¹⁵⁰⁸ Das gesamte Konstrukt einer verpflichtenden Sozialversicherung weist offensichtlich paternalistische Züge

1504 Vgl. Volkmann, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 ff.

1505 So auch Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 14; vgl. auch Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 113, welche die pauschale Gleichsetzung von Paternalismus und Illegitimität als „verkürzt und inadäquat“ bezeichnet.

1506 Grundlegend Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; vgl. auch Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 24 ff.; Kirste, JZ 2011, 805 ff.; Murswieck/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 209; v. Münch, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, S. 113; i. E. auch Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993, S. 235 ff., wenngleich großzügig von Dritt- und Gemeinwohlbelangen ausgehend; kritisch hingegen Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997.

1507 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 2.

1508 Vgl. etwa für eine Anschall- und Helmpflicht Schaks/Szymanski, NVwZ 2015, 1108 (1109); Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 2, weist darüber hinaus darauf hin, dass viele demokratisch-freiheitliche Rechts-

auf.¹⁵⁰⁹ Da der Einzelne nicht im angemessenen Maße für sich selbst vorzusorgen in der Lage oder willens angesehen wird, übernimmt der Sozialstaat die Wahrnehmung der Interessen eines jeden Einzelnen an entsprechender Vorsorge und Risikoabsicherung und macht diese Absicherung für jeden verbindlich. Allerdings verfolgt die Sozialversicherung noch weitere Zwecke, neben dem des sozialen Schutzes vor allem auch den des sozialen Ausgleichs.¹⁵¹⁰ Oftmals erscheint es dann so, dass viele eigentlich im Kern paternalistische Maßnahmen über den „Umweg“ der Gemeinschaftsinteressen gerechtfertigt werden.¹⁵¹¹

Im Folgenden soll die Debatte über die Grenzen des staatlichen Schutzes vor sich selbst – vor allem im Rahmen von sozialstaatlicher geprägter Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention – differenzierter betrachtet werden. Paternalistische Politik und Gesetzgebung, welche den Einzelnen vor für ihn langfristig nachteiligen Entscheidungen zu bewahren versucht, erscheint zumindest in einem reale Freiheit ermöglichen Sozialstaat nicht *a priori* unzulässig, sondern vielmehr als integraler Bestandteil dessen. Dass damit paternalistische Interventionen nicht als per se illegitim verstanden werden können, zeigt, dass in der Legitimitätsanalyse nicht notwendigerweise – wie vor allem in der Rechtsprechung schnell getan – auf in diesem Zusammenhang mitunter künstlich erscheinende Konstruktionen von Dritt- und Gemeinschaftsinteressen zurückgegriffen werden muss.¹⁵¹² Ein ähnlicher Eindruck ergibt sich bei der Betrachtung vieler die Privatautonomie einschränkender Regeln zum Schutze des Verbrauchers oder generell der schwächeren Vertragspartei vor nachteiligen Entscheidungen.¹⁵¹³ Auch im Zivilrecht ist es ein grundsätzlich anerkanntes Ziel

ordnungen der westlichen Welt von zahlreichen paternalistischen Regelungen durchsetzt sind; vgl. dazu auch *Dworkin*, in: *Sartorius* (Hrsg.), *Paternalism*, 1983, S. 19 (20 ff.).

1509 Vgl. etwa *Kube*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 145 (151); *Heinig*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157 (172 f.); *Schwabe*, JZ 1998, 66 (67).

1510 Vgl. nur *Heinig*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157 (174 f.).

1511 So etwa die Einschätzung bei *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 24 ff.; *Huster*, *Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit*, 2015, S. 23, bezeichnet dies gar als „heuchlerische Umgehungsstrategie“.

1512 In diesem Sinne etwa *Rossi/Yudell*, *Public Health Ethics* 2012, 192 (198) sowie *Möller*, *Paternalismus und Persönlichkeitsrecht*, 2005, S. 24 ff.

1513 Einen Überblick zu den Grenzen der Privatautonomie bieten *Paulus/Zenker*, JuS 2001, 1 ff.

gesetzgeberischer Tätigkeit, den Einzelnen vor durch Rationalitätsdefizite herbeigeführte Selbstschädigung zu schützen.¹⁵¹⁴ Dementsprechend halten einige den Schutz vor sich selbst etwa dann für zulässig, wenn es gerade darum geht, die Selbstbestimmung des Einzelnen bzw. ihre Voraussetzungen zu wahren.¹⁵¹⁵

Die Frage, ob und inwieweit der Staat den Einzelnen vor sich schützen darf oder gar muss, ist trotz ausführlicher Beschäftigung von Rechtsprechung und Literatur im Detail weiterhin ungeklärt.¹⁵¹⁶ Zumindest scheint die Debatte durch die verhaltenswissenschaftlich gestützte Argumentation der Rationalitätsdefizite auch bezüglich des Gesundheitsverhaltens wieder aufzuflammen.¹⁵¹⁷ Das Spannungsverhältnis ergibt sich verfassungsrechtlich dadurch, dass dem Grundrechtsträger auf der einen Seite das Recht zur Selbstschädigung an Leben und Gesundheit zusteht¹⁵¹⁸, auf der anderen Seite der Staat jedoch die Handlungsfreiheit des Betroffenen grundsätzlich auch im Interesse von Leben und Gesundheit einschränken darf (allgemeiner Vorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG).¹⁵¹⁹ Das Meinungsspektrum reicht hierbei von grundsätzlicher Ablehnung paternalistischer Gesetzeszwecke über die ausnahmsweise Zulässigkeit bis hin zur großzügigeren Anwendung (auch) paternalistischer Maßnahmen.

Grundlegend kommt *Hillgruber* zu dem Schluss, dass ein Gesetz, das seiner objektiven Zielrichtung nach ausschließlich bezweckt, den Einzelnen gegen seinen Willen vor den Folgen seiner Grundrechtsausübung zu schützen, schon dem Grunde nach nicht gerechtfertigt werden könne.¹⁵²⁰ Nach ihm ist der Schrankenvorbehalt der „allgemeinen Gesetze“ des Art. 5

1514 So etwa *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (223); vgl. auch die überaus instruktive, ausführliche Darstellung bei *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013; entsprechende Regelungen als eine zulässige Art eines „weichen, prozeduralen Paternalismus“ bezeichnend *Höfling*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 119 (125).

1515 Etwa *Murswieck/Rixen*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 209.

1516 So auch *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 84 m. w. N.

1517 Vgl. dazu insb. die ausführliche Untersuchung von *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 259 ff.

1518 Wenngleich dies auch bestritten wird, vgl. nur *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 50 m. w. N.

1519 *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier*, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 84.

1520 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 111 ff., ausgenommen davon seien Geisteskranke, Bewusstlose sowie Kinder- und Jugendliche.

Abs. 2 GG auch auf andere Grundrechte zu übertragen, sodass alle grundrechtseinschränkenden Gesetze im materiellen Sinne „allgemein“ sein müssten. Sich gegen die allgemeine Handlungsfreiheit schlechthin richtendes Sonderrecht sei damit unzulässig. Weder der Unwert noch die Schädlichkeit eines Handlungsinhalts würden daher für sich genommen dazu berechtigen, dem Einzelnen ein bestimmtes Verhalten zu verbieten. Erforderlich sei vielmehr immer eine hinzutretende Sozialschädlichkeit.¹⁵²¹ Ebenso hält *Kube* die Beschränkung bewusster, im vollen Besitz der geistigen Kräfte eingegangener Selbstgefährdungen nur unter Berufung auf dritte Schutzgüter, nicht aber unter Rekurs auf paternalistische Motive für zulässig. Auch Selbstschädigungen seien identitätsstiftend und stellten mithin grundrechtlich geschütztes Verhalten dar.¹⁵²² Gleichermaßen verweist *Grimm* darauf, dass die grundgesetzliche Ordnung von der Würde und Selbstbestimmung des Einzelnen ausgehe. „Daher gestaltet sie die Grundrechte prinzipiell als subjektive Rechte aus und überlässt den Freiheitsgebrauch der Entscheidung des Berechtigten. Darin liegt die Freiheit zur je persönlichen Kombination von Risiko und Sicherheit, zu Wagnis und Scheitern, sogar zur Selbstzerstörung begründet. Dem Staat steht darüber kein Urteil zu, solange gleich- oder höherrangige Rechte Dritter nicht angegriffen werden.“¹⁵²³ *Lisken* betont, dass normative Eingriffe in grundrechtlich geschützte Freiheitsbereiche nicht zur Förderung der „privaten Glückseligkeit“ des Einzelnen vorgenommen werden dürfen.¹⁵²⁴ Wären Gesetze zum Schutz der Bürger vor sich selbst zulässig, wäre es nach seiner Sicht etwa mit der Freiheit des Rauchens, Trinkens oder Motorradfahrens bald vorüber.¹⁵²⁵ *Kirchhof* sieht wie *Isensee* den Schutz des Menschen vor sich selbst „nur in Ausnahmefällen“ als zulässig an.¹⁵²⁶ Grund-

1521 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 118 f.

1522 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 131.

1523 *Grimm*, KritV 1986, 38 (51).

1524 *Lisken*, NJW 1985, 3053 (3054).

1525 *Lisken*, NJW 1985, 3053 (3055), der allerdings das verfassungsrechtlich zulässige Regulativ im Bereich der Selbstgefährdungen beim Haftungsrecht erblickt.

1526 *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136, mit Verweis auf *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 244 ff., sie beziehen sich dabei aber gleichermaßen wie die vorigen Ansichten nur auf solche Zustände, bei denen sich der Grundrechtsträger nicht im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte befindet.

sätzlich passe ein Grundrechtsschutz vor sich selbst nicht in das liberale Konzept der Grundrechte.¹⁵²⁷

Di Fabio scheint paternalistischer Zweckverfolgung seitens des Staates hingegen offener gegenüber zu stehen. Mit Referenz zur Diskussion um die Helm- und Gurtpflicht führt er etwa aus, dass das Gewicht der allgemeinen Handlungsfreiheit mitunter überschätzt werde. „Schon Art. 2 Abs. 1 GG schützt vornehmlich nicht den wider besseren Wissens sich selbst Gefährdenden, nicht den infantil gebliebenen Erwachsenen, sondern die Persönlichkeit in sittlicher Verantwortung. Wer mit leichtsinniger Selbstgefährdung Lebensretter zum Einsatz ihrer Gesundheit nötigt, wer von Sozialversicherten und Steuerzahlern Verzichte und Leistungen erwartet, ohne selbst ein Mindestmaß an Vorsorge zu treffen, sollte mit seinem Freiheitsanspruch nicht allzu schwergewichtig zum Zuge gelangen.“¹⁵²⁸ Wenngleich auch er den Einfluss des Individualverhaltens auf Dritte mit im Blick hat, bezieht sich die Argumentation gleichermaßen auf den geringeren Schutzzanspruch des „infantil“ gebliebenen, leichtsinnigen und unsittlichen Selbstgefährders.

Das Bundesverfassungsgericht stuft Freiheitsbeschränkungen zur Abwendung von Selbstgefährdungen zumindest in Ausnahmefällen zum Schutz vor beträchtlichen Gefahren sowie paternalistische Beschränkungen der Vertragsfreiheit als verfassungsgemäß ein.¹⁵²⁹ So hat es bereits früh festgestellt, dass der „Schutz des Betroffenen“ neben dem „Schutz der Allgemeinheit“ legitimer Zweck staatlichen Handelns sein könne, um den Betroffenen davor zu bewahren, „sich selbst größeren persönlichen oder wirtschaftlichen Schaden“ zuzufügen.¹⁵³⁰ Dies wurde etwa in der Entscheidung zur Lebendorganspende wiederholt, wonach der „Schutz des Spenders vor sich selbst“ legitimer gesetzgeberischer Zweck sei.¹⁵³¹

Nach *Fischer* gibt es hingegen keine dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorgesetzten Grundsätze, die bestimmte Zwecksetzungen des

1527 Isensee, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 244.

1528 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 Rn. 85.

1529 Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 45 f. sowie *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 67 ff. u. 104 f.

1530 BVerfGE 10, 302 ff.; 22, 180 (219).

1531 BVerfG, Beschl. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181-98 u.a., NJW 1999, 3399 (3402).

Gesetzgebers von vornherein verbieten würden.¹⁵³² Die widerstreitenden Interessen seien vielmehr im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gegeneinander abzuwägen.¹⁵³³ Die Frage, welche Zwecke der Staat zulässigerweise verfolgen dürfe und wann diese im Gemeinwohl bzw. öffentlichen Interesse lägen, sei dann erst Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁵³⁴ Zumindest im Bereich der Verhinderung schwerer Selbstschädigungen soll es auch nach *Volkmann* nicht zu begründen sein, die Freiheit des demokratischen Gesetzgebers zu politischer Entscheidung (hier über die Ausgestaltung des im Sozialstaats- und Solidaritätsprinzip verankerten Gedankens „wechselseitigen Füreinanders“) schon auf der Ebene der Zielformulierung und damit *a priori* zu beschränken.¹⁵³⁵ *Sachs* vertritt die Auffassung, dass zu den Begrenzungen mit Rücksicht auf das Gemeinwohl auch solche zählen würden, die dem Schutz der eigenen Rechte und sonstigen Interessen des Grundrechtsberechtigten selbst dienen. Ein Grund, Begrenzungen zum Schutz des Grundrechtsträgers selbst außerhalb des Gemeinwohlzwecks anzusiedeln, bestehe nicht, da der Schutz von Individualinteressen als mögliches Gemeinwohlanliegen von der drohenden Gefahrenquelle unabhängig sei.¹⁵³⁶ Vielmehr gehe es um das Verhältnis des „an sich legitimen staatlichen Rechtsgüterschutzes“ zum Selbstbestimmungsrecht des Grundrechtsberechtigten.¹⁵³⁷

Trotz des diversen Meinungsbildes lassen sich gewisse Grundlinien in der Argumentation erkennen, welche folgend nachgezeichnet werden sollen. Es ist dann zu analysieren, inwieweit diese Grundsätze auf die Beschränkung von Gesundheitsverhalten übertragen werden können.

1532 *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 108 ff. u. 278.

1533 *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 131 ff. u. 278 ff.; wenngleich zu beachten ist, dass i. E. oft mit den anderen Ansichten übereinstimmende Lösungen für die üblichen Fallkonstellationen formuliert werden.

1534 *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 114 ff.

1535 Zur Zurückhaltung gegenüber dieser als „scheinbar salomonisch“ bezeichneten Lösung mahnen *Klement*, in: *Specker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (129).

1536 *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (361 ff.).

1537 *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (362).

1. Eingriffsverbot nur für aufgezwungenen Selbstschutz?

Zunächst ist auffällig, dass viele Ansichten bei paternalistischen Maßnahmen oft nur den Zwang, also das Ge- oder Verbot, im Blick haben und in diesem Zusammenhang darauf hinweisen, dass nicht zwingende Maßnahmen wie etwa die finanzielle Belastung des unerwünschten Verhaltens eine legitime Alternative darstellen würden.¹⁵³⁸ Der alleinige Fokus auf Verbote verstellt jedoch den Blick auf weitere Mittel.¹⁵³⁹ Wie in der Untersuchung des Grundrechtseingriffs aufgezeigt werden konnte, halten die modernen Methoden der verhaltenswissenschaftlich informierten Steuerung ein viel breiteres Instrumentarium bereit als das bloße unmittelbar zwingende Ge- oder Verbot. Auch manipulative Kommunikationsmaßnahmen, vermeintlich „milde“ *Nudges* und Anreize können gleichermaßen wie unmittelbar zwingende Maßnahmen eine Verhaltensänderung des Grundrechtsträgers in die staatlich gewünschte Richtung bewirken. Hinter den Argumenten, wieso der Staat den Einzelnen nicht vor sich selbst schützen darf, stehen grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern. Sie sollten daher gleichermaßen für alle staatlichen Steuerungsmaßnahmen gelten, welche bezwecken, den Einzelnen zu einer Verhaltensänderung (ohne oder gegen seinen Willen) zu bewegen. Sofern sie Grundrechtseingriffe darstellen, sind alle diese Maßnahmen gleichermaßen rechtfertigungsbedürftig. Es erscheint deshalb auf den ersten Blick widersinnig, etwa ein allgemeines *Verbot* auch des bloß privaten Alkohol- und Tabakkonsums für zweckillegitim zu halten, manipulative Maßnahmen, welche den Einzelnen gleichsam zu demselben Verhalten bewegen sollen, hingegen nicht. Auch durch die Vorenthaltung oder Verfälschung von Informationen kann letztlich Zwang ausgeübt werden.¹⁵⁴⁰ „Paternalistische Täuschungen“ und Manipulation sind, sofern sie die Informations- und Entscheidungschance einer Person vermindern, gleicherma-

1538 Statt vieler etwa *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrangten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 259 ff. sowie *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitrecht, 2005, S. 208 ff. Dies weist bereits darauf hin, dass das Verbot des „Schutzes vor sich selbst“ in der Tendenz doch nur ein recht eng umgrenztes Spektrum von Fallkonstellationen vor Augen hat und als allgemeingültiger Grundsatz des Staatshandelns keine umfassende Geltung beanspruchen kann.

1539 Darauf hinweisend *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 (110 f.).

1540 *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55 (59).

ßen rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe ohne oder gegen den Willen des Einzelnen, auch wenn sie nicht auf Anwendung „brachialer Gewalt“ beruhen.¹⁵⁴¹ Die folgenden Ausführungen zur Zwecklegitimität beziehen sich damit auf alle hier als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Selbstbestimmung qualifizierten Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, welche versuchen, den Einzelnen zu einem (vermeintlich von ihm gewollten) gesünderen Verhalten zu bewegen.

2. Schutz vor existenzbedrohenden Risiken

a) Konkrete Gesundheitsgefahren und elementare soziale Risiken

Zunächst lassen sich mögliche Rechtfertigungsgründe paternalistischen Staatshandels mit Blick auf die möglichen *Folgen* des individuellen Handelns für den Handelnden selbst systematisieren. Für zulässig erachtet wird das staatliche Handeln hier oftmals in solchen Fällen, in denen das Verfolgen oder Unterlassen einer bestimmten Handlung existenzbedrohende Folgen für den Grundrechtsträger nach sich ziehen würde. Die Existenzbedrohung kann zunächst die unmittelbare physische Existenz betreffen. Genannt werden kann hier etwa das Beispiel der Anschnallpflicht, welche unstrittig zumindest auch den Einzelnen vor konkreten, potenziell irreversiblen Gefahren für Leib und Leben zu schützen versucht. Mittelbarer letztlich auch die physische Existenz bewahrend, unmittelbar aber vor allem die wirtschaftliche Existenz absichernd, können die verpflichtenden Sozialversicherungen gesehen werden. Diese schützen die Versicherungspflichtigen vor solchen „Wechselpflichten des Lebens“¹⁵⁴², welche sie aus eigener Leistungskraft nicht bewältigen könnten.¹⁵⁴³ Der Staat versucht letztlich auch hier, den Einzelnen vor einer irreversiblen Autonomieverzehrung zu bewahren.¹⁵⁴⁴ Während es bei der Unfallverhütung um die Be-

1541 Wolf, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55 (59).

1542 BVerfGE 28, 324 (348) mit Verweis auf BVerfGE 11, 105 (117).

1543 Heinig, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157 (172).

1544 Bereits v. Münch, in: *Stödter/Thieme* (Hrsg.), FS Ipsen, 1977, S. 113 (127 f.), sah ein Eingreifen des Staates im Falle irreparabler Schäden für zulässig an; vgl. auch Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 60.

wahrung vorm irreversiblen Verlust der menschlichen Existenz selbst geht, steht bei der Sozialversicherung die Bewahrung des irreversiblen Verlustes wirtschaftlicher Autonomie im Vordergrund. Anlehnung hat die Argumentation an die im Zivilrecht diskutierte und wohl überwiegend anerkannte Nichtigkeit des „Selbstversklavungsvertrages“. Die darin liegende Einschränkung der Vertragsfreiheit wird gleichermaßen aufgrund des besonderen Umfangs des Freiheitsverlustes einerseits und dessen Unwiderruflichkeit andererseits als gerechtfertigt erachtet.¹⁵⁴⁵

Die Zulässigkeit einer solchen Argumentation ist freilich umstritten.¹⁵⁴⁶ Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass es durchaus moralische Wertentscheidungen und gar rechtliche Pflichten geben kann, die es gebieten, andere vor Unglück zu bewahren.¹⁵⁴⁷ Grundrechte enthalten nach viel vertretener Ansicht eben nicht nur subjektive Freiheits- und Abwehrrechte, sondern auch objektive Wertentscheidungen. Mit dieser objektiv-rechtlichen Funktion der Grundrechte gebe das Grundgesetz zu erkennen, dass etwa Leib und Leben derart wertvoll seien, dass sie über das Interesse des Einzelnen hinaus Eingriffe in seine entsprechenden Freiheiten abzuwehren vermögen.¹⁵⁴⁸ Die Betonung liegt hier auf dem Bewahren vor Unglück, das heißt letztlich vor Schaden. Eine entsprechende Verpflichtung, einen anderen hingegen positiv auch zu mehr Glück oder überhaupt zu Glück zu verhelfen, existiert nach gleichermaßen verbreiteter Ansicht jedoch nicht und ist von der ersten ganz klar zu unterscheiden.¹⁵⁴⁹ Letztlich spitzt sich diese Diskussion an der Frage zu, ob die ultimative Freiheitsaufgabe selbst, namentlich die Selbsttötung, auch eine grundrechtlich geschützte Freiheit darstellt.¹⁵⁵⁰ Die Gegner führen ihre Ansicht unter anderem auf das Argument zurück, dass das im Grundgesetz zum Ausdruck kommende positive Werturteil über das Leben es dem Staat erlaube, dem Grund-

1545 So etwa *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55 (64); vgl. auch den Überblick bei *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 37 f. m. w. N. sowie *Feinberg*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 3 (11 ff.).

1546 Vgl. nur *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 107 ff. sowie *Feinberg*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 3 ff.

1547 Vgl. *Kirste*, JZ 2011, 805 (806).

1548 Vgl. *Kingreen/Poscher*, Grundrechte - Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017, S. 38.

1549 Vgl. *Kirste*, JZ 2011, 805 (806).

1550 Darauf hinweisend auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 78 ff.

rechtsinhaber die Verfügungsgewalt über das Leben abzusprechen.¹⁵⁵¹ Art. 2 Abs. 2 GG enthalte eben nicht nur die Abwehrdimension, sondern auch eine objektive Wertentscheidung und damit eine Schutzpflicht seitens des Staates für das Leben.¹⁵⁵² Diese Schutzpflicht trete üblicherweise in Drittschutzkonstellationen auf, münde aber im Rahmen des Selbstschutzes in eine Kollision der Schutzinteressen ein und desselben Berechtigten. Der Staat könne hier von seiner objektivrechtlichen Schutzverpflichtung auch durch den subjektiven Verzicht des Grundrechtsträgers selbst nicht entbunden werden.¹⁵⁵³ Dadurch entstehe letztlich die zugleich komplexe wie auch „merkwürdige“ Situation, dass die staatliche Schutzmaßnahme sowohl objektivrechtlich am Untermaßverbot als auch wegen ihrer autonomebeschränkenden Wirkung zugleich am Übermaßverbot zu messen sei.¹⁵⁵⁴

Dementsprechend wird argumentiert, dass die Grundrechte gar eine paternalistische Schutzdimension aufweisen würden. Der Gesetzgeber könne etwa mit Blick auf die Privatautonomie nicht nur die Grenzen möglicher Selbstbindung aufzeigen, sondern würde unter Umständen gar eine Pflicht zur Korrektur bestimmter freier Verhaltensentscheidungen besitzen.¹⁵⁵⁵ Eine solche Pflicht werde offenbar, wenn man über die konkret in Rede stehende privatautonome Entscheidung hinausblicken und auch *künftige Handlungsspielräume* des Grundrechtsträgers als Gegenstand der allgemeinen Handlungsfreiheit mit einbeziehen würde. So müsse diese – wie bereits angedeutet – auch in einer zeitlichen Dimension wahrgenommen und davor bewahrt werden, dass sie durch eine einmalig „unvernünftige“ Entscheidung für alle Zeiten aufgezehrt wird.¹⁵⁵⁶ Grundrechtlich geschützte Selbstgefährdung könne also potenziell in eine Spannung mit ebenfalls

1551 Vgl. etwa *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 50.

1552 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 47 f., der die Selbsttötung aber wie die überwiegende Ansicht nach Art. 2 Abs. 1 GG für erlaubt hält; vgl. dazu auch *Schwabe*, JZ 1998, 66 (69) m. w. N.

1553 Vgl. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 47 f.; einen Überblick zur Argumentation bietet *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 81 f.

1554 *Kirste*, JZ 2011, 805 (810); zur Sicherstellung und Achtung der Vertragsfreiheit vgl. auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 70 ff.

1555 Zum Ganzen *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 26.

1556 Zum Ganzen *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 26.

grundrechtlich fundiertem Schutz späterer Verhaltensfreiheit und Autonomie und damit zu einer Abwägung früherer mit späterer Entscheidungs- und Handlungsfreiheit führen. Allerdings genieße bei dieser Abwägung die Freiheit zur Selbstbindung oder eben auch Selbstgefährdung und Selbstschädigung regelmäßig Vorrang.¹⁵⁵⁷ Auch nach *Schmolke* sind zumindest „extreme“ Fälle freiwilliger Freiheitsbeschränkung geeignet, eine taugliche Legitimationsgrundlage für staatliches Eingreifen zu liefern. Als umfasst sieht er zumindest derart fundamentale zukünftige Freiheitsbeschränkungen des Individuums dergestalt, dass die „faktischen Voraussetzungen eines der eigenen Personenwürde angemessenen Lebens nicht mehr gewahrt scheinen“.¹⁵⁵⁸ Dies sei etwa bei Entscheidungen der Fall, die die eigene Selbstbestimmung unangemessen lange und intensiv beschränken würden.¹⁵⁵⁹

Die Gegenansicht hegt hingegen grundsätzliche dogmatische Zweifel an dem Versuch, zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Grundrechtsträgers und der staatlichen Schutzverpflichtung abzuwägen. So setzt der Rekurs auf die staatliche Schutzpflicht nach *Hillgruber* vielmehr voraus, was er begründen soll, nämlich dass der Staat das Recht habe, die Freiheit des Einzelnen einzuschränken, um ihn vor sich selbst auch gegen seinen erklärten Willen zu schützen.¹⁵⁶⁰ Auch wendet er ein, dass die subjektive Grundrechtsposition des Einzelnen nicht durch den objektiven Grundrechtsgehalt eingeschränkt werden dürfe. Eine Inanspruchnahme der „Werttheorie“ würde voraussetzen, dass man den im Grundrecht geschützten Wert von seinem Träger ablöst und dessen Freiheitsausübung als Schranke entgegensezetzt. Ein solches Verständnis wäre jedoch mit der freiheitssichernden Garantiefunktion der Grundrechte unvereinbar. Die Grundrechte seien in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Einzelnen zu sichern. Die Lehre von der objektiven Wertordnung könne daher allein zur Verstärkung der Grundrechte und damit ihrer Bedeutung als subjektive Abwehrrechte dienen.¹⁵⁶¹ Für die verfassungsrechtliche Legitimation des Schutzzwecks des Selbstschutzes reiche es daher nicht aus, auf die möglichen Schäden des Grundrechtsträgers abzustellen, mögen sie

1557 Auf die Privatautonomie und Selbstbindungsfreiheit beziehend *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HbStR*, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 26.

1558 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 60.

1559 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 60.

1560 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 74.

1561 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 126 ff.

noch so groß und irreparabel erscheinen.¹⁵⁶² Auch andere bekräftigen, dass der objektive Wertgehalt des Grundrechtes nicht gegen die subjektive Selbstbestimmung des Grundrechtsträgers „ausgespielt“ werden dürfe.¹⁵⁶³ Dem Grundgesetz gehe es nicht um Einigkeit durch Konformität, sondern durch gegenseitigen Respekt „in Pluralität“.¹⁵⁶⁴ Ein aufgezwungener Schutz aufgrund der objektiven Dimension der Grundrechte sei daher nicht möglich. Es gebe eben keine objektivierbare einheitliche Konzeption des „Lebens“.¹⁵⁶⁵

Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zeigt, wenn auch begründungsarm, ein von der Literatur abweichendes Verständnis. So wurde bereits in den Entscheidungen zur Zwangseinweisung der Selbstschutz des Betroffenen mit Blick auf den drohenden „größeren persönlichen oder wirtschaftlichen Schaden“ für zulässig erachtet.¹⁵⁶⁶ Daran anknüpfend führte das Gericht auch im Rahmen der zweiten Transsexuellen-Entscheidung aus, dass der Gesetzgeber zu Grundrechtseingriffen befugt sei, wenn sie den Betroffenen daran hindern sollen, „sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“.¹⁵⁶⁷ Gleichermaßen hat das Gericht auch bei der Gurt- und Helmpflicht die Schwere der möglichen Gesundheitsgefährdung im Blick, wenngleich es hier vorrangig auf den Dritt- und Gemeininteressenschutz abstellt.¹⁵⁶⁸ In seiner Entscheidung zur Lebendorgangspende erweiterte das Gericht seine Aussage dahingehend, dass der Zweck, „den Menschen davor zu bewahren, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“ ein legitimer *Gemeinwohlbelang* sei.¹⁵⁶⁹ Es ist unklar, ob darin eine bewusste oder unbewusste Änderung des dogmatischen Verständnisses hinsichtlich der Legitimität gesetzgeberischer Zwecksetzung erkannt werden kann. In einer späteren Entscheidung zur medizinischen Behandlung eines im Maßregelvollzug Unterge-

1562 Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 77.

1563 Murswieck/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 211; so auch Schwabe, JZ 1998, 66 (70), welcher darin sonst eine „Pervertierung der Grundrechte“ erblicken würde.

1564 Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 108 ff.

1565 Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 108 ff.

1566 BVerfGE 22, 180 (219).

1567 BVerfGE 60, 123 (132).

1568 „Schwere Kopfverletzungen“, BVerfGE 59, 275 (279); „Ernste“, „gewichtige“ Gesundheitsschädigungen, BVerfGE 58, 208 (224).

1569 BVerfG, Beschl. v. 11.8.1999 – I BvR 2181-98 u.a., NJW 1999, 3399 (3401); zur Kritik an dieser Entscheidung Kirste, JZ 2011, 805 (811).

brachten knüpft das Gericht jedenfalls wieder ohne Abweichung an die Rechtsprechung zur Zwangseinweisung an, nach derer die Freiheitsentziehung zum „Schutz des Betroffenen selbst“ gerechtfertigt sein kann.¹⁵⁷⁰ Es greift dann aber in einer jüngeren Entscheidung zum gesetzlichen Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige wieder auf die Formulierung zurück, dass der Schutz des Menschen vor sich selbst legitimes *Gemeinwohlanliegen* sei.¹⁵⁷¹

Auf den ersten Blick erscheint es so, dass eine entsprechende Argumentation die gesamte staatsrechtliche Diskussion um die Frage, ob der Schutz vor sich selbst zulässiger Zweck staatlichen Handelns sein kann, ad absurdum führen würde, wenn der Selbstschutz des Einzelnen gleichzeitig einen Gemeinwohlbelang begründete. Vielmehr ist der Selbstschutz nach viel vertretener Ansicht gerade vom Dritt- und Gemeinwohlschutz abzusgrenzen.¹⁵⁷² Die Ausführungen sind jedoch wohl in einer Linie mit *Sachs*‘ Verständnis zu sehen, wonach auch der Schutz von Individualinteressen mögliches Gemeinwohlanliegen sein kann, dieses Gemeinwohlinteresse jedoch im Verhältnis zum Selbstbestimmungsrecht zu begründen ist.¹⁵⁷³ Die Begründung eines solchen Gemeinwohlbelanges lässt das Gericht freilich vollständig offen.¹⁵⁷⁴

Es bleibt jedoch fraglich, ob die Rechtsprechung des Gerichts tatsächlich als klares Bekenntnis für eine verfassungsrechtliche Zulässigkeit paternalistisch motivierter Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht eines auch in der konkreten Situation zur autonomen Entscheidung fähigen Menschen gesehen werden kann.¹⁵⁷⁵ So wurde in allen Fällen neben den drohenden schweren Gesundheitsgefahren immer auch auf die Einschätzung des Gesetzgebers, dass an der Endgültigkeit und Freiwilligkeit der Entscheidung nachvollziehbare Zweifel bestünden, abgestellt. Diese Zweifel an der (endgültigen) Freiwilligkeit trug letztlich die Entscheidung in den Zwangseinweisungs- und Heimunterbringungsfällen, der Transsexuellen-Entscheidung, bei der Lebendorganspende sowie beim Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige. Das Gericht hat sich damit – soweit ersichtlich

1570 BVerfGE 128, 282 (305).

1571 BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 (1063).

1572 Vgl. nur *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 54.

1573 S. oben S. 243.

1574 So auch *Kirste*, JZ 2011, 805 (811).

1575 So auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 44 f.

- nie ausdrücklich dazu bekannt, *Freiheitsbeschränkungen* auch in solchen Fällen als gerechtfertigt anzusehen, in denen der Gesetzgeber von einer vollständig autonomen Selbstschädigung ohne Möglichkeit des Verweisen auf Drittschutz ausging.¹⁵⁷⁶

Insgesamt lässt sich bis hier festhalten, dass viele Ansichten den freiheitsbeschränkenden Schutz vor sich selbst grundsätzlich in *Extremsituationen* für zulässig erachten. So geht es auf die Gesundheit bezogen um den vollständigen Verlust des Lebens oder den dauerhaften Verlust von Organen, mit Bezug auf die Privatautonomie um die dauerhafte und irreversible Freiheitsaufgabe oder allgemein um die nicht mehr herstellbare Leistungsfähigkeit im Falle elementarer sozialer Risiken. Das hier in Frage stehende „selbstschädigende“ Verhalten im Sinne der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist davon jedoch weit entfernt. So scheint bei den auf Bewegungs-, Ernährungs- oder Lebens- und Arbeitsbedingungen bezogenen Entscheidungen und Verhaltensweisen eine bestehende unmittelbare Gefahr für Leib und Leben und damit für immer währende Aufzehrung der gesundheitsbezogenen Autonomie wohl nur höchst selten gegeben. Selbst das Paradebeispiel für (vermeintlich) unverantwortliche Selbstschädigung, das Rauchen, ist wohl nur schwer mit einer (graduellen) Selbsttötung gleichzusetzen. Auch kann bei vielen gesundheitsgefährdenden Verhaltensweisen an der Irreversibilität gezweifelt werden.¹⁵⁷⁷

b) Darüber hinausgehender Schutz der Individualgesundheit?

Ein entsprechendes umfassenderes Mandat könnte sich, in Anknüpfung an einen Teil der obigen Ansichten, aus einer weitergehenden objektiven Wertentscheidung des Grundgesetzes über die Gesundheit und einer entsprechenden Berechtigung des Staates ergeben, den Einzelnen nicht nur vor Gesundheitsgefahren zu bewahren, sondern ihn auch generell zu

1576 Wenngleich zu betonen ist, dass die etwa in der zweiten Transsexuellen-Entscheidung und in der Entscheidung zur Lebendorganspende angeführten gesetzgeberischen Zweifel an der Freiwilligkeit und Ernsthaftigkeit der Entscheidung des Grundrechtsträgers nicht zu überzeugen vermögen; so für die zweite Transsexuellen-Entscheidung auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 74 ff.; für die Entscheidung zur Lebendorganspende *Kirste*, JZ 2011, 805 (811).

1577 So etwa für das Rauchen, vgl. *US Department of Health and Human Services*, The Health Benefits of Smoking Cessation, 1990.

einem gesünderen Leben zu verhelfen. Kern des Schutzes von Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG ist die menschliche Existenz und die biologisch-physische Unversehrtheit. Art. 2 Abs. 2 GG kann damit als zentrales gesundheitsbezogenes Grundrecht verstanden werden.¹⁵⁷⁸ Auch dem Recht auf körperliche Unversehrtheit kommt neben dem Recht auf Leben aufgrund seiner Verbindung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und damit letztlich auch zur Würdegarantie eine herausgehobene Bedeutung zu.¹⁵⁷⁹ Wie bereits dargelegt wurde, ist dem Grundgesetz ein darüber hinaus gehendes Bekenntnis zum Wert der Gesundheit im allgemeinen und umfassenden Sinne jedoch nicht zu entnehmen. Körperliche Zustände allgemein zu verbessern, ist weder die Zielrichtung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG¹⁵⁸⁰ noch einer anderen Vorschrift.

Dem Grundgesetz lässt sich damit kein objektiv-rechtliches Verständnis vom Gesunden entnehmen, welches über bzw. gegen das Interesse des Einzelnen hinaus den Staat berechtigen könnte, den Einzelnen vor selbstverantwortlich eingegangener Gesundheitsgefährdung zu schützen. Über die unmittelbare Gefahr für Leib und Leben hinaus hat – so auch das Bundesverfassungsgericht – der Staat nicht die Aufgabe, seine Bürger zu bessern und deshalb auch nicht das Recht, ihre Freiheit zu beeinträchtigen, nur um sie zu bessern, ohne dass sie sich selbst oder andere gefährden, wenn sie in ihrer Freiheit unbeeinträchtigt blieben.¹⁵⁸¹ Im Rahmen von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention mag dann die Abgrenzung von „bloßer“ Gefahrvermeidung auf der einen und Verbesserung auf der anderen Seite besonders schwierig erscheinen. Tendenziell geht es jedoch insbesondere im Rahmen der Gesundheitsförderung um die Verbesserung individueller Fähigkeiten und Ressourcen zum Umgang mit komplexen verhaltens- und vor allem umweltbedingten Herausforderungen für die Gesundheit. Auch Krankheitsprävention richtet sich selten gegen unmittelbar bevorstehende, schwere und irreparable Krankheitsgefahren. Es lässt sich daher mit Heinig nicht verleugnen, dass beim Präventionsgesetz auch der Versuch eines „gouvernementalen Zugriff[s]“ auf die Lebensfor-

1578 Schmidt-Assmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 12, bezeichnet Art. 2 Abs. 2 GG gar als „wichtigste Norm des Gesundheitsverfassungsrechts“, sieht den Schutzbereich wohl aber ausschließlich krankheitsbezogen.

1579 S. oben Kap. 2 B II 5.

1580 Trapp, DVBl. 2015, 11 (17).

1581 In Anlehnung an BVerfGE 22, 180 (219 f.).

men der Bürger und damit letztlich die staatliche Einflussnahme zum Zwecke individueller Selbstoptimierung durchscheint.¹⁵⁸²

Darüber hinaus ist nochmals hervorzuheben, dass als ein leittragendes Prinzip der mit der Gesundheit verbundenen Rechte das Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung identifiziert wurde. Insoweit ist den Ansichten beizupflichten, dass aus einer objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte, welche der Verstärkung des Grundrechtsschutzes dienen soll, nicht zugleich ein Recht oder Gebot zur Begrenzung folgen kann. Ein objektiv-rechtlich gebotener Grundrechtsschutz kann sich folglich nicht gegen den Grundrechtsträger selbst richten. Eine entsprechende Berechtigung zur Vermeidung einer individuellen Gesundheitsgefährdung oder zur Bekämpfung einer bestimmten Erkrankung des Einzelnen könnte sich aber zumindest aus dem Umfang einer bestehenden Schutzpflicht ergeben.¹⁵⁸³ Eine solche Schutzpflicht kann sich konsequenterweise dann aber nicht oder zumindest nicht nur aus der zu befürchtenden (objektiven) Gefahr für den Grundrechtsträger ergeben, sondern nur aus (zusätzlichen) Gründen eingeschränkter oder mangelnder tatsächlich autonomer Grundrechtsausübung.¹⁵⁸⁴ Nur wenn der Grundrechtsträger selbst nicht in der Lage ist, selbstbestimmt von seinen Grundrechten Gebrauch zu machen, könnte es Ausdruck einer Schutzpflicht des grundrechtsverpflichteten Staates sein, den Grundrechtsträger von einer Selbstschädigung abzuhalten. Entscheidend ist es daher, einen Blick auf die Frage der Anforderungen des Entscheidungsprozesses und nicht der Entscheidungsfolgen zu werfen. Das drohende Schadensrisiko des betreffenden Verhaltens kann gleichwohl zumindest Indiz dafür sein, dass jemand diese Handlung nicht willensmäßig begeht.¹⁵⁸⁵

1582 Heinig, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 145 (151).

1583 Ähnlich Trapp, DVBl. 2015, 11 (17), nach dem allerdings ausschließlich eine Schutzpflicht ein solches Interesse begründen kann, nicht jedoch ein „unvermitteltes“ öffentliches Interesse.

1584 Statt vieler Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 134 f.

1585 Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 187.

3. Schutz vor Selbstbestimmungsdefiziten

Wie bereits betont, begründet sich der individuelle Schutzanspruch vor paternalistisch motivierten Grundrechtseingriffen in der Achtung der menschlichen Würde und der damit verbundenen Freiheit zur Selbstbestimmung. Es besteht zugleich jedoch Einigkeit darin, dass an einen Entscheidungsprozess bestimmte Anforderungen gestellt werden müssen, um als hinreichend selbstbestimmt und damit schutzwürdig gelten zu können.¹⁵⁸⁶ Uneinigkeit besteht allerdings über die konkreten Voraussetzungen an die Selbstbestimmtheit des Individuums.

a) Mangelnde Geistesreife und fehlende Freiwilligkeit

Als Mindestvoraussetzung für die Abwehr paternalistisch motivierter Grundrechtseingriffe wird seit jeher der grundsätzliche Besitz voll ausgereifter geistiger Fähigkeiten gesehen.¹⁵⁸⁷ Es ist allgemein anerkannt, dass die Selbstbestimmungsfreiheit die Fähigkeit zur Selbstbestimmung voraussetzt.¹⁵⁸⁸ Befindet sich der Mensch nicht im vollen Besitz seiner intellektuellen und voluntativen Fähigkeiten, so ist die Bildung des „freien Willens“ beeinträchtigt. Dies gilt nach verbreiteter Auffassung allerdings nur für „erhebliche“ Beeinträchtigungen des Erkenntnis- oder Willensvermögens.¹⁵⁸⁹ Das Verbot paternalistisch motivierter Intervention findet damit grundsätzlich keine Anwendung für Bewusstlose und Geisteskranke.¹⁵⁹⁰ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen die Zwangseinweisung volljährig Entmündigter bzw. „Geisteskranker“ wegen Selbstgefährdung für verfassungsgemäß erklärt.¹⁵⁹¹ Zwar stehe die Freiheit der Person (hier Art. 2 Abs. 2 GG) auch dem Geis-

1586 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 19 ff. m. w. N.

1587 Vgl. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 121 ff.

1588 Vgl. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 121.

1589 Vgl. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 121; Sachs, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 361 f.

1590 BVerfGE 58, 208 (225 f.); vgl. auch Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 20 m. w. N.; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 121 ff.; Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 145 ff.

1591 BVerfGE 10, 302 ff; 58, 208 (224 f.).

teskranken und nicht voll Geschäftsfähigen zu, dies schließe jedoch einen staatlichen Eingriff nicht aus, der ausschließlich den Zweck verfolge, einen psychisch Kranken vor sich selbst in Schutz zu nehmen und ihn zu seinem eigenen Wohl in einer geschlossenen Anstalt unterzubringen. Eine derartige Maßnahme sei nicht nur dann zulässig, wenn sie der Schutz der Allgemeinheit verlange, sondern sie könne sich auch durch den Schutz des Betroffenen rechtfertigen.¹⁵⁹² So habe zwar jeder das Recht, Hilfe zurückzuweisen, soweit dadurch nicht Rechtsgüter anderer oder der Allgemeinheit in Mitleidenschaft gezogen werden. Das Gewicht, das dem Freiheitsanspruch gegenüber dem Gemeinwohl zukomme, dürfe aber nicht losgelöst von den „tatsächlichen Möglichkeiten“ des Fürsorgeberechtigten „sich frei zu entschließen“, bestimmt werden. „Bei psychischer Erkrankung wird die Fähigkeit zur Selbstbestimmung häufig erheblich beeinträchtigt sein. In solchen Fällen ist dem Staat fürsorgerisches Eingreifen auch dort erlaubt, wo beim Gesunden Halt geboten ist.“¹⁵⁹³

Neben der mangelnden geistigen Einsichtsfähigkeit wird auch hier grundsätzlich immer in Verbindung mit der Schwere der drohenden gesundheitlichen Schädigung für den Betroffenen argumentiert.¹⁵⁹⁴ In einer jüngeren Entscheidung zur medizinischen Behandlung eines im Maßregelvollzug Untergebrachten gegen dessen natürlichen Willen verweist das Gericht abermals darauf, dass das staatliche Eingreifen legitim sei, wenn der Betroffene krankheitsbedingt nicht zur Einsicht in die Krankheit fähig sei und die nur mit einer Behandlung gegebenen Heilungschancen nicht erkennen oder nicht ergreifen könne. Ein Eingriff, welcher darauf ziele, „die tatsächlichen Voraussetzungen freier Selbstbestimmung des Untergebrachten wiederherzustellen“, könne unter diesen Umständen zulässig sein.¹⁵⁹⁵

Der gleichermaßen allgemein anerkannte Zweck des Kinder- und Jugendschutzes folgt nach *Hillgruber* hingegen nicht aus der grundsätzlichen Unfähigkeit zur freien Selbstbestimmung, sondern aus dem „Wächteramt der staatlichen Gemeinschaft für die Erfüllung der elterlichen Erziehungsaufgabe“.¹⁵⁹⁶ Denn dort, „wo die Eltern nicht oder nicht mehr allein in der Lage sind, ihre Erziehungsaufgabe wahrzunehmen, oder wo

1592 BVerfGE 58, 208 (225).

1593 BVerfGE 58, 208 (225).

1594 BVerfGE 58, 208 (225 f.).

1595 BVerfGE 128, 282 (305).

1596 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 123 f.

Verfehlungen der Eltern das Kindeswohl auf Dauer erheblich gefährden, darf der Staat insoweit als Erziehungshelfer einspringen.“¹⁵⁹⁷ In der Tendenz lässt sich aber nicht verleugnen, dass das Erziehungsrecht untrennbar mit der als noch nicht vollständig erreicht anerkannten geistigen Reife einhergeht.¹⁵⁹⁸ Auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts liegen die verschiedenen Regelungen zum Schutz der Minderjährigen vor Selbstgefährdung und Selbstschädigung in der „mangelnden Einsichtsfähigkeit und Reife“ der Betroffenen begründet. Somit hält nach Ansicht des Gerichts auch ein gesetzliches Sonnenstudio-Verbot für Minderjährige aufgrund ihrer mangelnden Einsichtsfähigkeit einerseits und der besonders für die jugendliche Haut erhöhten Gesundheitsgefahren andererseits vor der Verfassung stand.¹⁵⁹⁹

Darüber hinaus wird ein Autonomiedefizit größtenteils auch bei gravierenden Störungen der Selbstbestimmung wie bei Drohung, Täuschung oder Zwang angenommen.¹⁶⁰⁰

b) Weitere Defizite bei der Willensbildung?

Umstrittener ist jedoch, ob über dieses Mindestmaß geistiger Fähigkeiten hinaus weitere Anforderungen an die Selbstbestimmtheit der Entscheidung gestellt werden könnten oder gar sollten.¹⁶⁰¹ Anknüpfungspunkt ist dann nicht die abstrakte Fähigkeit zur vollenfänglich selbstbestimmten Entscheidung, sondern die Frage, ob der Einzelne in der konkreten Entscheidungssituation eine tatsächlich freiwillige Entscheidung dergestalt getroffen hat, dass sie nach hinreichender Überlegung in Übereinstimmung mit den eigenen Präferenzen und Wertvorstellungen erfolgt ist.¹⁶⁰² Dies bejahende Ansichten verfolgen grundsätzlich eine Unterscheidung zwischen

1597 BVerfGE 74, 102 (124); vgl. auch *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 124.

1598 Kritisch zum „Paternalismus gegen Kinder und Jugendliche“ daher *Wolf*, in: *Annerheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55 (60).

1599 BVerfG, Beschl. v. 21.12.2011 – 1 BvR 2007/10, NJW 2012, 1062 ff.

1600 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 64 m. w. N.

1601 Einen Überblick über mögliche Ansätze insbesondere der angelsächsischen Philosophie bietet *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 158 ff.

1602 Vgl. *Feinberg*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 3 (4 ff.).

„schwachem“ und „starkem“ oder „weichem“ und „hartem“ Paternalismus.¹⁶⁰³

aa) Grundlinien der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Das Bundesverfassungsgericht lässt es weitgehend offen, welche konkreten Anforderungen an die freie Willensentschließung oder Freiwilligkeit der Entscheidung – jenseits der oben genannten Fälle – gestellt werden dürfen, damit ihr Unterschreiten paternalistisches Staatshandeln rechtfertigen kann.¹⁶⁰⁴ In seiner Entscheidung zur Organlebendspende an andere als nahestehende Personen erkennt das Gericht dem Gesetzgeber jedoch einen weiten Beurteilungsspielraum zur Bestimmung der Anforderungen an die Freiwilligkeit einer Entscheidung zu.¹⁶⁰⁵ Es sei von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass die Freiwilligkeit der Organspende grundsätzlich nur bei einem verwandschaftlichen oder sonstigen Näheverhältnis vermutet werden könne. Gleichermaßen habe er ebenso wenig seinen Beurteilungsspielraum bei der Annahme überschritten, dass es kein Verfahren gebe, welches für sich genommen in der Lage wäre, die Freiwilligkeit der Spenderentscheidung und die Verhinderung eines Organhandels sicherzustellen.¹⁶⁰⁶ Ob von Verfassungs wegen tatsächlich von einem solch weiten gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum angesichts des Autonomieschutzes ausgegangen werden kann, ist Gegenstand der weiteren Betrachtung.

bb) Staatliche Hilfe zur Verfolgung vermeintlich eigener Interessen

In jüngerer Zeit wird eine staatliche Intervention zum Schutz des Betroffenen vor sich selbst insbesondere dann als zulässig erachtet, wenn die Entscheidung des Individuums aufgrund eines Informations- oder kognitiven

1603 Grundlegend für diese Unterscheidung *Feinberg*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 3 (4 ff.); vgl. auch die Übersicht bei *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 20 ff. m. w. N.

1604 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 65 m. w. N.

1605 BVerfG, Beschl. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181-98 u.a., NJW 1999, 3399 (3402).

1606 BVerfG, Beschl. v. 11.8.1999 – 1 BvR 2181-98 u.a., NJW 1999, 3399 (3402).

Defizits beeinträchtigt und damit nur beschränkt selbstbestimmt erscheint.¹⁶⁰⁷

Insbesondere im Bereich des Gesundheitsverhaltens wird davon ausgegangen, dass Entscheidungen oft von „Verhaltensfehlern“ oder zumindest inkohärenten Interessen gekennzeichnet sind.¹⁶⁰⁸ Ob es um Ernährungsverhalten oder Bewegung geht, die Konsequenzen des Handelns werden erst in teilweise ferner Zukunft sichtbar. Wenn sich der Gewinn im Jetzt zeigt, also etwa die sich nach einem üppigen Mal einstellende Zufriedenheit oder das schnelle Fortkommen durch die Benutzung von Rolltreppen und Fahrstühlen sofort realisieren lassen, dann falle es dem Menschen schwer, die vielleicht in Zukunft sich daraus ergebenden Konsequenzen in die Kosten-Nutzen-Abwägung mit einzustellen.¹⁶⁰⁹ Der Impetus der Public Health Wissenschaft, der Politik und auch bei einigen rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen ist hierbei deutlich. Das langfristige, das eigentliche Interesse eines Jeden soll es sein, gesünder zu leben, sich also besser und bewusster zu ernähren, zu bewegen, sich fit zu halten und seinen Körper und Geist zu optimieren, gar zu perfektionieren. Der Mensch sei aber schlecht darin, seine langfristigen Interessen gegenüber kurzfristig realisierbaren „Gelüsten“ durchzusetzen. Daher könne und müsse der Staat den Menschen dabei helfen, die langfristigen Interessen zum eigenen Wohl zur Geltung zu bringen. Der Staat verfolge dabei letztlich keine eigenen Ziele, sondern helfe den Bürgern nur, ihre individuellen Interessen durchzusetzen.¹⁶¹⁰ Letztlich liegt auch der Idee der Sozialversicherung eine menschliche Willensschwäche, die Neigung zur Diskontierung der Zukunft, zugrunde. So treffe der Mensch trotz des Bewusstseins, dass er krank, arbeitslos oder alt werden kann, keine oder zumindest keine angemessene Vorsorge, da diese Möglichkeiten der Zukunft nicht als drängendes und in ihrem Ausmaß nicht als gewisses Problem erscheinen und gegenwärtige Ausgabebedürfnisse prioritätär wahrgenommen würden.¹⁶¹¹ Zu-

1607 So insb. die Idee des libertären Paternalismus von Thaler/Sunstein, *The American Economic Review* 2003, 175 ff.; vgl. auch Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 20 f.

1608 Vgl. die Nachweise bei Rachlinski, *Northwestern University Law Review* 2003, 1165 (1187 ff.).

1609 Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2009, S. 80 ff.

1610 In diese Richtung etwa Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2009, S. 82 ff.; Barton, *Public Health Ethics* 2013, 207 (215).

1611 Heinig, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157 (172).

mindest auch aus diesem Grund schützt der Staat die Bürger mit dem Aufbau öffentlich-rechtlicher Zwangsschutzsysteme vor sich selbst.¹⁶¹² Zwar sind sich Vertreter eines solchen Ansatzes bewusst, dass es durchaus Personen geben mag, die entsprechende als ungesund angesehene Verhaltensweisen bewusst und tatsächlich freiwillig verfolgen. Diese werden, wenn überhaupt, aber nur als (unbedeutende) Ausnahme angesehen.¹⁶¹³ Es sei angemessen, dass einige wenige, welche sich tatsächlich freiwillig und selbstbestimmt „ungesund“ verhalten, kleinere Freiheitsbeeinflussungen und -einschränkungen hinnehmen müssen, um den vielen zu einer solchen freien Selbstbestimmung nicht fähigen Menschen zu einem gesünderen Leben zu verhelfen.¹⁶¹⁴

cc) Maßgeblichkeit der eigenen Präferenzen

Doch hier offenbart sich zugleich die Kritikwürdigkeit verhaltenswissenschaftlicher Argumentation im Allgemeinen und des *Nudging*-Ansatzes im Besonderen. Was zunächst im Gewand eines deskriptiven, empirisch belegten Phänomens erscheint, steckt bei genauerer Betrachtung voller normativer Grundannahmen.¹⁶¹⁵ Eine Ähnlichkeit entsprechender Ansichten mit der in ihrer Konsequenz freiheitszerstörerischen Gleichsetzung von individuellem Willen und allgemeinem Wohl in der *volonté générale* im Sinne Rousseaus¹⁶¹⁶ lässt sich nicht verleugnen. Da der allgemeine Wille stets das gemeine Wohl verfolge, könne der entgegengesetzte besondere Wille des Einzelnen nur darauf beruhen, dass er verkannt habe, was er in Wahrheit wolle, weil er nicht wisse, was ihm als Staatsbürger guttue.¹⁶¹⁷ Dementsprechend geriet bei Rousseau die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Gemeinwohl und individueller Freiheit letztlich zu

1612 Heinig, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157 (172).

1613 Barton, Public Health Ethics 2013, 207 (215).

1614 Barton, Public Health Ethics 2013, 207 (215).

1615 Cserne, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (289 ff.).

1616 Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag oder Die Grundsätze des Staatsrechtes, 1969, II 3, S. 58 ff.

1617 Vgl. Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag oder Die Grundsätze des Staatsrechtes, 1969, II 3, S. 58 ff.; dazu Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 18 m. w. N.

einer Frage des „richtigen Wollens“.¹⁶¹⁸ Auch die heutige Argumentation muss sich dem Vorwurf stellen, dass sie, obgleich ihrer verhaltenswissenschaftlich-empirisch eingekleideten Argumentation, letztlich von der Grundannahme geprägt ist, dass der Einzelne in Wahrheit nur das wollen könne, was ihm als gemeinschaftsgebundenen Staatsbürger guttue. So führt etwa *Eisenmann* ganz offen aus, dass es bei der Gesunderhaltung des Einzelnen letztlich um Wertbeziehungen und die Befolgung gesellschaftlicher Normvorgaben gehe. Nach ihm besteht wohl ein allgemeiner gesellschaftlicher Konsens darüber, dass das Streben nach Gesundheit und Gesunderhaltung langfristig der höherrangige Wert gegenüber der kurzfristigen Bedürfnisbefriedigung ist. Würde das Individuum erkennen, dass dieser gesamtgesellschaftlich anerkannte Wert zunächst auch im Interesse seiner Bedürfnisbefriedigung liege, so müsse es konsequenterweise stets das langfristige Gesundsein gegenüber dem spontanen Bedürfnis bevorzugen.¹⁶¹⁹ Das vermeintliche Sonderinteresse des Einzelnen etwa spontan und „ungesund“ zu leben, könnte daher nicht sein wirkliches Interesse sein. Der Staat habe daher das unbedingte Mandat, den Staatsbürger zu seinem wirklichen Willen, dem Gemeinwillen zu erziehen.¹⁶²⁰ Folgende drei Punkte sind einer solchen Argumentation jedoch entgegenzustellen:

(1) Sein-Sollen-Fehlschluss und das Gebot der Begründungsneutralität

Die Ansicht, dass bestimmte kognitive Vorgänge wie etwa Vereinfachungsregeln oder Trägheits- und Status-Quo-Präferenzen als Defizite, also ein vom Idealfall abweichendes Verhalten, wahrgenommen werden, ist gleichermaßen eine normative Aussage darüber was der rationale Staatsbürger wohlverstanden wollen könne, wie die Ansicht, dass langfristige Präferenzen gegenüber kurzfristigen Interessen immer vorzugswürdig seien.¹⁶²¹ Dies zeigt nicht nur die wissenschaftliche, sondern auch die öffentliche Auseinandersetzung. Es lässt sich infrage stellen, ob etwa die „Ge-

1618 Vgl. *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 18.

1619 Zum Ganzen *Eisenmann*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 189 (200 f.).

1620 Vgl. *Eisenmann*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 189 (201); vgl. allg. auch den Überblick zur Argumentation bei *Dworkin*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 19 (28 ff.).

1621 *Jörke*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 96 (97).

genwartspräsenz“ wirklich als irrational beschrieben werden kann, denn immerhin ist der kurzfristige Nutzengewinn oder -verlust real, der langfristige hingegen unter Umständen sehr ungewiss.¹⁶²² Eine „Zukunftsdiskontierung“ bestimmter Interessen lässt sich in verschiedenen Situationen gar gut begründen.¹⁶²³ Ähnliches gilt auch für viele andere der beschriebenen kognitiven „Defizite“ und Vereinfachungsstrategien.¹⁶²⁴ Zwar mögen die Grundannahmen über die Willensschwäche des Menschen für bestimmtes Suchtverhalten wie dem Tabakkonsum noch eingängig erscheinen. Für Ernährungs- oder Bewegungsgewohnheiten als auch für Teilnahme an Sportkursen und Vorsorgemaßnahmen ist es jedoch schon deutlich fragwürdiger, inwieweit diese Verhaltensweisen tatsächlich so stark und unkontrollierbar von kurzfristigen Präferenzen überlagert werden, dass ein Großteil der Bevölkerung auf staatliche Hilfe zur Verfolgung der vermeintlich langfristigen Interessen angewiesen sein soll.¹⁶²⁵ Das Medienecho auf die immer häufiger herausgegebenen Warnungen über die Gesundheitsrisiken von Lebensmitteln scheint vielmehr einen Hinweis darauf zu geben, dass sich viele Menschen durch die ständige Ermahnung zu „gesünderem“ Verhalten eher bevormundet als rücksichtsvoll umsorgt fühlen.¹⁶²⁶ Wer sich auf den Standpunkt stellt, dass man nicht wissen könne, wie lange oder mit welcher Qualität man noch lebe, mag es als starke

1622 Wagner, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 97 (99).

1623 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 29, mit Verweis auf Wolf, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55 (60).

1624 Ausführlich dazu Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 (922 ff.) sowie Gigerenzer, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 ff.

1625 Dies anerkennend Barton, Public Health Ethics 2013, 207 (216): „It should also be understood that the interference of health warning messages with autonomy are justified because of the specificities of tobacco products; therefore, health warning messages could not be imposed on other products without a strong, independent justification“.

1626 So etwa die vielen kritischen Artikel zur Warnung über die Kanzerogenität von Wurstwaren, vgl. SZ Online v. 28.10.2015, <http://www.sueddeutsche.de/gesundheit/krebsrisiko-durch-wurst-das-fleisch-ist-schwach-1.2710548> (Stand: 19.12.2016); ZEIT Online v. 26.10.2015, <http://www.zeit.de/wissen/gesundheit/2015-10/weltgesundheitsorganisation-krebs-wurst-schinken> (Stand: 19.12.2016); Spiegel Online v. 30.10.2015, <http://www.spiegel.de/wirtschaft/service/krebsrisiko-durch-wurst-who-reagiert-auf-kritik-a-1060283.html> (Stand: 19.12.2016).

staatliche Bevormundung empfinden, daran gehindert zu werden, etwa ein akutes Bedürfnis nach süßen Nachspeisen zu befriedigen.¹⁶²⁷ Ebenso bezeugen auch die vielen kritischen Ausführungen zum staatlichen Paternalismus, dass dem Argument, der Staat helfe dem Bürger nur seine eigenen Wünsche zu verwirklichen, wohl nur höchst begrenzte Überzeugungskraft beigemessen werden kann.¹⁶²⁸

Letztlich liegt es nahe, dass verhaltenswissenschaftlich informierte Regulierung dem klassischen Fehler unterliegt, von einem empirischen auf einen normativen Befund zu schließen (sog. *naturalistischer Fehlschluss*).¹⁶²⁹ Konzepte um das *Nudging* behaupten grundlegende regulatorische und verfassungsrechtliche Fragen und Problemstellungen allein durch die Empirie beantworten zu können.¹⁶³⁰ Während sie eine Autonomieförderung behaupten, legen sie durch ihre Annahmen jedoch externe Maßstäbe an die Rationalität und Werhaftigkeit der Entscheidungen und Handlungen eines anderen.¹⁶³¹ Dass ein autonomes Handeln vor allem eines an den *eigenen Maßstäben* ausgerichtetes ist, wird dabei missachtet. Wie bereits betont wurde, umfasst Selbstbestimmung insbesondere auch ohne manipulativen Fremdeinfluss festzulegen, mit wie viel Rationalität und Werteorientierung jemand seine Entscheidungen begründen möchte.¹⁶³² Wenn also argumentiert wird, dass das Wohl des Betroffenen und sein Recht zur Selbstbestimmung durchaus in Konflikt geraten können (Gesundheitsverhalten), so ist hier hervorzuheben, dass doch das „Wohl“ des Einzelnen durch subjektive Präferenzen und Werte geprägt wird, und

1627 Wolf, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (60).

1628 Vgl. etwa Kirste, JZ 2011, 805 ff.; Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 ff.

1629 So auch Eidenmüller, JZ 2011, 814 (819 f.); ähnlich Cserne, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 (289 ff.).

1630 Vgl. Cserne, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 (289 f.).

1631 So sehr zutreffend Kirste, JZ 2011, 805 (806).

1632 Kirste, JZ 2011, 805 (806). Der Selbstbestimmung kommen dabei ein intrinsischer als auch ein instrumenteller Wert zu: Der intrinsische Wert der Selbstbestimmung ist im Würdeanspruch des Menschen und dem damit einhergehenden Anerkenntnis und Respekts der Fähigkeit zur Verantwortung sich selbst und auch anderen gegenüber zu sehen und der instrumentelle Wert der Selbstbestimmung in der Förderung des individuellen Wohls, vgl. Koppernock, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, 1997, S. 53 sowie Mappes/Zembaty, *Biomedical Ethics*, 3. Aufl. 1991, S. 29.

daher auch der Einzelne grundsätzlich über die ihn betreffenden Angelegenheiten urteilen sollte.¹⁶³³

Die verhaltenswissenschaftlichen Annahmen über die Präferenzstrukturen des Individuums enthalten dagegen bereits Vorstellungen vom „guten Leben“, sodass deren Umsetzung mittels staatlicher Steuerung grundsätzlich überzeugender Rechtfertigungsgründe bedarf. Die rechtspolitische und verfassungsrechtliche Debatte sollte sich daher genau mit diesen normativen Fragen auseinandersetzen. Dabei ist als Ausgangslage zu beachten, dass der Mensch wohl so selten vollständig über die Folgen seines Verhaltens informiert und so selten frei von psychologischem oder sozialem Druck ist, dass seine Entscheidungen immer als defizitär wahrgenommen werden müssten.¹⁶³⁴ Wenn man die Anforderungen an eine wirklich autonome Entscheidung nur hoch genug ansetzt, wäre damit dann immer auch ein paternalistisch motivierter Grundrechtseingriff des Staates gerechtfertigt.¹⁶³⁵ Realistischerweise befinden sich die allermeisten menschlichen Entscheidungen allerdings irgendwo innerhalb des zwischen den beiden Polen der vollständigen Fremdbestimmung und der vollständigen Selbstbestimmung verlaufenden Kontinuums.¹⁶³⁶ Es ist dann aber nicht nur empirische, sondern vor allem auch eine Wertungsfrage, welche Verhaltensweisen und vermeintlichen „Irrationalitäten“ tatsächlich als Autonomie- oder Rationalitätsdefizit wahrgenommen werden sollten.¹⁶³⁷ Erst im Anschluss kann sich mit der Frage befasst werden, inwieweit als Anomalie oder Defizite identifizierte Entscheidungs- und Handlungsprozesse überhaupt staatlicher Korrektur bedürfen und ob diese gerechtfertigt erscheint.¹⁶³⁸ Allein die Fassung des Diskurses, welcher ständig von kognitiven *Defiziten* und *irrationalem* Verhalten spricht, impliziert dabei, dass ein allgemeingültiger Bewertungsmaßstab dafür bereits existieren wür-

1633 Der Staat hat damit nicht die Kompetenz das Wohl oder Glück der Bürger inhaltlich zu bestimmen, so *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 38.

1634 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 22.

1635 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 22.

1636 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 22.

1637 Zurückhaltender *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 22.

1638 *Cserne*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (290).

de.¹⁶³⁹ Dieser Bewertungsmaßstab ist jedoch dem Prozess demokratischer Willensbildung und nicht allein der empirischen Forschung vorbehalten. Besagte Verhaltensweisen und Denkprozesse können gleichermaßen auch als Ausdruck individueller Wertentscheidung und damit als Teil der autonomen Selbstbestimmung wahrgenommen und respektiert werden.¹⁶⁴⁰ Der Bedarf staatlicher Korrektur erscheint damit zwar plausibel und vertretbar, ist aber keineswegs aufgrund zwingender empirischer Erkenntnisse als gesetzt anzusehen.¹⁶⁴¹ Vielmehr könnten die Vorstellungen über Anforderungen an Rationalität, Vernunft und Freiwilligkeit von individuellen Entscheidungen unterschiedlicher nicht sein.¹⁶⁴²

Doch auch die im Rahmen demokratischer Willensbildung festgelegte staatliche Sorge um das Wohl des Einzelnen findet ihre Grenzen in der individuellen Selbstbestimmung. Ein menschenwürdiges Dasein bedeutet immer auch ein Leben gemäß den eigenen Vorstellungen und Bedürfnissen zu führen. Das Selbstverständnis des Individuums ist deshalb konstitutiv für die Achtung der Menschenwürde.¹⁶⁴³ Die Zwecke, die sich jeder Einzelne selbstbestimmt setzt, besitzen nach Klement unter der grundrechtlichen Konzeption gar einen *absoluten* Wert.¹⁶⁴⁴ Sie seien Kern der Selbstbestimmung als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes. Die individuelle Zwecksetzung bedürfe danach weder der Rechtfertigung der Verfolgung eines höheren Zwecks, noch sei sie durch andere Zwecke ersetzbar oder höher- oder geringwertiger einzuschätzen als Zwecke, die andere Menschen im Rahmen ihrer Persönlichkeitsentfaltung verfolgen. Der Staat dürfe demnach den eigenständigen Wert einer individuellen Zweckverfolgung nicht durch andere Zwecke relativieren. Er habe zwar grundsätzlich das friedvolle Zusammenleben der Menschen sicherzustellen und dürfe damit dem einen Freiheitsträger grundsätzlich zugunsten eines anderen Freiheitsträgers einschränken. Dies umfasse jedoch nicht, dass ein für defizitär gehaltener Lebensentwurf durch einen anderen er-

1639 Ähnlich Eidenmüller, JZ 2011, 814 (819), nach dem der „liberale“ Paternalismus kein begründetes normatives Konzept ist und schon deshalb nicht als Leitlinie für ethisches oder rechtspolitisches Handeln taugt.

1640 Cserne, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (290 f.).

1641 In diese Richtung wohl auch Cserne, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (289 ff.).

1642 Dies aufzeigend Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 158 ff.

1643 Morlok, Selbstverständnis als Rechtskriterium, 1993, S. 72.

1644 Klement, in: Specker genannt Döhmann/Wallrabenstein (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (122).

setzt oder sanktioniert werden dürfe.¹⁶⁴⁵ Ein staatliches Handeln, das die individuelle Zweckverfolgung „selbstzweckhaft“ beschränkt, diene damit keinem verfassungslegitimen Zweck. Das die individuelle Selbstbestimmung negierende staatliche Handeln sieht *Klement* in Folge dessen absolut und nicht nur relativ nach einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unzulässig.¹⁶⁴⁶ Auf die Gesundheitsförderung gewendet, dürfe der Staat daher ohne einen außerhalb der Selbstbestimmung liegenden Zweck niemanden dazu zwingen, „Sport zu treiben, auf Tabak zu verzichten, sich selbst keinen Schaden zuzufügen oder sich vor Gefahren zu schützen“, denn „die Defizite der menschlichen Erkenntnis nehmen dem Handeln nicht die Selbstbestimmtheit und geben dem Staat mithin kein Recht zur Intervention.“¹⁶⁴⁷

Auch wenn Argumentationen mit absolut geschützten Verfassungswerten mit Zurückhaltung zu betrachten sind, ist dieser Ansicht insoweit zuzustimmen, als dass sie im Sinne eines Begründungsverbots staatlicher Zweckverfolgung¹⁶⁴⁸ zu verstehen ist. Danach ist es dem Staat verwehrt, bestimmte gesundheitsrelevante Verhaltensweisen mit dem Argument zu beschränken, dass diese nicht mit der staatlichen Vorstellung vom gesunden und damit guten Leben im Einklang wären, es sich mithin beim abweichenden Lebensentwurf des Individuums um einen nicht schützenswerten, minderwertigen Lebensentwurf handeln würde. Aus dem Gebot neutraler Begründung folgt jedoch nicht, dass die staatliche Einflussnahme auf unterschiedliche Überzeugungen und Lebensformen generell verboten ist.¹⁶⁴⁹ Solange staatliche Maßnahmen auf politisch-funktionale und nicht religiös-weltanschauliche und ethische Erwägungen zurückgehen, steht das Gebot der Begründungsneutralität einer Politik, welche bestimmte Überzeugungen, Haltungen und Lebensformen aufgrund ihrer gemeinwohlförderlichen Auswirkungen unterstützt und ermutigt, daher nicht im Wege.¹⁶⁵⁰

1645 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (122 f.).

1646 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (124).

1647 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (124 u. 126).

1648 Zum Gebot der Begründungsneutralität *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 635 f.

1649 *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 635.

1650 Vgl. *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 635 f.

(2) Mangelndes Wissen über individuelle Präferenzen

Ein weiterer entscheidender Bewertungsaspekt ist, dass es dem Staat grundsätzlich schwer möglich sein wird, die genauen Präferenzen des Individuums zu ermitteln.¹⁶⁵¹ Der Staat ist mit den höchst individuellen persönlichen Wertvorstellungen, Bedürfnissen und Präferenzen des Einzelnen nicht vertraut und es wird ihm wohl, wenn überhaupt, nur mit sehr hohem Ressourcen- und Kosteneinsatz möglich sein, an diese notwendigen Informationen zu gelangen.¹⁶⁵² Die fehlende Zugriffsmöglichkeit auf die inneren Zustände des Grundrechtsträgers stellt damit eine in ihrer Bedeutung nicht zu unterschätzende Fehlerquelle des paternalistisch handelnden Staates dar.¹⁶⁵³ Nicht nur ist grundsätzlich anerkannt, dass das Individuum häufig keine wohl ausgearbeiteten Präferenzen besitzt, sondern diese vielmehr erst im Entscheidungsprozess herausgearbeitet werden. Auch sind die individuellen Präferenzen entgegen der Annahmen des *homo oeconomicus* oft nicht über die Zeit stabil.¹⁶⁵⁴ Um staatliche Maßnahmen mit dem Verweis auf die Förderung „eigener Ziele“ des Individuums überhaupt legitimieren zu können, darf die Auflösung eines Konflikts von kurzfristigen und langfristigen Präferenzen nicht einfach durch einen Vorzug der letzteren geschehen, sondern muss sich – wenn überhaupt – vielmehr an den für solche Konfliktlagen bestehender Präferenzen der betroffenen Person unter Einschluss möglicher Defizite bei der Präferenzformung und -gewichtung orientieren.¹⁶⁵⁵ Die Heranziehung solcher Metapräferenzen des Individuums erfordert allerdings eine „hohe Plausibilität“, welche wohl zumindest dann gegeben ist, wenn der Staat seine Annahmen aufgrund wohl begründeter und möglichst empirisch untermauerter Wahr-

1651 Zu den verschiedenen Aspekten dieses „Wissensproblems“ vgl. *Rizzo/Whitman*, Brigham Young University Law Review 2009, 905 ff.

1652 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 165 f.

1653 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 165; vgl. auch *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (37 ff.).

1654 Vgl. *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (362 ff.).

1655 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 23 f.; *Pförtner*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 93 (101).

scheinlichkeitsschätzungen bildet.¹⁶⁵⁶ Ob dies gelingen kann, ist allerdings eine vom Einzelfall abhängige faktische Frage.

Auf den ersten Blick scheint es zumindest höchst zweifelhaft, ob unter labormäßigen Bedingungen festgestellte Verhaltensanomalien mit hinreichender Wahrscheinlichkeit belegen können, dass ein Entscheider in einer konkreten Situation eben solchen Anomalien unterliegt.¹⁶⁵⁷ Nicht nur wird oftmals eine bestimmte, singuläre Entscheidungssituation unabhängig vom Gesamtkontext im „Lebenskonzept“ des Entscheiders betrachtet.¹⁶⁵⁸ Auch ist die Beeinflussung des Entscheiders generell und in der konkreten Entscheidungssituation sehr viel komplexer als es die Ausführungen zum *Nudging* mit ihrem Fokus auf „bloße“ kognitive Beschränkungen und *Bias*-ses erscheinen lassen.¹⁶⁵⁹ Vielmehr erweist sich die Annahme, dass der externe Entscheider das Wohlergehen des Individuums besser beurteilen könne als das Individuum selbst bereits im Grundsatz als äußerst fragwürdig.¹⁶⁶⁰ Eine heteronome Entscheidung verwandelt sich schließlich nicht bereits dadurch in eine autonome, dass sie nach dem Urteil Dritter dem Betroffenen dienen und dessen wirkliche langfristige Freiheit maximieren soll.¹⁶⁶¹ Hier kann gleichermaßen hinterfragt werden, ob nicht der Gesetzgeber oder die Bevölkerungsmehrheit selbst kognitiven Defiziten unterliegen.¹⁶⁶² Denn wer in Unkenntnis des Einzelfalls beurteilen muss, was anderen guttut, wird sich nicht nur häufiger irren, sondern wird auch leichter

1656 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 245, der zugleich betont, dass hundertprozentige Sicherheit weder erwartet werden könne noch erforderlich sei.

1657 Solche Erkenntnisse der Verhaltensökonomik als ausreichend erachtend allerdings Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 248.

1658 Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 (919).

1659 So kritisiert etwa Eidenmüller, JZ 2011, 814 (820 f.), dass die Konzentration auf die Mikroebene der Präferenzbeeinflussung wichtige Einflussfaktoren auf der Makroebene (soziales, politisches und rechtliches Umfeld) außer Acht lasse; vgl. auch Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 (910 ff.), welche auf sechs wissensbasierte Hindernisse hinweisen, die der Gesetzgeber überkommen müsste.

1660 Vgl. Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 ff.; zumindest die Plausibilität dieses Einwands anerkennend van Aaken, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 (134 f.).

1661 Heinig, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157 (170); Gutwald, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (85 ff.).

1662 So auch Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 (908).

der Neigung verfallen, die Wünsche und Freuden anderer zu missbilligen und ihnen gegenüber „moralische Polizei“ zu spielen.¹⁶⁶³ „Gemeinwohl“ kann dann schnell mit dem Aufzwingen der Moralauffassungen der Mehrheit auf die Minderheit verwechselt werden.¹⁶⁶⁴

Insgesamt stellt es sich vielmehr so dar, dass sich der Staat mit einer solchen Argumentation grundsätzlich ein Wissen anmaßen würde, über das er schlichtweg nicht verfügt.¹⁶⁶⁵ Wie das Bundesverfassungsgericht etwa im Falle der Lebendorganspende von einem derart weiten Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers hinsichtlich der (fehlenden) Freiwilligkeit eines bestimmten Verhaltens auszugehen, kann daher nicht überzeugen.¹⁶⁶⁶ Der grundrechtsverpflichtete Staat, der die Freiwilligkeit eines Handelns infrage stellt, muss überzeugende Gründe anführen, um die Annahme der Unfreiwilligkeit plausibel darzulegen. Wenn die Freiwilligkeit oder Unfreiwilligkeit einer Entscheidung nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, sollte dies konsequenterweise zu Lasten des Interventen und nicht zu Lasten des Grundrechtsträgers gehen. Rechtfertigungsbedürftig ist dementsprechend der gesetzgeberische Eingriff. Er muss zur Zweckerreichung unerlässlich sein. Dem Betroffenen dann die Darlegungslast für die Freiwilligkeit und Unbedingtheit seines Willens und damit die Unzumutbarkeit des Eingriffs aufzubürden, stellt damit eine unzulässige „Beweislastumkehr“ dar.¹⁶⁶⁷ Die bloße Behauptung des Bestehens einer „Willensschwäche“ in der konkreten Entscheidungssituation vermag paternalistisch motivierte Grundrechtseingriffe damit nicht zu rechtfertigen.¹⁶⁶⁸

In diesem Zusammenhang ist allerdings nochmals auf die grundsätzliche Befugnis des Gesetzgebers zur Typisierung hinzuweisen. Wie bereits

1663 So *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (65).

1664 Vgl. *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkühl* (Hrsg.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 73 (85 ff.); *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109 (134 f. Fn. 85).

1665 *Mathis*, in: *Specker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz*, 2016, S. 79 (95); *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (815).

1666 Vgl. Zur Kritik an der Entscheidung auch *Gutmann*, NJW 1999, 3387 ff.

1667 In diesem Sinne auch *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992, S. 78.

1668 Ähnlich *Pfordten*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 93 (101).

erwähnt, sind zur Ordnung von Massenerscheinungen wie im Sozial- oder Steuerrecht Generalisierungen, Typisierungen und Pauschalierungen erlaubt.¹⁶⁶⁹ Der Gesetzgeber darf hier im Wesentlichen gleich gelagerte Lebenssachverhalte normativ gleich behandeln und individuelle Besonderheiten des Einzelfalls vernachlässigen.¹⁶⁷⁰ So könnte er bestimmte gesundheitsrelevante Verhaltensweisen typisieren, in denen mit hoher Wahrscheinlichkeit die Freiwilligkeit der Handlung fraglich und damit eine unfreiwillige Selbstgefährdung der Betroffenen zu befürchten ist.¹⁶⁷¹ Hierbei müsste allerdings nicht nur angeführt werden, dass Menschen in bestimmten gesundheitsrelevanten Entscheidungssituationen (Gurtanlegen, Essensauswahl, Wahl der Fortbewegungsmethode) mit hoher Wahrscheinlichkeit in einen Interessen- bzw. Präferenzkonflikt zwischen kurzfristiger Bedürfnisbefriedigung und der Verfolgung langfristiger Gesunderhaltung geraten, sondern auch Metapräferenzen dahingehend besitzen, dass sie im Konfliktfall grundsätzlich den langfristigen Interessen den Vorzug geben würden. Würden etwa in Umfragen 90 Prozent der Befragten angeben, von der Notwendigkeit der Gurtpflicht auch für sich selbst überzeugt zu sein und gleichsam zu bemängeln aufgrund von Willensschwächen zum Selbstschutz nicht hinreichend in der Lage zu sein, so könnte ausnahmsweise doch mit der Zulässigkeit solchen Schutzes aus der Schutzbedürftigkeit des Grundrechtsträgers selbst argumentiert werden.¹⁶⁷² Ähnliches könnte etwa für Ernährungsgewohnheiten und die Frage der Anordnung von Nahrungsmitteln in der Cafeteria gelten. Auch hier könnte man fragen, inwieweit Menschen ihre Ernährungsgewohnheiten wirklich bereuen und sich nachträglich wünschen, sie wären durch einen *Nudge* zu einer gesünderen Ernährung veranlasst worden.¹⁶⁷³ Insgesamt ist eine plausible Darlegung solcher allgemein in der Bevölkerung bestehender einheitlicher Überzeugungen und Präferenzen jedoch wohl nur in Einzelfällen möglich.¹⁶⁷⁴ Will der Gesetzgeber hier typisierend vorgehen, dann muss er sich noch dem

1669 S. oben Kap. 2 B II.

1670 Wernsmann, DStR-Beiheft 2011, 72.

1671 In eine ähnliche Richtung geht Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 192 ff.

1672 In Anlehnung an die Ausführungen bei Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 197 f.

1673 In Anlehnung an Huster, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 41.

1674 Vgl. dazu auch die i. E. ähnliche Argumentation bei Möller, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 179 ff., der die Gurt- und Helmpflicht so gerecht-

Argument der grundsätzlichen Möglichkeit zielgruppenspezifischer Regulierung stellen. Die Beeinträchtigung auch solcher Personen, welche dieses Schutzes nicht bedürfen, kann dann grundsätzlich durch die Notwendigkeit der bevölkerungsweiten Intervention gerechtfertigt werden, solange diese Notwendigkeit plausibel begründet werden kann.¹⁶⁷⁵ Grundsätzlich wäre eine (unter Umständen manipulativ wirkende) verhaltenslenkende Intervention mit Blick auf die Erforderlichkeitsprüfung darüber hinaus nur in solchen Fällen zulässig, in denen sich Maßnahmen zur Information, Aufklärung und Befähigung des Einzelnen als ungeeignet und nur wenig wirkungsvoll erwiesen haben.

(3) Das Menschenbild des Grundgesetzes als überschießendes Rationalitätsfundament staatlicher Regulierung

Die Frage, die sich in diesem Rahmen stellt, ist sodann auch eine grundsätzliche. Es geht darum, ob und wieweit sich die Gesetzgebung und die Verhaltenssteuerung des Bürgers an dem normativen Menschenbild des zur Selbstbestimmung fähigen Menschen oder am real existierenden Individuum mit allen seinen Rationalitätsdefiziten ausrichten sollte. Ein entsprechender Fokus auf die beschränkte Rationalität menschlichen Entscheidens und Handelns könnte zwar zu einer effektiveren Verhaltenssteuerung der Bürger in die staatlich gewünschte Richtung führen und auch gesetzgeberische Fehlschläge in Bezug auf fehlerhafte Verhaltenserwartungen insgesamt vermeiden. Hierin besteht jedoch auch die Gefahr, dass entsprechende Rationalitätsdefizite verstärkt, reflektiert und damit langfristig auch stabilisiert werden.¹⁶⁷⁶ So offenbart sich doch ein recht statisches Verständnis über das Wohlergehen der Bürger, welche aufgrund ihrer „Irrationalitäten“ behütet und beschützt werden müssen.¹⁶⁷⁷ Hier gerät schnell aus dem Blick, dass vielmehr der Abbau von Rationalitätsdefiziten Ziel staatlichen Tätigwerdens sein sollte und nicht deren Ausnut-

fertigt sieht, die Grenzen der Argumentation jedoch bereits für Rauch- und Alkoholverbote aufgrund der komplexeren und diverseren Interessenlagen verortet.

1675 So etwa im Rahmen der Impfpflicht, wenn zur Herstellung der sog. Herdenimmunität eine Durchimpfung der Gesamtbevölkerung erforderlich ist.

1676 Eidenmüller, JZ 2005, 216 (223).

1677 Cserne, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (292).

zung. Letztlich gebieten das Menschenbild und die Würdekonzeption des Grundgesetzes, den Menschen als autonomes Wesen zu respektieren. Auch lebt die gesamte Idee einer freiheitlichen Staats- und Gesellschaftsordnung von der Annahme der Selbstbefähigung des Einzelnen zur Selbstsorge.¹⁶⁷⁸ Wenn nun aber die Verfassung ein selbstbestimmtes, rationales Verhalten normativ für ein erstrebenswertes Ziel erachtet, so tut auch der Gesetzgeber gut daran, die Rechtsordnung grundsätzlich auf einem „überschießenden Rationalitätsfundament“ zu errichten.¹⁶⁷⁹ Ein solcher, vielleicht kontrafaktischer Ansatz erkennt und verinnerlicht dabei den besonderen Wert dynamischer Lernprozesse für die Ausbildung und Entwicklung größerer geistiger Fähigkeiten und damit autonomerer Entscheidungen.¹⁶⁸⁰ Je größer die externe Kontrolle und Beeinflussung ist, desto seltener wird der Mensch vom (Entwicklungs-)Potenzial seiner Selbstregulierungsfähigkeiten Gebrauch machen.¹⁶⁸¹ Dies erkennen insbesondere solche Ansätze, welche den Grund für die mangelnde Effektivität von herkömmlichen Steuerungsmaßnahmen gerade darin erkennen wollen, dass sie den Menschen als rationales Wesen wahrnehmen und entsprechend adressieren.¹⁶⁸²

II. Förderung gesundheitlicher Selbstbestimmung

An diese Idee der Her- und Sicherstellung von individueller Selbstbestimmung anknüpfend, könnten vor allem die kommunikativen Maßnahmen (aber auch solche des *Nudging*) durch die Wahrnehmung eines staatlichen Erziehungs- und Bildungsauftrages gerechtfertigt werden. Auch hier ist jedoch zunächst genauer danach zu differenzieren, ob der Staat letztlich eine moralische Erziehung (Einfluss auf die Präferenzbildung) verfolgt oder „nur“ versucht, den Einzelnen zu mehr Eigenverantwortung zu befähigen,

1678 Heinig, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157 (169).

1679 Eidenmüller, JZ 2005, 216 (223); in diese Richtung auch Cserne, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 (292 f.).

1680 Cserne, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 (292); skeptisch gegenüber der „Prämissse der ‘Entwicklungsähigkeit’ des Menschen“ Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 24 f.

1681 Rizzo/Whitman, Brigham Young University Law Review 2009, 905 (955 ff.).

1682 Allen voran Thaler/Sunstein, *Nudge*, 2009 sowie etwa Hansen/Jespersen, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (6) u. Eidenmüller, JZ 2011, 814 (815).

in dem Selbstbestimmungsdefizite wie etwa die kognitiven Defizite ausgeglichen oder neutralisiert werden.¹⁶⁸³ Erziehung und Befähigung sind freilich eng beieinander liegende Begriffe, dennoch gibt es einen bedeutsamen Unterschied. Der Kern von Erziehung liegt in der moralischen Einflussnahme. Der Einzelne und die Gesellschaft sollen nicht nur über die möglichen Facetten eines „gesunden“ Lebens informiert und aufgeklärt, sondern sie sollen davon überzeugt werden, dass ein „gesundes“ Leben, so wie es von staatlicher Seite definiert wird (langes, körperlich-fittes Leben), untrennbar mit dem „guten“ Leben verbunden und daher besonders erstrebenswert ist. Moralische Erziehung versucht damit Einfluss auf die individuelle Präferenzbildung zu nehmen. Befähigung und die damit vor allem verbundene Aufklärung und Bildung wird im Gegensatz dazu möglichst neutral und frei von moralischen Implikationen verstanden, da durch sie primär die individuellen Handlungschancen in gesundheitlichen Belangen erweitert werden sollen.¹⁶⁸⁴

Während der staatlichen Moralerziehung hin zu einem „besseren“ Bürger im grundsätzlich zur Neutralität verpflichteten Verfassungsstaat deutliche Grenzen gesetzt sind¹⁶⁸⁵, ist dem Argument des Ausgleichs von individuellen Handlungsdefiziten und Irrationalitäten, wie schon beim „Schutz vor sich selbst“ aufgezeigt, schwerer zu begegnen. Allerdings setzt auch die „bloße“ Beseitigung von Irrationalitäten voraus, dass diese Verhaltensmuster überhaupt als irrational und damit als defizitär und unerwünscht für jeden Einzelnen verstanden werden können. Damit kann man auch der irrationalitätsbeseitigenden Befähigung einen im Kern paternalistisch motivierten Steuerungsansatz vorwerfen, da dem Einzelnen letztlich zu einer für ihn (vermeintlich) „besseren“ Entscheidung verholfen werden soll.¹⁶⁸⁶ Beide Formen oder Ziele des staatlichen Handelns bedürfen daher grundsätzlich der Rechtfertigung, wobei an erzieherische Grundrechtseingriffe grundsätzlich strengere Anforderungen zu stellen sind als an solche Maß-

1683 In Anlehnung an van Aaken, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 83 (92).

1684 Vgl. Blättner, Gesundheitsbildung, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), *Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention*, 2011, S. 129.

1685 Gramm, NJW 1989, 2917 (2924).

1686 Dies als „cognitive paternalism“ bezeichnend van Aaken, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 83 (92).

nahmen, die das Individuum zur Ausübung der Selbstbestimmung befähigen sollen.¹⁶⁸⁷

1. Gesundheitserziehung und Leitbilderzeugung

Die Frage nach der Legitimität staatlicher Gesundheitserziehung führt einem abermals das Spannungsverhältnis von Moral und Recht vor Augen. Während Recht überwiegend das äußere Verhalten reguliert, versucht Moral auf die persönliche Einstellung, auf das Innere Einfluss zu nehmen.¹⁶⁸⁸ Wie bereits erörtert, ist es für den *Rechtsstaat* zunächst nicht von Belang, mit welcher inneren Gesinnung sich die Bürger an das Recht halten und Verhaltensbefehle befolgen.¹⁶⁸⁹ Die individuelle Gesinnung erlangt jedoch für den *verhaltenssteuernden* Staat Bedeutung. Die Erreichung eines Steuerungsziels wird nämlich effektiver, wenn durch die Erzeugung einer bestimmten Sozialmoral die Bürger dazu bewegt werden, ein bestimmtes Verhalten mit innerer Billigung oder gar aus (vermeintlicher) Selbstüberzeugung an den Tag zu legen. Das Interesse des Staats an erzieherischer Gesinnungssteuerung ist damit nachvollziehbar, doch dies allein begründet noch nicht ihre Legitimität.

Deutlich wird die grundsätzliche Legitimität erzieherischer Staatstätigkeit im Bereich der Schule. Art. 7 Abs. 1 GG stellt das gesamte Schulwesen unter die Aufsicht des Staates und teilt ihm damit einen eigenständigen Erziehungs- und Bildungsauftrag zu.¹⁶⁹⁰ In der Schulpflicht wird ein legitimes Interesse des Staates gesehen, junge Staatsbürger zu politisch mündigen Bürgern zu bilden und damit in die Gesellschaft und Rechtsordnung Deutschlands zu integrieren.¹⁶⁹¹ Eine solche Persönlichkeitsbildung erfordere gerade auch Identifikationsmuster, welche deshalb nicht a priori vorenthalten oder nur auf ein Minimum der Informationsvermittlung beschränkt werden sollten.¹⁶⁹² Doch inwieweit es dem Staat zusteht, „eigene

1687 Ähnlich van Aaken, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 83 (92).

1688 Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 15 f.

1689 S. oben Kap. 2 B II; vgl. auch Middel, in: *Weilert* (Hrsg.), *Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat*, 2015, S. 145 (151 f.).

1690 Thiel, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 22.

1691 Thiel, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 14 m. w. N.; Robbers, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 38.

1692 Robbers, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 41.

Werte“ zu vermitteln, ist höchst fraglich. So gibt es bereits in der Schule Grenzen für den staatlichen Erziehungsauftrag. Während die reine Vermittlung von Werten und Fertigkeiten (letztlich die Befähigung durch Wissensvermittlung) als unbedenklich gilt, ist die Befugnis zur Vermittlung weltanschaulich sensibler Unterrichtsinhalte sehr umstritten.¹⁶⁹³ Der staatliche Erziehungsauftrag gerät hier nämlich in einen Konflikt mit dem Gebot staatlicher Neutralität.¹⁶⁹⁴ Auch findet der staatliche Erziehungsauftrag seine Grenze in den Rechten der Eltern und vor allem auch in den Grundrechten der Schüler.¹⁶⁹⁵ Nach *Wozniak* vermag das staatliche Erziehungsmandat angesichts dieser grundrechtlichen Spannungslage pädagogisch motivierte Maßnahmen im Bereich der Gesundheitsförderung nur zu rechtfertigen, wenn es eine am Kindeswohl orientierte Zwecksetzung der „Ermöglichung von Autonomie“ verfolgt.¹⁶⁹⁶

Außerhalb des schulischen Bereichs lässt sich in der Verfassung weder ein ausdrücklicher allgemeiner Erziehungsauftrag des Staates noch ein explizites Verbot etwa in Form eines allgemeinen Abwehrrechts des Bürgers gegen staatliche Willensbeeinflussung schlechthin finden.¹⁶⁹⁷ Es ist mithin kein a priori bestehendes Verbot für den Staat zu erblicken, welches ihn daran hindern würde, den Menschen bei seinem Prozess des lebenslangen Lernens unterstützend zur Seite zu stehen.¹⁶⁹⁸ Doch wenn bereits im Rahmen der Schule, also dort wo dem Staat ein ausdrückliches und sehr umfassendes Erziehungsrecht zugeschrieben wird, eine grundsätzliche Grenze bei der moralisch-weltanschaulichen Erziehung gesehen wird, so muss es diese erst recht bei der Erziehung erwachsener Staatsbürger geben. Es lohnt sich also zunächst einen Blick auf solche Bereiche zu werfen, die nach allgemeiner Auffassung einem staatlichen Neutralitätsgebot unterliegen.

1693 Vgl. zum Ganzen *Thiel*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 23 ff. m. w. N.

1694 Das Neutralitätsgebot wird hier allein auf die Frage des „guten Lebens“ bezogen. Dass sich das Postulat staatlicher Neutralität im Detail viel komplexer erweist, zeigt *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002.

1695 *Wozniak*, Gesundheitsförderung im öffentlichen Schulsystem, 2009, S. 149 ff.

1696 *Wozniak*, Gesundheitsförderung im öffentlichen Schulsystem, 2009, S. 182 ff. u. 189; krit. bzgl. des Ansatzes, den schulischen Erziehungsauftrag auf die autonome Persönlichkeitsentfaltung oder die Vermittlung der Verfassungssubstanz zu reduzieren *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 272 ff.

1697 Vgl. *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 17 ff.

1698 In diesem Sinne auch *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 37 ff.

Wie bereits angedeutet, bezieht sich das Postulat staatlicher Neutralität in erster Linie auf religiös-weltanschauliche und ethische Fragen. Dem Staat stehe es hier weder zu, sich mit eigenen Werten zu identifizieren noch sich werbend für bestimmte Werte einzusetzen, diese also als besonders erstrebenswert darzustellen oder mit einem bestimmten Wahrheitsanspruch zu vermitteln.¹⁶⁹⁹ Wenn auch im Detail umstritten, bezieht sich eine solche religiös-weltanschauliche Neutralität vorrangig auf Themenbereiche, die in den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG fallen, also vor allem auf Fragen der Glaubens- und Gewissensfreiheit.¹⁷⁰⁰

Auf der anderen Seite stehen diesen grundsätzlich unantastbaren Bereichen gewichtige Ausnahmen gegenüber. So unterliegt der Staat keinem Neutralitätsgebot, wenn es um die Schaffung und Wahrung der Voraussetzungen eines demokratischen Zusammenlebens geht.¹⁷⁰¹ Es ist nicht nur zulässig, sondern auch notwendig, mittels staatlicher Öffentlichkeitsarbeit den Grundkonsens der Bürger mit der vom Grundgesetz geschaffenen staatlichen Ordnung lebendig zu erhalten.¹⁷⁰² Dem Staat ist es damit unbekommen, sich für die essentiellen Grundwerte der Verfassung werbend einzusetzen und auch Rechtstreue und Friedlichkeit von allen Bürgern einzufordern. Solche die „Verfassungssessenz“ betreffenden Werte finden ihren Niederschlag insbesondere in Art. 79 Abs. 3 GG.¹⁷⁰³ Ganz allgemein kann man hier von einem Ensemble von Einstellungen und Verhaltensweisen sprechen, welche als moralische Grundbedingungen einer freiheitlich demokratisch organisierten Gesellschaft angesehen werden müssen. Diese für den Staat und das Zusammenleben *existenziellen* Pflichten können dann als Teil einer jeden Staatsbürger verpflichtenden Moral, einer „Pflichtmoral“ verstanden werden.¹⁷⁰⁴ Umfasst sind etwa eine allgemeine Orientierung auf die menschliche Würde als konstituierendes Element des gemeinschaftlichen Zusammenlebens, damit verbunden eine Art und Weise des Umgangs mit dem Anderen, welcher dessen Autonomie und prinzipielle Gleichheit respektiert, ein Grundverständnis für die Notwendigkeit

1699 Thiel, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 26 f.; im Sinne einer Begründungsneutralität konkretisierend Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 635 f.

1700 Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 129 ff.

1701 Vgl. Robbers, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 38.

1702 BVerfGE 44, 125 (147); Müller-Franken, AfP 2016, 301 (302).

1703 Thiel, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 28.

1704 Volkmann, Solidarität, 1998, S. 59.

und die Bedingungen demokratischer Meinungs- und Willensbildung sowie die Forderung nach Gleichheit der Lebens- und Entwicklungschancen aller Bürger.¹⁷⁰⁵ Im weitesten Sinne erscheint es mithin als legitimes Ziel staatlichen Handelns, eine „Werteloyalität“ zu den Grund- und Spielregeln eines demokratischen Zusammenlebens zu fördern und zu pflegen.¹⁷⁰⁶

Ein solches Verständnis eingeschränkter Zulässigkeit staatlicher Gesinnungssteuerung lässt sich auch mit dem Menschenbild des Grundgesetzes in Einklang bringen. Für die freiheitlich demokratischen Grundbedingungen zu werben und zu überzeugen, betont letztlich die Gemeinschaftsgebundenheit eines jeden Einzelnen und trägt dafür Sorge, die Voraussetzungen für die individuelle Selbstbestimmung und -entfaltung zu gewährleisten. Im Rahmen staatlicher Moralerziehung geht es also um mehr als um die bloße Abgrenzung zwischen der öffentlichen und der Privatsphäre im Allgemeinen. Es zeigt sich nämlich, dass auch zunächst sehr persönliche Moralvorstellungen Einfluss auf das Zusammenleben in der Gemeinschaft haben können und die Gemeinschaft sehr wohl ein Interesse daran hat, auf solche Vorstellungen einzuwirken, soweit sie die Grundfeste dieser Gemeinschaft in Frage stellen.

Darüber hinaus nimmt der grundgesetzliche Verfassungsstaat den Menschen jedoch als freies und selbstbestimmtes und damit als ebenso komplexes wie widersprüchliches Wesen wahr. Es liegt ihm daher fern, den Menschen „umzumodeln“ oder „besser zu machen“, da es nicht Sache des Staates ist, den Menschen zu verändern – sei es zu Erziehungs- oder sonstigen Staatszwecken.¹⁷⁰⁷ Auch staatliche Erziehung- und Bildungsmaßnahmen erscheinen dann umso rechtfertigungsbedürftiger, je mehr sie nicht nur auf eine für die freiheitlich demokratische Grundordnung erforderliche Pflichtmoral einzuwirken versuchen, sondern auch weitergehende, lediglich wünschenswerte Tugenden betreffende Vorstellungen über ein „gutes“ Leben moralisch einfordern.¹⁷⁰⁸ Da der moderne freiheitlich-liberale, demokratische und soziale Rechtsstaat keine über die essentiellen

1705 Vgl. die Aufzählung bei *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 38 f.

1706 *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 40.

1707 *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, S. 37; vgl. auch *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 25, nach dem der Staat nur Zwecke des Gemeinwesens und nicht des individuellen Lebens zu verfolgen hat.

1708 Vgl. *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 40 ff.

Verfassungsgrundwerte hinausgehende weltanschauliche Werte- und Lebensdeutungsgemeinschaft bildet¹⁷⁰⁹, ist es angesichts des Grundsatzes staatlicher Neutralität sehr kritisch zu betrachten, wenn Maßnahmen mit der Vorzugswürdigkeit einer bestimmten Konzeption des „guten Lebens“ begründet werden.¹⁷¹⁰ Moralisch-perfektionistische oder umfassende Programme etwa zur Förderung einer gesunden Lebensweise können daher von vornherein nur begrenzt gefordert werden.¹⁷¹¹ Die Erziehung der Bürger hin zu einer bloßen Tugendmoral trägt nämlich die Rechtfertigung hier nicht mehr in sich selbst, sondern bedarf vielmehr noch einer außerhalb dieser postulierten Tugendmoral liegenden Begründung.¹⁷¹² Es kommt also darauf an, ob der Staat andere Erwägungen, die vor allem die Gemeinschaft betreffen, in den Mittelpunkt seines Regelungsziels stellt.¹⁷¹³ Letztlich läuft es auch hier wohl auf eine der Verhältnismäßigkeitsprüfung sehr nahe Gesamtschau hinaus, um festlegen zu können, wann der Staat die Grenze moralischer Erziehung überschreitet und gegen das Neutralitätsgebot verstößt.¹⁷¹⁴

Doch nicht nur im Abstrakten, sondern auch im Konkreten erscheint eine staatliche Gesundheitserziehung zu einem „gesünderen“ und damit „besseren“ Leben aus verfassungsrechtlicher Sicht kritikwürdig. Nicht nur verschwimmen die Grenzen zwischen Autonomiestärkung und Autonomiebeschränkung sowie zwischen Freiwilligkeit und Zwang, auch betreffen die Grundannahmen höchst sensible Bereiche individueller Selbstbestimmung. Eine staatliche Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention bedient sich tendenziell stark durch die Medizin beeinflusster gesundheitlicher und körperlicher Leitbilder. Die zentrale Rolle der Medizin im Gesundheitswesen und das Selbstverständnis, als Naturwissenschaft ausschließliche Ergebnisse propagieren zu können, führen zu einer Definiti-

1709 Dabrock, in: Brand/v. Engelhardt/Simon u. a. (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 79 (89).

1710 Von einem Gebot der Begründungsneutralität ausgehend Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 633 ff.; ein striktes (undifferenziertes) Neutralitätsgebot ablehnend Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 20; ähnlich auch Hassemer, Sondervotum, BVerfGE 120, 224 (264).

1711 Dabrock, in: Brand/v. Engelhardt/Simon u. a. (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 79 (89).

1712 Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 41.

1713 Volkmann, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 40 ff.

1714 Ähnlich Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 657 ff.

onsmacht, die kritisch aufzunehmen ist.¹⁷¹⁵ So kann, wie aufgezeigt wurde, weder ein wirklich rein objektiver Normal- bzw. Idealzustand des menschlichen Körpers und Geistes bestimmt werden, noch ergibt sich aus einer vermeintlichen Normalität zwingend oder logischerweise, dass diese auch schlechthin erstrebenswert ist. Wenn sich die Theorie und Praxis der Gesundheitsversorgung und -förderung jedoch an einem „medizinisch gedachten Einheitskörper“ orientieren, so bedingt dies die Gefahr, dass die Interessen und Ansprüche der Menschen, die diesem Ideal nicht entsprechen können oder wollen, außer Acht gelassen werden.¹⁷¹⁶ Dabei sollte es dem modernen und vor allem den Menschen und seine Würde ins Zentrum stellenden Verfassungsstaat gerade darum gehen, die Unterschiede der Menschen und jedes Einzelnen wahrzunehmen und zu respektieren, um damit letztlich auch wirkliche Selbstbestimmung zu erreichen. Insofern erscheint dann auch die Gesundheitsdefinition der WHO, welche den Menschen in seiner individuellen und sozialen Wirklichkeit als zentralen Ort für die Manifestation von Gesundheit wahrnimmt¹⁷¹⁷, nicht mehr nur als utopisches Ziel – zumindest nicht weniger utopisch als das Menschenbild des Grundgesetzes. In demselben Maße wie der Einzelne in seiner Individualität und Selbstbestimmtheit Maßstab staatlichen Handelns sein sollte, sollte der Mensch in seiner Individualität und Selbstbestimmtheit als integraler Bestandteil gesundheitsfördernder Maßnahmen wahrgenommen werden. Eine staatliche Gesundheitserziehung hin zu einem eindimensionalen, konkretisierten Leitbild eines „gesunden“ Bürgers, welches auf einem Zerrbild der Willensschwäche und ständigen Selbstschädigung aufbaut, erscheint damit zumindest isoliert betrachtet nicht als legitimes Ziel staatlichen Tätigwerdens. Will man die staatliche Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auf andere, die Gemeinschaft betreffende Be lange stützen, dann ist eine erzieherische und gesinnungssteuernde Tendenz als stark rechtfertigungsbedürftiger Aspekt in die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einzustellen.

1715 So auch *Habersack*, Unartikulierte Körper, 2010, S. 44.

1716 *Habersack*, Unartikulierte Körper, 2010, S. 9 f., spricht hier davon, dass solche Körper in der gesundheitlichen Versorgung „unartikuliert“ blieben.

1717 Vgl. *Habersack*, Unartikulierte Körper, 2010, S. 8.

2. Gesundheitsbildung und Befähigung

Nicht in Abrede gestellt werden soll jedoch, dass sich die Selbstbestimmtheit von Individuen und ihren Entscheidungen innerhalb eines Kontinuums bewegt und es autonomere und weniger autonome Entscheidungen geben kann. Dem Staat ist es deswegen grundsätzlich nicht benommen, sicherzustellen, dass der Einzelne in der konkreten Entscheidungssituation möglichst umfassend informiert und aufgeklärt handelt. In Abgrenzung zur Gesundheitserziehung betont die Gesundheitsbildung dementsprechend die Selbstbestimmung von informiert entscheidenden und handelnden Subjekten, welche unter spezifischen Bedingungen leben und diese mitgestalten.¹⁷¹⁸ Gesundheitsbildung impliziert dabei einen Prozess der Befähigung und der zunehmenden Entscheidungs- und Handlungsmacht des Individuums. Während die Gesundheitsbildung zumeist formelle Lernprozesse beschreibt, vollzieht sich die Befähigung (*Empowerment*) in stärker informellen Prozessen.¹⁷¹⁹ Durch den *Empowerment*-Ansatz sollen Personen und Personengruppen dazu ermutigt werden, ihre eigenen personalen und sozialen Ressourcen sowie ihre Fähigkeiten zur Beteiligung zu nutzen, um Kontrolle über die Gestaltung der eigenen sozialen Lebenswelt (wieder) zu erlangen.¹⁷²⁰ Wesentliche Strategien sind dabei die Förderung von Partizipation und Teilhabe sowie von Gemeinschaftsbildung und solidarischen Aktionen.¹⁷²¹ Auch der Blick auf die internationalen Abkommen und Verpflichtungen, insbesondere die Ottawa-Charta, führt nochmals vor Augen, dass nicht die Gesundheitserziehung, sondern die Befähigung zur stärkeren Selbstbestimmung und Beteiligung auch sozial schwächer Bevölkerungsgruppen einen zwingenden Erfolgsfaktor einer gelingenden Gesundheitsförderpolitik darstellt.¹⁷²² Für die „Idee der Gesundheit“ wird eine Ausrichtung der Medizin, der Gesundheitspolitik und auch des (Gesundheits-)Rechts auf die Emanzipation des Individuums von den

1718 Blättner, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 129.

1719 Blättner, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 129 ff.

1720 Brandes/Stark, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 57.

1721 Brandes/Stark, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 57.

1722 Wright, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407 (409 ff.).

Einschränkungen sonst unkontrollierbarer psychologischer und physiologischer Kräfte als zentral angesehen.¹⁷²³ Im Zentrum der Gesundheitsbildung und Befähigung steht damit die Förderung einer selbstbestimmten Entscheidung *des Individuums* im Gegensatz zur staatlichen Entscheidung *für den Einzelnen*.

Dienen Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention der Sicherstellung und Förderung der tatsächlichen Voraussetzungen individueller Selbstbestimmung, dann verfolgen sie ein legitimes Ziel staatlichen Tätigwerdens. Teilweise können Maßnahmen der Gesundheitsaufklärung, -bildung und -befähigung gar aufgrund einer staatlichen Schutzpflicht geboten sein.¹⁷²⁴ Dem parlamentarischen Gesetzgeber ist ein weiter Einschätzungsspielraum bei der Identifizierung und der Risikobewertung von Gesundheitsgefahren zuzubilligen, weshalb ihm nicht nur die Auswahl, sondern grundsätzlich auch das nachdrückliche Aufklären über von ihm als gefährlich anerkannte Risikofaktoren und Verhaltensweisen zusteht. Hierbei scheinen vor allem die Instrumente der Gesundheitskommunikation und des *Nudging* (soweit diese im Sinne eines *Debiasing* eingesetzt werden¹⁷²⁵) geeignet zu sein, diese Ziele zu verwirklichen.¹⁷²⁶

Besonderes Augenmerk ist jedoch auf die Abgrenzung zwischen zur Selbstbestimmung befähigenden und sie unterminierenden Maßnahmen zu legen. Entscheidend für die verfassungsrechtliche Bewertung der Maßnahmen ist, inwieweit sie die individuellen Fähigkeiten zur Bewertung und Bewältigung des Risikos tatsächlich zu fördern versuchen oder ob die Bürger durch Heimlichkeit und gar Manipulation zu einer entsprechenden Verhaltensbefolgung gebracht werden sollen. Auch begegnet die Rechtfer-

1723 Engelhardt, Jr., in: Schramme (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 41 (61).

1724 Entsprechende Schutzpflichten der öffentlichen Gewalt können sich hier vor allem aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gegen konkretisierte Gefahren für Leben und körperliche Unversehrtheit ergeben. Ein solcher spezifischer Zusammenhang zu einer konkretisierten Gefahr i. S. d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG lässt sich jedoch bei allgemeinen Gesundheitsfördermaßnahmen wie etwa der Ermunterung zur sportlicher Betätigung oder gesunder Ernährung nicht erkennen und vermag daher keine Schutzpflicht auszulösen, zum Ganzen Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 Rn. 81 ff.

1725 Zum Debiasing s. oben Kap. 2 C II 3 b) dd); vgl. zum „De-Biasing Project“ und möglichen Strategien auch Perez, in: Alemanno/Sibony (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 115 (123 ff.).

1726 Dann ist jedoch schon fraglich, ob überhaupt ein Grundrechtseingriff vorliegt, vgl. oben Kap. 2 C II 3.

tigung staatlicher Maßnahmen hier wieder der Herausforderung des mangelnden Wissens über die individuellen Kenntnisse und Fertigkeiten. Das Problem fehlender Evidenz wird im Rahmen der Gesundheitsbildung und Befähigung durch den Umstand verstärkt, dass bevölkerungsweite Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auf einen sehr heterogenen Adressatenkreis treffen. Die Maßnahmen bewegen sich dann immer zwischen Überinklusion auf der einen und Unterinklusion auf der anderen Seite.¹⁷²⁷ Gesundheitsfördernde Regelungen können also für solche Adressaten, welche in der Lage sind, ihre gesundheitlichen Interessen selbstständig zu verfolgen, unnötig sein und zu höheren Kosten führen. Ist der Anwendungsbereich jedoch zu eng gefasst, so wird das Nutzenpotenzial der Intervention verschenkt und eigentlich hilfsbedürftige Personen bleiben außen vor.¹⁷²⁸ Auch im Rahmen befähigender Maßnahmen ist der Heterogenität von Schutzadressaten und Entscheidungssituationen grundsätzlich durch entsprechend differenzierte Regelungen Rechnung zu tragen.¹⁷²⁹

III. Zwischenfazit: Der Schutz vor sich selbst – Eine Frage der Verhältnismäßigkeit

Insgesamt lässt sich die staatliche Zwecksetzung, den Grundrechtsträger „vor sich selbst zu schützen“ nicht per se als illegitim oder legitim qualifizieren.¹⁷³⁰ Die Verfassung setzt der Zwecksetzung auf der Ebene der Ziellegitimität nur sehr vereinzelt Grenzen.¹⁷³¹ Der Gesetzgeber ist damit grundsätzlich in der Zwecksetzung frei.¹⁷³² Ob die konkreten Maßnahmen

1727 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 167 f.

1728 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 167 f.

1729 Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 245.

1730 So auch Volkmann, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 (149); Lübbe-Wolff, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 247 (248 f.).

1731 Zu den wenigen im Grundgesetz explizit aufgeführten illegitimen Zwecken oder Mitteln wie etwa die Vorbereitung eines Angriffskrieges, Art. 26 Abs. 1 GG oder die Todesstrafe, Art. 102 GG, vgl. Merten, in: Merten/Papier (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 54 ff.

1732 Vgl. Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrangten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 130 f.; Volkmann, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 (149).

mit dem vorgebrachten Interesse gerechtfertigt werden können, ist damit keine abstrakt zu beantwortende Frage der Ziellegitimität, sondern der Geeignetheit und Erforderlichkeit, insbesondere auch der Angemessenheit im konkreten Einzelfall.¹⁷³³ Bei der Bewertung der zur Frage der Zulässigkeit des Selbstschutzes vorgebrachten Argumente ist daher genauestens darauf zu achten, auf welche jeweiligen Fallkonstellationen sie sich beziehen und viel wichtiger, welche impliziten Interessenabwägungen bereits unter dem Gesichtspunkt der Ziellegitimität vorgenommen werden.

Vor allem die sich monographisch mit dem Thema befassenden Arbeiten haben, wie aufgezeigt, einen recht engen Anwendungsfall vor Augen: Die Frage nämlich, ob ein vollständig zur Selbstbestimmung fähiger erwachsener Mensch gegen seinen Willen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen *gezwungen* werden kann. Es ist dabei den Ansichten beizupflichten, nach denen eine entsprechende Berechtigung des Gesetzgebers aus einer entsprechenden grundrechtlichen Schutzpflicht, nicht aber aus der objektiv-rechtlichen Wertordnung selbst folgen kann. Ein solches Mandat zur Anwendung staatlichen Zwangs konzentriert sich jedoch, wie ausgeführt, auf Fälle mangelnder oder stark beschränkter Selbstbestimmung des Grundrechtsträgers. Darüber hinaus gehende Fälle nicht vollkommener Entscheidungsfähigkeit vermögen der Entscheidung nicht die schützenswerte Selbstbestimmtheit zu nehmen, sodass auch keine entspre-

1733 Vgl. Volkmann, in: Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a. (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 (156); Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 277 ff.; vgl. auch Richter Masing in seinem Sondervotum zur Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit verschiedener Landesnichtrauerschutzgesetze, BVerfGE 121, 317 (381 ff., 386 f.). Er führt aus, dass sich aufgrund von fehlender Erforderlichkeit ein absolutes Rauchverbot nicht auf das allgemeine Anliegen der Suchtprävention und den darin eingeschlossenen Gedanken des Schutzes des Bürgers vor sich selbst stützen lasse. In diesem absolut zwingenden Selbstschutz sei vielmehr ein Schritt in Richtung einer mit der Freiheitsordnung des Grundgesetzes nicht zu vereinbarenden staatlichen Impflichtnahme zu einem „guten Leben“ zu erblicken. Legitimes Anliegen sei aber zumindest eine solche Suchtprävention (und damit Selbstschutz), welche freiheitsverbürgte Verhaltensweisen, die zugleich ein Suchtpotential haben, zu erschweren, einzuzgrenzen oder ein Stück weit aus der öffentlichen Wahrnehmung zu drängen versuche. *Insoweit* könne der Gesetzgeber „im Blick auf negative Folgen für Dritte oder die Allgemeinheit oder auch unmittelbar zur Verminde rung von Abhängigkeiten Regelungen zum Schutze der Betroffenen vor Versuchungen und damit letztlich vor sich selbst treffen“. Die Mehrheit des Senats hielt sogar umfassende und ausnahmslose Rauchverbote für verfassungsgemäß, vgl. BVerfGE 121, 317 (357).

chende staatliche Schutzpflicht ausgelöst werden kann. Dem Staat ist es hier untersagt, die Verhaltenssteuerung allein damit zu begründen, dass bestimmte Lebensformen aus moralischen oder ethischen Erwägungen besser oder wertvoller seien, also eine Bewertung der sich selbst gesetzten Interessen und Präferenzen vorzunehmen. Der Staat hat sich abseits politisch-funktionaler Erwägungen gegenüber verschiedenen Lebensformen nämlich neutral zu verhalten.¹⁷³⁴

Zieht man nun aber neben den klassischen, harten Ge- oder Verboten auch komplexere Maßnahmen der Verhaltenssteuerung mit in die Betrachtung ein, so zeigt sich das Bild schon komplizierter. Auch die Befähigung des Einzelnen zu mehr Selbstbestimmung kann letztlich als ein Schutz des Einzelnen vor sich selbst, nämlich in Form des Schutzes vor Gefahren, welche sich aus nur einer geringfügig beschränkten Selbstbestimmung ergeben, betrachtet werden. Oftmals werden diese Maßnahmen dann mit dem pauschalen Argument der Freiheitsvergrößerung legitimiert, obwohl sie letztlich den Einzelnen gleichermaßen vor den selbstschädigenden Folgen des eigenen Verhaltens zu schützen versuchen. Ergibt nun eine genauere Betrachtung, dass auch vermeintlich „weiche“ Steuerungsinstrumente stark verhaltenssteuernd wirken können, so müssen Maßnahmen, welche das gleiche „Fernziel“ (zumindest *auch* die Verbesserung der Gesundheit des Einzelnen) verfolgen, mit Blick auf die konkrete Mittelwahl differenziert betrachtet werden. Insofern ist dann danach zu unterscheiden, ob Maßnahmen, welche versuchen, die Selbstbestimmung des Einzelnen zu seinem Schutze zu stärken, in Form eines aufgezwungenen, erzieherischen oder eines „bloß“ empfehlenden, befähigenden Schutzes daherkommen. Hier zeigt sich jedoch schon deutlicher, dass die Frage, ob und inwieweit der Staat den Einzelnen vor den Folgen seines eigenen Handelns schützen darf, nicht nur nach der abstrakten Zwecksetzung selbst, sondern auch mit Blick auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit sowie letztlich vor allem auch der Angemessenheit beurteilt werden muss. In welchem Maße damit ein in diesem Sinne verstandener Schutz des Grundrechtsträgers vor sich selbst zulässig ist, lässt sich von den wenigen „klaren“ Ausnahmefällen des die Selbstbestimmung ausschließenden Zwangs nicht abstrakt bestimmen. Entscheidend ist die konkrete Intensität der Beeinflussung der Selbstbestimmung des Individuums im Einzelfall. Dabei sind insbesondere das Ausmaß der Selbstbestimmungsdefizite und der Grad der

1734 Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 635.

Gefährlichkeit der Handlungsfolgen des konkret in Frage stehenden Verhaltens zu bewerten. Immerhin ist so etwa das Ziel der Her- und Sicherstellung von tatsächlich individueller Selbstbestimmung grundsätzlich geeignet, um staatliche Intervention auch „zum Schutze des Grundrechtsträgers vor sich selbst“ zu legitimieren.¹⁷³⁵ Auch vermeintlich geringfügige Grundrechtsbeeinträchtigungen aufgrund von Willensdefiziten („weiche“ paternalistische Intervention wie Gesundheitskommunikation und *Nudging*) sind damit nur dann gerechtfertigt, wenn sie im betreffenden Fall zur Behebung oder Neutralisierung von entscheidungserheblichen Autonomiedefiziten überhaupt geeignet und erforderlich sind.¹⁷³⁶ Das bloße Bestehen von Rationalitätsdefiziten oder anderer Anomalien hingegen reicht für sich allein als rechtfertigender Interventionsgrund nicht aus.¹⁷³⁷

C. Durchsetzung von Dritt- und Gemeinschaftsinteressen

I. Grenzen der Motivbündelung

Im Gegensatz zur paternalistisch motivierten Freiheitsbeschränkung wird der staatliche Grundrechtseingriff zum Schutz von Dritt- und Gemeinschaftsinteressen grundsätzlich als ethisch sowie verfassungsrechtlich legitim angesehen.¹⁷³⁸ Berührt ein selbstschädigendes oder -gefährdendes Verhalten auch Interessen der Allgemeinheit oder Individualinteressen Dritter, so ist es denkbar, oftmals gar üblich, die Beschränkung eines solchen Verhaltens alternativ mit dem Verweis auf den Schutz der Drittinteressen zu legitimieren.¹⁷³⁹ Dies geschieht grundsätzlich in der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung auch bei solchen Grundrechtseingriffen, welche zunächst im Kern als paternalistisch motivierter Selbstschutz erscheinen. Das Bundesverfassungsgericht stellt gar regelmäßig auf Dritt- und Gemeinschaftsinteressen ab¹⁷⁴⁰, verzichtet aber weitgehend auf eine klare Trennung der Grundrechtsbegrenzungskategorien des Gemeinwohls auf

1735 In diesem Sinne auch *Kirste*, JZ 2011, 805 ff.; differenzierend *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 300 ff. u. 346 ff.

1736 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 24.

1737 *Kirste*, JZ 2011, 805 (813 f.).

1738 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 32.

1739 Vgl. *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 32 ff.

1740 Vgl. etwa BVerfGE 30, 47 (53 f.); 59, 275 (278 f.); 90, 145 (174 f.); dazu auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 67.

der einen und der individualisierbaren Rechte auf der anderen Seite¹⁷⁴¹. So zieht das Gericht etwa in der exemplarischen Entscheidung zur Helmpflicht für Motorradfahrer verschiedenste Gemeinwohlinteressen zur Rechtfertigung heran, ohne diese jedoch genauer zu konkretisieren oder von individualisierbaren Drittinteressen abzugrenzen. Es führt aus: „Nach dem Grundgesetz muß der Einzelne sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des Zusammenlebens in den Grenzen des Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt wird. [...] Ein Kraftradfahrer, der ohne Schutzhelm fährt und deshalb bei einem Unfall eine schwere Kopfverletzung davonträgt, schadet keineswegs nur sich selbst. Es liegt auf der Hand, daß in vielen Fällen weiterer Schaden abgewendet werden kann, wenn ein Unfallbeteiligter bei Bewußtsein bleibt.“ Sodann betont das Gericht, dass das Verhalten in der öffentlichen Sphäre stattfinde und der Gesetzgeber hierfür eine besondere Verantwortung trage: „Das Fahren ohne Schutzhelm, das den Beschwerdeführern ein ‚Gefühl von Freiheit und Wagnis‘ vermittelt, unterscheidet sich von anderen gefährlichen Betätigungen dadurch, daß es sich im öffentlichen Straßenverkehr abspielt, mithin in einem Bereich, der für die Allgemeinheit wichtig ist und für den der Staat deshalb eine besondere Verantwortung trägt.“ Es stehe außer Frage, dass Unfälle mit Kopfverletzungen weitreichende Folgen für die Allgemeinheit hätten. Verwiesen wird dabei etwa auf den Einsatz der Rettungsdienste, die ärztliche Versorgung, Rehabilitationsmaßnahmen und die Versorgung von Invaliden.¹⁷⁴² Auch zur Gurtanlegepflicht führte das Gericht aus, dass ein Kraftfahrer, welcher unangeschnallt verunglückt, keineswegs nur sich selbst schade und verwies ansonsten zur Begründung auf die Entscheidung zur Helmpflicht.¹⁷⁴³

Die oftmals begründungsarme Heranziehung von Gemeinwohlinteressen durch das Bundesverfassungsgericht wird teilweise kritisch betrachtet.¹⁷⁴⁴ So ist nach *Hillgruber* das Argument des Gerichts in der Helm-

1741 Dies lässt sich an den bereits erwähnten Ausführungen zum Schutz des Grundrechtsträgers vor sich selbst erkennen, welcher nach Aussage des Gerichts auch im Gemeinwohlinteresse sei, vgl. oben B I 3 b) aa), vgl. allg. auch *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (352); *Höfling*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 119 (124).

1742 Zum Ganzen BVerfGE 59, 275 (279).

1743 BVerfG, Beschl. v. 24.7.1986 – 1 BvR 331/85 u.a., NJW 1987, 180.

1744 Vgl. etwa *Kirste*, JZ 2011, 805 (810 f.).

pflicht-Entscheidung, dass der Gesetzgeber für den öffentlichen Verkehr eine besondere Verantwortung trage, zu vage, um einen hinreichenden Öffentlichkeitsbezug zu begründen. Die alleinige Tatsache, dass selbstgefährdendes Verhalten nicht in der Privatsphäre, sondern in der Öffentlichkeit stattfinde, führe nicht ohne weiteres zur Annahme eines öffentlichen Interesses an ihrem Verbot. Ein solches liege nur vor, wenn zugleich auch Belange der Gemeinschaft beeinträchtigt würden. Der „vage Hinweis“ des Gerichts auf den öffentlichen Straßenverkehr als einen für die Allgemeinheit wichtigen Bereich könne daher das erforderliche Allgemeininteresse nicht begründen.¹⁷⁴⁵ Auch das Argument der sozialen Folgelasten stöße auf Bedenken.¹⁷⁴⁶ Insgesamt dient die bußgeldbewehrte Helmpflicht nach Ansicht *Hillgrubers* ausschließlich dem Schutz des Menschen vor sich selbst. Da hier kein Fall gestörter Selbstbestimmungsfähigkeit vorliege, sei dieser Schutzzweck folglich illegitim.¹⁷⁴⁷

In der großzügigen Anerkennung rechtfertigender Dritt- und Gemeinschaftsinteressen sehen auch andere Stimmen die Gefahr, die nach mehrheitlicher Ansicht strengen Anforderungen an den paternalistisch motivierten Grundrechtseingriff zu entwerten.¹⁷⁴⁸ In der Konsequenz bedeutet dies nämlich, dass die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für ein und dieselbe Maßnahme deutlich geringer erscheinen, wenn der Staat vortragen kann, irgendwie auch Gemeinschaftsinteressen zu verfolgen.¹⁷⁴⁹ Problematisch an dieser vor allem von der Rechtsprechung verfolgten Argumentationslinie ist jedoch, dass sich Individualschutz und der Schutz von Dritt- und Gemeinschaftsinteressen wohl selten genau voneinander trennen lassen.¹⁷⁵⁰ In der Realität verfolgen die allermeisten gesetzgeberischen Maßnahmen gemischte Zwecke, sodass eine Person in aller Regel

1745 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 98 f.

1746 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 99.

1747 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 102; ähnlich kritisch mit Blick auf die Gurtpflicht *Lisken*, NJW 1985, 3053 (3054 f.).

1748 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 67; allg. *Dworkin*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 19 (20 ff.); vgl. auch oben Kap. 2 C I.

1749 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 67 sowie *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 (137), nach deren Auffassung sich das Bundesverfassungsgericht „in Gemeinwohlzwecke retten“ würde.

1750 So auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 67; unklar ist darüber hinaus, ob als Anknüpfungspunkt für den Drittbezug die objektiv-

daran gehindert wird, sich selbst und insbesondere anderen zu schaden.¹⁷⁵¹ Führt man sich vor Augen, dass in einer stark vernetzten sozialstaatlichen Gemeinschaft kein Verhalten letztlich nur Auswirkungen für das Individuum selbst zeitigt¹⁷⁵², kann das Argument des Drittschutzes jedoch nicht grenzenlos sein, um nicht argumentativ leerzulaufen.¹⁷⁵³ Aufgabe des sozialen Rechtsstaates ist es dabei gerade einen Ausgleich zwischen den Interessen des Individuums und den Interessen der Gemeinschaft herzustellen. Nicht jeder noch so entfernte Drittbezug des selbstschädigenden oder -gefährdenden Verhaltens kann damit die Möglichkeit einer solchen Rechtfertigungsalternative eröffnen.¹⁷⁵⁴

Andererseits verfolgen gerade sozialstaatliche Interventionen komplexe Ziele in der Gemengelage zwischen Freiheitsschutz, sozialem Schutz und sozialem Ausgleich.¹⁷⁵⁵ Der paternalismuskritische Vorwurf der „Flucht in die Gemeinwohlzwecke“ erweist sich damit für die Analyse sozialstaatlicher Intervention als unterkomplex.¹⁷⁵⁶ Insgesamt stellt es sich vielmehr als Frage des Legitimationsniveaus dar, welches paternalistisch geprägte Interventionen erreichen müssen. Hierbei gilt es etwa zu identifizieren,

ve Relevanz des staatlichen Eingriffs für die Interessen Dritter oder aber die subjektive Motivation des Staates ausschlaggebend sein soll, vgl. dazu etwa *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (62 f.) sowie *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2013, S. 33 Fn. 160.

1751 Von „gemischem Paternalismus“ sprechend *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (62); vgl. auch *Dworkin*, in: *Sartorius* (Hrsg.), *Paternalism*, 1983, S. 19 (20 ff.).

1752 Selbstschädigendes Verhalten, das nur das Individuum selbst betrifft als höchst selten bezeichnend *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (62); von „äußerst selten“ spricht *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2013, S. 33; ähnlich auch *Hillgruber*, *Der Schutz des Menschen vor sich selbst*, 1992, S. 63.

1753 Vgl. etwa *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 55 (62 f.); i. E. auch *Fischer*, *Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung*, 1997, S. 206, der diese Unterscheidung als „nicht weiterführend“ bezeichnet.

1754 Mit Verweis auf die philosophische Diskussion *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2013, S. 32.

1755 *Heinig*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157 (174 f.).

1756 So *Heinig*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 157 (175); ähnlich auch *Wozniak*, *Gesundheitsförderung im öffentlichen Schulsystem*, 2009, S. 172 ff.

welche gesetzgeberischen Steuerungsziele im Vordergrund stehen und ob eine darin zum Ausdruck kommende paternalistisch motivierte Intervention bereits für sich oder nur in Kombination mit anderen Zwecken legitimiert werden kann. Je stärker die paternalistisch motivierte Intervention das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen beeinträchtigt, desto höher erscheinen die Rechtfertigungsanforderungen, also insbesondere die notwendige Konnexität zu den zu schützenden Dritt- und Gemeinschaftsinteressen und der Stellenwert dieser.¹⁷⁵⁷

II. Schutz der Gesundheit Dritter

1. Vermeidung unmittelbar gesundheitsgefährdender oder risikoerhöhender Situationen

Mit dem bezweckten Schutz der Gesundheit Dritter gelangen wir zur „Grundsituation der Grundrechtsbegrenzung“, namentlich der Abwehr der die Rechte anderer störenden Grundrechtsausübung.¹⁷⁵⁸ Der Schutz der Rechte anderer ist seit jeher von zentraler Bedeutung für die Grundrechtsbegrenzung.¹⁷⁵⁹ Wie bereits erwähnt, sind nur subjektive Rechtspositionen (nicht notwendigerweise von grundrechtlichem Rang), nicht aber bloße Interessen anderer umfasst.¹⁷⁶⁰ Soweit die Rechte Dritter jedoch grundrechtlich garantiert sind, kommt ihnen eine gesteigerte Relevanz insoweit zu,

1757 Zur Helmpflicht ist damit mit Blick auf die Gemengelage zwischen Individual- und (entfernten) Gemeinwohlbelangen insgesamt festzuhalten, dass die gesetzgeberische Einschätzung der wenn auch bloß abstrakten und entfernten Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer angesichts der hohen zu schützenden Rechtsgüter des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit und des im Vergleich nur schwachen Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit nicht offensichtlich unhaltbar erscheint, so auch *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 262 f., welcher allerdings den Drittschutz im Rahmen einer Fahrradhelmpflicht als unzureichendes Argument erachtet würde; sich der Argumentation des BVerfG grundsätzlich anschließend auch *Schwabe*, JZ 1998, 66 (70 ff.).

1758 *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (311).

1759 *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 225 (305).

1760 *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig*, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 20.

als dass sie Objekt verfassungsrechtlicher Schutzpflichten sein können.¹⁷⁶¹ Im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention kommt vorliegend vor allem die Abwehr von Störungen der körperlichen Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG der *anderen* Grundrechtsträger in Betracht. Ebenso wie dem Grundrecht auf Leben kommt dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit eine erhebliche Bedeutung als grundrechtliche Schutznorm zu.¹⁷⁶² Es ist dem Staat daher nicht nur erlaubt, sondern oftmals geboten, gesundheitsbelastende Verhaltensweisen einzuschränken oder zu unterbinden, soweit sie die körperliche Unversehrtheit anderer Menschen beeinträchtigen.

Maßnahmen, welche auch mit Verweis auf den Gesundheitsschutz anderer begründet wurden, sind etwa die Gurt- und Helmpflicht und zuletzt insbesondere der Schutz der Passiv- bzw. Nichtraucher. So verwies das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Entscheidung zur Gurtpflicht darauf, dass diese auch davor schütze, dass im Falle einer Kollision ein Fahrzeuginsasse gegen einen anderen geschleudert werde.¹⁷⁶³ Die Helmpflicht trage dazu bei, dass weiterer Schaden anderer abgewendet werden könne, wenn ein Unfallbeteiligter durch die Schutzmaßnahmen eher bei Bewusstsein bleibe.¹⁷⁶⁴ Im Rahmen des Nichtraucherschutzes ist nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Literatur grundsätzlich allgemein anerkannt, dass die Gesundheitsgefahren, welche durch das Passivrauchen für Dritte bestehen, eine staatliche Pflicht zum Schutze der Gesundheit und des menschlichen Lebens auslösen. Bei der Kollision von zu schützenden Grundrechten und dem beeinträchtigten Freiheitsrecht der Raucher, wird das grundsätzlich nur als geringfügig beeinträchtigt betrachtete Freiheitsrecht der Raucher regelmäßig als gegenüber dem beeinträchtigten Recht auf körperliche Unversehrtheit der Passivraucher nachrangig betrachtet.¹⁷⁶⁵ So wird die Legitimität von Warnhinweisen auf Tabakprodukten durch das Bundesverfassungsgericht damit begründet, dass es nach medizinischem Kenntnisstand gesichert sei, dass Rauchen Krebs

1761 Höfling, in: Wienke/Eberbach/Kramer u. a. (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 119 (122).

1762 Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 67.

1763 BVerfG, Beschl. v. 24.7.1986 – 1 BvR 331/85 u.a., NJW 1987, 180.

1764 BVerfGE 59, 275 (279).

1765 Vgl. etwa den Überblick bei Breitkopf/Stollmann, Nichtraucherschutzrecht, 3. Aufl. 2013, S. 12 f. sowie bei Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 29 Stichw. Rauchen.

sowie Herz- und Gefäßkrankheiten verursache, damit zu tödlichen Krankheiten führe und auch die Gesundheit der nicht rauchenden Mitmenschen gefährde. Die Warnung vor diesen Gesundheitsgefahren gehöre daher zu den legitimen Aufgaben des Staates. Staatliche Gesundheitspolitik dürfe jedenfalls vor medizinisch erwiesenen und schweren Gefahren des Rauchens warnen und dem Konsumenten bewusst machen, dass aktives Rauuchen den Raucher, passives Rauchen auch andere schädigt.¹⁷⁶⁶

Ob die Drittschutzargumentation auch im Einzelfall immer vollends überzeugen kann, ist zu bezweifeln.¹⁷⁶⁷ Oftmals ist der Dritte dem schädigenden Verhalten nämlich nicht unentrinnbar ausgeliefert. So wird etwa mit Blick auf die Gurtpflicht vorgebracht, dass die Fahrzeuginsassen insoweit eine Selbstverantwortung dafür tragen, in einen Fahrzeug, in dem der Fahrzeugführer unangeschnallt ist, mitzufahren. Diese Sorge um den Selbstschutz dürfe der Gesetzgeber dem Einzelnen aber nicht abnehmen.¹⁷⁶⁸ Dass auch das Argument der selbstverantwortlichen Selbstgefährdung seine begrenzte Reichweite hat, zeigt grundsätzlich der Nichtraucherschutz. Die Grenze ist wohl danach zu ziehen, inwieweit dem Einzelnen ein ausweichendes Verhalten zugemutet werden kann und wieweit seine Einwirkungsmacht auf den Dritten reicht. Dies scheint bei der privaten Mitfahrt in einem Auto allerdings viel eher gegeben als bei allgegenwärtigem Zigarettenrauch im öffentlichen Raum. Dementsprechend führt das Bundesverfassungsgericht zum Nichtraucherschutz aus, dass die Freiwilligkeit des Einzelnen, sich der Belastung des Tabakrauches durch Besuch einer Gaststätte auszusetzen, das Anliegen des Gesundheitsschutzes nicht hinfällig mache. „Jedenfalls solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden, bedeutet eine solche Entscheidung typischerweise kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern nur die faktisch unvermeidbare Inkaufnahme dieses Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben durch den Besuch einer ausgewählten Gaststätte teilzunehmen.“¹⁷⁶⁹

Für das vorliegend infrage stehende Gesundheitsverhalten kann das Argument des Schutzes von Rechten Dritter auf den ersten Blick kaum fruchtbar gemacht werden. Ernährungs-, Bewegungs- oder anderes ge-

1766 Zum Ganzen BVerfGE 95, 173 (184 f.).

1767 Vgl. Huster, Ethik in der Medizin 2010, 289 (295) m. w. N.

1768 Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 103.

1769 BVerfGE 121, 317 (349 f.).

sundheitsgefährdendes Risikoverhalten vermag durch subjektive Rechte geschützte Interessen Dritter nicht zu beeinträchtigen.¹⁷⁷⁰ Eine Ausnahme stellt wohl nur die Seuchenbekämpfung als besonderer Fall der Vermeidung gesundheitsgefährdender Situationen dar.¹⁷⁷¹ In der Vergangenheit wurden mit dem Ziel des Schutzes vor gefährlichen übertragbaren Krankheiten grundsätzlich auch Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit mittels Impfpflicht gerechtfertigt.¹⁷⁷² Schutzbedürftig sind hier vor allem solche Personen, welche aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können. Sie sind auf die Herstellung einer sog. Herdenimmunität und damit auf ein hohes Impfniveau in der Gesamtbevölkerung angewiesen.¹⁷⁷³ Ob jedoch die ursprünglich für die Pockenimpfung entwickelte Argumentation auf heutige, wohl deutlich weniger gefährliche Bedrohungsszenarien ohne weiteres übertragen werden kann, ist fraglich.¹⁷⁷⁴ So zielt der Schutz hier auf eine wirkliche „Bedrohung der Volksgesundheit“¹⁷⁷⁵, welche sich von einer bloßen punktuellen Verbesserung des Gesundheitsniveaus klar unterscheidet.¹⁷⁷⁶ Offensichtlich ist jedoch, dass sich mittels des Gefahrenschutzes vor übertragbaren Krankheiten eine Beschränkung der hier in Frage stehenden alltäglichen Verhaltensweisen nicht rechtfertigen lässt, liegt das Gesundheitsrisiko hier doch hauptsächlich bei den *nicht-übertragbaren*, chronischen Krankheiten.

2. Schutz vor sozialer Übertragbarkeit gesundheitsgefährdender Verhaltensweisen?

Gleichwohl bietet der Gedanke des Infektions- und Seuchenschutzes einen geeigneten Anknüpfungspunkt für das Phänomen der *sozialen Übertragbarkeit* chronischer Krankheiten. Die Argumentation zur Schutzbedürftig-

1770 So auch *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (295).

1771 Zur Reichweite staatlicher Vorsorgepflichten im Rahmen grenzüberschreitender Infektions-geschehen *Prütting*, GesR 2016, 469 ff.

1772 *Trapp*, DVBl. 2015, 11 ff. mit Verweis auf BGHSt 4, 375 ff. u. BVerwGE 9, 78 ff.

1773 Vgl. *van den Hoven*, Public Health Ethics 2012, 154 ff.; *Dawson*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 160 ff.

1774 Dies verneinend *Trapp*, DVBl. 2015, 11 (19).

1775 Zur Frage, ob die Volksgesundheit auch über die Einzelgesundheiten der Bürger hinaus ein eigenständiges Schutzgut darstellen kann, s. unten C III.

1776 Vgl. *Trapp*, DVBl. 2015, 11 ff.

keit Dritter oder der Allgemeinheit vor übertragbaren Krankheiten lässt sich grundsätzlich auch auf lebensstilbedingte Gesundheitsrisiken und Krankheiten übertragen.¹⁷⁷⁷ So kann die individuelle Entscheidung sich ungesund zu ernähren, zu rauchen oder ohne Helm zu fahren auch einen Einfluss auf die soziale Umwelt und die Präferenzprägung anderer ausüben. Aus einer Bevölkerungsperspektive können damit alle diese gesundheitsrelevanten Verhaltensweisen nicht nur als rein individuelle Angelegenheiten, sondern in gewisser Weise auch als übertragbare Krankheiten angesehen werden.¹⁷⁷⁸ Die Übertragbarkeit ist hier eben nur nicht mikrobiologisch, sondern aufgrund sozialer Effekte bedingt.¹⁷⁷⁹

Zu bedenken ist natürlich, dass anders als bei mikrobiologisch übertragbaren Krankheiten die Beziehung zwischen einer individuellen Erkrankung und dem Risiko für die Gesundheit anderer deutlich schwerer zu etablieren ist. Gleichwohl gibt es hierzu empirische Daten, welche einen Zusammenhang zwischen sozialen Bindungen und gesundheitsrelevantem Verhalten nachweisen. So wurde etwa in einer Studie aus dem Jahr 2007 festgestellt, dass vor allem in sozialen Bindungen sog. Netzwerkphänomene eine Relevanz für die verhaltensbedingte Verursachung von Fettleibigkeit aufweisen.¹⁷⁸⁰ Die Wahrscheinlichkeit einer Person fettleibig zu werden, steige demnach um 57 Prozent bei Fettleibigkeit eines Freundes, um 40 Prozent bei Fettleibigkeit eines Geschwisterteils und um 37 Prozent bei Fettleibigkeit eines Partners.¹⁷⁸¹ Im Falle unmittelbarer Nachbarn konnte dieser Effekt jedoch nicht nachgewiesen werden. Soziale Verbundenheit spielt damit für die Verbreitung risikoerhöhenden Gesundheitsverhaltens eine deutlich größere Rolle als geographische Nähe.¹⁷⁸² Eine solche soziale Verbundenheit kann aber nicht nur in familiären oder freundschaftlichen Beziehungen, sondern auch im Rahmen bestimmter Lebenswelten (Schule, Religionsgemeinschaften, (Sport-)Vereine, kommunale Gemeinschaf-

1777 Vgl. *Parment, Populations, Public Health, and the Law*, 2009, S. 194 f.

1778 Vgl. *Parment, Populations, Public Health, and the Law*, 2009, S. 194 f.; *Skipper, Public Health Ethics* 2012, 181 (184).

1779 „People are connected, and so their health is connected“, *Christakis/Fowler, New England Journal of Medicine* 2007, 370 (378); vgl. auch *Mulvany-Day/Womack, Public Health Ethics* 2009, 250 ff.; *Thaler/Sunstein, Nudge*, 2009, S. 57 ff., beschreiben diese und ähnliche Effekte als *soziale Nudges*.

1780 *Christakis/Fowler, New England Journal of Medicine* 2007, 370 ff.

1781 *Christakis/Fowler, New England Journal of Medicine* 2007, 370 ff.

1782 *Christakis/Fowler, New England Journal of Medicine* 2007, 370 (376).

ten) präferenzbildende und verhaltenssteuernde Effekte haben.¹⁷⁸³ So konnte etwa ein Einfluss auf gesundheitsrelevantes Verhalten durch das soziale Umfeld bei jugendlichen Bezugsgruppen („*Peergroups*“) mit Blick auf den Zigaretten-, Alkohol- und Rauschmittelkonsum empirisch nachgewiesen werden.¹⁷⁸⁴ Hervorzuheben ist zudem, dass vermutet wird, dass Ursache für die Verbreitung „ungesunder“ Verhaltensweisen innerhalb sozialer Beziehungen oder Netzwerke weniger ein Nachahmungseffekt als vielmehr eine Wahrnehmungsänderung hinsichtlich der sozialen Akzeptanz des Verhaltens und der Gesundheitsauswirkungen sei.¹⁷⁸⁵

Auf Grundlage der empirischen Erkenntnis stellt sich dann jedoch die Frage, ob und inwieweit als gesundheitsgefährdend identifiziertes Verhalten mit dem Schutz vor sozialer Übertragung beschränkt werden kann. In Frage kommt etwa eine Zurückdrängung entsprechender Verhaltensweisen aus dem öffentlichen Raum und korrespondierend die sichtbare Förderung besonders wünschenswerter Verhaltensweisen.¹⁷⁸⁶ Ähnlich dem Rauchverbot ist beispielsweise auch an Verbote von Fast Food oder Alkoholkonsum in der Öffentlichkeit zu denken. Das Argument wäre dann, dass durch die ständige Konfrontation mit ungesunden Verhaltensweisen auch „unbescholtene“ Bürger einer Änderung ihrer Wahrnehmung sozialer Standards ausgesetzt wären und entsprechende Verhaltensweisen übernehmen würden. In eine ähnliche Richtung gehend führte das VG Neustadt den Regelungszweck des Schutzes vor dem Verfall sozialer Sitten bzw. gesellschaftlicher Verrohung zur Rechtfertigung der Untersagung einer „Zwergenweitwurf“ Veranstaltung an.¹⁷⁸⁷ Die Erlaubnis einer entsprechenden Veranstaltung trage nämlich das beachtliche Risiko des Abbaus von Hemmschwierigkeiten im Umgang mit anderen Menschen in sich.¹⁷⁸⁸ Der Bogen von der Verhinderung gesellschaftlicher Verrohung im Umgang mit Behinderten zum Verfall gesundheitlicher Verhaltensnormen ist natürlich weit gespannt. Einer Zurückdrängung gesundheitsgefährdenden Verhaltens aus dem öffentlichen Raum kann zudem entgegengehalten werden, dass die Übernahme bestimmter Verhaltensweisen vor allem aufgrund der

1783 *Mulvany-Day/Womack*, Public Health Ethics 2009, 250 ff. m. w. N.

1784 *Andrews/Tildesley/Hops u. a.*, Health Psychology 2002, 349 ff.

1785 *Christakis/Fowler*, New England Journal of Medicine 2007, 370 (377).

1786 Vgl. dazu auch *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 64 f.

1787 VG Neustadt, Beschl. v. 21.05.1992 – 7 L 1271/92, NVwZ 1993, 98 ff.; dazu auch *Schwabe*, JZ 1998, 66 (70).

1788 VG Neustadt, Beschl. v. 21.05.1992 – 7 L 1271/92, NVwZ 1993, 98 (99).

sozialen Nähebeziehung und nicht aufgrund räumlicher Nähe stattfindet. Entsprechende Maßnahmen zur Verhinderung sozialer Übertragung wären dann tendenziell ungeeignet dieses Ziel zu erreichen. Sind Interventionsziel dann jedoch die sozialen Nähebeziehungen, treffen die staatlichen Maßnahmen auf grundrechtlich teilweise besonders geschützte soziale Bereiche wie die Ehe und Familie. Insgesamt erscheint die bisherige Evidenz noch nicht ausreichend, um mit dem Argument des Schutzes vor sozialer Übertragung gesundheitsgefährdender Verhaltensweisen Freiheitsbeschränkungen rechtfertigen zu können.

III. Schutz der „Bevölkerungsgesundheit“ – ein überindividuelles Kollektivgut?

Neben dem Verweis auf die konkreten Gesundheitsgefahren für Dritte und damit Rechte anderer stellt sich die Frage, ob die staatliche Freiheitsbeeinträchtigung zur Steuerung gesundheitsrelevanten Verhaltens nicht auch mit dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung als Ganze (Bevölkerungsgesundheit)¹⁷⁸⁹ gerechtfertigt werden kann. So kann das individuelle Gesundheitsverhalten, wie aufgezeigt, in der Aggregation einen signifikanten statistischen Einfluss auf die Parameter der Bevölkerungsgesundheit (vor allem etwa Morbiditäts- und Mortalitätsraten) haben.¹⁷⁹⁰ Kern der Frage ist letztlich das Verhältnis zwischen Individualinteressen und Gemeinschaftsbelangen. Konkret gilt es zunächst zu erörtern, ob das Gemeinwohlinteresse der Bevölkerungsgesundheit überhaupt einen über die Gesamtheit der Individualgesundheitsinteressen hinausgehenden normativen Inhalt im Sinne eines Kollektivgutes aufweist. Sodann stellt sich die Frage, ob und wie ein entsprechendes Kollektivgut geschützt werden kann und in welchem Maße der Schutz Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen vermag.

1789 Früher wurde vermehrt von „Volksgesundheit“ gesprochen. Trotz vielleicht im Detail bedeutsamer terminologischer Unterscheide (vgl. zur Begrifflichkeit etwa Frenzel, DÖV 2007, 243 ff.), wird hier davon ausgegangen, dass es sich bei allen Begriffen konzeptionell um dasselbe Schutzgut handelt.

1790 S. oben Kap. 1 B II 2; vgl. auch Huster, Ethik in der Medizin 2010, 289 (291 f.).

1. Die Volksgesundheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht führte den Begriff der Volksgesundheit¹⁷⁹¹ schon in den 1950er Jahren in seine Rechtsprechung ein, ersetzte ihn aber seit geraumer Zeit durch die Formulierung „Gesundheit der Bevölkerung“.¹⁷⁹² Seit jeher qualifizierte das Gericht die Volksgesundheit auch als Grundrechtsbeschränkungen rechtfertigendes Verfassungsgut.¹⁷⁹³ So führte es im Apotheken-Urteil aus, es sei unbestreitbar, „daß die Volksgesundheit ein wichtiges Gemeinschaftsgut ist, dessen Schutz Einschränkungen der Freiheit des Einzelnen zu rechtfertigen vermag.“¹⁷⁹⁴ Später spricht das Gericht von einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut.¹⁷⁹⁵ Zeitweise wurde die Volksgesundheit gar zu einem besonders wichtigen „absoluten“, d.h. allgemein anerkannten und von der jeweiligen Politik unabhängigen Gemeinschaftswert erhoben.¹⁷⁹⁶

Der Gemeinwohlbelang der Volksgesundheit bezweckt allerdings in aller Regel einen Gesundheitsschutz durch Gefahrenabwehr und richtet sich damit deutlich auf den zumindest mittelbaren Schutz von Individualinteressen.¹⁷⁹⁷ So wird in der Rechtsprechung des Gerichts die Volksgesundheit vornehmlich für Eingriffe in andere Freiheitsgrundrechte, zumeist der Berufsfreiheit, herangezogen.¹⁷⁹⁸ Etwaige Berufsbeschränkungen können dann gerechtfertigt sein, wenn sie etwa der Sicherstellung einer geordneten Arzneimittelversorgung oder ordnungsgemäßen (zahn-)medizinischen Versorgung dienen.¹⁷⁹⁹ Alle diese Berufsbeschränkungen dienen letztlich dem „Schutz des Patienten“ und damit – wie das Bundesverfassungs-

1791 BVerfGE 7, 377 (414).

1792 BVerfGE 107, 186 (196); vgl. auch Steiner, MedR 2003, 1.

1793 Frenzel, DÖV 2007, 243.

1794 BVerfGE 7, 377 (414).

1795 BVerfGE 121, 317 (349), mit Verweis auf BVerfGE 7, 377 (414).

1796 BVerfGE 13, 97 (107); 25, 236 (247); krit. dazu Zuck, in: Quaas/Zuck, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 8 f.

1797 Höfling, in: Wienke/Eberbach/Kramer u. a. (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 119 (124); vgl. auch BVerfGE 107, 186 (198) sowie für staatliche Aufklärung vor Tabakprodukten BVerfGE 95, 173 (185) und dem Nichtraucherschutz BVerfGE 121, 317 (349, 357).

1798 Trapp, DVBl. 2015, 11 (16) mit Verweis auf BVerfGE 9, 213 ff.; 59, 172 ff.; 80, 1 ff.

1799 BVerfGE 7, 377 (414); 25, 236 (247); 78, 179 (192); 107, 186 (196).

gericht selbst gleichsetzt – der „Förderung der Volksgesundheit“.¹⁸⁰⁰ In jüngerer Zeit sprach das Gericht in diesem Zusammenhang dann auch konkreter von der „Gesundheitsversorgung der Bevölkerung“¹⁸⁰¹ oder dem „Gesundheitsschutz der Bevölkerung“¹⁸⁰² als zu schützendes, besonders wichtiges Gemeinschaftsgut.¹⁸⁰³ Neben den Berufsbeschränkungen können nach der Rechtsprechung des Gerichts aber auch Freiheitsbeschränkungen der Patienten selbst mit dem Verweis auf die Volksgesundheit gerechtfertigt werden. So können Meldepflichten über individuelle Gesundheitsdaten dann gerechtfertigt sein, wenn der Staat damit Gefahren, die der Volksgesundheit durch bösartige Ansteckungskrankheiten oder epidemische Leiden drohen, zu steuern sucht.¹⁸⁰⁴

In der Cannabis-Entscheidung ließ das Gericht allerdings erkennen, dass der Gesundheitsschutz der Bevölkerung nicht zwingend auf ein konkretisierbares Individualinteresse zurückgeführt werden müsse, sondern auch das soziale Zusammenleben als solches Schutzgegenstand sein könne. Es sei legitimes Ziel des Gesetzgerbers, die menschliche Gesundheit „sowohl des Einzelnen wie der Bevölkerung im Ganzen“ vor den von den Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen.¹⁸⁰⁵ Zur Erreichung dieses Zweckes sei es dem Gesetzgeber nicht verwehrt auch solche Verhaltensweisen unter Strafe zu stellen, die nicht unmittelbar für die Gesundheit Einzelner gefährlich seien. Vielmehr gehe es um die darüber hinaus gehende „Gestaltung des sozialen Zusammenlebens in einer Weise, die es von sozialschädlichen Wirkungen des Umgangs mit Drogen frei hält.“¹⁸⁰⁶ Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass die vom Genuss von Cannabisprodukten ausgehenden gesundheitlichen Gefahren erheblich seien, hielte als Gesamtkonzeption trotz gegenteiliger wissenschaftlicher Ansichten vor der Verfassung stand.¹⁸⁰⁷

1800 S. dazu BVerfGE 33, 125 (148).

1801 BVerfGE 78, 179 (192); 103, 172 (184).

1802 BVerfGE 107, 186 (196); BVerfGE 121, 317 (349), spricht von „Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren“.

1803 Vgl. auch Zuck, in: *Quaas/Zuck*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 8.

1804 BVerfGE 32, 373 (380).

1805 BVerfGE 90, 145 (174).

1806 BVerfGE 90, 145 (174); ähnlich auch BGH, Beschl. v. 25.9.1990 – 4 StR 359/90, NJW 1991, 307; krit. zur Begründung des BVerfG, insbesondere bezüglich der Heranziehung überindividueller Rechtsgüter Kniesel, ZRP 1994, 352 (355).

1807 BVerfGE 90, 145 (175 ff.).

2. Individualinteressen und Kollektivgüter – ein unauflösbarer Widerspruch?

In der Literatur wird der Frage, ob es ein über die aggregierten Individualgesundheiten hinausgehendes Kollektivgut der Bevölkerungsgesundheit geben kann zumindest skeptisch, größtenteils eher ablehnend begegnet. Die Kritik ist dabei entweder grundsätzlicher Natur und richtet sich gegen die Idee eines überindividuellen Kollektivguts an sich, oder aber sie wendet sich gegen ein über einen bloßen Gefahrenschutz hinausgehendes Bestreben der gesundheitlichen Verbesserung und Optimierung der Bevölkerung in ihrer Gesamtheit.

Huster gibt zu bedenken, dass die Volksgesundheit in einer auf dem Grundsatz des normativen Individualismus beruhenden freiheitlichen Ordnung als ein „schwieriges Rechtsgut“ zu betrachten sei. Verstehe man Gesundheit zuvörderst als ein privates Gut, könne sich die Volksgesundheit nur als „summative Bezeichnung für die individuellen Gesundheitszustände“ darstellen, würde aber keinen darüber hinausgehenden normativen Gehalt aufweisen.¹⁸⁰⁸ Der Einzelne sei damit nicht Bestandteil eines „Volkskörpers“, für dessen Gesundheit er verantwortlich wäre.¹⁸⁰⁹ Auch nach *Seewald* kann mit „Volksgesundheit“ oder „öffentlicher Gesundheit“ letztlich nur die Gesundheit jedes einzelnen Bürgers gemeint sein.¹⁸¹⁰

Ganz ähnlich verweist *Grimm* in diesem Zusammenhang darauf, dass das Grundgesetz den Staat auf das Grundprinzip der Menschenwürde und damit der Achtung personaler Autonomie verpflichte. An diesem Grundprinzip müsse er seine Machtausübung legitimieren. Die Schranken der Selbstbestimmung lägen jedoch grundsätzlich nur dort, wo die Ausübung eigener Autonomie die Autonomie anderer verkürzen oder zerstören würde. Die Beschränkung der Selbstbestimmung erfolge daher im Interesse der Ermöglichung eines friedlichen Zusammenlebens autonomer, aber so-

1808 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 21; gleichermaßen kritisch bezüglich des gerichtlichen Rekurses auf die „Volksgesundheit“ vor allem mit Blick auf das Betäubungsmittelstrafrecht *Hohmann/Matt*, JuS 1993, 370 (372 f.) m. w. N.; auch *Siegel*, Journal of Contemporary Health Law & Policy 2001, 359 (367), meint, dass ein Kollektivgut der Bevölkerungsgesundheit nur ein von den das Kollektiv konstituierenden Individualgütern abgeleitetes Gut sein könne; so auch *Anomaly*, Public Health Ethics 2011, 251 (255).

1809 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 21.

1810 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 103 f.; so auch *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 366.

zialbezogener Individuen – und nicht im Interesse eines „überindividuellen Kollektivwertes“.¹⁸¹¹ Gleichermassen betont *Haverkate*, dass sich das Verhältnis von Freiheit und Freiheitsschranken nur als Gegeneinander der Interessen der Bürger begreifen ließe. Ein Ausgleich dieser Interessen könne daher umso eher gelingen, als dass die konkreten Interessen individueller Personen ins Auge gefasst werden. Auch „sogenannte Kollektiv-Rechtsgüter“ müssten im Konfliktfall daraufhin überprüft werden, welche Individualinteressen der Bürger sie im konkreten Fall schützen. Es dürfte demnach „wohl keinen Fall geben, in dem man nicht ein ‚Kollektiv-Rechtsgut‘ auf Individualrechtsgüter, also auf die Freiheit des einzelnen, zurückführen könnte.“¹⁸¹²

Auch nach *Fischer* ist aus der Menschenwürdezentrierung und -verpflichtung des Verfassungsstaates zu folgern, dass es öffentliche Interessen, welche von vornherein im Gegensatz zu Individualinteressen stehen, nicht geben kann.¹⁸¹³ Öffentliche Interessen müssten daher stets „wenigstens indirekt“ und möglicherweise über lange Wirkungsketten letztlich auf Individualinteressen zurückzuführen sein; dies gelte auch für „Kollektivgüter“ wie die Volksgesundheit. In einer übermäßigen Zunahme typischer Selbstgefährdungen könne damit nicht ohne weiteres eine Gefahr für das öffentliche Interesse in Gestalt der Volksgesundheit gesehen werden. Um Grundrechtseingriffe rechtfertigen zu können, müssten durch die übermäßige Zunahme typischer Selbstgefährdungen Interessen beeinträchtigt werden, welche im Grundgesetz eine Stütze finden würden und letztlich auf Individualinteressen zurückzubinden seien.¹⁸¹⁴

Schließlich meint *Zuck*, es liege auf der Hand, dass es so etwas wie Gesundheit der Bevölkerung nicht geben könne. Angesichts des Diagnosefortschritts und der demographischen Entwicklung sei vielmehr von der Krankheit der Bevölkerung auszugehen. Da es jedoch keinen „Volkskörper“ gebe, könne es lediglich um die Vermeidung, Linderung oder Heilung von Krankheit beim Einzelnen gehen. Auch von Gesundheit selbst könne man daher nur in Bezug auf die konkrete Gesundheit des Einzelnen spre-

1811 Grimm, KritV 1986, 38 (47).

1812 Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 241.

1813 Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 169.

1814 Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 171.

chen.¹⁸¹⁵ Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung betreffen dann vielmehr die systematischen Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, um *individuelle* Gesundheitssorge gewährleisten zu können.¹⁸¹⁶

3. Weites Verständnis des Gemeinwohls

Sosehr die Skepsis voriger Ansichten gegenüber einem überindividuellen Gut der Bevölkerungsgesundheit mit Blick auf die Idee eines einheitlich zu schützenden „Volkskörpers“ vor allem auch in historischer Perspektive nachzuvollziehen ist¹⁸¹⁷, scheinen sie jedoch zu grundsätzlich in der generellen Ablehnung von über die individuellen Interessen hinausgehenden Gemeinwohlbelangen. Zunächst ist nochmals hervorzuheben, dass die Kompetenz über die Anerkennung von Staatszwecken im System des demokratischen Rechts- und Sozialstaates vorrangig beim demokratischen Gesetzgeber selbst liegt.¹⁸¹⁸ Grundsätzlich kann keine Aufgabe, die einem insbesondere gesetzlich ausgewiesenen Gemeinwohl verpflichtet ist, aus dem Kanon der Staatszwecke oder Staatsaufgaben ausgeschlossen werden.¹⁸¹⁹ Was Inhalt des Gemeinwohls ist, steht also jenseits verfassungsrechtlicher Vorfestlegungen nicht *a priori* fest, sondern wird durch den demokratischen Gesetzgeber in den Grenzen der Verfassung veränderlich definiert.¹⁸²⁰

1815 Zuck, in: *Quaas/Zuck*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 8.

1816 Zuck, in: *Quaas/Zuck*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 9; dementsprechend ordnet auch Sachs, in: *Stern* (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2, 1994, S. 352, Aspekte der Sicherung der Bevölkerungsgesundheit, wie etwa die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung und die Sicherung Qualität der Heilbehandlung, als solche Gemeinwohlbelange ein, welche direkt auf Individualinteressen gerichtet seien.

1817 Vgl. allg. auch Stettner, *Grundfragen einer Kompetenzlehre*, 1983, S. 202, nach dem es nicht verwundert, wenn im Zuge einer Gegenreaktion auf in der Vergangenheit Erlebtes und Erlittenes „Gemeinwohl“ so manchem nur als Leerformel, wenn nicht gar Verhüllungsideologie für die „Vergewaltigung“ der Einzelperson durch den Gemeinwillen gilt.

1818 S. oben Kap. 3 A.

1819 Zum Ganzen Scholz, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. III, 40. EL (Juni 2002); Art. 20a Rn. 5 f.; vgl. auch Volkmann, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 141 (149).

1820 Hillgruber, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HbStR*, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 8.

Zudem kann bei genauerer Betrachtung der Begriff des Gemeinwohls durchaus weiter verstanden werden als die bloße Gesamtheit partikularer Interessen. Nach *Isensee* verkörpert das Gemeinwohl „auf größter Abstraktionshöhe den Zweck, um dessentwillen die staatliche Organisation eingesetzt ist, und das Ziel aller Ziele, in deren sie sich stellt“. Es sei damit „Staatszweck und Staatsziel zugleich“ und damit die Sache, für die sich die Bürger „einsetzen, Opfer bringen und Eigeninteressen zurücknehmen“. Aus dem grundsätzlichen Spannungsverhältnis zwischen Gemeinwohl und individuellen Partikularinteressen müsse jedoch nicht notwendigerweise ein Gegensatz folgen, denn der Idee nach würden die „Partikularinteressen der einzelnen Mitglieder im Gemeinwohl ‚aufgehoben‘, und das im hegelianischen Mehrfachsinn, daß sie aus ihrer subjektiven Vereinzelung gelöst, auf das Niveau des Objektiv-Allgemeinen gehoben und dort bewahrt und gewährleistet werden.“¹⁸²¹ Das Gemeinwohl gehe damit nicht aus der bloßen Häufung privater Interessen hervor. Es habe vielmehr eine eigene, spezifische Qualität, „weil es die Einheit des Gemeinwesens in seinen Zielen und darin das ‚allgemeine‘ Interesse verkörpert, das alle Bürger über ihre divergierenden privaten Interessen hinweg verbindet.“¹⁸²² Es ist also grundsätzlich möglich, Gemeinwohlinteressen zu konstruieren, welche sich nicht schon in der grundrechtlichen Gewährleistung von individuellen Freiheiten erfüllen, sondern einen darüber hinausgehenden öffentlichen Zweck verfolgen.¹⁸²³ Entsprechende Gemeinwohlüberlegungen können etwa an allgemeinen Grundwerten wie Würde, Gleichheit und sozialer Gerechtigkeit ausgerichtet sein.¹⁸²⁴ Insbesondere können aber auch staatsstrukturelle Belange wie etwa eine funktionierende Rechtspflege, die Effektivität von Normsetzung und Normenvollzug, Fragen der Gefahrenabwehr und Sicherheit¹⁸²⁵, die Staatsfinanzen, Außenbeziehungen, wirt-

1821 Zum Ganzen *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 11.; so auch *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 70, nach dem das Gemeinwohl heute kein Gegenbegriff mehr zum privaten Interesse ist.

1822 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 36.

1823 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 13 u. 36; vgl. auch *Vorländer*, Verfassung und Konsens, 1981, S. 228 ff.; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 35 f., spricht von objektiven Staatszwecken.

1824 *Ress*, VVDStRL 48 (1990), 56 (70 f.); *Vorländer*, Verfassung und Konsens, 1981, S. 228.

1825 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 35 ff.

schafts- und währungspolitische, arbeitsmarktpolitische sowie infrastrukturelle Belange als überindividuelle Gemeinwohlgüter verstanden werden.¹⁸²⁶

Solche sehr allgemein gefassten öffentlichen Interessen bleiben in ihren Konturen oft unscharf und unbestimmt.¹⁸²⁷ Sie erleiden dadurch oftmals einen „Profilverlust“, welcher die normative Handhabung erschwert.¹⁸²⁸ Die Staatsorgane haben allerdings auch kein Monopol darauf, das Gemeinwohl zu definieren und zu realisieren.¹⁸²⁹ Vielmehr sind zur Konkretisierung und Aktualisierung der Gemeinwohlablange in einer freiheitlichen Verfassung alle gesellschaftlichen Kräfte berufen.¹⁸³⁰ Während die Kompetenz für das „gute Leben“ des Gemeinwesens zuvörderst den Individuen und Gruppen zufällt, die selber an diesem Leben teilhaben, obliegt es den Staatsorganen hingegen primär, die äußeren Bedingungen dafür zu schaffen und zu erhalten. Insbesondere haben sie dabei die Initiative und Autonomie der Grundrechtsträger zu respektieren und zu fördern.¹⁸³¹ Das Bundesverfassungsgericht führt zu dieser Verantwortungsteilung aus: „Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell allumfassende Staatsgewalt verfaßt, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen. Die Gewährleistung der Freiheitsrechte ist Ausdruck dafür, daß das Grundgesetz den Staat nicht als den Hüter eines Heilsplans versteht, kraft dessen er legitimiert erschiene, dem Menschen die Gestaltung seines Lebens bis in die innersten Bereiche seines Glaubens und Denkens hinein

1826 Weitere Beispiele aufzählend *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 353 f. m. w. N.

1827 *Ress*, VVDStRL 48 (1990), 56 (114), meint gar, dass das sachliche Substrat des Gemeinwohls – von Fällen negativer Evidenz abgesehen – auch gar nicht näher präzisierbar sei; ähnlich *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 31, nach dem sich öffentliche Interesse nicht abstrakt definieren, sondern nur der jeweiligen materiell-, funktionell-, kompetenz- und verfahrensrechtlichen Problemlage entsprechend besonders und partiell konkretisieren lassen.

1828 *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 57.

1829 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 10 f.; *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 50 u. 203 f.

1830 *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 57 ff.; *Stettner*, Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, S. 73.

1831 *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 10 f.

verordnen zu dürfen.“¹⁸³² Die Ausrichtung des Grundgesetzes an der Würde und Freiheit des Menschen führt dabei tendenziell zu einer Zurückdrängung rein kollektivistischer Gemeinwohlvorstellungen.¹⁸³³ Vollkommen ausgeschlossen sind sie dadurch nicht. Werden kollektive Güter jedoch zur Einschränkung individueller Freiheitsrechte angeführt, unterliegen sie grundsätzlich einer erhöhten Rechtfertigungslast.¹⁸³⁴ Die Rückbindung an individualisierbare Interessen macht sie wiederum im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung konkreter fassbar und entspricht auch mehr der freiheitlich-liberalen Konstruktion des Grundgesetzes.¹⁸³⁵

4. Dimensionen der Bevölkerungsgesundheit

a) Der Gesundheitszustand der Bevölkerung

Betrachtet man nun das Gut der Bevölkerungsgesundheit genauer, lassen sich neben individuellen durchaus auch kollektive bzw. öffentliche Interessen ausmachen. Primär ist Gesundheit natürlich auf den Einzelnen bezogen, es ist damit vorrangig ein Individualinteresse.¹⁸³⁶ Es sind damit zunächst die aggregierten Einzelbelange, die das Gemeinschaftsgut der Bevölkerungsgesundheit prägen. Darüber hinaus kann der Staat allerdings auch das Interesse verfolgen, die Gesundheit der Bevölkerung losgelöst vom individuellen Körper politisch zu organisieren und zu steuern.¹⁸³⁷ Hinter dem Begriff der Bevölkerungsgesundheit steht dann das Interesse des Staates an der Erhaltung eines „gesunden Bürgerbestandes“ und einer „lebensfähigen Gesellschaftsordnung“, mithin der Funktionsfähigkeit der

1832 BVerfGE 42, 312 (332).

1833 Ress, VVDStRL 48 (1990), 56 (71).

1834 Ress, VVDStRL 48 (1990), 56 (114); vgl. auch Alexy, VVDStRL 48 (1990), S. 121 (122 f.), der einen faktischen Vorrang von individuellen Rechten vor kollektiven Gütern sieht.

1835 Vgl. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 65 ff.; krit. gegenüber der Entwicklung Kollektivbelange zu versubjektivieren Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 39 f., da dies zu einer schwer fassbaren „dialogischen“ Grundrechtsabwägung führe.

1836 So auch Sachs, in: Stern (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 352; Welti, GesR 2015, 1 (2 f.).

1837 Im Sinne einer Bio-Politik nach Foucault, Der Wille zum Wissen, 19. Aufl. 2012, S. 134 ff.; vgl. dazu auch Gehring, in: Kammler/Parr/Schneider (Hrsg.), Foucault-Handbuch, 2014, S. 230 ff.

Gesellschaft als solche.¹⁸³⁸ Die Bevölkerungsgesundheit erhält hier einen instrumentellen Charakter für eine übergeordnete Biopolitik des Staates, welche darauf ausgerichtet ist, die Bevölkerung als Ressource des Staates produktiv zu machen und zu regulieren, mit dem Ziel die Leistungsfähigkeit der ganzen Bevölkerung zu sichern und zu steigern.¹⁸³⁹ Die Fortpflanzung, die Geburten- und Sterblichkeitsrate, das Gesundheitsniveau, die Lebensdauer und die Langlebigkeit mit allen ihren Variationsbedingungen werden im Rahmen einer solchen Biopolitik zu bedeutsamen Größen staatlicher Kontrolle und Regulierung.¹⁸⁴⁰ Einen Niederschlag findet eine entsprechende Politik auch im Grundgesetz, welches den Staat zur nachhaltigen Entwicklung und damit zum Schutz der Lebensgrundlagen künftiger Generationen verpflichtet (v.a. Art. 20a GG)¹⁸⁴¹. Als Teil dieser Zukunftsvorsorge kann nicht nur die ökologische und kulturelle, sondern auch die demographische Dimension gesehen werden, also die Sorge für den Bestand und die Entwicklung der Bevölkerung.¹⁸⁴² Es geht hier letztlich um die Selbstbehauptung des Gemeinwesens.¹⁸⁴³

1838 Beulke/Schröder, NStZ 1991, 393 (394); Prävention ist im Sozialversicherungsrecht immer auch auf die Erhaltung der Erwerbsfähigkeit bezogen, vgl. Kießling, RW 2016, 597 (611).

1839 Vgl. Baier, in: Seewald/Schoefer (Hrsg.), Zum Wert unserer Gesundheit, 2008, S. 111 (123); Hamburg Center for Bio-Governance, <https://www.bio-governance.uni-hamburg.de/issues/biopolitik.html> (Stand: 6.4.2017); Frenzel, DÖV 2007, 243 (246).

1840 Foucault, Der Wille zum Wissen, 19. Aufl. 2012, S. 135; vgl. auch Koppelin/Müller, in: Paul/Schmidt-Semisch (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 73 (77 f.).

1841 Statt vieler Murswieck, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20a Rn. 32.

1842 Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 82; Seiler, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 81 Rn. 9, spricht vom Gemeinwohlinteresse einer „kontinuierlichen Bevölkerungsentwicklung“; vgl. auch Beulke/Schröder, NStZ 1991, 393 (394) u. Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 251 f.

1843 Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 82; vgl. auch die Entscheidung des BVerfG zum Verbot des Geschwisterinzests, bei der das Gericht das Verbot auch zum Schutz des Erbguts des Volkes und damit der Gesundheit der Bevölkerung als gerechtfertigt ansah, BVerfGE 120, 224 (243 ff.). Es ist allerdings sehr fraglich, ob eugenische Gesichtspunkte insb. angesichts Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG tragfähiger Zweck staatlichen Handelns, geschweige denn einer Strafnorm, sein können, dies ausdrücklich ablehnend Richter Hassemer in seinem Sondervotum, BVerfGE 120, 244, 255 (258 f.).

Aus dem soeben Erörterten ergibt sich jedoch, dass solche kollektiven öffentlichen Belange einer erhöhten Rechtfertigungslast unterliegen, wenn zu ihrem Schutz Freiheitsrechte des Einzelnen eingeschränkt werden sollen. Es ist dann genauestens zu prüfen, ob die infrage stehenden Maßnahmen überhaupt geeignet sind, das angeführte Gemeinschaftsgut zu fördern und ob sie zu noch angemessenen Freiheitsbeschränkungen führen. Hier zeigt sich dann insbesondere im Rahmen der „bloßen“ Gesundheitsförderung die argumentative Begrenztheit eines überindividuell verstandenen Schutzzguts der Bevölkerungsgesundheit.¹⁸⁴⁴ Ziel ist nämlich nicht die Abwehr einer unmittelbaren oder auch nur mittelbaren Gefahr für den Bestand der Bevölkerung als solche, sondern primär die allgemeine Verbesserung des Gesundheitszustandes. Ein entsprechendes Ziel ist nicht nur sehr weit entfernt von den oben beschriebenen, für den Bestand und das Funktionieren des Staates und Gemeinwesens wichtigen öffentlichen Belangen. Es besteht auch nur ein sehr entfernter Bezug zu schützenswerten Individualinteressen. Die notwendig durch kollektives Zusammenwirken erzielbaren Erfolge in der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention lassen sich oft nur für die Bevölkerung als Ganze identifizieren und sind nur im begrenzten Maße auf konkrete Einzelpersonen zurückführbar.¹⁸⁴⁵ Nutznießer einer „guten“ Bevölkerungsgesundheit sind damit eine unbestimmte Anzahl nicht einzeln konkretisierbarer Individuen.¹⁸⁴⁶ Lange, unklare Wirkungsketten zwischen individuellem Verhalten und Einfluss auf die statistische Bevölkerungsgesundheit erschweren es damit, an die gesamte Bevölkerung gerichtete Maßnahmen bereits als geeignet und

1844 Als Ausnahme mag hier die im Rahmen der Impfpflicht angesprochene Herdenimmunität gelten, in der teilweise ein besonderes öffentliches Gut erblickt wird, vgl. etwa *Dawson*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), *Ethics, Prevention, and Public Health*, 2007, S. 160 ff., wenngleich von einer Herdenimmunität durchaus individualisierbare Interessen der nicht Impffähigen geschützt werden sollen; allg. krit. *Marckmann*, *Ethik in der Medizin* 2010, 207 (214), nach dem das Ziel der Erreichung einer hohen Durchimpfungsrate und der damit verbundenen Herdenimmunität die Anwendung von Zwang kaum rechtfertigen kann, da in aller Regel angemessene Maßnahmen (Informationskampagnen, gezielte Kontrolle, effektive Risikokommunikation) zur Verfügung stehen.

1845 Vgl. *Verweij/Dawson*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), *Ethics, Prevention, and Public Health*, 2007, S. 13 (22 ff.); *Gostin/Stone*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), *Ethics, Prevention, and Public Health*, 2007, S. 59 (61 ff.); vgl. auch oben Kap. 1 C IV.

1846 Vgl. *Verweij/Dawson*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), *Ethics, Prevention, and Public Health*, 2007, S. 13 (24).

erforderlich qualifizieren zu können. Während in den gesundheitswissenschaftlichen Konzepten oft ein bevölkerungsweiter Ansatz aufgrund höherer gesamtgesellschaftlicher Effektivität bevorzugt wird¹⁸⁴⁷, verlangt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hier vielmehr nach Diversifizierung und Zielgruppenspezifität. Gesundheitsfördernde Maßnahmen erscheinen aus verfassungsrechtlicher Sicht eher legitim, wenn es um die Gefährdung bestimmter Risikogruppen (etwa den Kindern und Jugendlichen, körperlich hart arbeitenden Menschen, Risikosportlern etc.) geht als um eine Gefahr für die Bevölkerung in ihrer Gesamtheit.¹⁸⁴⁸

b) Die Funktionsfähigkeit staatlicher Organisation

Hinter dem Schutz der Bevölkerungsgesundheit können sich jedoch auch andere öffentliche Zwecke verbergen. Maßnahmen, welche mit dem Schutz der Bevölkerungsgesundheit gerechtfertigt werden, beziehen sich in aller Regel auf Belange der Funktionsfähigkeit des Systems der Gesundheitsvorsorge und -versorgung.¹⁸⁴⁹ In diesen auf das öffentliche Gesundheitssystem bezogenen Gemeinwohlberwägungen ist der Kern der kollektiven Dimension der Bevölkerungsgesundheit zu erblicken. Ziel ist hier die Her- und Sicherstellung derjenigen Verhältnisse, welche ein Leben in Gesundheit ermöglichen.¹⁸⁵⁰ Dies umfasst insbesondere die Sicherstellung der medizinischen Versorgung und damit verbundene Belange wie die Vermeidung hoher Belastungen der Sozialversicherungsträger, der Leis-

1847 Vgl. statt vieler etwa *Verweij/Dawson*, Public Health Ethics 2012, 213 ff. m. w. N., welche darauf verweisen, dass ein bevölkerungsweiter Ansatz von Interventionsstrategien, welcher auf die Reduzierung des durchschnittlichen Risikos der Gesamtbevölkerung gerichtet sei, einen statistisch viel größeren Einfluss auf die Reduzierung von Morbidität und Mortalität aufweise als auf Hochrisikogruppen fokussierte Maßnahmen.

1848 Ähnlich etwa *Frenzel*, DÖV 2007, 243 (247), nach dem in den meisten Fallkonstellationen nach Gruppen differenziert werden muss, die Gesundheit der Bevölkerung also fragmentiert wird.

1849 Vgl. Zuck, in: *Quaas/Zuck*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 9; Sachs, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 352; Gostin/Stone, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 59 (64 f.).

1850 Vgl. *Meier/Mori*, Columbia Human Rights Law Review 2005, 101 (121), nach denen entsprechende Gemeinwohlbelange gar zu einem kollektiven Recht auf Gesundheit erstarken.

tungsfähigkeit der Versichertengemeinschaft sowie die Sicherung der finanziellen Stabilität.¹⁸⁵¹ Es können aber auch allgemeine Grundwerte wie Gleichheit und soziale Gerechtigkeit im Vordergrund stehen.¹⁸⁵² So erblickt Welti etwa in einem „sozialen Gesundheitswesen“ ein solches öffentliches Gut, dessen gesellschaftlicher Nutzen über die Summe der je individuellen Nutzen hinausreicht. Neben dem individuellen Schutz vor den Folgen gesundheitlicher Beeinträchtigungen könnte die soziale Sicherheit bei Krankheit und Behinderung auch der gesellschaftlichen Produktivität der Arbeitskräfte nutzen, Effektivität und Effizienz des Gesundheitssystems im Vergleich zu einer Privatisierung des Risikos erhöhen und dazu beitragen, soziale Ungleichheit zu begrenzen.¹⁸⁵³ Insbesondere in diesem an allgemeinen Grundwerten ausgerichteten Gemeinwohlverständnis wird deutlich, dass Individualrechte und Kollektivinteressen in Bezug auf Gesundheit nicht nur als Gegensätze, sondern vielmehr als sich einander ergänzende, auf dasselbe Ziel ausgerichtete Interessen verstanden werden können.¹⁸⁵⁴

c) Bevölkerungsgesundheit als bloße „Chiffre“

Betrachtet man die verschiedenen Dimensionen der „Bevölkerungsgesundheit“, so ist für die Frage, ob und inwieweit diese im konkreten Fall als tauglicher Gemeinwohlbelang herangezogen werden kann, insbesonde-

1851 Sachs, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 353 f. mit Verweis auf BVerfGE 12, 144 (149); 14, 288 (300 f.); 64, 87 (106).

1852 Gostin/Stone, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 59 (64 f.).

1853 Welti, GesR 2015, 1 (2 f.); ähnlich auch Verweij/Dawson, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 13 (22 ff.), welche darauf hinweisen, dass wenn man in dem Ziel einer gleichmäßigeren Verteilung von Gesundheit eine Verbesserung der Bevölkerungsgesundheit erkennen wolle, sich diese Verbesserung nicht mit der bloßen Aggregation bloßer Individualgesundheiten erklären lasse, da die aggregierte Gesamtgesundheit ja bei einer bloß anderen Verteilung gleich bleibe; krit. dazu Coggon, What Makes Health Public?, 2012, S. 41 ff.

1854 So auch Meier/Mori, Columbia Human Rights Law Review 2005, 101 (134 ff.); einen solchen Konflikt zwischen gesundheitsförderndem Staat und Individualrechten hingegen grundsätzlich heraufbeschwörend Goodman, Journal of Medicine and Philosophy 2005, 643 (644).

re die Abstraktionsebene entscheidend, auf welcher der Staat für die Notwendigkeit des von ihm verfolgten Rechtsgüterschutzes argumentiert. Der Begriff der Bevölkerungsgesundheit stellt sich hier in aller Regel als „politisches Fernziel“¹⁸⁵⁵ und damit letztlich als bloße „Chiffre“¹⁸⁵⁶ für verschiedenste gesundheitspolitische Belange dar. Eine für die Interessenabwägung notwendige Aussagekraft gewinnen diese Belange regelmäßig nicht bereits im Abstrakten, sondern erst unter Betrachtung der konkreten Ziele und Maßnahmen. Nicht die „Gesundheit der Bevölkerung“ bestimmt die Gewichte innerhalb des Abwägungsvorgangs, sondern der funktionale Bezug zwischen dem zu beschränkenden Verhalten und dem konkretisierten Teilaspekt des Gemeinwohlbelanges der Bevölkerungsgesundheit.¹⁸⁵⁷ Dementsprechend betonte auch das Bundesverfassungsgericht, dass etwa Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit, die sich auf die Abgabe von Arzneimitteln beziehen, zwar im weitesten Sinne der Gesundheit der Bevölkerung dienten. Um zwischen dem Gemeinwohlnutzen und den Grundrechtsbelastungen der Betroffenen jedoch „sinnvoll“ abwagen zu können, müsse ein hinreichend spezifischer Bezug zwischen gesetzlich angeordneter Maßnahme und dem Gemeinschaftsgut bestehen. Auch zur Begründung von Eignung und Erforderlichkeit sei ein nachvollziehbarer Wirkungszusammenhang notwendig. Je enger der Bezug von Vorschriften zu einem Schutzgut sei, desto eher ließen sich auch Grundrechtseingriffe rechtfertigen. Stehe dagegen die grundrechtliche Beschränkung nur in einem entfernten Zusammenhang zum Gemeinschaftsgut, so könne dies nicht generell Vorrang vor der grundrechtlich geschützten Freiheitsausübung beanspruchen.¹⁸⁵⁸

Der alleinige Verweis auf irgendwelche abstrakten gesundheitspolitischen Ziele („Verbesserung der Bevölkerungsgesundheit“) ist damit grundsätzlich nicht als ausreichend anzusehen, um die hier infrage stehenden Einschränkungen der gesundheitlichen Selbstbestimmung rechtfertigen zu können.¹⁸⁵⁹ Ist das Ziel die risikobezogene Gesundheitsvorsorge, so kann sich der Staat nicht durch den diffusen Verweis auf die „Volksge-

1855 Zuck, in: *Quaas/Zuck*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 9.

1856 Trapp, DVBl. 2015, 11 (16).

1857 Zuck, in: *Quaas/Zuck*, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 9.

1858 BVerfGE 107, 186 (197); allg. zum Erfordernis der fallbezogenen Gewichtung legitimer Gemeinwohlbelange Kluckert, JuS 2015, 116 ff.

1859 Mit ähnlicher Richtung, aber auf Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit beziehend Trapp, DVBl. 2015, 11 (16), nach dem der Schutz der Volksgesundheit

sundheit“ der konkreten Benennung der Art und des Ausmaßes des infrage stehenden Risikos entziehen.¹⁸⁶⁰ Dies ist besonders dort problematisch, wo gesundheitspolitische Selbstverpflichtungen, die Unterzeichnung internationaler Gesundheitsziele oder Kosten-Nutzen-Analysen den Anlass zu Zwangsmaßnahmen bilden, da hier die Gefahr besteht, dass die Entscheidungsbefugnis nicht risikobezogen, sondern strukturell vom Staat beansprucht wird.¹⁸⁶¹ Der Würdebezug der gesundheitlichen Selbstbestimmung ermahnt den Gesetzgeber vielmehr dazu, den Einzelnen als autonomes Wesen wahrzunehmen, welches sich in verantwortungsvoller und auch solidarischer Weise um sich und seine gesundheitlichen Belange kümmern kann und diese Verantwortung auch in *sozialer* Weise wahrnimmt. Ihn dabei zu unterstützen und vor allem die Ansichten und Bedürfnisse des Einzelnen mit in den Prozess einzubeziehen, sollte daher einem staatlich oktroyierten Leitbild eines „gesunden“ Menschen vorzuziehen sein.

Geht es um die letztlich nur statistische Verbesserung oder Optimierung eines allgemeinen Gesundheitsniveaus als solchem, so weist das Gemeinwohlziel der Bevölkerungsgesundheit wenn überhaupt nur ein sehr schwaches argumentatives Gewicht auf. Das hier in Frage stehende allgemeine Gesundheitsverhalten kann wohl kaum eine dringende oder systematische Gefahr für den Bestand der Bevölkerung als solche darstellen. Vielmehr besteht das Risiko, dass der Einzelne, der seine individuelle Freiheit in den Dienst der kollektiven Gesundheit stellen muss, eine Herabwürdigung zum bloßen Objekt staatlichen Handelns erfährt. Das Gut der Bevölkerungsgesundheit lässt in dieser Interpretation keinen Raum für das private Interesse individueller Freiheit und offenbart damit ein geradezu vordemokratisches Gemeinwohlverständnis, welches sich nicht mehr mit der freiheitlich-liberalen Konstruktion des Grundgesetzes vereinbaren lässt.¹⁸⁶²

als Ziel nur im Umfang einer der körperlichen Unversehrtheit der Bürger konkret drohenden Gefahr bzw. eines insofern bestehenden bestimmten Risikos legitim ist.

1860 Trapp, DVBl. 2015, 11 (16).

1861 Trapp, DVBl. 2015, 11 (16).

1862 Vgl. auch Trapp, DVBl. 2015, 11 (16), welcher ein solches Ziel mit dem Wesensgehalt der bereichsspezifischen Ausgestaltung der freiheitlichen Grundordnung in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG unvereinbar hält; allg. zur Unvereinbarkeit vor-demokratischer Gemeinwohlvorstellungen mit dem Grundgesetz Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 143 f.

Es vermag in dieser Hinsicht Eingriffe in die individuelle Selbstbestimmung nicht zu rechtfertigen.¹⁸⁶³

Von einer Gefährdung der Bevölkerungsgesundheit durch allgemeines Gesundheitsverhalten kann letztlich wohl nur dann ausgegangen werden, wenn man die Kostenverursachung und damit die potenzielle finanzielle Belastung der Versichertengemeinschaft in den Blick nimmt. Die Verringerung und Vermeidung der durch ungesundes Verhalten (vermeintlich) entstehenden Kosten scheint oftmals das wirkliche Ziel gesundheitsfördernder Maßnahmen zu sein.¹⁸⁶⁴ Das Schutzbau der Bevölkerungsgesundheit mag dann als weniger nüchternes und realpolitisches „Fernziel“ erwähnt werden, das tatsächlich zu schützende Gemeinschaftsinteresse ist dann jedoch bereits konkretisiert. Ist Zweck der staatlichen Verhaltenssteuerung jedoch die Sicherstellung finanzieller Stabilität und nicht eine unmittelbare Verbesserung und Optimierung der Bevölkerungsgesundheit als solche, dann ergeben sich ganz andere, neue Interessenkonstellationen, welche es gesondert zu diskutieren gilt.

-
- 1863 Nichts anderes ergibt sich, wenn man die Bevölkerungsgesundheit als bloße Aggregation der Individualgesundheiten sieht. Wenn der Staat schon nicht davon ausgehen kann, mit (manipulativen) gesundheitsfördernden Maßnahmen bloß die wohlverstandenen Eigeninteressen des individuellen Steuerungsadressaten zu verfolgen, kann er wohl auch nicht davon ausgehen, mit denselben Maßnahmen die Interessen aller Steuerungsadressaten als Gesamtheit zu verfolgen. Vielmehr kann man hinter einer in diesem Sinne verstandenen Bevölkerungsgesundheit nichts anderes als die Gesamtheit der Gesundheit der Einzelnen erblicken, welche sich durch ihr vermeintlich ungesundes Verhalten wenn überhaupt nur (freiwillig) selbst schädigen, vgl. Kniesel, ZRP 1994, 352 (355). Es wäre mithin widersinnig, Maßnahmen zum Selbstschutz und zur Selbstverbesserung mit Blick auf das Kollektiv zu billigen, wenn diese hinsichtlich des Individuums überwiegend missbilligt werden, ähnlich auch Schwabe, JZ 1998, 66 (74).
- 1864 Vgl. etwa die Ausführungen des BVerfG in der Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von Bonusregelungen bei Leistungen für Zahnersatz, welche unmissverständlich verdeutlichen, dass die Verbesserung des allgemeinen Zahngesundheitszustands der Versichertengemeinschaft nur Mittel zum Zweck ist, die Kostenbelastung der gesetzlichen Krankenversicherung in Grenzen zu halten, Beschl. v. 09.07.2004 – 1 BvR 258/04, NZS 2004, 650; am Beispiel der Verringerung von Übergewicht veranschaulichend *Anomaly*, Public Health Ethics 2012, 216 (218).

IV. Schutz der Solidargemeinschaft - zwischen Solidarität und Eigenverantwortung

1. Der Schutz vor Kostenbelastung als Gemeinwohlbelang

Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sollen neben dem individuellen Wohl der Versicherten insbesondere auch der Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung dienen.¹⁸⁶⁵ Diese Zielsetzung ist grundsätzlich als wichtiger Belang des Allgemeininteresses und damit als legitimer Zweck staatlichen Handelns anerkannt.¹⁸⁶⁶ Im Mittelpunkt steht das Interesse der Versichertengemeinschaft, soziale Lasten im Sinne der „Fairness“ verursachungsgerecht zu verteilen und so die Abwälzung individuell eingegangener Risiken auf die Gemeinschaft zu verhindern.¹⁸⁶⁷ Hintergrund ist letztlich der ökonomische Gedanke, durch „moralisches Fehlverhalten“¹⁸⁶⁸ entstehende externe Kosten zu internalisieren, um so ein Wohlfahrtsoptimum zu erreichen.¹⁸⁶⁹

Das Bundesverfassungsgericht sieht verschiedenste Freiheitsbeschränkungen zur Vermeidung finanzieller Belastungen der Allgemeinheit als zulässig an¹⁸⁷⁰ und betont in ständiger Rechtsprechung, dass es sich bei der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung um einen *übergagend* wichtigen

1865 So sind etwa Bonusleistungen nach § 65a SGB V explizit dazu bestimmt Einsparungen und Effizienzsteigerungen zu erreichen (§ 65a SGB Abs. 3). Gemäß Abs. 3 S. 3 dieser Vorschrift dürfen keine Boni für solche Versorgungsformen gewährt werden, die keine Einsparungen erzielen, vgl. auch Kluth/Bauer, ZSR 2011, 341 (353 f. u. 356).

1866 Kluth/Bauer, ZSR 2011, 341 (356) m. w. N.; Leisner, in: Sodan (Hrsg.), Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer, 2004, S. 15 (19 ff.).

1867 Vgl. etwa Schneider, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 64; Littwin, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993, S. 20; Münnich, VSSR 1981, 197 (202 ff.).

1868 Etwa in Form eines sog. Trittbrettfahrerverhaltens (*free riding*), vgl. Münnich, VSSR 1981, 197 (202 f.).

1869 Vgl. Suhrcke, in: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 38 (45). Fraglich ist allerdings, inwieweit dieser Gedanke im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung verfängt, geht ein Ausbau der „Selbstverantwortung“ doch unweigerlich mit einem Abbau des eigentlich wohlfahrtsfördernden Versicherungsschutzes einher, vgl. Rothgang/Dräther, ZSR 2003, 531 (542 f.).

1870 Vgl. nur BVerfGE 59, 275 (279); BVerfGE 103, 172 (184 ff.).

Gemeinwohlbelang handelt.¹⁸⁷¹ Soll die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung mit Hilfe eines Sozialversicherungssystems erreicht werden, dürfe sich der Gesetzgeber auch von Belangen der Finanzierbarkeit bei der Ausgestaltung des Systems und bei der damit verbundenen Steuerung des Verhaltens der Leistungserbringer leiten lassen.¹⁸⁷² Gleichermassen könnten auch die Versicherten in die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, etwa durch Erhöhung der Beitragsätze und Leistungseinschränkungen, eingebunden werden.¹⁸⁷³ Konkret auf Anreize zu gesundheitsförderndem Verhalten bezogen, beschäftigte sich das Gericht mit der Verfassungsmäßigkeit von Bonusregelungen bei Leistungen für Zahnersatz.¹⁸⁷⁴ Die Festsetzung eines höheren Eigenanteils für eine zahnprothetische Behandlung im Falle ausgebliebener zahnärztlicher Untersuchungen sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; dies trotz objektiv gepflegten und gesunden Zahnbestands und trotz mangelnden Nachweises, dass die Behandlung durch das Unterbleiben der Untersuchungen erforderlich geworden ist. Der Gesetzgeber dürfe bei der Festsetzung der Höhe der Leistungen für Zahnersatz das Ziel verfolgen, die Versicherten zu regelmäßigen zahnärztlichen Untersuchungen zu bewegen, da die gesetzliche Regelung dazu beitragen soll, allgemein den Zahn-gesundheitszustand der Versichertengemeinschaft zu verbessern und dadurch die Kostenbelastung der gesetzlichen Krankenversicherung im Rahmen der zahnärztlichen Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz in Grenzen zu halten. Hinsichtlich des Kausalitätsnachweises könne sich der Gesetzgeber mit einer typisierenden Betrachtung begnügen. Seine Einschätzung, dass eine intensive zahnärztliche Kontrolle dazu beitrage, krankhafte Veränderungen am Zahnbestand frühzeitig erkennen und deshalb mit noch relativ geringem Aufwand beseitigen zu können, sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Er verfolge auf diese Weise mit verhältnismäßigen Mitteln ein gesundheitspolitisch legitimes Ziel.¹⁸⁷⁵

1871 BVerfG, Beschl. v. 4.2.2004 – 1 BvR 1103/03, NZS 2005, 479 (480); BVerfGE 103, 172 (184 f.); 82, 209 (230); 70, 1 (30); s. dazu auch *Steiner*, MedR 2003, 1 (6); *Sodan*, in: *Sodan* (Hrsg.), Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer, 2004, S. 9 (11), kritisiert dies als stereotyp wiederholte und nie näher begründete Formel.

1872 BVerfGE 103, 172 (186) mit Verweis auf BVerfGE 70, 1 (30).

1873 BVerfGE 103, 172 (186) mit Verweis auf BVerfGE 70, 1 (30).

1874 BVerfG, Beschl. v. 09.07.2004 – 1 BvR 258/04, NZS 2004, 650.

1875 Zum Ganzen BVerfG, Beschl. v. 09.07.2004 – 1 BvR 258/04, NZS 2004, 650.

In welchem Maße die mögliche Belastung der sozialen Sicherungssysteme ein hinreichendes Drittinteresse darstellt, um eine Intervention zur Förderung oder Vermeidung gesundheitlich relevanten Verhaltens zu rechtfertigen, wird in der rechtswissenschaftlichen Diskussion jedoch unterschiedlich beurteilt.¹⁸⁷⁶ Kritisieren lässt sich die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts vor allem mit der Überlegung, dass die verpflichtende Sozialversicherung für den Bürger bereits weitreichende (finanzielle) Zwänge begründet. Dem Einzelnen über den Versicherungszwang hinausgehende Verhaltenspflichten aufzuerlegen, mit dem Argument, zusätzliche Kostenbelastung zu vermeiden, obwohl die Kostenbelastung der Gemeinschaft erst durch den Versicherungszwang etabliert wurde, wirkt zirkulär. So sieht Dietlein hier die Gefahr, dass mittels der kostenrechtlichen Argumentation des Bundesverfassungsgerichts der für den Bürger eingerichtete Sozialstaat „zum Bumerang“ werden könnte, verlange er doch letztlich ein Verhalten, welches den Sozialstaat möglichst nicht in Anspruch zu nehmen brauche.¹⁸⁷⁷ Eine solche Konstruktion führe dazu, durch die „Hintertüre des Sozialstaats“ eine Rechtspflicht zu „vernünftigem“ Verhalten zu statuieren und dem Recht auf autonome Entscheidung über das Eingehen von Risiken den Boden zu entziehen.¹⁸⁷⁸ Die kostenrechtliche Betrachtung könne daher allenfalls in Ausnahmefällen *erheblicher* und damit *gemeinschaftsrelevanter* finanzieller Belastungen der Allgemeinheit durch das selbstgefährdende Verhalten des Grundrechtsträgers ein Recht des Staates zum Grundrechtsschutz gegen den Willen des zu Schützenden begründen.¹⁸⁷⁹

Auch Doebring meint, dass es mit dem Argument des gezwungenermaßen bereits beträchtlichen Beitrags des Einzelnen zur Allgemeinversorgung, „gut vertretbar“ sei, dass regelmäßig das Unterlassen einer Selbstgefährdung nur dann staatlich befohlen werden könne, wenn qualitativ und quantitativ die Gefahren für das Allgemeinwohl und die Belastung der

1876 Vgl. Schmolke, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 34 u. 68 f. m. w. N. sowie Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 369 ff.

1877 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 229.

1878 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 229.

1879 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 229.

Allgemeinheit ein „ganz erhebliches“ Maß erreichen.¹⁸⁸⁰ Zu Recht weist er jedoch auch darauf hin, dass es nicht selbstverständlich sei, auch demjenigen uneingeschränkt zu helfen, der trotz vollständiger Information ein Selbstrisiko erzeuge. So könne man auch den Standpunkt vertreten, dass entweder Freiheit mit Risikobereitschaft zu bezahlen sei oder dass derjenige, der in jedem Falle Schutz erlangen wolle, auf Freiheit verzichten müsse. Eines sei jedoch klar, volle Freiheit und volle Sicherheit seien nicht gleichzeitig zu haben.¹⁸⁸¹ *Doehring* lässt es jedoch offen, wie dieses Interessengeflecht aufzulösen sei und belässt es bei der Frage, ob es angesichts des „vielleicht übertrieben“ ausgestalteten sozialen Netzes nicht richtiger wäre, „manche frivolen Selbstgefährder durch die Maschen fallen zu lassen, damit das Netz wenigstens für diejenigen halte, die nicht nur an sich, sondern auch an ihre Verantwortung für das Allgemeinwohl denken“. Nach ihm könnte es daher angebracht sein, in der Fürsorge zu differenzieren, „soweit eben Grundsätze der Humanität“ dies zuließen.¹⁸⁸² Der Staat als Gesundheitsförderer brauche den Einzelnen zur Mithilfe. Seine Freiheit bleibe dabei immer das Ziel, sie sei aber nur zu bewahren, wenn der Einzelne bereit sei, seiner Pflicht nachzukommen, der staatlichen Gesundheitsförderung „Opfer zu bringen“, wenn anders die Gesundheit der Allgemeinheit nicht effektiv gefördert werden könne.¹⁸⁸³ Der Mensch würde dadurch nicht zum Objekt staatlichen Handelns, da die Menschenwürde nicht nur in der Individualitätswahrung, sondern auch darin bestehe, sich der Gemeinschaft helfend zur Verfügung zu stellen.¹⁸⁸⁴

Doehring ist zuzugeben, dass das heutige Leistungsniveau der gesetzlichen Krankenversicherung keineswegs vor Leistungsabsenkungen und -ausschlüssen geschützt ist.¹⁸⁸⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat mehr-

1880 *Doehring*, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, S. 1553 (1557 f.).

1881 *Doehring*, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, S. 1553 (1558).

1882 *Doehring*, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, S. 1553 (1558 f.).

1883 *Doehring*, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, S. 1553 (1565).

1884 *Doehring*, in: *Fürst/Herzog/Umbach* (Hrsg.), FS Zeidler, 1987, S. 1553 (1560 f.).

1885 Dies ist im Detail freilich umstritten, vgl. *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (344 f.) m. w. N.; *Prehn*, NZS 2010, 260 (265 f); die Grenze für Leistungsausschlüsse erst beim sozialstaatlichen Mindeststandard sehend etwa *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 259 ff. sowie *Merten*, NZS 1996, 593 (594 ff.).

fach betont, dass der Leistungskatalog durchaus von finanzwirtschaftlichen Erwägungen mitbestimmt sein darf¹⁸⁸⁶ und die Krankenkassen von Verfassungs wegen nicht dazu verpflichtet sind, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist¹⁸⁸⁷. Konsequenterweise müsste zumindest in vergleichender Betrachtung erwogen und diskutiert werden, ob sich im konkreten Einzelfall eine Leistungsbeschränkung oder ein Leistungsausschluss nicht als milderes und gar effektiveres Mittel im Vergleich zur Beschränkung des Risikoverhaltens selbst erweisen.¹⁸⁸⁸ *Fischer* betont in diesem Zusammenhang, dass die Allgemeinheit vor Leistungserbringung geschützt werden müsse, so weit der Einzelne in der Lage sei, finanziell die Verantwortung für die Selbstschädigung zu übernehmen.¹⁸⁸⁹ Aus seiner Sicht dürften allenfalls „verwaltungspraktische Schwierigkeiten“ wie etwa Beweisprobleme den Hoheitsträger noch dazu bewegen, die Kosten für Gesundheitsschäden unabhängig von der Ursache auf die Allgemeinheit oder eine andere Gruppe „abzuwälzen“.¹⁸⁹⁰ Auch nach *Hillgruber* wäre der Versicherungzwang verbunden mit zusätzlicher Verhaltenseinschränkung für finanziell besser Gestellte wohl weder effektiveres noch milderes Mittel gegenüber der Alternative der Nichtversicherung ohne Verhaltenseinschränkung.¹⁸⁹¹ Freiheitseinschränkungen aus Verhältnismäßigkeitserwägungen dürften daher nur diejenigen betreffen, welche auf den Schutz durch die Solidargemeinschaft tatsächlich angewiesen seien. Nur insoweit wäre nämlich eine Beschränkung der Verhaltensfreiheit zur Entlastung erforderlich.¹⁸⁹²

Sosehr die Argumente die mangelnde Stringenz des Bundesverfassungsgerichts in der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entlarven, muss ihnen in ihrer Konsequenz jedoch mit Skepsis begegnet werden. So ist zu bedenken, dass einkommensschwache Bevölkerungsgruppen durch finanzielle Nachteile grundsätzlich stärker betroffen werden als

1886 BVerfGE 115, 25 (46); 70, 1 (26, 30); 68, 193 (218).

1887 BVerfGE 115, 25 (46).

1888 Ähnlich auch *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (295).

1889 *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 261 f.

1890 *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 260 f.; auf die praktischen Schwierigkeiten einen ansonsten „im Prinzip“ richtigen Ansatzes hinweisend auch *Schwabe*, JZ 1998, 66 (73).

1891 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 161.

1892 *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 161.

wohlhabendere.¹⁸⁹³ Würde man anstelle von direkt verhaltenssteuernden Maßnahmen, welche an alle Bürger adressiert sind, vermehrt Kostenbeteiligungsvorschriften einführen, resultierte dies letztlich in einer Staatspraxis, in der die finanziell besser Gestellten nicht nur faktisch, sondern auch formell mehr Freiheit besäßen als die sozial Schwächeren.¹⁸⁹⁴ Nur wenige besäßen dann noch die „Freiheit zum Wagnis“, weil sie sich es leisten können.¹⁸⁹⁵ Ansätzen zur zunehmenden Beschränkung oder finanziellen Belastung gesundheitsrelevanter Verhaltensweisen muss das Sozialstaatsprinzip entgegen gehalten werden. Dieses bezweckt gerade durch die Gewährleistung sozialer Sicherheit auch den sozial Schwachen den Freiheitsgebrauch zu ermöglichen.¹⁸⁹⁶ Es erweist sich im *freiheitsermöglichenden* Sozialstaat damit als Widerspruch, aufgrund finanzieller Zwänge vor allem den sozial Schwachen immer mehr Verhaltensbeschränkungen aufzuerlegen, während den sozial Bessergestellten entsprechende Freiheiten verbleiben.¹⁸⁹⁷

Im Ergebnis ist das Argument, Gesundheitsverhalten aufgrund möglicher finanzieller Belastungen der Allgemeinheit beschränken zu können, wenig tragfähig. Dies liegt zum einen an der hohen Abstraktionsebene und der nur sehr vagen Verbindung zwischen zu schützendem Rechtsgut und der betreffenden Freiheitseinschränkung. Letztlich kann jedes Verhalten in einer stark verwobenen Gemeinschaft über lange Wirkungsketten finanzi-

1893 Götze/Salomon, ZSR 2009, 71 f., weisen darauf hin, dass die oftmals regressiv wirkenden Selbstbeteiligungen zu Fehlanreizen führen könnten, indem einkommensschwache Versicherte zum Unterkomsum notwendiger Leistungen tendieren, während die vergleichsweise geringe Belastung bei einkommensstarken Patienten nahezu keine Steuerungswirkung entfalten würden. Aus distributiver Sicht impliziere eine Zunahme von Selbstbeteiligungen eine Mehrbelastung von Einkommensschwachen und chronisch Kranken zugunsten von Einkommensstarken und Gesunden; allg. auch Jung, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 208.

1894 Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 161; Wikler, in: Sartorius (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (50).

1895 Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 161; Wikler, in: Sartorius (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (50).

1896 Vgl. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 161; Dalichau, in: Dalichau, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 19, der betont, dass Solidarität als Prinzip der sozialen Gerechtigkeit begriffen werden müsse; vgl. allg. auch Siß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 82 ff. m. w. N.

1897 So auch Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 161 f.; krit. zu dieser Argumentation Schwabe, JZ 1998, 66 (73 ff.).

elle Auswirkungen auf diese, sei es als Versichertengemeinschaft, als Gemeinschaft der Steuerzahler oder als Staatsvolk insgesamt, zeitigen.¹⁸⁹⁸ Hier vereinzelte Verhaltensweisen als schädlich für die finanziellen Interessen der Versichertengemeinschaft hervorzuheben und unterbinden zu wollen, bedarf besonderer verfassungsrechtlicher Rechtfertigung. Wie aufgezeigt wurde, verlangt die Verhältnismäßigkeitsprüfung zu begründen, wieso gerade das infrage stehende Verhalten ein im Vergleich zu anderen denkbaren gesundheitsrelevanten Verhaltensweisen ein gesteigertes Gefahrenpotenzial für das entsprechende Schutzgut aufweist und welche anderen Mittel zur Verringerung dieses Gefahrenpotenzials in Betracht kämen.¹⁸⁹⁹ Mit vielen Ansichten ist dies im Rahmen finanzieller Gemeinschaftsinteressen in aller Regel nur dann der Fall, wenn das Verhalten eine gesteigerte, nachweisbare Sozialschädlichkeit aufweist.¹⁹⁰⁰ Dies ist nicht zuletzt auch Konsequenz des sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Konsistenzgebots.¹⁹⁰¹ Es ist in Erinnerung zu rufen, dass die Allgemeinheit viele Folgekosten individueller Risikofreude, wie die des Tabakrauchens und des Skilaufens, des Autofahrens und des Börsenspekulierens, trägt.¹⁹⁰² Der Umstand, dass bestimmte Risiken von den meisten und andere nur von wenigen übernommen werden, ist nun einmal Folge der „Grundentscheidung zugunsten von Freiheit“.¹⁹⁰³ Insgesamt müssen die „Unzulänglichkeiten des normalen Durchschnittsbürgers“ in einer freiheitlichen Gesellschaft eben zu einem gewissen Maß hingenommen werden.¹⁹⁰⁴ Dieses Maß scheint bei alltäglichem (vermeintlich sorglosem) Gesundheitsverhalten jedoch grundsätzlich noch nicht überschritten, wirkt es sich – wenn überhaupt – nur sehr indirekt und über lange Wirkungsketten

1898 Vgl. *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (22 Fn. 89).

1899 Erst die konkrete Gefahrenlage und der konkrete Gemeinwohlgewinn bestimmen maßgeblich das Gewicht des öffentlichen Interesses, vgl. *Kluckert*, JuS 2015, 116 (118).

1900 Vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 229; *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (22); *Reimer/Merold*, SGb 2008, 713 (714); *Grimm*, KritV 1986, 38 (50 f.).

1901 Vgl. *Grimm*, KritV 1986, 38 (52).

1902 *Grimm*, KritV 1986, 38 (52).

1903 *Grimm*, KritV 1986, 38 (52).

1904 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 8.

auf die finanziellen Interessen der Versichertengemeinschaft und letztlich der Allgemeinheit aus.¹⁹⁰⁵

Versucht man nun, den Belang finanzieller Stabilität nicht für direkte Freiheits- und Autonomiebeschränkungen, sondern für Beschränkungen in Form von Leistungsausschlüssen und Kostenbeteiligungen fruchtbar zu machen, stellt sich das Problem der Kriterienwahl. Knüpft man rein an die finanzielle Leistungsfähigkeit an, begibt sich der Sozialstaat, wie soeben aufgezeigt, in einen Widerspruch zu seinem grundlegenden Ziel der Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit. Die Frage, für welche Leistungen die Gemeinschaft aufkommen soll und für welche nicht, muss also an anderen Kriterien festgemacht werden. Einen gängigen Anknüpfungspunkt zur Balance des Verhältnisses zwischen Individuum und Gemeinschaft könnte hier das Kriterium der Eigenverantwortung bieten.

2. Eigenverantwortung als gesundheitskostenrelevantes Abgrenzungskriterium

a) Verantwortungsdiskurs

Sich stets gesundheitsbewusst zu verhalten und gesundheitsschädliche Verhaltensweisen zu vermeiden, gilt für viele als Ausdruck einer *eigenverantwortlichen Lebensführung*.¹⁹⁰⁶ Kommt das Individuum dieser Verantwortung nicht nach, soll sie der Gesetzgeber legitimer Weise durch ge-

1905 Vgl. auch *van Aaken*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 83 (109), welche die Situation argumentativ mit der Ökonomie vergleicht: „Economists distinguish between indirect and direct external effects. Indirect effects are those which are conveyed via the market and prices. Those do not count as market failures. The same argument applies here: using indirect effects on the community of the insured as an argument to turn a paternalistic nudge into a nudge protecting general welfare opens legal flood gates. In summary, if the direct target is the individual, and if only the harm to the individual indirectly leads to costs for society, the legitimacy of the aim is highly questionable and needs more scrutiny“; nach *Eichenhofer*, SGb 2003, 705 (710), lässt sich individuelles Verhalten generell nicht mit dem Argument der Kostenbelastung der Solidargemeinschaft unterbinden.

1906 *Pitschas*, VSSR 1998, 253 ff., spricht hier vom „Gesundheitsbürger“; vgl. auch die Nachweise bei *Wikler*, Ethics & International Affairs 2002, 47 ff. sowie *Marckmann*, in: *Bundeszentrals für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 (61 ff.).

sundheitsbezogene Maßnahmen einfordern können. Schließlich hat er selbst den Grundsatz der Eigenverantwortung als ein grundlegendes Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung festgeschrieben (§ 1 S. 2 u. 3 SGB V). Der konkrete Gehalt dieses Grundsatzes ist jedoch überaus unklar. Vielmehr ist die Diskussion über die Zuweisung von Verantwortung und daraus resultierenden Folgen eingebettet in einen komplexen und voller normativer Annahmen steckenden Diskurs.

Heutige Forderungen nach mehr Eigenverantwortung im Gesundheitswesen sind stark von dem Menschenbild eines autonom entscheidenden Individuums und darauf basierenden verhaltenspräventiven Ansätzen inspiriert.¹⁹⁰⁷ Als Kehrseite seiner umfassenden Definitionskompetenz wird dem autonomen Rechtsträger auch die ebenso umfassende Verantwortungslast für sein Handeln auferlegt.¹⁹⁰⁸ Der individuumszentrierte Ansatz wird dann als Grundlage für die Zuordnung von Schuld herangezogen.¹⁹⁰⁹ Der Einzelne wird für Krankheit und Tod selbst verantwortlich gemacht und der Zwang zum Streben nach Gesundheit wird inkorporiert.¹⁹¹⁰ Gesundheit avanciert so zu einem Selbstzwang.¹⁹¹¹ Die Anknüpfung an das Ideal des autonomen Menschen ist jedoch nur eine Seite der Ursache für die Zuweisung von Verantwortung und entsprechender Schuld. So war bereits im Mittelalter die Idee weit verbreitet, Krankheiten als Folge eines sündhaften Lebens zu interpretieren.¹⁹¹² Schon zu Zeiten der Pest wurde hier insbesondere den „untergeordneten Klassen von Menschen“ die Schuld für ihre Erkrankungen zugewiesen.¹⁹¹³ Insbesondere auch im 19. Jahrhundert war die Vorstellung weit verbreitet, dass Krankheit auf ein zumeist sittlich-moralisches Fehlverhalten des Betroffenen zurückzuführen

1907 Vgl. ausführlich zum Verantwortungsdiskurs Schmidt, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008 sowie Wikler, Ethics & International Affairs 2002, 47 ff.

1908 Neuner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 187 (189).

1909 Vgl. Heinen-Kammerer, Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1999, S. 25.

1910 Bauer, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 175; Bröckling, Public Health Forum 2013, 29.e1 f.

1911 Bauer, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 175.

1912 Wright, in: Bittlingmayer/Sahari/Schnabel (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407.

1913 Wright, in: Bittlingmayer/Sahari/Schnabel (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407.

sei.¹⁹¹⁴ In der Debatte um Verhaltenserwartungen und Pflichten der Mitglieder einer Solidargemeinschaft sollte daher nicht übersehen werden, dass der Umgang mit Kranken und Krankheitsrisiken seit jeher durch einen Normativitätsanspruch geprägt ist. Die darin implizierte Erziehung der Bevölkerung zu den „Normen und Wertvorstellungen des Bürgertums“ dauert bis heute an.¹⁹¹⁵ Die „Sünden“ von gestern erscheinen heutzutage in Gestalt der besagten Risikofaktoren, welche es durch das Verfolgen „gesunder“ Verhaltensweisen zu vermeiden gilt.¹⁹¹⁶ In der bürgerlichen Moderne ist Gesundheit grenzenlos, sie ist überall, sie ist machbar – jede Entscheidung ist damit implizit auch eine Gesundheitsentscheidung.¹⁹¹⁷ Gesundheit wird hier als veränderbare Variable postuliert und rezipiert.¹⁹¹⁸ Personenbezogene Gesundheitsstrategien und Verhaltensweisen stehen dann nicht mehr zur Wahl, sondern werden im Wege eines „Gesundheitsimperativs“ zur Verpflichtung.¹⁹¹⁹ Die in vielen Publikationen vorzufindende unkritische Übernahme eines subjektzentrierten Akteursverständnisses mag zwar die gesellschaftspolitische Forderung nach mehr Eigenverantwortung und Selbststeuerung erfüllen. Es lässt sich jedoch nicht von der Hand weisen, dass die „Verheißung“, dass Gesundheit „machbar“ sei und lediglich vom Willen und der Anstrengung des Einzelnen abhänge,

1914 *Ullrich/Christoph*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2006, 406 (414 Fn. 14), welche darauf hinweisen, dass die Kollektivierung des Krankheitsrisikos durch die Durchsetzung der sozialen Krankenversicherung auch als ein Prozess der Ent-Moralisierung des Krankheitsrisikos verstanden werden könne.

1915 *Wright*, in: *Bittingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407; vgl. auch *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 53 f., der vom „kultatkämpferischen Habitus der Gesundheitsförderung“ spricht.

1916 *Wright*, in: *Bittingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407 (408); *Wikler*, Ethics & International Affairs 2002, 47 (51 f.).

1917 *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 19; dazu auch *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 83 ff.; *Bröckling*, Public Health Forum 2013, 29.e1 f.

1918 *Hensen*, in: *Hensen/Kölzer* (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, 2011, S. 207 (210 f.).

1919 *Hensen*, in: *Hensen/Kölzer* (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, 2011, S. 207 (223); *Bröckling*, Public Health Forum 2013, 29.e1 f.; auf die Sorge einer präventionsstaatlichen Gesundheitsdiktatur des „healthism“ hinweisend *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (292); ausführlich zum Phänomen des Healthismus *Kühn*, Healthismus, 1993.

stigmatisiert und moralisiert, indem sie von krankmachenden sozialen Bedingungen ablenkt.¹⁹²⁰ Vielmehr drängt sich der Eindruck auf, dass die Forderung nach Übernahme von Eigenverantwortung in der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention eng mit einer individualistischen Ideologie des „Jeder ist seines Glückes Schmied“ verbunden ist.¹⁹²¹ Zutreffend fasst Schmidt den Diskurs zusammen: „Eigenverantwortung ist, wenn man gesund und günstig ist.“¹⁹²²

b) Begriffsbestimmung – zwischen Selbstbestimmung und Solidarität

Obwohl der Begriff der Eigenverantwortung neben der Solidarität ein zentrales Prinzip der gesetzlichen Krankenversicherung darstellt, lässt sich keine allgemeingültige Definition für ihn finden.¹⁹²³ Er wird oftmals als politischer Begriff verwendet, dem in der Regel kein systematisch ausgearbeitetes, klar definiertes Konzept zugrunde liegt.¹⁹²⁴ Daraus folgt der Eindruck, dass mit einer gewissen Beliebigkeit je nach Bedarf immer das zum aktuellen Sinnzusammenhang Passende unter dem Begriff der Eigenverantwortung subsumiert wird.¹⁹²⁵ Es ist somit mehr als fraglich, inwie-

1920 Hensen, in: *Hensen/Kölzer* (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, 2011, S. 207 (223); vgl. auch *Ullrich/Christoph*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2006, 406 (414 f.), welche eine Remoralisierung individuell mitbedingter Erkrankungsrisiken erkennen.

1921 *Bauer*, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 177; *Bröckling*, Public Health Forum 2013, 29.e1; *Heinen-Kammerer*, Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1999, S. 25 f.; vgl. auch *Grimmeisen/Leiber*, Zwischen Kostenprivatisierung und PatientInnenautonomie: Eigenverantwortung in der Gesundheitspolitik, 2009, S. 22, nach deren Einschätzung der Begriff der Eigenverantwortung in der realpolitischen Umsetzung mit der Privatisierung von Risiken und der Zurückschneidung grundlegender Rechte gleichgesetzt wird.

1922 *Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 54; ähnlich auch die Einschätzung bei *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (190) m. w. N.

1923 Ausführlich zur Begriffsbestimmung *Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 49 ff.

1924 *Marckmann*, Ethik in der Medizin 2010, 207 (215).

1925 So auch die Einschätzung bei *Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 10 sowie *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001, S. 15, nach der Eigenverantwortung einem „Containerbegriff“ gleicht, in den man beliebig Inhalte pressen kann.

weit er als tragfähiger Rechtsbegriff geeignet ist.¹⁹²⁶ Ausgangspunkt der Eigenverantwortung ist die Verbindung mit Freiheit. Dass jeder Einzelne grundsätzlich die Risiken seines eigenen Schicksals zu tragen hat, ist die Kehrseite der Freiheit zur Entfaltung der Person des Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁹²⁷ In einer freiheitlichen Ordnung besteht neben dem Recht unbestritten auch die Pflicht, das eigene Leben zu gestalten und die Folgen dieser Entscheidungen zu tragen.¹⁹²⁸

aa) Eigenverantwortung und Kostenverantwortung

Nach *Höfling* bedeutet Eigenverantwortung im System der gesetzlichen Krankenversicherung, dass der gesetzlich Versicherte vom Ausgabenträger für ein bestimmtes Verhalten oder einen bestimmten Zustand nach Maßgabe der einschlägigen Normen etwa über den Weg der Kostenbeteiligung zur Verantwortung gezogen werden kann.¹⁹²⁹ Diesem Verständnis entsprechend, wird Eigenverantwortung oftmals mit finanzieller Verantwortung gleichgesetzt.¹⁹³⁰ Vorschläge zur stärkeren Betonung dieser finanziellen Eigenverantwortung umfassen in der Regel Leistungsausschlüsse, allgemeine Risikozuschläge sowie einzelfallabhängige Kostenbeteiligungen aufgrund bestimmter risikoreicher Lebens- und Verhaltensweisen.¹⁹³¹ Zur Rechtfertigung solcher Maßnahmen heben viele Autoren in diesem Zusammenhang vor allem die Interdependenz der Prinzipien der Eigenverantwortung und der Solidarität hervor.¹⁹³² Diese seien gerade nicht als Ge-

1926 So auch *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001, S. 15 sowie *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (196).

1927 BVerfGE 60, 16 (39); vgl. auch *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (196) sowie *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 11.

1928 Vgl. *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (196).

1929 Vgl. *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (289).

1930 Vgl. *Pitschas*, VSSR 1998, 253 (257); *Rixen*, in: *Weilert* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 331 (333 f.).

1931 Statt vieler *Axer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 95 Rn. 46; vgl. auch *Eykmann*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen im Gesundheitswesen, 2007, S. 29 ff.

1932 *Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 11 u. 44 ff.; den Grundsatz Eigenverantwortung als wesentliche Voraussetzung des Solidaritätsprinzips bezeichnend *Rompf*, SGb 1997, 105.

gensätze zu verstehen, sondern als sich gegenseitig bedingende, tragende Prinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁹³³ Als Konsequenz habe sich eigenverantwortliches Verhalten immer am „Kollektiv der Versichertengemeinschaft“ auszurichten.¹⁹³⁴ Der Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz enthalte die Pflicht, sich gerade wegen der Solidarität um seine eigene Gesundheit zu bemühen.¹⁹³⁵ Eigenverantwortung bedeute Wahlfreiheit zwischen kostenverursachenden und kostenvermeidenden Verhaltensmöglichkeiten mit der damit verbundenen Pflicht, die entsprechenden Konsequenzen zu tragen.¹⁹³⁶ Derjenige, der ohne Rücksicht auf die Belastung der Solidargemeinschaft handele, könne nicht gleichzeitig darauf vertrauen, dass dieselbe für sein individuelles Fehlverhalten bedingungslos eintrete.¹⁹³⁷

Dementsprechend wird ein Großteil der im SGB V vorzufindenden Vorschriften mit direkten finanziellen Auswirkungen für den Versicherten auch als Ausprägung der Eigenverantwortung der Versicherten wahrgenommen.¹⁹³⁸ Genannt werden können hier etwa Vorschriften zur Medikamentenzuzahlung (§ 31 Abs. 3 i. V. m. § 61 S. 1 SGB V), Zuzahlungen zur stationären Behandlung (§ 39 Abs. 4 i. V. m. § 61 S. 2 SGB V), Zuschussregelungen beim Zahnersatz (§ 55 Abs. 1 S. 4 SGB V) sowie Vorschriften zur finanziellen Belohnung gesundheitsfördernden Verhaltens (§ 65a Abs. 1 u. 2, § 53 Abs. 2 SGB V) und Leistungsausschlüsse (§§ 34 und 52

1933 Vgl. Peters, in: Körner/Leitherer/Mutschler, KassKomm, 88. EL (Dezember 2015), SGB V § 1 Rn. 4.

1934 Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, S. 66.

1935 Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, S. 62; vgl. auch Nebendahl, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, SGB V § 1 Rn. 5; Münnich, VSSR 1981, 197 (213).

1936 Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, S. 160; Pitschas, VSSR 1998, 253 (257), spricht von finanzieller Mitverantwortung.

1937 Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, S. 165.

1938 Vgl. Wolf, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, S. 61 ff. m. w. N.; vgl. auch den ausführlichen Überblick zu den Ausprägungen der Eigenverantwortung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bei Süß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 144 ff.; Noftz, in: Hauck/Noftz, SGB V, Bd. 1, 57. EL (Dezember 2001), § 1 Rn. 47.

SGB V).¹⁹³⁹ Darüber hinaus wird Reformbedarf vor allem für „bewusst fahrlässige“ gesundheitsschädliche Verhaltensweisen gesehen.¹⁹⁴⁰

bb) Eigenverantwortung und Selbstbestimmung

Mögen finanzielle Maßnahmen zur Steuerung von Gesundheitsverhalten mit Blick auf den Ausgleich individueller und solidarischer Verantwortlichkeit in der gesetzlichen Krankenversicherung auf den ersten Blick legitim erscheinen, begegnen dieser Argumentation auf dem zweiten Blick zahlreiche Vorbehalte.

Zunächst ist in Erinnerung zu rufen, dass die Sozialversicherung bezieht, den Versicherten grundsätzlich in allen Lebenslagen eine Risikoabsicherung – und zwar unabhängig von der dem Bedarfsfall zugrundeliegenden Ursache – zur Verfügung zu stellen.¹⁹⁴¹ Ziel ist die ausreichende und zweckmäßige (sowie wirtschaftliche) Versorgung *aller* Versicherten (§§ 12 Abs. 1, 27 Abs. 1 S. 1 SGB V). Eine Abgrenzung des Kreises der

-
- 1939 Wobei im Detail umstritten ist, inwieweit diese Vorschriften tatsächlich als Ausdruck von Eigenverantwortung gesehen werden können. So insbesondere str. für die Medikamentenzuzahlung oder die damalige Praxisgebühr, vgl. dazu die ausführliche Analyse bei *Wolf*, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, 2009, S. 68 ff. m. w. Bsp. sowie *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001, S. 49 ff., welche es „zumindest problematisch“ findet, Selbstbeteiligungen und Leistungsausschlüsse als Formen von Selbstverantwortung zu charakterisieren; von der grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ausgehend *Pitschas*, VSSR 1998, 253 (257), welcher die Grenze erst bei Leistungsausschlüssen erblickt; ähnlich *Kirchhof*, StZ 2004, 3 (7 f.); vgl. auch die ausführliche Arbeit zur Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung von *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 144 ff.
- 1940 Dies vor allem auf das Rauchen, den Alkoholkonsum und Sportunfälle beziehend *Rompf*, SGb 1997, 105 (107 f.); ablehnend hingegen *Stegers*, in: *Ratajczak/Schwarz-Schilling* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik, 1999, S. 65 (78); vgl. allg. auch die Nachweise bei *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 180 f. sowie *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001, S. 69 ff.
- 1941 Vgl. nur *Prehn*, NZS 2010, 260 (263) m. w. N.

Leistungsberechtigten und des Leistungsumfangs nach den Leistungsfall begründenden Umständen kennt die gesetzliche Krankenversicherung grundsätzlich nicht. Die Leistungsgewährung durch die Solidargemeinschaft erfolgt damit unabhängig von einem etwaigen Mitverschulden des Leistungsempfängers.¹⁹⁴² Das Bundessozialgericht führte dazu schon früh aus, dass es mit dem Zweck der Sozialversicherung, den Versicherten in den Wechselfällen des Lebens Schutz und Hilfe zu bieten, grundsätzlich unvereinbar ist, die Gewährung der Hilfe davon abhängig zu machen, auf welche Weise die Krankheit entstanden ist.¹⁹⁴³ Regelungen zum Leistungsausschluss oder zur Kostenbeteiligung (wie der § 52 SGB V), welche an bestimmte Krankheitsursachen anknüpfen, erweisen sich damit als systemfremd.¹⁹⁴⁴ Dies schließt entsprechende Maßnahmen zumindest in Form von Kostenbeteiligungen zwar nicht generell aus, stellt sie jedoch unter erhöhten Rechtfertigungsdruck.¹⁹⁴⁵ Überwiegend wird eine Leistungsbeschränkung erst bei sozialwidrigem Verhalten als gerechtfertigt an-

1942 *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 54 f.

1943 BSGE 9, 232 (236).

1944 *Prehn*, NZS 2010, 260 (263) m. w. N.; *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (292 f.); *Dalichau*, in: *Dalichau*, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 19; *Welti*, GesR 2015, 1 (8), nach dem es generell diskussionsbedürftig und problematisch erscheint, die Sozialversicherung zum Vehikel der Förderung eines bestimmten gesundheitsbezogenen Verhaltens zu machen.

1945 Vgl. *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 195 f.; *Prehn*, NZS 2010, 260 (266); *Eykmann*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen im Gesundheitswesen, 2007, S. 29 ff.; *Brockmann/Ullrich*, VSSR 2009, 339 (342 ff.); *Eichenhofer*, SGb 2003, 705 (710 ff.). Veranschaulicht wird dies an der grundsätzlich kritisch betrachteten Ausnahme des § 52 SGB V, s. dazu etwa *Heberlein*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*, Beck-OK SozR, 42. Ed. (31. Juli 2016), SGB V, § 52 Rn. 1; *Lang*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 8; *Eberbach*, MedR 2008, 325 (333 f.); *Reimer/Merold*, SGb 2008, 713 ff.; *Isensee*, NZS 2007, 449 (453 ff.), mahnt mit Blick auf die Wahltarife nach § 53 SGB V, dass die Abkehr vom Solidarausgleich und ihre Ersetzung durch privatversicherungsrechtliche Elemente unvereinbar mit der Legitimationsidee der Sozialversicherung sei und gegen die objektive Systemgerechtigkeit verstöße; auch *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001, S. 61, erblickt in Leistungsausgrenzungen und Selbstbeteiligungen grundsätzlich eine Aufweichung des Solidarprinzips; differenzierend *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (196), der darauf verweist, dass die Pflichten der Solidargemeinschaft nicht zwingend das

gesehen.¹⁹⁴⁶ Dies setzt regelmäßig ein final auf die Entstehung des Sozialleistungsanspruchs gerichtetes Verhalten des Versicherten voraus.¹⁹⁴⁷ Davor kann bei den hier in Frage stehenden allgemeinen Gesundheitsrisiken des täglichen Lebens jedoch nur schwerlich die Rede sein.

Weitere Vorbehalte liegen darin begründet, dass sich der Begriff der Eigenverantwortung selbst sowie die Beziehung zwischen Eigenverantwortung und Solidarität sehr viel komplexer erweist als dies vorstehende Ansichten zu behaupten versuchen.¹⁹⁴⁸ Neben der beschriebenen Steuerung von Finanzierungsfragen kann sich hinter der proklamierten Förderung und Zuschreibung von Eigenverantwortung oftmals auch eine bloß versteckte Verhaltenssteuerung gegen den Willen des Einzelnen verborgen.¹⁹⁴⁹

Für die Zuschreibung und Abgrenzung von Verantwortungssphären ist zu beachten, dass Verantwortung *prospektiv* und *retrospektiv* bestehen kann.¹⁹⁵⁰ Prospektive Verantwortung ist in diesem Rahmen als eine Zuständigkeitsverantwortung des Einzelnen für seine (gesundheitsbewusste) Lebensführung zu sehen.¹⁹⁵¹ Eigenverantwortung ist hier stark verbunden

Prinzip der Belastungsgleichheit umfassen müssten; differenzierend zur Durchbrechung des Solidarprinzips durch Wahltarife *Preisner*, Wahltarife im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 258 ff.; *Pitschas*, VSSR 1998, 253 (257), hält zumindest weitreichende finanzielle Beteiligungen für verfassungsrechtlich zulässig; ähnlich *Landau*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Volkskrankheiten, 2009, S. 589 (598) sowie *Hänlein*, SGb 2003, 301 (308 f.); aufgeschlossen auch Leistungsausschlüssen gegenüber hingegen *Männich*, VSSR 1981, 197 (213 ff.) sowie *Eichenhofer*, VSSR 2004, 93 (106).

- 1946 Vgl. nur *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 129 ff. m. w. N.
- 1947 Statt vieler *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 135; *Eichenhofer*, SGb 2003, 705 (706).
- 1948 So weisen *Schaefer/Weißbach*, ZEFQ 2012, 199 f., zutreffend darauf hin, dass der Begriff der Eigenverantwortung im Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung häufig als „euphemistische Umschreibung“ der Beschränkung solidarisch finanzierte Leistungen gebraucht wird; die Verwendung des Begriffs der Eigenverantwortung in der Diskussion um die Bestimmung der Grenzen der Solidarität entsprechend kritisch sehend auch *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (197).
- 1949 Ähnlich *Grimmeisen/Leiber*, Zwischen Kostenprivatisierung und PratientInnen-autonomie: Eigenverantwortung in der Gesundheitspolitik, 2009, S. 6 ff.
- 1950 *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (289).
- 1951 *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (289).

mit Selbstbestimmung und zunächst als Verantwortung „sich selbst gegenüber“ zu verstehen.¹⁹⁵² Finanzielle Verantwortung ist dann erst Teil der retrospektiven Rechenschaftsverantwortung.¹⁹⁵³ Ist Argumentationsgrundlage für finanzielle Anreize und Kostenbeteiligungen die Zuweisung von Eigenverantwortung, so ist es nur wenig plausibel, diese retrospektive Verantwortung ohne Beachtung der prospektiven Verantwortung zuzuweisen.¹⁹⁵⁴ Der Verweis auf die „freie Entscheidung“ des Einzelnen setzt vielmehr voraus, dass dieser zu deren Wahrnehmung tatsächlich fähig ist.¹⁹⁵⁵ Die Untersuchungen zu den sozialen Determinanten stellen die individuelle Beeinflussbarkeit und damit Freiwilligkeit bestimmter gesundheitsrelevanter Verhaltensweisen jedoch mehr als in Frage. Nicht nur weisen die als Volkskrankheiten bezeichneten chronischen Krankheiten höchst komplexe, multifaktorielle Krankheitsgenesen auf.¹⁹⁵⁶ Auch zeigen insbesondere die als risikoerhöhend geltenden Lebensstile wie das Ernährungs- und Bewegungsverhalten eine sehr viel längere und kompliziertere Entstehungs- und Entwicklungsdynamik als punktuelle gesundheitsriskante Verhaltensweisen.¹⁹⁵⁷ Sie sind stark von der kulturellen und sozialen Umwelt geprägt und weisen nicht selten Suchtcharakter auf.¹⁹⁵⁸ Lebens-, Arbeits- und Umweltbedingungen können gesundheitsschädliche Verhaltensweisen geradezu provozieren.¹⁹⁵⁹ Sich den „Versuchungen“ ungesunder Lebens-

1952 Vgl. Schmidt, ZEFQ 2012, 185 (186); Stüß, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 103 ff.; allg. zum Zusammenhang zwischen Freiheit und Verantwortung Heusch, in: Durner/Peine/Shirvani (Hrsg.), FS Papier, 2013, S. 251 (261 f.).

1953 Vgl. Höfling, ZEFQ 2009, 286 (289).

1954 Ähnlich Huster, Ethik in der Medizin 2010, 289 (298); vgl. auch Marckmann, Ethik in der Medizin 2010, 207 (215).

1955 Vgl. Steiner, MedR 2003, 1 (3); Adler/Stewart, The Milbank Quarterly 2009, 49 (61 ff.); Marckmann, Ethik in der Medizin 2010, 207 (215 f.); Schmidt, in: Paul/Schmidt-Semisch (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 23 (26 ff.).

1956 Vgl. Buyx, Ethik in der Medizin 2005, 269 (276).

1957 Vgl. Huster, Ethik in der Medizin 2010, 289 (294); Wikler, Ethics & International Affairs 2002, 47 (52), weist zudem darauf hin, dass sich gleiches Risiko-verhalten je nach individuellen Umständen höchst unterschiedlich auswirken kann.

1958 Huster, Ethik in der Medizin 2010, 289 (297); Kickbusch/Hartung, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 76; Alber/Kliemt/Nagel, Deutsches Ärzteblatt 2009, 1361 (1362); Wikler, Ethics & International Affairs 2002, 47 (50 f.).

1959 Vgl. Jung, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 208; Adler/Stewart, The Milbank Quarterly 2009, 49 (61 ff.).

weisen, kultureller Normen sowie sozialen und kommerziellen Drucks zu widersetzen, bedarf eines enormen psychologischen Aufwandes.¹⁹⁶⁰ Insbesondere sozialschwache Bevölkerungsgruppen, welche bereits über geringere Ressourcen für einen gesundheitsbewussten Lebensstil verfügen, könnten so für ihre sozialen Verhältnisse „gleichsam doppelt bestraft“ werden.¹⁹⁶¹

Selbst wenn man die sozialen Bedingungen zur Beeinflussung individuellen Gesundheitsverhaltens wenig Bedeutung beimesse möchte, stellt sich ein weiteres, praktisches Problem. Auch der Nachweis von Kausalität zwischen Erkrankung und Erkrankungsursache erweist sich als überaus schwierig.¹⁹⁶² Dies gilt zum einen für die relevanten Kausalfaktoren einer Erkrankung selbst sowie gleichermaßen für die Feststellung kausaler Faktoren beim einzelnen Patienten.¹⁹⁶³ Gerade die Komplexität der Wechselwirkungen der verschiedenen Krankheitsfaktoren erlaubt oftmals keine valide Zuweisung von (retrospektiver) Verantwortung.¹⁹⁶⁴ Der von vielen vorgebrachte Grundsatz der Solidarität sollte die Gemeinschaft vielmehr

1960 *Alemanno/Garde*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), *Regulating Lifestyle Risks*, 2015, S. 1 (3).

1961 *Alber/Kliemt/Nagel*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 1361 (1362); *Marckmann*, Ethik in der Medizin 2010, 207 (218); vgl. auch *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 170 m. w. N.; *Gerlinger/Stegmüller*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), *Normativität und Public Health*, 2009, S. 135 (151); *Huster*, MedR 2012, 565 ff., weist darauf hin, dass vulnerable Patientengruppen von impliziten Leistungsbeschränkungen im öffentlichen Versorgungssystem besonders betroffen sein könnten; auch *Schmidt*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), *Risiko Gesundheit*, 2010, S. 23 (28), befürchtet eine steigende Spreizung des Gesundheitszustandes zwischen privilegierten und nicht privilegierten Bevölkerungsgruppen.

1962 Vgl. *Höfeling*, ZEFQ 2009, 286 (289); *Alber/Kliemt/Nagel*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 1361 (1362); *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (297); *Hense*, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen 2007, 300 (303); *Buyx*, Ethik in der Medizin 2005, 269 (276 f.); *Braun* (Hrsg.), *Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft*, 1981, S. 25 f.; *Schmidt*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), *Risiko Gesundheit*, 2010, S. 23 (26 ff.).

1963 Vgl. *Buyx*, Ethik in der Medizin 2005, 269 (276); *Braun* (Hrsg.), *Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft*, 1981, S. 26.

1964 Vgl. *Höfeling*, ZEFQ 2009, 286 (289); *Marckmann*, Ethik in der Medizin 2010, 207 (216 ff.). Dies ist freilich umstritten, s. etwa *Wollenschläger*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), *Gesundheit - Gesundheiten?*, 2009, S. 509 (528), der zwar den Einfluss unterschiedlicher Sozialverhältnisse anerkennt, eine Kostenverantwortung jedoch aufgrund einer „speziellen gesundheitsgefährdenden Risikobereit-

zur Zurückhaltung mahnen, die Verantwortung für diese Verhaltensweisen und ihre Folgen allein dem Individuum zuzuschreiben und dabei die empirischen Zusammenhänge außer Acht zu lassen.¹⁹⁶⁵ Die wissenschaftlichen Erkenntnisse sind deutlich genug, um anzuerkennen, dass risikoerhöhendes Verhalten nicht bloß als Ausdruck persönlicher Willensschwäche und Unverantwortlichkeit sich selbst und der Gemeinschaft gegenüber zu sehen ist.¹⁹⁶⁶ Gleichermaßen erweist sich die Vorstellung, dass man gezielt die Eigenverantwortung mittels isolierter finanzieller Anreize stärken könne als fragwürdig¹⁹⁶⁷, da Eigenverantwortung offensichtlich kein isoliertes Personenmerkmal darstellt, sondern vielmehr als Teil der Gesamtpersönlichkeit mit vielen verschiedenen Persönlichkeitsmerkmalen wie etwa Selbstwirksamkeitserwartungen, Kausalattributionsmustern oder Gewissenhaftigkeit assoziiert wird.¹⁹⁶⁸

cc) Eigenverantwortung und Eigenkompetenz

Sosehr eine Solidargemeinschaft darauf angewiesen ist, dass sich der Einzelne ihr gegenüber solidarisch verhält, liegt der Schwerpunkt gleichwohl

schaft“ (z.B. durch Alkohol- und Nikotinkonsum, Bewegungsmangel und Ausübung von Extremsportarten) gerechtfertigt sieht. Der damit einhergehende Verlust an Freiheit sei gerechtfertigt, da das Einfordern finanzwirtschaftlicher Mitverantwortung nicht „auf dem Rücken“ derjenigen ausgetragen werden könne, die sich „gesundheits- und risikovermeidend“ verhalten. Auch *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (197), misst dem Kausalitätsproblem wenig Bedeutung bei, da das Recht nicht daran gehindert sei, Verantwortung anhand abstrakten Gefährdungsverhaltens zuzuschreiben. Was im Strafrecht erlaubt sei, müsse auch im Krankenversicherungsrecht möglich sein. Für ihn liegt das Problem vielmehr in der willkürfreien Auswahl der risikoerhöhenden Tatbestände; so auch hier, vgl. unten C IV 3.

1965 *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (297); vgl. auch *Brockmann/Ullrich*, VSSR 2009, 339 (353 ff.).

1966 *Alemanno/Garde*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. 1 (3); vgl. auch *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 19 f. sowie *Schmidt*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 23 (26 ff.).

1967 Generelle Aussagen über die Effektivität von Anreizreizprogrammen zu treffen, wird mitunter gar als „nahezu unmöglich“ bezeichnet. Dies gelte vor allem für auf komplexe Verhaltensweisen zielende Maßnahmen, vgl. *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (188).

1968 *Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 11.

auf der Idee, dass die Gemeinschaft für den Einzelnen einsteht, wenn dieser hilfsbedürftig ist.¹⁹⁶⁹ Eigenverantwortung und Solidarität sind damit eng verbunden mit dem Grundsatz der Subsidiarität.¹⁹⁷⁰ Und dies bedeutet, dass jeder Versicherte für die Erhaltung seiner Gesundheit (nur) soweit verantwortlich ist, wie er darauf *Einfluss nehmen* kann.¹⁹⁷¹ Die hier vorgebrachte Verantwortung muss damit als eine *gemeinsame* Verantwortung begriffen werden. Eine gemeinsame Verantwortung, die zwischen dem Individuum auf der einen und der Gemeinschaft auf der anderen Seite aufgeteilt ist.¹⁹⁷² Auch der Gesetzgeber anerkennt diese geteilte Verantwortung, wenn in § 1 S. 3 SGB V von *Mitverantwortung* gesprochen wird.¹⁹⁷³ Solange die Nachweisbarkeit tatsächlicher Kausalitäten weiterhin komplex bleibt, gebietet das Prinzip der Solidarität, eine besondere finanzielle Verantwortung grundsätzlich erst dann zuzuweisen, wenn sich die Gemeinschaft nachweislich darum bemüht hat, die Voraussetzungen eigenverantwortlichen Handelns aller Versicherten sicherzustellen und zu stärken.¹⁹⁷⁴ Die Gemeinschaft steht also zunächst in der Verantwortung, eine Umwelt zu schaffen, welche es den Menschen ermöglicht und vereinfacht, nachhaltig gesunde Lebensweisen verfolgen zu können.¹⁹⁷⁵ Vor allem denjenigen Versicherten eine erhöhte finanzielle Verantwortung für ihre Krankheitskosten aufzuerlegen, welche aufgrund von Bildungsdefiziten und ungünstigeren Lebensumständen keine realistische Chance hatten, ein gesundes Leben zu führen, wäre unsolidarisch und damit illegitimes Ziel im be-

1969 Vgl. nur *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 46 ff.

1970 Vgl. *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Bd. 1, 57. EL (Dezember 2001), § 1 Rn. 48 f.

1971 Statt vieler *Peters*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler*, KassKomm, 88. EL (Dezember 2015), SGB V § 1 Rn. 4; *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7; *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, SGB V § 1 Rn. 2.

1972 Vgl. *Alemanno/Garde*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. 1 (3).

1973 Vgl. auch *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7.

1974 So auch *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 65.

1975 So auch *Marckmann*, Ethik in der Medizin 2010, 207 (215 f.).

stehenden System der gesetzlichen Krankenversicherung.¹⁹⁷⁶ Gerade das solidarische Element ist es jedoch, welches eine umfassende Zwangsversicherung erst vor der Verfassung zu legitimieren vermag.¹⁹⁷⁷ Auch sollte nicht vergessen werden, dass die gesetzliche Krankenversicherung von ihrem Grundverständnis her das Risiko Krankheit fast vollständig sozialisiert hat.¹⁹⁷⁸ Die Folgenverantwortung für den Eintritt dieses allgemeinen Lebensrisikos wurde grundsätzlich auf die Gemeinschaft umgelegt.¹⁹⁷⁹ Dies wohl nicht zuletzt auch aus dem Grund, dass es eine immense Herausforderung darstellt, die faktischen Voraussetzungen für Selbstbestimmung und Selbstverantwortung zu schaffen. Gelingt dies nicht, so ist der Sozialstaat zu sozialem Schutz nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet.¹⁹⁸⁰

Eigenverantwortung als finanzielles Verteilungskriterium im Rahmen einer solidarischen Versicherung zu verwenden, setzt damit voraus, die Bedeutung der *Eigenkompetenz* zu beachten.¹⁹⁸¹ Es ist dementsprechend danach zu fragen, ob und inwieweit der Einzelne tatsächlich die Fähigkeiten besitzt, in dem Maße selbstbestimmt zu handeln, welches eine plausible Zuordnung retrospektiver Finanzierungsverantwortung erfordern wür-

1976 Vgl. *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (298); wenngleich dem Argument der Systemwidrigkeit – wenn überhaupt – nur geringes verfassungsrechtliches Gewicht beigemessen werden kann, vgl. *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 73 f. m w. N.; allg. zum Argument der Systemwidrigkeit von vermehrten Zuzahlungen *Brockmann/Ullrich*, VSSR 2009, 339 (355 ff.).

1977 Freilich neben dem sozialen Schutzgedanken; vgl. *Sodan*, in: *Sodan* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2014, Rn. 103 ff.; *Enders*, VVDStRL 64 (2005), 7 (35 f.); *Schräder*, Bürgerversicherung und Grundgesetz, 2008, S. 62 ff.; *Noftz*, in: *Hauck/Noftz*, SGB V, Bd. 1, 57. EL (Dezember 2001), § 1 Rn. 41; *Neumann*, NZS 1998, 401 (407).

1978 Vgl. *Wienke*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 169 (176); *Münnoch*, VSSR 1981, 197 (200); *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 124 f.

1979 Vgl. *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 35; *Dalichau*, in: *Dalichau*, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 19.

1980 Vgl. *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 187 (196). Dies heißt wiederum nicht, dass die Schutzwürdigkeit verfassungsrechtlich das heutige Leistungsniveau umfasst, s. auch oben C IV 1.

1981 *Dalichau*, in: *Dalichau*, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 27.

de. Viele stimmen darin überein, dass Verantwortung überzeugend nur dann zugewiesen werden kann, wenn beim Handelnden Wissen darüber besteht, dass „Verantwortung für Handeln und Handlungsfolgen zu übernehmen ist, wenn mögliche Handlungsalternativen bekannt und gangbar sind, wenn konkrete Kenntnisse oder zumindest plausible Annahmen verfügbar sind über die erwartbaren Folgen von Handlungen, und wenn Kompetenzen vorhanden sind, die Handlungen auszuführen und dafür die Folgen zu tragen.“¹⁹⁸² Vordergründig sollten Maßnahmen zur „Stärkung der Eigenverantwortung“ daher zunächst bezwecken, die Menschen „gesundheitsmündig“ zu machen und zwar sowohl mit Blick auf allgemeine Risikofaktoren als auch auf ihre individuellen Krankheitsdispositionen.¹⁹⁸³

Einerseits im Rahmen des Freiheitsschutzes Autonomie des Individuums zu unterstellen, andererseits aber die Zuweisung von Folgenverantwortung an die Bedingung tatsächlicher Autonomiefähigkeit zu knüpfen, erweist sich im Sozialstaat auch nicht als Widerspruch. Der Sozialstaat und die Sozialversicherung moderieren gerade das zu erstrebende individualistische Ideal der Grundrechte auf der einen und die Bedeutung traditioneller Verteilungsungleichheiten und Strukturen sozialer Benachteiligung auf der anderen Seite.¹⁹⁸⁴ So entkoppelt die solidarische Sozialversicherung die Verantwortungszuweisung vom Ideal und anerkennt damit, dass der Mensch tatsächlich vielerlei von der sozialen Lage abhängigen Handlungsvoraussetzungen und Handlungseinschränkungen unterworfen ist.¹⁹⁸⁵ Viele Menschen, insbesondere solche aus sozial schwächeren Verhältnissen, müssen erst erlernen, ihre Gesundheitsinteressen überhaupt zu erkennen und dann auch noch gegen vielfältige Widerstände innerhalb ihrer sozialen Netzwerkes (Beruf, Familie, Freizeit) durchzusetzen.¹⁹⁸⁶

1982 Schmidt, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 36; ähnlich auch Huster, Ethik in der Medizin 2010, 289 (298); Buyx, Ethik in der Medizin 2005, 269 (278) sowie Marckmann, Ethik in der Medizin 2010, 207 (216); Becker/Kingreen, in: Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7, weisen darauf hin, dass es an den Voraussetzungen rechtlicher Verantwortungszuschreibung beim Gesundheitsverhalten nicht selten fehlt.

1983 Vgl. Marckmann, Ethik in der Medizin 2010, 207 (215 f.) sowie Buyx, Ethik in der Medizin 2005, 269 (278), welche dazu etwa „deutlich intensivere und invasivere“ Aufklärungsmaßnahmen vorschlägt.

1984 Vgl. Enders, VVDStRL 64 (2005), 7 (13).

1985 Vgl. Enders, VVDStRL 64 (2005), 7 (43 f.).

1986 Schnabel, in: Bittlingmayer/Sahari/Schnabel (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 183 (204).

Die Anerkennung der Wirkmächtigkeit sozialer Faktoren soll jedoch nicht bedeuten, dass der Mensch im Sinne des Determinismus als zur freien Entscheidung gar nicht fähig angesehen werden dürfe und die individuellen Entscheidungen nicht respektiert werden müssten.¹⁹⁸⁷ Die empirischen Erkenntnisse zur sozialen und kulturellen Bedingtheit individuellen Verhaltens geben dem Gemeinwesen nicht das Recht, dieses Verhalten zu unterbinden, sondern vielmehr den Auftrag, die notwendigen sozialen Bedingungen herzustellen und zu pflegen.¹⁹⁸⁸

c) Eigenverantwortung und Vorsorgepflichten

Konsequenterweise muss sich dann aber ein umfassendes Mandat des Staates anschließen, die Eigenkompetenz und Gesundheitsmündigkeit seiner Bürger zu stärken. Insofern schließt sich der Kreis mit den Ausführungen zur weitreichenden Kompetenz des Staates zur Gesundheitserziehung und zum *Debiasing*.¹⁹⁸⁹ Erweisen sich Verhaltensbeschränkungen, Leistungsausschlüsse und Kostenbeteiligungen im freiheitsermöglichenden und auf Gleichbehandlung bedachten Sozialstaat als schwierig, bleibt wohl vor allem Raum für die Festschreibung individueller Vorsorgepflichten.¹⁹⁹⁰ Auf den ersten Blick scheinen sich Eigenverantwortung im Sinne von Selbstbestimmung und aufgezwungene Verhaltenspflichten zwar ge-

1987 Vgl. *Huster*, JZ 2008, 859 (866).

1988 Vgl. *Huster*, JZ 2008, 859 (866); in diesem Zusammenhang von „behavioral justice“ sprechend *Adler/Stewart*, The Milbank Quarterly 2009, 49 (61 ff.).

1989 S. oben Kap. 2 C II 3 b) dd) und Kap. 3 B II 2.

1990 So etwa auch *Heinig*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157 (177 Fn. 62); vgl. dazu grundsätzlich auch *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 253, welcher von Gesundheitspflichten spricht und die Notwendigkeit von Sanktionen in Form finanzieller Nachteile betont. Nicht zu verwechseln ist die rechtliche Zulässigkeit jedoch mit dem tatsächlichen Nutzen und der Sinnhaftigkeit solcher Mitwirkungspflichten, so weisen *Hurrelmann/Richter/Rathmann*, Gesundheitswesen 2011, 335 ff., darauf hin, dass skandinavische Modelle mit vermehrten Pflichten eine größere Ungleichheit aufweisen würden als das deutsche System; dazu auch *Schaefer/Weißbach*, ZEFQ 2012, 199 (203); allg. vor der Überschätzung des Nutzens und der Unterschätzung möglichen Schadens durch Präventionsmaßnahmen warnend *Mühlhauser*, ZEFQ 2014, 208 ff. m. w. N.

genseitig auszuschließen.¹⁹⁹¹ Wie im zweiten Kapitel aufgezeigt wurde, können gesundheitsbezogene Verhaltenspflichten sensible Eingriffe in das Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung darstellen.¹⁹⁹² Dennoch ist der Einzelne im solidarischen System der gesetzlichen Krankenversicherung nicht völlig frei von Verantwortung auch der Gemeinschaft gegenüber.¹⁹⁹³ Mit Vorsorgepflichten sind hier solche Verhaltensweisen gemeint, welche den Einzelnen in die Lage versetzen sollen, selbstbestimmt Gesundheitsentscheidungen treffen zu können. Sie können damit als *Mitwirkungspflichten* des Versicherten verstanden werden. Ähnlich wie die allgemeinen Mitwirkungspflichten der §§ 60 ff. SGB I wären auch die besonderen vorsorgebezogenen Mitwirkungspflichten als Obliegenheiten zu qualifizieren, also als Verhaltensaufforderungen, die das Recht dem Leistungsberechtigten in dessen Interesse und im Interesse des Leistungsträgers auferlegt, ohne dass dieser das rechtlich angeordnete Verhalten des Leistungsberechtigten erzwingen kann.¹⁹⁹⁴ Ein Fehlverhalten ist dann nicht direkt sanktionsbewährt, es können aber unter Umständen Rechte verloren gehen oder Ansprüche nicht oder zumindest nicht in vollem Umfang in Anspruch genommen werden.¹⁹⁹⁵ Entsprechende Vorsorgepflichten könnten beispielweise die verpflichtende Teilnahme an Informations- und Beratungsgesprächen etwa im Rahmen von Kursen zu gesundheitsbewusster Lebensführung, regelmäßig stattfindende Vorsorgeuntersuchungen sowie intensive Aufklärung über die persönlichen (verhaltensbedingten und auch genetischen) Risiken umfassen.¹⁹⁹⁶ Eine zunehmende Verpflichtung zur Teilnahme an diesen präventiven Maßnahmen (insbesondere Vorsorgeun-

1991 Vgl. *Grimmeisen/Leiber*, Zwischen Kostenprivatisierung und PrätientInnenautonomie: Eigenverantwortung in der Gesundheitspolitik, 2009, S. 5; *Schaefer/Weißbach*, ZEFQ 2012, 199 (201).

1992 S. oben Kap. 2 C II 5.

1993 Vgl. nur § 1 SGB V; ausführlich auch *Sijß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014, S. 75 ff.; *Middel*, in: *Weilert* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 145 (146).

1994 Vgl. zur Rechtsnatur der §§ 60 ff. SGB I nur *Seewald*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler*, KassKomm, 68. EL (Dezember 2010), SGB V Vorbemerkungen zu §§ 60–67 Rn. 34 ff.; krit. zur Einordnung als Obliegenheit *Rüfner*, VSSR 1977, 347 (349).

1995 *Dalichau*, in: *Dalichau*, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 29.

1996 Dies würde letztlich auf eine verpflichtende Variante der Gesundheitsuntersuchungen samt Präventionsempfehlung des § 25 SGB V hinauslaufen; vgl. allg. auch *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 253, welcher noch das Führen

tersuchungen) würde jedoch aussagekräftige Wirksamkeitsnachweise erfordern.¹⁹⁹⁷ Durch die zunehmenden Möglichkeiten gendiagnostischer Methoden stellt sich zudem die Frage nach der Reichweite der *individualisierter* Vorsorgepflichten.¹⁹⁹⁸ Hier ist grundsätzlich zwischen der verpflichtenden Teilnahme an der Untersuchung selbst und den sich aus dem individuellen Risiko ergebenden persönlichen Verhaltenspflichten zu unterscheiden. Eine verpflichtende Erhebung entsprechender Daten würde neben dem Recht auf körperliche Unversehrtheit insbesondere mit einem „Recht auf Nichtwissen“ kollidieren.¹⁹⁹⁹ Allerdings können entsprechende Informationen von erheblicher Bedeutung für selbstbestimmtes Handeln sein und eine Informationspflicht damit in Ausnamefällen als verhältnismäßig erscheinen.²⁰⁰⁰ Gegen sich aus dem persönlichen Risiko ergebende individuelle Verhaltenspflichten spricht dagegen, dass die Überwachung einer risikoangepassten Lebensführung wohl mit starken Eingriffen in die

und Vorlegen eines „Gesundheitspasses“ sowie die Befolgungspflicht bezüglich der ärztlichen Hinweise vorschlägt; zur Verfassungsmäßigkeit solcher Pflichten auch *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 192 ff.; *Black*, Annals of the New York Academy of Sciences 1988, 157 f. sowie *Burris/Gostin*, in: *Bayer/Gostin/Jennings u. a.* (Hrsg.), Public Health Ethics, 2007, S. 357 ff., welche Möglichkeiten des „genetischen Screenings“ nicht für individuelle, sondern für populationsbezogene Erkenntnisse diskutieren.

- 1997 Vgl. schon jetzt die Anforderungen des § 25 Abs. 3 SGB V; zur Kritik mangelnder Evidenz vieler Vorsorgemaßnahmen vgl. *Mühlhauser*, ZEFQ 2014, 208 ff. m. w. N. sowie *Welti*, GesR 2015, 1 (8); vgl. auch unten E I.
- 1998 Vgl. *Eberbach*, MedR 2011, 757 (766 ff.); *Eberbach*, MedR 2014, 449 (455 ff.); *Duttge*, MedR 2016, 664 ff.; *Beck/Barnikol/Birnbacher u. a.*, MedR 2016, 753 ff.
- 1999 Vgl. *Eberbach*, MedR 2011, 757 (766 ff.); *Duttge*, MedR 2016, 664 ff.; *Beck/Barnikol/Birnbacher u. a.*, MedR 2016, 753 (754); eine Anonymisierung der Ergebnisse wäre zumindest dann möglich, wenn man die Daten für populationsbezogene Erkenntnisse nutzen möchte, vgl. *Pestalozza*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 1113 ff.
- 2000 Vgl. *Eberbach*, MedR 2011, 757 (766 ff.) und wohl auch *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (354 ff.).

Intimsphäre verbunden wäre.²⁰⁰¹ Auch besteht die Gefahr einer genetischen Diskriminierung.²⁰⁰²

Die verfassungsrechtliche Grenze solcher Vorsorgepflichten ist dort zu erblicken, wo punktuelle Mitwirkungspflichten zu einer allgemeinen, umfassenden Pflicht zur gesundheitsgemäßen Lebensführung erstarken.²⁰⁰³ Weder statuiert das Krankenversicherungsrecht eine Rechtspflicht des Versicherten, ein gesundheitsbewusstes Leben zu führen.²⁰⁰⁴ Noch kann eine solche Pflicht aus der Verfassung konstruiert werden.²⁰⁰⁵

-
- 2001 Vgl. *Huster*, ZEFQ 2012, 195 (198); *Braun* (Hrsg.), *Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft*, 1981, S. 26; weitreichende Möglichkeiten in seiner „Territion“ aufzeigend *Eberbach*, MedR 2010, 756 (768 f.) sowie *Eberbach*, MedR 2014, 449 (460 f.); insgesamt ist es nach ihm aber dringend zu vermeiden, dass künftig die Kenntnis eigener genetischer Risiken durch die Auferlegung gesundheitlicher Folgekosten das Maß der dem Einzelnen verbleibenden Entfaltungsfreiheit bestimmt, vgl. *Eberbach*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), *Die Verbesserung des Menschen*, 2009, S. 1 (24).
- 2002 Vgl. *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), *Entgrenzung der Medizin*, 2011, S. 7 (23); *Welti*, GesR 2015, 1 (4); *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, *Gesundheit und Gerechtigkeit*, 2010, S. 17 f.; konkrete Pflichten zur persönlichen Lebensführung dementsprechend als unverhältnismäßig einstufend *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (357); *Burris/Gostin*, in: *Bayer/Gostin/Jennings u. a.* (Hrsg.), *Public Health Ethics*, 2007, S. 357 (359).
- 2003 So auch *Blöcher*, *Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V*, 2002, S. 198; *Eykmann*, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen im Gesundheitswesen*, 2007, S. 37; *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (357); *Welti*, GesR 2015, 1; *Kirchhof*, StZ 2004, 3 (7); *Steiner*, NJW 1991, 2729 (2735); *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 51 f.; a. A. wohl *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, *Gesundheit und Gerechtigkeit*, 2010, S. 49 f. sowie *Jung*, *Das Recht auf Gesundheit*, 1982, S. 252 f.
- 2004 Vgl. *Grühn*, *Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität*, 2001, S. 50 f.; *Süß*, *Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin*, 2014, S. 180 m. w. N.; *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (348 f.) sowie bereits *Rüfner*, VSSR 1977, 347 (351).
- 2005 Vgl. *Schulze-Fielitz*; in: *Dreier*, GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 84 m. w. N.; *Schneider*, *Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten*, 2016, S. 55; *Jung*, *Das Recht auf Gesundheit*, 1982, S. 252, der allerdings einzelne Vorsorgepflichten als zulässig anerkennt; anders hingegen *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 51, nach dem zumindest zu erwägen ist, ob sich aus dem objektivrechtlichen Gewährleis-

Wann vereinzelte Vorsorge- und Mitwirkungspflichten in eine allgemeine Gesundheitspflicht umzuschlagen drohen, ist freilich nicht immer eindeutig auszumachen. Tendenziell ist dies der Fall, wenn konkrete, nachweislich wirksame und kostensparende Einzelmaßnahmen durch eine Vielzahl unspezifischer, in Ihrer (Kosten-)Effektivität umstrittener Maßnahmen und allgemeine Verhaltensnormen abgelöst werden.²⁰⁰⁶ Daneben darf der Einzelne nicht bloß zur Erreichung eines allgemein höheren Gesundheitsniveaus instrumentalisiert werden.²⁰⁰⁷ Eine würdeverletzende Instrumentalisierung kann dann erreicht sein, wenn der Einzelne gezwungen wird, sich entgegen seines Willens in einer durch die Gemeinschaft vorgegebenen Definition „gesund“ zu verhalten, mit dem puren Zweck, ihn als arbeitsfähiges und möglichst geringe Kosten verursachendes Element der Gesellschaft zu erhalten.²⁰⁰⁸ Kann eine allgemeine gesundheitsbewusste Lebensführung nicht erzwungen werden, schließt dies grundsätzlich auch eine Sanktionierung im Falle fehlender Beachtung aus.²⁰⁰⁹ Abzulehnen sind deshalb auch allgemeine Risikozuschläge, welche unabhängig vom

tungsgehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht im begrenzten Umfang eine Pflicht des Gesundheitsträgers zur eigenen Gesunderhaltung ergibt. Zugleich weist er jedoch darauf hin, dass aus der Einzelinterpretation eines Grundrechts heraus keine verzerrende Gewichtsverschiebung im freiheitlichen System erfolgen dürfe und eine umfassende und mit Grundrechtseingriffen verbundene Prävention der grundrechtlichen Werteordnung „eher fremd“ sei; allg. zum (Nicht-)Bestehen einer verfassungsrechtlichen Pflicht, seine Freiheit in verantwortungsvoller Weise wahrzunehmen *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Rn. 28 u. *Sachs*, in: *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 59.

- 2006 Eine allgemeine Pflicht zur gesundheitsbewussten Lebensführung würde etwa in der Pflicht zu sehen sein, sich gesund ernähren und mäßig Sport treiben zu müssen, vgl. *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001, S. 50; auch *Eberbach*, MedR 2014, 449 (464), hält einen Druck, die Lebensführung nach Gesundheitsnormen – nach Bauchumfang, Kalorienzahl und täglich geläufenen Kilometern – zu richten, weder mit dem Selbstbestimmungsrecht noch mit der Solidarität vereinbar.
- 2007 *Kirste*, JZ 2011, 805 (811 f.).
- 2008 Vgl. *Kirste*, JZ 2011, 805 (811 f.); ähnlich *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (356), welche die Legitimität staatlichen Handelns bezweifeln, wenn es dem Staat allein um die Steigerung des gesundheitlichen Wohlbefindens gehe; s. auch oben C III.
- 2009 *Dalichau*, in: *Dalichau*, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 28.

Eintritt eines durch das gefahrerhöhende Verhalten eingetretenen Leistungsfalles erhoben werden.²⁰¹⁰

Anknüpfungspunkt für finanzielle Sanktionen in Form von Kostenbeteiligungen kann damit in erster Linie mangelndes Vorsorgeverhalten und die damit verbundene Obliegenheitsverletzung (Nichtteilnahme an Informationsveranstaltungen und Vorsorgeuntersuchungen, andauernde Missachtung ärztlicher Hinweise) sein.²⁰¹¹ Dies bietet den Vorteil, dass Grund der finanziellen Beteiligung die Verletzung einer konkreten Mitwirkungspflicht des Versicherten und nicht der Vorwurf der Krankheitsverursachung selbst ist. Entsprechende Vorschriften erweisen sich damit auch systemkonformer.²⁰¹² Ziel der gesetzlichen Maßnahmen sollte jedoch zunächst immer die tatsächliche Stärkung der Eigenverantwortung sein.²⁰¹³ Erst sekundär erweisen sich finanzielle Sanktionen in Form von Kostenbeteiligungen unter Beachtung des zuvor Gesagten wohl zumindest dann als verhältnismäßig, wenn die Verhaltenserwartungen und Rechtsnachteile bei ausbleibender Mitwirkung dem Versicherten klar und verständlich erläutert wurden und dieser trotz wiederholter Mahnung nachhaltig renitent blieb.²⁰¹⁴

Um der grundsätzlich stärkeren Belastung einkommensschwacher Bevölkerungsgruppen durch Kostenbeteiligungen zu begegnen, erweist es sich zudem als gangbarer Weg, die Zuzahlungen einkommens- und morbi-

2010 A. A. Eykmann, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen im Gesundheitswesen, 2007, S. 32, welche Risikozuschläge für unproblematisch hält.

2011 Etwa entsprechend des § 62 Abs. 1 S. 3 SGB V, vgl. dazu allg. Nolte, in: Körner/Leitherer/Mutschler, KassKomm, 74. EL (Juni 2012), SGB V § 62 Rn. 10b ff.

2012 Vgl. nur §§ 60 ff. SGB I.

2013 Vgl. auch Jung, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 208.

2014 Vgl. etwa Dalichau, in: Dalichau, SGB V, 26. EL (November 2015), § 1, S. 30 zu den Anforderungen an das Knüpfen von Rechtsnachteilen bei fehlender Mitwirkung im Rahmen der §§ 60 ff. SGB I; weitergehend wohl Jung, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 253, welcher Kostenbeteiligungsvorschriften für „Vorsorgeunwillige“ generell zulässig hält, da sie sich an der „untersten Grenze“ mittelbaren Zwangs befänden und einem gemeinschaftsbezogenem Individuum damit zugemutet werden könnten; generell krit. gegenüber entsprechenden Zuzahlungen Welti, GesR 2015, 1 (8), welcher etwa die Regelung des § 62 Abs. 1 S. 3 SGB V als schwerwiegende Sanktion bezeichnet und betont, dass Früherkennungsuntersuchungen nur den Zeitpunkt der Intervention, nicht aber den Eintritt der Krankheit selbst verhindern würden.

ditätsadjustierend zu gestalten.²⁰¹⁵ Dies würde zumindest bewirken, dass die Zuzahlungen wieder näher an die sonst in der gesetzlichen Krankenversicherung vorherrschenden Prinzipien der Leistungsfähigkeit und des Bedarfs herangeführt werden.²⁰¹⁶ Die Grenze zur unverhältnismäßigen Belastung scheint jedoch erreicht, wenn das ausbleibende Vorsorgeverhalten nachweislich nicht zu einem schlechteren Gesundheitszustand geführt hat. Ist legitimes Ziel die Befähigung des Einzelnen zu eigenverantwortlichem Gesundheitsverhalten und die damit verbundene Kosteneinsparung, erweist sich eine finanzielle Sanktion als unverhältnismäßig, wenn der Versicherte nachweislich zu eigenverantwortlichem Verhalten in der Lage gewesen ist und es der Teilnahme an der Vorsorgemaßnahme gar nicht bedurfte.²⁰¹⁷

3. Der Schutz vor lebensstilbedingten Gesundheitskosten – Fazit

Grundsätzlich ist es legitimer Steuerungszweck des Gesetzgebers, finanzielle Interessen der Gemeinschaft schützen zu wollen. Dieser Zweck kann dabei grundsätzlich auf zwei Arten verfolgt werden. Zunächst ist es möglich, das vermeintlich kostenverursachende Verhalten selbst zu unterbinden, etwa durch Ge- und Verbote oder verhaltensökonomisch inspirierte Maßnahmen. Da sich hier das Ziel der Kostenbegrenzung jedoch als sehr abstrakt erweist, erfordert das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in aller Regel den Nachweis besonderer Sozialschädlichkeit des infrage stehenden Verhaltens.

Bezweckt der Gesetzgeber hingegen die finanziellen Interessen der Gemeinschaft dadurch zu schützen, dass dem Einzelnen die Folgekosten gesundheitsschädlichen Verhaltens auferlegt werden, ist genauer zu differenzieren. Dies könnte zum einen durch Leistungsausschlüsse im System der

2015 So etwa mittels Nachlässen oder Befreiungen für bestimmte gesellschaftliche Gruppen wie Kinder, Rentner, Behinderte, chronisch Kranke oder Arbeitslose etc.; vgl. hierzu den Vorschlag einer „Fair Fee“ von *Götze/Salomon*, ZSR 2009, 71 ff.; ähnlich schon *Münnich*, VSSR 1981, 197 (216 f.), welcher etwa eine einkommensabhängige Staffelung, die Beachtung der Familienzusammensetzung oder die Differenzierung nach der Schwere der Krankheit vorschlägt; vgl. auch *Hänlein*, SGb 2003, 301 (308 f.).

2016 Vgl. *Götze/Salomon*, ZSR 2009, 71 (78).

2017 Insofern erweist sich die Entscheidung des BVerfG zum Zahnersatz (s. oben Kap. 3 C IV 1) als fragwürdig.

gesetzlichen Krankenversicherung geschehen. Diese kommen vorliegend jedoch kaum in Frage. Die Versorgung der durch die hier in Frage stehenden allgemeinen Gesundheitsrisiken hervorgerufenen chronischen Krankheiten muss als Kern derjenigen „Wechselseitigkeit des Lebens“ gesehen werden, vor denen die Sozialversicherung zu schützen bezweckt. Leistungen für diese vom Einzelnen nur schwer beeinflussbaren Risiken des Lebens generell auszuschließen, würde die Legitimation der Sozialversicherung in ihrer heutigen Ausgestaltung grundlegend in Frage stellen. Gleichesmaßen begegnen auch „bloße“ Leistungsbeschränkungen in Form von Kostenbeteiligungen vielschichtigen verfassungsrechtlichen Vorbehalten.²⁰¹⁸ Es muss vor allem vorurteilsfrei errechnet werden, welche Kosten, aber auch Ersparnisse eine als selbstverschuldet eingestufte Krankheit für das Gemeinwesen mit sich bringt.²⁰¹⁹ Nicht zu vergessen ist, dass auch Präventionsmaßnahmen Kosten verursachen und sich über die zu erwartenden Einsparungen trefflich streiten lässt.²⁰²⁰ Das Ziel einer kurz- oder mittelfristigen Kostenreduzierung kann damit in einen Konflikt mit dem in § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V als vorrangig festgeschriebenen Ziel der Verringerung sozial bedingter Gesundheitschancen geraten.²⁰²¹ Daneben könnten Risikofaktoren wie Fettleibigkeit oder selbst eindeutig gesundheitsgefährdende Verhaltensweisen wie das Rauchen letztlich für die sozialen Systeme

2018 Insgesamt besteht hier eine große Nähe zur Diskussion um Priorisierungs- und Rationierungskriterien, vgl. etwa *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (293) m. w. N.; *Alber/Kliemt/Nagel*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 1361 ff.

2019 *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (294); vgl. auch *Mühlenbruch/Buchner*, Kosten und Nutzen der (Nicht-)Prävention in Deutschland - Prävention durch Recht, 2010, S. 25 f. sowie *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (46 f.).

2020 Vgl. *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (190 f.); *Alber/Kliemt/Nagel*, Deutsches Ärzteblatt 2009, 1361 ff.; *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (291 f.); *Cohen/Neumann/Weinstein*, New England Journal of Medicine 2008, 661 ff. m. w. N.; *Beske*, Deutsches Ärzteblatt 2002, A1209-A1210; *Gerlinger/Stegmüller*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 135 (151); *Kahn/Davidson*, Diabetes Care 2014, 943 (947); *Suhrcke*, in: *Bundeszentrals für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 38 (41 ff.), weist darauf hin, dass Kostensparnis sowieso nicht das relevante Entscheidungskriterium zur Nutzenbeurteilung von Prävention sein sollte.

2021 Vgl. *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (192).

neutral oder gar kostensparend²⁰²² sein.²⁰²³ Eine große Hürde stellt daneben das Gebot der Gleichbehandlung des Art. 3 GG dar. Risiko- und kostenerhöhende Tatbestände müssen willkürlich ausgewählt werden.²⁰²⁴ Aufgrund der Vielschichtigkeit und Multikausalität gesundheitlicher Determinanten ist jedoch zu bezweifeln, ob eine solche, rechtsstaatlichen Kriterien genügende Differenzierung überhaupt möglich ist.²⁰²⁵ Auch setzt eine retrospektive Verantwortungszuweisung voraus, dass der Einzelne prospek-

-
- 2022 Vgl. die Berechnungen von *Steidl/Wigger*, Wirtschaftsdienst 2015, 563 ff., welche zu dem Ergebnis kommen, dass die aggregierten externen Nettokosten des Rauchens in Deutschland negativ sind.
- 2023 So belasten Raucher, die früher sterben als Nichtraucher, das Sozialsystem in anderen Bereichen wie etwa der Rentenversicherung oder durch das Wegfallen anderer altersbedingter Krankheiten potenziell vielleicht sogar geringer als langlebige Versicherte, vgl. *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (22 Fn. 89); *Verweij*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), *Ethics, Prevention, and Public Health*, 2007, S. 179 (188); *Huster*, in: *Schmitz-Luhn/Bohmeier* (Hrsg.), *Priorisierung in der Medizin*, 2013, S. 193 (195); *Wikler*, *Ethics & International Affairs* 2002, 47 (52). Zur möglichen Kostenneutralität von Fettleibigkeit vgl. *Bhattacharya/Sood*, *Journal of Economic Perspectives* 2011, 139 ff. m. w. N., deren Berechnungen sich zwar auf das amerikanische Gesundheitssystem beziehen, dennoch gilt auch für Deutschland, dass Fettleibigkeit potenziell früher sterben als Normalgewichtige und deshalb das Sozialsystem wie Raucher in anderen Bereichen weniger beanspruchen; allg. auch *Anomaly, Public Health Ethics* 2012, 216 ff.
- 2024 Vgl. *Huster*, *Ethik in der Medizin* 2010, 289 (294); *Mühlenbruch/Buchner*, *Kosten und Nutzen der (Nicht-)Prävention in Deutschland - Prävention durch Recht*, 2010, S. 27 f.
- 2025 Nach *Eberbach*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), *Die Verbesserung des Menschen*, 2009, S. 1 (24), hat sich der Gesetzgeber mit der Festlegung der Eigenverantwortung als gesundheitskostenrelevantes Abgrenzungsmerkmal auf „stark vermintes“ Gelände begeben; krit. auch *Huster*, *Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit*, 2015, S. 17 ff.; *Süß*, *Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin*, 2014, S. 192 ff. sowie *Marckmann*, *Ethik in der Medizin* 2010, 207 (217); *Eykmann*, *Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen im Gesundheitswesen*, 2007, S. 32 ff., sieht den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bei an die Krankheitursache anknüpfenden Leistungsausschlüssen sowie Risikozuschlägen als verletzt an; differenzierend *Grühn*, *Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität*, 2001, S. 71 ff. u. 256 ff.; a. A. etwa *Blöcher*, *Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V*, 2002, S. 184.

tiv überhaupt zur Verantwortungswahrnehmung in der Lage war. Legitim sind damit vor allem solche Maßnahmen, welche bestimmt und geeignet sind, die tatsächlichen Voraussetzungen gesundheitlicher Eigenverantwortung sicherzustellen. Dies umfasst insbesondere die hier beschriebenen kommunikativen Maßnahmen sowie Strategien des *Debiasing*, wohl aber auch Vorsorge- und Mitwirkungspflichten des Einzelnen. Die Zuweisung finanzieller Verantwortung erweist sich damit grundsätzlich erst dann als verhältnismäßig, wenn der Gesetzgeber nachhaltige Bemühungen nachweisen kann, den Einzelnen zu tatsächlicher gesundheitlicher Selbstbestimmung und Eigenverantwortung zu befähigen.

D. Die Verringerung sozialbedingter gesundheitlicher Ungleichheiten

Die Verringerung sozialbedingter gesundheitlicher Ungleichheiten ist eines der zentralen Anliegen von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention.²⁰²⁶ Der Zusammenhang zwischen sozialem Status und dem Gesundheitszustand ist eindeutig belegt.²⁰²⁷ In einer kaum mehr überschaubaren Anzahl von Arbeiten ist immer wieder gezeigt worden, dass Personen mit niedrigerem sozialen Status zumeist einen besonders schlechten Gesundheitszustand aufweisen, sie kränker sind und früher sterben als Personen mit höherem sozialen Status.²⁰²⁸ Dementsprechend ordnet auch der Gesetzgeber in § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V an, dass die Leistungen der pri-

2026 Vgl. Egger/Ranzum, in: Egger/Razum (Hrsg.), Public Health, 2. Aufl. 2014, S. 9; Huster, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 12 f.; Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 62 ff.

2027 Vgl. Richter/Hurrelmann, in: Richter/Hurrelmann (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 ff. m. w. N.; Mielck, ZSR 2003, 370.

2028 Vgl. Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 7 m. w. N.; Stein-kamp, Sozial- und Präventivmedizin 1993, 111 ff. m. w. N.; Marckmann, in: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 ff.; ausführliche Nachweise bieten Lampert/Müters/Stolzenberg u. a., Bundesgesundheitsblatt 2014, 762 ff.; WHO-Regionalbüro für Europa, Review of social determinants and the health divide in the WHO European Region, 2014; Commission on Social Determinants of Health, Closing the gap in a generation, 2008; Dahlgren/Whitehead, Policies and strategies to promote social equity in health, 2007; Zens, Gesundheitliche Ungleichheit / Health Inequalities, 2011; Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 66 ff.

mären Prävention und Gesundheitsförderung insbesondere zur Verminde-
rung sozial bedingter sowie geschlechtsbezogener Ungleichheit von Ge-
sundheitschancen beitragen sollen. Die Verringerung gesundheitlicher Un-
gleichheiten beinhaltet grundsätzlich verschiedene Teilaspekte. Das Ziel
kann sich zunächst auf die Verbesserung der Gesundheit der am stärksten
Benachteiligten richten. Daneben kann es auch um die Annäherung der
Gesundheit der am stärksten Benachteiligten an die gesundheitliche Lage
der gesamten Bevölkerung gehen sowie schließlich um die Anhebung der
Gesundheit aller sozio-ökonomischen Gruppen und Anpassung an den
Standard der privilegiertesten Gruppe.²⁰²⁹

I. Dimensionen sozialer Gesundheitsungleichheit (Begriffsbestimmung)

1. Vertikale und horizontale Ungleichheit

Sozial bedingte gesundheitliche Ungleichheit kann anhand vertikaler und horizontaler Merkmale erfasst werden. Die vertikale soziale Ungleichheit differenziert nach sozialem Status und wird in der Regel anhand der Merkmale Bildung, beruflicher Status und Einkommen erfasst. Der soziale Status und vor allem das Einkommen gelten als zentrale Indikatoren für gesundheitliche Ungleichheit, da sie einen deutlichen Einfluss darauf ausüben wie gesund ein Mensch ist und wie lange er lebt.²⁰³⁰ Daneben lässt sich soziale Ungleichheit auch mithilfe horizontaler Merkmale beschreiben, welche quer zu den Grenzen der vertikalen Ungleichheit verlaufen. Horizontale Ungleichheit kann grundsätzlich eine Vielzahl von Merkmalen umfassen, üblich sind etwa Alter, Geschlecht, Familienstand und Anzahl von Kindern sowie Nationalität.²⁰³¹

Sozial bedingte gesundheitliche Ungleichheiten lassen sich sowohl in der Mortalität als auch in der Morbidität feststellen. So weisen in Studien Männer und Frauen mit Abitur eine 3 bzw. 4 Jahre höhere Lebenserwartung auf als Männer und Frauen ohne Abitur.²⁰³² Misst man die Unterschiede anhand des Einkommensniveaus, weisen Männer aus dem oberen

2029 Vgl. zum Ganzen *Graham*, in: *Bauer/Bittlingmayer/Richter* (Hrsg.), *Health Inequalities*, 2008, S. 455 (463).

2030 *Mielck*, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 8.

2031 *Mielck*, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 8.

2032 *Mielck*, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 15 f. m. w. N.

Viertel der Einkommensverteilung eine 10 Jahre höhere Lebenserwartung auf als Männer aus dem unteren Viertel, bei Frauen liegt der Unterschied bei 5 Jahren.²⁰³³ Auch bei vielen chronischen Krankheiten wie den Herz-Kreislauf-, Krebs- und chronischen Atemwegserkrankungen sowie der Diabetes zeigt sich eine höhere Krankheitshäufigkeit (Prävalenz) in den unteren sozialen Schichten.²⁰³⁴ Dazu weisen Studien nach, dass die gesundheitliche Benachteiligung von Personen mit einem niedrigen sozialen Status umso größer ist, je schwerer die Erkrankung.²⁰³⁵ Angehörige der unteren sozialen Schichten leben damit nicht nur kürzer, sondern verbringen diese Jahre auch öfter in schwerer Krankheit als sozial besser Gestellte.²⁰³⁶ Die gesundheitliche Benachteiligung trifft jedoch nicht nur die sozial schwächsten Bevölkerungsgruppen, vielmehr durchzieht die Ungleichverteilung von Gesundheit und Krankheit die gesamte Sozialstruktur einer Gesellschaft. Es existiert ein deutlicher sozialer Gradient in der Morbidität und Mortalität.²⁰³⁷ Auch ist zu beachten, dass die tatsächliche gesundheitliche Ungleichheit wahrscheinlich größer ist als in vielen Studien angenommen, da davon auszugehen ist, dass insbesondere Personen mit niedrigem sozialem Status in Studien und Surveys unterrepräsentiert sind.²⁰³⁸

Als sehr anspruchsvoll erweist es sich, präzise die Wege nachzuzeichnen, auf denen ein niedriger Sozialstatus zu gesundheitlichen Problemen führt, also von den Korrelationen zu den Kausalitäten zu gelangen.²⁰³⁹ Die Klärung des Zusammenhangs zwischen Sozialstatus und Gesundheitszustand ist weniger ersichtlich als es zunächst erscheinen mag.²⁰⁴⁰ Ein „Kausalsprung“ von der Makroebene der sozialen Ungleichheit in der Gesellschaft hin zur Mikroebene des Gesundheitszustands einzelner Personen erweist sich hier als zu weit.²⁰⁴¹ Die Faktoren der vertikalen sozialen Un-

2033 Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 18 f. m. w. N.

2034 Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 23 ff. m. w. N.; Siegrist/Marmot, in: Siegrist/Marmot (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgerungen, 2008, S. 15 (17).

2035 Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 36 f.

2036 Richter/Hurrelmann, in: Richter/Hurrelmann (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13.

2037 Vgl. Richter/Hurrelmann, in: Richter/Hurrelmann (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 (16 ff.).

2038 Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 23.

2039 Huster, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 62.

2040 Vgl. Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 47.

2041 Vgl. Steinkamp, Sozial- und Präventivmedizin 1993, 111 ff.

gleichheit beeinflussen den Gesundheitszustand nämlich nicht direkt. Ein niedriges Einkommen führt nicht unmittelbar zu gesundheitsschädlichen Verhaltensweisen oder zu einem schlechten Gesundheitszustand an sich. Der Einfluss wird vielmehr über andere Faktoren vermittelt, die mit dem sozialen Status zusammenhängen.²⁰⁴² Von großer Bedeutung sind hier etwa die Umweltbedingungen und die Ungleichverteilung von Ressourcen, die bewirken, dass die Krankheitsgefährdung umso höher ist, desto niedriger die soziale Stellung in der Gesellschaft.²⁰⁴³ Eine vollständige Erklärung der status-spezifischen Unterschiede in der Morbidität und Mortalität ist zwar kaum möglich.²⁰⁴⁴ Grob vereinfacht stellt sich der Zusammenhang zwischen sozialer und gesundheitlicher Ungleichheit jedoch wie folgt dar²⁰⁴⁵: Unterschiede in Bildung, Beruf und Einkommen (soziale Ungleichheit auf der Makroebene) führen zu Unterschieden in den gesundheitlichen Belastungen (kleinere und größere Alltagsbelastungen, Belastungen am Arbeitsplatz), Unterschieden in den Bewältigungsressourcen (etwa soziale Unterstützung) sowie zu Unterschieden in der gesundheitlichen Versorgung (etwa Arzt-Patienten-Kommunikation). Diese Faktoren der Mesoebene wirken dann auf die Mikroebene, welche individuelle Ressourcen zur Bewältigung von Belastungen sowie das individuelle Gesundheits- und Krankheitsverhalten (Ernährung, Risikoverhalten, Compliance) umfasst.

2. Gesundheitsungleichheit als Folge gesellschaftlicher Ungleichheit

Die Erklärungsansätze zeigen auf, dass gesundheitliche Ungleichheiten letztlich auf allgemeine gesellschaftliche Ungleichheiten zurückzuführen sind. Ein wesentlicher Teil der sozial ungleich verteilten Fehlbeanspruchungen und Ressourcendefizite stammt aus den allgemeinen Bereichen

2042 Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 47 ff.

2043 Egger/Ranzum, in: Egger/Razum (Hrsg.), Public Health, 2. Aufl. 2014, S. 9.

2044 Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 48; vgl. etwa die unterschiedlichen Erklärungsansätze in Richter/Hurrelmann (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006; Siegrist/Marmot (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgerungen, 2008 sowie Bauer/Bittlingmayer/Richter (Hrsg.), Health Inequalities, 2008.

2045 Vgl. Mielck, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2005, S. 51 ff. sowie Richter/Hurrelmann, in: Richter/Hurrelmann (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 (19 ff.).

des Arbeitsmarktes, der Arbeitswelt, des Bildungswesens, der Siedlungs- und Verkehrspolitik, der Einkommens- und Vermögensverteilung.²⁰⁴⁶ Die starke Verbindung von gesundheitlichen Ungleichheiten mit allgemeiner sozialer Ungleichheit führt oftmals zur Forderung, dass eine effektive Gesundheitspolitik intersektoral ausgerichtet sein und einkommens-, arbeitsmarkt- und bildungspolitische Maßnahmen umfassen müsste.²⁰⁴⁷ Nur auf diese Weise ließen sich gesellschaftliche Determinanten der Gesundheit wie die relative Benachteiligung von Bevölkerungsschichten beeinflussen und damit die sozial bedingten Ungleichheiten bei Gesundheit und Krankheit verringern.²⁰⁴⁸ Andere verweisen hingegen darauf, dass eine solche implizite Gesundheitspolitik mit den Mitteln einer expliziten Gesundheitspolitik kaum zu beeinflussen ist.²⁰⁴⁹ Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention können dementsprechend immer nur einen kleinen Teil der überwiegend auf anderen Ebenen hervorgebrachten Belastungen und Probleme kompensatorisch bearbeiten.²⁰⁵⁰ Zumindest für eine kurz- und mittelfristige Verringerung der gesundheitlichen Ungleichheit gelten solche Bemühungen als zielführend, welche sich auf die Verbesserung des Gesundheitszustandes der sozial Schwächsten konzentrieren.²⁰⁵¹ Im Rahmen der expliziten Gesundheitspolitik würde dies etwa die Verbesserung ihrer präventiven und kurativen gesundheitlichen Versorgung und die Verbesserung ihres Gesundheitsverhaltens umfassen.²⁰⁵² In Hinblick auf eine langfristig effektive Zielerreichung ist dann zumindest fraglich, ob sich Gesundheitsförderung im System der gesetzlichen Krankenversicherung überhaupt im Kern mit der Reduzierung sozial bedingter Gesundheitsungleichheiten beschäftigen sollte, und ob dies nicht besser im Rahmen allgemeiner Sozialpolitik zu verorten wäre.²⁰⁵³ Die gesetzliche Krankenversicherung wird wohl überfordert, wenn sie die komplexen Un-

2046 Rosenbrock, ZSR 2003, 342 (346).

2047 Marckmann, Ethik in der Medizin 2010, 207 (210).

2048 Marckmann, Ethik in der Medizin 2010, 207 (210); nach Mielck, ZSR 2003, 370 (373), würde die Verringerung der sozialen Ungleichheit das Problem der gesundheitlichen Ungleichheit an der Wurzel packen; ähnlich auch Raupich, Ethik in der Medizin 2010, 263 (265).

2049 Rosenbrock, ZSR 2003, 342 (346); vgl. auch Huster, GGW 2012, 24 (26).

2050 Rosenbrock, ZSR 2003, 342 (346).

2051 Vgl. Mielck, ZSR 2003, 370 (373).

2052 Vgl. Mielck, ZSR 2003, 370 (373).

2053 Vgl. etwa König, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 161, der einen Ausgleich der sozial und individuell höchst ungleichen

gleichheiten auf sozialer Ebene (wie die allgemeine Einkommens- und Vermögensverteilung oder Bildungsunterschiede) mit den beschränkten Mitteln und Möglichkeiten der Sozialversicherung kompensieren oder beheben soll.²⁰⁵⁴ Die Diskussion um die richtige Interventionsebene für ungleichheitsverringernde Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention fügt sich letztlich in die allgemeine Diskussion um die Herausforderung der Realisierung des sozialen Staatsziels ein. Wichtige Erkenntnis ist hier, dass sich makrosozialer und mikrosozialer Ansatz einander ergänzen müssen.²⁰⁵⁵

II. Normativer Gehalt für Gesundheitsförderung

Die Feststellung, dass der Gesundheitszustand eines Menschen graduell abhängig von seinen soziökonomischen Verhältnissen ist, ist dabei aus der Sicht vieler gesundheitswissenschaftlicher Kommentatoren ein nicht hin zunehmender Missstand.²⁰⁵⁶ Ausgehend von der Prämisse, dass in einer freiheitlichen Grundordnung soziale Ungleichheiten aufgrund eben dieser

Verteilung von Gesundheit langfristig nur über einen gesamtgesellschaftlichen Wandel für möglich hält; nach *Anomaly*, Public Health Ethics 2011, 251 (257), sollte die Beschäftigung mit den sozialen Gesundheitsdeterminanten deshalb auch nicht essentieller Bestandteil einer Public Health Politik sein; anders etwa *Siegel*, Journal of Contemporary Health Law & Policy 2001, 359 (368 ff.).

- 2054 Vgl. *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 22 sowie *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 63, welche die mangelnde Nachhaltigkeit der Prävention durch die GKV kritisiert; nach *Raupich*, Ethik in der Medizin 2010, 263 (266), ist es daher nicht zu erwarten, dass zusätzliche Mittel für das Gesundheitswesen zu einer signifikanten Verringerung gesundheitlicher Ungleichheiten führen würden; nach *Kießling*, RW 2016, 597 (610 ff.), stehen die Strukturen und Pfadabhängigkeiten der gesetzlichen Krankenversicherung mit ihrem individualistischen Leistungsfokus bevölkerungs- oder gruppenbezogenen Ansätzen entgegen – die Krankenkassen mit dem Abbau gesundheitlicher Ungleichheiten zu beauftragen, sei deshalb auch „abweigig“; vgl. auch *Huster*, GGW 2012, 24 (26).
- 2055 Vgl. *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 76.
- 2056 Vgl. etwa *Richter/Hurrelmann*, in: *Richter/Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 11 sowie die Nachweise bei *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 60 ff.

Freiheitsausübung in gewissem Maße hinzunehmen sind²⁰⁵⁷, stellt sich jedoch die Frage, wie sich die Verfassung und insbesondere der Sozialstaat zum Phänomen gesundheitlicher Ungleichheiten verhalten.

1. Gesundheitliche Ungleichheit und Sozialstaat

a) Das soziale Staatziel

Das soziale Staatsziel wird im Grundgesetz nicht als solches benannt, der Staat wird in Art. 20 Abs. 1 GG lediglich als „sozialer“ beschrieben. Das Normative erschließt sich erst mittelbar. Dort, wo die „Wirklichkeit des Gemeinwesens“ der verfassungsrechtlichen Kennzeichnung des Gemeinwesens als eines „sozialen“ nicht entspricht, muss sie so verändert werden, dass sie mit dieser übereinstimmt. So wird die Feststellung zum „Auftrag, zum Ziel, zur Norm“.²⁰⁵⁸ Nach überwiegendem Verständnis erweist sich der Sozialstaat damit als ein Staat, „der den Schwächeren hilft, der die Teilhabe an den wirtschaftlichen Gütern nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit und mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für jedermann zu bewirken sucht.“²⁰⁵⁹ Zugespitzt verpflichtet das Sozialstaatsprinzip den Staat, für eine *gerechte Sozialordnung* zu sorgen.²⁰⁶⁰ Es begründet aber weder unmittelbare Rechtsansprüche des Einzelnen noch vermittelt es für sich allein stehend dem Staat Kompetenzen oder Eingriffsrechte.²⁰⁶¹ Die Verfassung lässt es weitgehend offen, wie die richtige Ordnung des Gemeinwesens *inhaltlich* auszusehen hat. Das soziale Staatsziel fordert damit die politische Entscheidung mehr als dass es sie

2057 Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 40; *Kirchhof*, StZ 2004, 3.

2058 Zum Ganzen Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 1.

2059 Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 21.

2060 Vgl. Steiner, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, GG Art. 20 Rn. 5; BVerfGE 22, 180 (204); vgl. auch die Nachweise bei Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 21 Fn. 106; Badura, DÖV 1989, 491 (492); krit. Merten, VSSR 1980, 101, der die Pflicht zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit als Leerformel bezeichnet; ähnlich Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 2, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Abs. 1 Rn. 104.

2061 Steiner, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, GG Art. 20 Rn. 5; Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 121.

festlegt.²⁰⁶² Auch darf über aller Verantwortung des Sozialstaats nicht vergessen werden, dass sich das „Soziale“ wesentlich durch die Gesellschaft und in der Gesellschaft zu vollziehen hat. Der die gesellschaftliche Autonomie achtende, freiheitliche Sozialstaat hat jedoch alles zu tun, was notwendig und sinnvoll ist, um das „Soziale“ zu bewirken und zu gewährleisten, wenn es ohne sein Eingreifen oder Eintreten nicht oder nicht hinreichend geleistet würde.²⁰⁶³

Ein zentrales Element der Sozialstaatlichkeit ist hier die Verantwortung zur Sicherstellung eines menschenwürdigen Existenzminimums für jedenmann.²⁰⁶⁴ Der Staat ist „im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet“, für die materiellen Voraussetzungen eines menschenwürdigen Daseins Sorge zu tragen.²⁰⁶⁵ Der entsprechende unmittelbare verfassungsrechtliche Leistungsanspruch umfasst nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere die physische Existenz des Menschen, also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit.²⁰⁶⁶ Zur Gewährleistung der Gesundheit muss der Staat vor allem die zur Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit notwendigen materiellen Voraussetzungen sicherstellen.²⁰⁶⁷ Gesundheitsförderliche Leistungen zählen dagegen wohl nicht zum sozialstaatlich gebotenen Existenzminimum.²⁰⁶⁸

Eine weitere wesentliche Dimension des Ziels einer gerechten Sozialordnung ist das Postulat *sozialer Gleichheit*.²⁰⁶⁹ Das Ziel sozialer Gleichheit ist kein absolutes, kein egalitäres. Es kann nur um ein relatives Mehr an Gleichheit gehen und damit verbunden um die Minderung von Ungleichheit, nicht aber darum Ungleichheit aufzuheben.²⁰⁷⁰ Von besonderer

2062 Isensee, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, § 71 Rn. 89.

2063 Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 26, 31.

2064 Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 32.

2065 BVerfGE 125, 170 (222).

2066 BVerfGE 125, 170 (223); 120, 125 (155 f.).

2067 BVerfGE 125, 170 (222 f.); 120, 125 (155 f.).

2068 Vgl. *Kießling*, RW 2016, 597 (621 ff.).

2069 Vgl. Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 34 ff.; Axer, VVDStRL 68 (2009), 177 ff.

2070 Zacher, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 39 f.; *Nußberger*, DVBl. 2008, 1081 (1084); vgl. auch Starck, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 1 Rn. 4.

Relevanz für die Schaffung eines sozialen Ausgleichs ist für den Sozialgesetzgeber das Gleichheitspostulat des Art. 3 GG, welcher ermöglicht und gestattet, finanzielle, wirtschaftliche oder schicksalshafte Benachteiligungen auszugleichen und einen sozialen Mindeststandard einzuführen.²⁰⁷¹ Obwohl auf Rechtsgleichheit zielend, kann der Gleichheitssatz soziale Ungleichheiten nicht unberücksichtigt lassen.²⁰⁷² Die konkrete Bestimmung dessen, was unter „sozialer Gleichheit“ zu verstehen ist, erweist sich als schwierig.²⁰⁷³ Der Begriff ist grundsätzlich sehr dynamisch auf das konkrete gesellschaftliche Geschehen bezogen und damit stark von den jeweils vorherrschenden „politischen Visionen“ bestimmt.²⁰⁷⁴ Historisch ist die Vorstellung sozialer Gleichheit primär mit gesellschaftlichen und ökonomischen Phänomenen, insbesondere der „Arbeiterfrage“, verbunden.²⁰⁷⁵ Diese Verbindung von Arbeiterfrage und „sozialer Frage“ prägt die Forderung nach „sozialer Gleichheit“ bis heute, sie hat einen starken ökonomischen Bezug.²⁰⁷⁶ So erscheinen Ungleichheiten vor allem dann als sozial problematisch, wenn sie in ökonomischen Ungleichheiten ihre Ursache oder Wirkung haben.²⁰⁷⁷ Darüber hinaus scheint das Ziel sozialer Gleichheit jedoch nicht nur auf ökonomische Aspekte begrenzt, sondern wohl auch ganz allgemein auf das Idealbild einer Gesellschaft ausgerichtet, an der jeder ungeachtet seiner sozialen Stellung oder individuellen Lebenssituation in adäquater Weise teilhaben kann.²⁰⁷⁸

2071 Merten, VSSR 1980, 101 (108 ff.); Badura, DÖV 1989, 491 (495 f.); a. A. Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 1 Rn. 6, welcher das Ziel sozialer Gleichheit allein in der Sozialstaatsgarantie der Art. 20 I, 28 Abs. 1 S. 1 GG verortet.

2072 Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 37; Axer, VVDStRL 68 (2009), 177 (211 f.).

2073 Nußberger, DVBl. 2008, 1081 (1084); vgl. auch Badura, DÖV 1989, 491 (493 ff.).

2074 Nußberger, DVBl. 2008, 1081 (1084); Axer, VVDStRL 68 (2009), 177 (181 ff.).

2075 Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 34; vgl. auch Grzesick, in: Maunz/Dürig, GG, 73. EL (Dezember 2014), Art. 20 GG Rn. 6 ff.; Axer, VVDStRL 68 (2009), 177 (182).

2076 Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 34; Axer, VVDStRL 68 (2009), 177 (184).

2077 Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 28 Rn. 35 m. w. N.; die Reduktion auf den ökonomischen Aspekt als zu eng empfindend Nußberger, DVBl. 2008, 1081 (1084 f.).

2078 Nußberger, DVBl. 2008, 1081 (1085); Axer, VVDStRL 68 (2009), 177 (182); Welti, VVDStRL 68, 228 f.; vgl. auch Badura, DÖV 1989, 491 (493).

b) Eine Pflicht zur Verringerung gesundheitlicher Ungleichheit?

Soll der Sozialstaat der Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit dienen und dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, kann er dem Phänomen gesundheitlicher Ungleichheit nicht gleichgültig gegenüberstehen.²⁰⁷⁹ Gesundheit ist Grundbedingung für die Realisierung individueller Lebensziele und gehört unstrittig zu den Grundbedürfnissen, welche zur Führung eines guten Lebens befriedigt sein müssen.²⁰⁸⁰ Andererseits ist die Frage, welches Mindestmaß an Gesundheit erfüllt sein muss, nicht notwendigerweise mit der Frage der gerechten Verteilung dieses Gutes verbunden. So kann wohl nicht jede gesundheitliche Ungleichheit den Sozialstaat dazu verpflichten, diese abbauen zu müssen.²⁰⁸¹ Es stellt sich die Frage, inwieweit die schichtenspezifischen Gesundheitszustände nicht einfach zu den vielen Ungleichheiten gehören, die in einer freiheitlichen Ordnung hinzunehmen sind.²⁰⁸² Die Art und das Ausmaß der gesundheitlichen Ungleichheiten müssen damit nicht notwendigerweise eine Ungerechtigkeit darstellen.²⁰⁸³ Dies wird zwar oft von Protagonisten einer Public Health Politik angenommen. Eine Antwort auf diese Fragen zeigt sich im Detail jedoch sehr komplex.²⁰⁸⁴ Teilweise ver-

2079 *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 103; vgl. auch *Axer*, VVDStRL 68 (2009), 177 (178 ff.) sowie *Davy*, VVDStRL 68 (2009), 121 (131 f. u. 137 ff.), welche jedoch die These aufstellt, dass im Gesundheitsbereich die Vergrößerung von sozialer Ungleichheit nur ausnahmsweise gleichheitsrechtlich angegriffen werden könne, weil der Maßstab des Gleichheitssatzes zum Teil zu grob und zum Teil ungeeignet sei.

2080 *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 21 f. mit Verweis auf *Daniels*, Just Health Care, 1985 u. *Nussbaum*, Gerechtigkeit oder Das gute Leben, 1999; vgl. auch *Marckmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 (54 ff.).

2081 Vgl. *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 62 ff. sowie *Kirchhof*, StZ 2004, 3.

2082 Vgl. *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 16.

2083 Vgl. *Marckmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 (55), nach dem es weder praktikabel noch ethisch zwingend erscheint, alle sozial bedingten Ungleichheiten im Gesundheitszustand zu eliminieren.

2084 Vgl. dazu ausführlich *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 64 ff. sowie *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 55 ff.

sucht man sie daran festzumachen, ob und inwieweit es sich bei den gesundheitlichen Ungleichheiten um vermeidbare oder unvermeidbare Folgen unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens handelt. So meint das WHO-Regionalbüro für Europa etwa, dass vermeidbare Ungleichheiten, welche sich durch vorhandenes Wissen überwinden ließen, ungerecht seien und zu gesundheitlichen Benachteiligungen führen.²⁰⁸⁵ Ähnlich verhält es sich mit der EU-Kommission, welche mit ihren Programmen „vermeidbare und ungerechte“ Ungleichheiten der Gesundheit anzusprechen versucht.²⁰⁸⁶ Sie führt dazu aus: „Da gesundheitliche Ungleichheit nicht einfach auf Zufall beruht, sondern in hohem Maße vom Handeln von Einzelpersonen, Regierungen, Interessenträgern und Gemeinschaften abhängt, ist sie nicht unvermeidbar. Will man gesundheitliche Ungleichheit verringern, so muss man diejenigen Faktoren in Angriff nehmen, die Ungleichheit im Gesundheitszustand der Bevölkerung fördern, vermeidbar und auf politischer Ebene beeinflussbar sind.“²⁰⁸⁷

Nach *Huster* stellen sich die sozialen Gesundheitsungleichheiten hingegen vielmehr als unbeabsichtigte und nicht einmal vorhergesehene, komplexe Nebenfolgen der gesellschaftlichen Organisation und der sozialen Ungleichheiten dar.²⁰⁸⁸ Wenn es sich bei den Gesundheitsungleichheiten um Ungerechtigkeiten handeln sollte, dann seien diese allenfalls struktureller Natur.²⁰⁸⁹ Die Frage ist dann jedoch, ob die sozialen Gesundheitsungleichheiten als solche oder die zur Ungleichheit führenden Ursachen Gegenstand der normativen Betrachtung sind.²⁰⁹⁰ Konzentriert man sich auf die hinter den Ungleichheiten stehenden Ursachen, führt dies letztlich zur Frage nach sozialer Gerechtigkeit.²⁰⁹¹ Die Frage nach der Gerechtigkeit

-
- 2085 WHO-Regionalbüro für Europa (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. xii.
- 2086 Weißbuch – Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2009-2013, KOM 2007 (630) endg., S. 5 Fn. 10.
- 2087 Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM 2009 (567) endg., S. 4.
- 2088 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 69.
- 2089 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 69.
- 2090 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 70; dazu auch *Marckmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 (54 ff.).
- 2091 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 71 f.; so etwa *Raupich*, Ethik in der Medizin 2010, 263 ff., für den die Frage der Gesundheitsgerechtigkeit nicht isoliert sondern nur im Kontext einer umfassenden Theorie der sozialen Gerechtigkeit bestimmt werden kann.

der Gesundheitsungleichheiten geriete dann in die Untiefen der allgemeinen Diskussion über soziale Verteilungsgerechtigkeit.²⁰⁹²

Ein Blick auf die grundlegenden Dimensionen des sozialen Staatsziels zeigt jedoch, dass gesundheitliche Ungleichheiten dann als sozial besonders problematisch wahrgenommen werden können und sollten, wenn sie ihre Ursache und/oder Wirkung in ökonomischen Ungleichheiten haben und wenn sie dazu führen, dass nicht mehr für jedermann das gesundheitliche Existenzminimum sichergestellt ist.²⁰⁹³ Nach *Tiemann* ist dementsprechend der Umgang mit Bedürftigen im Leistungssystem der Krankenversicherung ein wichtiger Indikator für den sozialstaatlichen Umgang mit gesundheitlicher Ungleichheit.²⁰⁹⁴ Ein auf Nichtdiskriminierung setzendes und auf die internationale Diskussion um soziale Gerechtigkeit und Schutz vor sozialer Ausgrenzung suchendes Menschenrechtsverständnis impliziere die Grundentscheidung, dass für die Gesundheitsversorgung ein stärkerer egalitärer Maßstab gelte als für sonstige Elemente des materiellen Lebensstandards.²⁰⁹⁵ Unter der Berücksichtigung der fundamentalen Bedeutung von Gesundheit für alle anderen Dimensionen von Lebensqualität gehöre es zum sozialstaatlich gebotenen Standard, dass auch die Versorgung Bedürftiger sich im Wesentlichen an dem orientiert, was Durchschnittsverdiener vernünftigerweise für die eigene Gesundheitsversorgung entweder im Wege von Pflichtversicherung oder freiwilliger Vorsorge oder im Wege einer ad-hoc Finanzierung im Einzelfall aufwenden.²⁰⁹⁶ In Hinblick auf den Umgang mit dem Phänomen gesundheitlicher Ungleichheit ist daher ein Augenmerk darauf zu legen, wie sich Budgetierungen und Selbstbeteiligungen auf sozial Schwache auswirken.²⁰⁹⁷

2092 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 71 f.; vgl. auch *Bauer/Bittlingmayer/Richter*, in: *Bauer/Bittlingmayer/Richter* (Hrsg.), Health Inequalities, 2008, S. 13 (18 ff.).

2093 Vgl. *Davy*, VVDSRL 68 (2009), 121 (145).

2094 *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 107.

2095 *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 112.

2096 *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 112.

2097 Vgl. *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der

Eine Möglichkeit, die Frage einer sozial gerechten Güterverteilung nicht nur auf monetäre Aspekte zu beschränken, bietet der Ansatz, Gesundheitsgerechtigkeit als Frage der Chancengleichheit zu betrachten.²⁰⁹⁸ Im Vordergrund stehen hier die Beteiligung der Menschen und ihre Möglichkeiten, gebotene Chancen verwirklichen zu können. Der Vorteil des Ansatzes besteht darin, dass er ermöglicht, die gesundheitsrelevante Forderung nach Gleichheit weniger mit Fragen der Güterverteilung als vielmehr mit dem Maßstab realer Freiheit zu verknüpfen.²⁰⁹⁹ Die Verbesserung gesundheitlicher Chancengleichheit wäre dann als primäres Ziel der Verringerung sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheit zu sehen.²¹⁰⁰ Grundsätzlich orientiert man sich in diesem Zusammenhang am Modell der Verwirklichungschancen (*capability approach*) nach *Sen* und *Nussbaum*, welches das Maß an distributiv gerechter Gleichheit kontextsensibel so festlegt, dass ein Individuum in einer jeweiligen Gesellschaft diejenigen Befähigungen erhält, welche zu einer langfristig eigenverantwortlichen Lebensführung notwendig sind.²¹⁰¹ Auf den Gedanken der Gesundheitsgerechtigkeit gewendet, hat das Gemeinwesen also die Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass die einzelnen Menschen das ihnen individuell erreichbare Maß an Gesundheit erreichen können, so dass sich ihnen die für sie jeweils möglichen Lebenschancen eröffnen.²¹⁰² Alle Menschen

Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 119; ähnlich auch *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 15 ff.; *Marckmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 (55) sowie *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2007. Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, 2008, S. 233 ff.

- 2098 Vgl. dazu etwa *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 29 ff.; *Ruger*, Health and social justice, 2010.
- 2099 Vgl. *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 30 sowie *Dabrock*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 79 (90).
- 2100 Vgl. *Richter/Hurrelmann*, in: *Richter/Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 (28).
- 2101 Vgl. *Dabrock*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 79 (90); *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 31 f.; ausführlich zu „health capabilities“ *Ruger*, Health and social justice, 2010.
- 2102 *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 31.

sollen unabhängig vom Einkommens- Bildungs- und Berufsstatus die gleiche Chance haben, gesund zu bleiben.²¹⁰³

2. Eingriffslegitimation und Eingriffsbegrenzung

Der kurSORische Überblick zeigt, dass der Befund sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten dem Sozialstaat insbesondere dort eine Handlungsbefugnis zuweist, wo die sozial Schwächsten besonders benachteiligt werden. Zeigt die Ursachenforschung auf, dass die soziale Organisation der Gesellschaft einzelnen Individuen systematisch die Möglichkeit zur gleichen Teilhabe – hier: die Chance zu einem möglichst gesundem Leben – verbaut, kann dies den Staats dazu legitimieren, in die Autonomie einzelner Menschen einzutreten, um Vorbedingungen für die Ausbildung und Ausübung personaler Autonomie dieser oder anderer Individuen zu schaffen.²¹⁰⁴ Zeigen also insbesondere Angehörige der sozial schwachen Bevölkerungsschichten ein nachteiliges Gesundheitsverhalten, so ist es zumindest plausibel, davon auszugehen, dass diese nicht vollständig selbstbestimmt handeln. Der Befund sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten könnte staatlichem Handeln also insbesondere auch eine Argumentationsgrundlage für Maßnahmen der geführten Entscheidungsfindung (*Nudging*) bieten. Dies könnte insbesondere für solche Maßnahmen gelten, die bezwecken, ein Gegenpol zu solchen Einflüssen zu setzen, welche vor allem die sozial schlechter Gestellten treffen.²¹⁰⁵ Die Beschränkungen der Allgemeinheit wären dann zum Schutze der Schwächsten gerechtfertigt.²¹⁰⁶

Andererseits stellt sich auch hier die Frage, ob Ziel staatlichen Tätigwerdens nicht die Ermöglichung und Sicherstellung tatsächlich autonomen Handelns sein sollte. Das Gesundheitsverhalten ist eben teilweise auch

2103 Richter/Hurrelmann, in: Richter/Hurrelmann (Hrsg.), *Gesundheitliche Ungleichheit*, 2006, S. 13 (28).

2104 Vgl. Quante, Ethik in der Medizin 2010, 179 (187); zu möglichen Interventionsstrategien vgl. etwa Tiemann, *Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland*, 2011, S. 112 ff.

2105 Vgl. Huster, *Soziale Gesundheitsgerechtigkeit*, 2011, S. 68, der zugleich darauf hinweist, dass die Nahrungs- und Genussmittelindustrie nicht selten versucht, gerade die sozial Schwachen zu beeinflussen.

2106 Vgl. Huster, *Soziale Gesundheitsgerechtigkeit*, 2011, S. 68.

Produkt eines bestimmten (schichtenspezifischen) Gesundheitsverständnisses und damit verbundener Präferenzen, welche wiederum stark von sozialen und Umweltbedingungen beeinflusst werden. Ein diesen Präferenzen folgendes Verhalten ist dann nicht notwendigerweise heteronom. Sich primär auf die Änderung des Verhaltens zu konzentrieren, ohne auch die Bedingungen zu ändern, unter denen dieses Verhalten entsteht, gleicht dann einer bloßen Bekämpfung der Symptome, weniger der Ursachen. Auch ist zu beachten, dass die Zusammenhänge zwischen sozialem Status und Gesundheitszustand zwar ausführlich beschrieben wurden, auf Seiten der Erklärungsmodelle jedoch sowohl theoretisch als auch empirisch noch starke Forschungsdefizite bestehen.²¹⁰⁷ So existieren nur wenige detaillierte Kenntnisse über den tatsächlichen Wirkmechanismus und die Verursachungszusammenhänge bei der Entstehung gesundheitlicher Ungleichheiten.²¹⁰⁸ Das Argument der Eingriffslegitimation zur Verringerung gesundheitlicher Ungleichheiten wird stark relativiert, wenn gar nicht klar ist, wo eigentlich genau gesundheitliche Ungleichheiten entstehen und wo und wann folglich in diesem Entstehungszusammenhang zu intervenieren wäre.²¹⁰⁹ Es darf nicht vergessen werden, dass sich auch staatliche Sozialpolitik zur Angleichung der Freiheitschancen und Lebensverhältnisse freiheitlich zu rechtfertigen hat.²¹¹⁰

Bei genauerem Blick bietet das Phänomen der sozial bedingten gesundheitlichen Ungleichheiten nicht nur Grundlage für eine Eingriffslegitimation, sondern vor allem auch für eine Handlungs- bzw. Eingriffsbegrenzung staatlicher Steuerung individuellen Gesundheitsverhaltens. Diese Begrenzung zeigt sich insbesondere bei verhaltenssteuernden Maßnahmen mit finanziellen Auswirkungen. Eine wesentliche Grundvoraussetzung zur Verwirklichung gesundheitlicher Chancengleichheit ist etwa der gleichberechtigte Zugang sowie die gleichberechtigte Teilhabe aller Mitglieder der Bevölkerung zu und an der gesundheitlichen Versorgung sowie zu und an ge-

2107 Vgl. Bauer/Bittlingmayer/Richter, in: Bauer/Bittlingmayer/Richter (Hrsg.), Health Inequalities, 2008, S. 13 (14 ff.); Mielck, ZSR 2003, 370 (372).

2108 Bauer/Bittlingmayer/Richter, in: Bauer/Bittlingmayer/Richter (Hrsg.), Health Inequalities, 2008, S. 13 (15).

2109 Vgl. Bauer/Bittlingmayer/Richter, in: Bauer/Bittlingmayer/Richter (Hrsg.), Health Inequalities, 2008, S. 13 (15).

2110 Heinig, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 157 (163); vgl. auch Merten, VSSR 1980, 101 (102 f.).

sundheitsförderlichen Gütern und Dienstleistungen.²¹¹¹ Die durch den Zugang begründete Teilhabemöglichkeit bedeutet jedoch nicht gleichzeitig, dass auch die Teilhabe an den Leistungen gleichberechtigt ist.²¹¹² Diese wird in der gesetzlichen Krankenversicherung zwar grundsätzlich durch die Prinzipien der Beitragsunabhängigkeit der Leistungen sowie durch das Finalprinzip gewährleistet.²¹¹³ Wie aufgezeigt wurde, führen finanzielle Instrumente wie Eigenbeteiligungen und Wahltarife jedoch zu einer Aufweichung dieses Grundsatzes. Für verstärkte finanzielle Maßnahmen, welche an vermeintlich vermeidbare Gesundheitsrisiken oder mangelndes gesundheitsbewusstes Verhalten anknüpfen, bedeutet dies, dass eine solche Zielsetzung der Förderung gesundheitlicher Chancengleichheit diametral entgegensteht.²¹¹⁴ Sie stellen Bedürftige letztlich vor die Wahl zwischen Verzicht oder die Verwendung von Mitteln, die dann für andere Bedarfsdeckung fehlen.²¹¹⁵ Auch bei positiven Anreizen in Form von Bonusprogrammen besteht die Gefahr einer sozialen Diskriminierung. Angehörige sozial schlechter gestellter Gruppen weisen bei der Inanspruchnahme gesundheitsförderlicher Leistungen in der Regel deutliche Defizite auf.²¹¹⁶ Neben Informationsdefiziten und verringerten Handlungsoptionen ist dies auch darauf zurückzuführen, dass ökonomische Anreize tendenziell stärker wirken, wenn sie sowieso bereits bestehende intrinsische Motivationen unterstützen.²¹¹⁷ Es erscheint insgesamt schwierig, finanzielle Anreize für

2111 *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 193.

2112 *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 197; vgl. auch *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 23 ff.

2113 *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 197 ff.

2114 Zu empirisch belegten negativen Auswirkungen auf den Zugang zur Gesundheitsversorgung durch Selbstbeteiligungen s. *Brockmann/Ullrich*, VSSR 2009, 339 (355) m. w. N.; zum Widerspruch von Wahltarifen zum Solidarprinzip *Preisner*, Wahltarife im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 266 f.

2115 *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 108.

2116 Vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 298; *Jordan/Lippe*, GBE kompakt 2012, 1 (2 f.).

2117 Vgl. etwa *Gorin/Schmidt*, Public Health Ethics 2015, 34 (35 f.) u. *Wolff*, Public Health Ethics 2014, 1 ff.

gesundheitsrelevantes Verhalten so zu gestalten, dass eine soziale Diskriminierung vermieden wird.²¹¹⁸

Erweist sich die Ungleichverteilung der Gesundheit und Gesundheitschancen als eine nicht von einzelnen Akteuren intendierte und nicht auf die Handlungen einzelner Akteure reduzierbare Nebenwirkung der gesellschaftlichen Ordnung, dann ergibt sich für eine individualistische Argumentation bzw. Eingriffsbegründung darüber hinaus auch ein grundlegendes konzeptionelles Problem.²¹¹⁹ Nicht nur ist die Effektivität möglicher Interventionen aufgrund des unklaren Verursachungszusammenhangs schwer zu ermitteln, auch kann die Argumentation auf Grundlage der individualistischen Konzeption gar nicht erst greifen, weil die Ebene der individuellen Verantwortung nicht die Ebene ist, auf der das Problem anzusiedeln ist.²¹²⁰ Wie bereits betont, haben verschiedene Untersuchungen aufzeigen können, dass materiellen und psychosozialen Faktoren eine wesentlich größere Bedeutung bei der Genese gesundheitlicher Ungleichheiten zukommt als individuellem Verhalten, da diese sowohl einen direkten als auch indirekten, über das Gesundheitsverhalten vermittelten, Effekt aufweisen.²¹²¹ Diese Ergebnisse stützen die These, dass Gesundheitsverhalten zumindest teilweise sozialstrukturrell determiniert ist, und dass ein ausschließlicher Fokus auf die Steuerung individuellen Verhaltens nur wenig zu einer Reduzierung gesundheitlicher Ungleichheiten beiträgt.²¹²² Als effektiver wird üblicherweise eine Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention gesehen, welche nicht mehr vorwiegend auf das Individuum, sondern in stärkerem Maße auf die es umgebenden Vergesellschaftungs- und Arbeitsbedingungen abzielt.²¹²³ Entsprechende Maßnahmen würden darüber hinaus auch gegenüber dem Einzelnen das mildere Mittel – da in der Regel wohl gar nicht erst die Schwelle eines Grundrechtseingriffs erreichend – darstellen.

2118 So etwa auch *Streich*, Gesundheitsmonitor 2003, 2 (5).

2119 Vgl. *Quante*, Ethik in der Medizin 2010, 179 (182).

2120 Vgl. *Quante*, Ethik in der Medizin 2010, 179 (182).

2121 *Richter/Hurrelmann*, in: *Richter/Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 (29).

2122 Vgl. *Richter/Hurrelmann*, in: *Richter/Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 (29); *Giesecke/Müters*, in: *Richter/Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 353 (365).

2123 Statt vieler *Richter/Hurrelmann*, in: *Richter/Hurrelmann* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, 2006, S. 13 (29).

Die Handlungsbegrenzung wirkt sich jedoch nicht nur für belastende finanzielle Maßnahmen aus, sondern auch für Leistungen der Gesundheitsförderung allgemein. Ohne gezielte Ansprache sozial schwächer oder besonders hilfsbedürftiger Versicherter werden Förderleistungen vor allem von Menschen mit einer höheren Bildung sowie einem finanziell und sozial gefestigten Status angenommen.²¹²⁴ Sie profitieren daher in besonderer Weise. Im Ergebnis können (zielgruppenunspezifische) Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention die gesundheitlichen Ungleichheiten zwischen verschiedenen Bevölkerungsgruppen vertiefen, obwohl sie zu ihrer Nivellierung beitragen sollen.²¹²⁵ Bei der tatsächlichen Ausgestaltung sowie bei der rechtlichen Bewertung sind Präventionsmaßnahmen auch an ihren Zugangsmöglichkeiten für Menschen in prekären Lebenswelten zu messen.²¹²⁶ Gesetzlich vorgegebenes und verfassungsrechtlich gebotenes Ziel ist es, Benachteiligungen auszugleichen.

E. Der Interessenausgleich – Die Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sind Teil vorsorglichen Staatshandelns, welches versucht, potenziell belastende Einflüsse und Situationen zu vermeiden und potenziell gesundheitsfördernde Zustände herzustellen. Aufgrund der Komplexität der Ursachen- und Wirkungszusammenhänge sind Wirksamkeit und Effektivität der Maßnahmen oftmals ungewiss. Kommt es zu Grundrechtseingriffen, ist daher ein besonderes Augenmerk auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen zu legen. Herausforderung des Interessenausgleiches der Angemessenheitsprüfung ist es, Beschränkungen der gesundheitlichen Selbstbestimmung mit den oben beschriebenen abstrakten Gemeinwohlinteressen und Handlungszielen in praktische Konkordanz zu bringen.

2124 Vgl. *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 63 sowie *Kießling*, RW 2016, 597 (610) m. w. N.

2125 Vgl. *Kießling*, RW 2016, 597 (610 Fn. 103).

2126 Vgl. *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 63 f.

I. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen

1. Prognosespielraum des Gesetzgebers

Die Frage nach der Geeignetheit und Erforderlichkeit von Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist eng verknüpft mit der Frage der Wirksamkeit und der Wirksamkeitsnachweise. Im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention treten Wirksamkeits- und Evidenzfragen auf zwei Ebenen auf. Zunächst geht es um die Zusammenhänge von Gesundheitsdeterminanten und Gesundheitszustand, also die Frage, ob und in welchem Maße sich ein bestimmter Risikofaktor oder ein Risikoverhalten auf die Gesundheit auswirkt. Zum anderen interessiert dann die Wirksamkeit und Effektivität der Interventionsmaßnahmen.²¹²⁷

Von Verfassungs wegen besteht im Rahmen der Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge ein weiter Einschätzung- und Prognosespielraum des Gesetzgebers darüber, welche Maßnahmen er für geeignet und erforderlich halten darf.²¹²⁸ Ihm ist es grundsätzlich unbenommen, Gesetze zum Schutz der Allgemeinheit auf der Grundlage einer bloßen Gefahrenprognose zu erlassen.²¹²⁹ Gerichten steht dabei grundsätzlich nur ein begrenzter Prüfungsumfang zur Verfügung.²¹³⁰ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers bei der Einschätzung von Gefahren, die der Allgemeinheit drohen und bei der Beurteilung der Maßnahmen, die der Verhütung und Bewältigung dieser Gefahren dienen sollen, jedenfalls dann überschritten, wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können.²¹³¹ Daneben lassen sich jedoch gewisse Abstufungen und Mindestanforderungen erkennen.²¹³²

Zunächst ist es erforderlich, dass der Gesetzgeber überhaupt eine eigene Risikoabschätzung unter Einbezug des aktuellen Forschungsstandes vornimmt und sich in ausreichendem Maße mit den tatsächlichen Risiken

2127 Zum Ganzen etwa *Nuffield Council on Bioethics*, Public health: ethical issues, 2007, S. 31 ff.

2128 BVerfGE 50, 290 (332 ff.); 61, 291 (313 f.); 88, 203 (262); 110, 141 (157 f.).

2129 OVG Münster, Urt. v. 4.11.2014 – 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211 (215 f.).

2130 BVerfGE 77, 170 (214 f.); 90, 145 (173); 110, 141 (157); 121, 317 (350).

2131 BVerfGE 30, 292 (317); 37, 1 (20); 77, 84 (106); 110, 141 (157 f.); 121, 317 (350).

2132 Vgl. dazu auch Stettner, NVwZ 1989, 806 (807 ff.).

auseinandersetzt.²¹³³ Kann sich der Gesetzgeber jedoch zum Zeitpunkt des Erlasses bestimmter Regelungen noch kein ausreichend zuverlässiges Urteil über die tatsächlichen Voraussetzungen oder über die Auswirkungen der Regelung bilden, kann es geboten sein, dass er die weitere Entwicklung beobachtet und die Norm überprüft und revidiert, falls sich erweist, dass die ihr zugrunde liegenden Annahmen nicht mehr zutreffen.²¹³⁴ Dies gilt unter anderem dann, wenn komplexe Gefährdungslagen zu beurteilen sind, über die verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse noch nicht vorliegen.²¹³⁵ Doch auch hier kann eine Verletzung der „Nachbesserungspflicht“ des Gesetzgebers gerichtlich erst festgestellt werden, wenn *evident* ist, dass eine ursprünglich rechtmäßige Regelung zum Schutz der Gesundheit auf Grund neuer Erkenntnisse oder einer veränderten Situation verfassungsrechtlich untragbar geworden ist.²¹³⁶ Eine eigenständige Risikoeinschätzung auf der Grundlage einer gerichtlichen Beweiserhebung kann damit etwa von der konkreten Darlegung gesicherter Erkenntnisse von „erheblichem wissenschaftlichen Gewicht“, die anerkannte Stellen über eine unzureichende Wirksamkeit der Maßnahmen gewonnen haben, abhängig gemacht werden.²¹³⁷ Insbesondere bei hoch komplexen und wissenschaftlich umstrittenen Gefährdungslagen setzt eine kompetente Bewertung und Gesamteinschätzung des wissenschaftlichen Erkenntnisstands nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eine laufende fachübergreifende Sichtung und Bewertung der umfangreichen Forschung voraus.²¹³⁸ Dies könne in aller Regel nicht durch eine gerichtliche Beweiserhebung anhand eines konkreten Streitfalls geleistet werden. Eine kompetente eigenständige Risikobewertung durch die Gerichte sei grundsätzlich erst dann möglich, wenn die Forschung so weit fortgeschritten sei, dass sich die Beurteilungsproblematik auf bestimmte Fragestellungen verengen ließen, welche anhand gesicherter Befunde von anerkannter wissenschaftlicher Seite geklärt werden könnten.²¹³⁹

2133 OVG Münster, Urt. v. 4.11.2014 – 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211 (216).

2134 BVerfGE 25, 1 (12 f.); 49, 89 (130); 95, 267 (314) und 110, 141 (158); vgl. auch Stettner, NVwZ 1989, 806 (807 f.) m. w. N.

2135 BVerfGE 110, 141 (158) mit Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638 (1639).

2136 BVerfGE 49, 89 (130 ff.); 56, 54 (78 ff.) und BVerfG, Beschl. v. 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638 (1639).

2137 BVerfG, Beschl. v. 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638 (1639).

2138 BVerfG, Beschl. v. 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638 (1639).

2139 BVerfG, Beschl. v. 28.2.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638 (1639).

Evidenzkontrolle mag also der Grundsatz gerichtlicher Überprüfbarkeit sein, gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass sich die konkreten Anforderungen an die Gewissheit der gesetzgeberischen Annahmen und den Grad der geforderten Wahrscheinlichkeit nach der Art der zu ergreifenden Maßnahme richten.²¹⁴⁰ Es führt dazu aus: „Ungewißheit über die Auswirkungen eines Gesetzes in einer ungewissen Zukunft kann nicht die Befugnis ausschließen, ein Gesetz zu erlassen, auch wenn dieses von großer Tragweite ist. Umgekehrt kann Ungewißheit nicht schon als solche ausreichen, einen verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht zugänglichen Prognosespielraum des Gesetzgebers zu begründen. Prognosen enthalten stets ein Wahrscheinlichkeitsurteil, dessen Grundlagen ausgewiesen werden können und müssen; diese sind einer Beurteilung nicht entzogen. Im einzelnen hängt die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von Faktoren verschiedener Art ab, im besonderen von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter. Demgemäß hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch im Zusammenhang anderer Fragestellungen, bei der Beurteilung von Prognosen des Gesetzgebers differenzierte Maßstäbe zugrunde gelegt, die von einer Evidenzkontrolle [...] über eine Vertretbarkeitskontrolle [...] bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle [...].“²¹⁴¹

Je stärker die Maßnahmen also in die Freiheitsrechte des Einzelnen eingreifen, desto höher sind grundsätzlich auch die Plausibilitätsanforderungen für die Geeignetheit und Erforderlichkeit. So sah das Bundesverfassungsgericht im Apothekenurteil die vom Gesetzgeber vorgebrachten befürchteten Gefahren bei Niederlassungsfreiheit der Apotheker nach intensiver Auseinandersetzung mit den Argumenten als nicht hinreichend wahrscheinlich dargelegt an, um eine intensive, nämlich objektive Berufswahleinschränkung rechtfertigen zu können.²¹⁴² Ähnlich kritisch verfuhr es mit der Gefahrprognose des Gesetzgebers etwa auch im Kassenarzturteil²¹⁴³ und im Urteil über das Arzneimittelgesetz²¹⁴⁴.

2140 BVerfGE 110, 141 (159).

2141 BVerfGE 50, 290 (332 f.); ausführlich zu den Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers Stettner, NVwZ 1989, 806 ff.

2142 BVerfGE 7, 377 (413 ff.).

2143 BVerfGE 11, 30 (45).

2144 BVerfGE 17, 269 (276 ff.).

2. Validität der empirischen Grundlagen

a) Gesundheitliche Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen

Verhaltensbasierte Regelungsansätze treffen im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auf einen teilweise umstrittenen und sich ständig ändernden Forschungsstand. Es ist daher zu beachten, dass die Validität der den gesetzgeberischen Annahmen zugrundeliegenden empirischen Grundlagen zu negativen oder positiven Gesundheitseffekten eines bestimmten Verhaltens durchaus fraglich sein kann. Besonders kritisch ist hier etwa die auf „gesunder Ernährung“ basierende Prävention zu sehen. Ernährungsregeln sind oftmals diffus und Ernährungslehren beruhen mitunter gar auf bloßen „Glaubenssystemen“ oder nicht genannter persönlicher Vorlieben ihrer „Apologeten“.²¹⁴⁵ Zudem können sich in den Empfehlungen voreilige Schlüsse wissenschaftlicher Studien abbilden. So haben gerade auch Fachwissenschaftler in den vergangenen Jahrzehnten Positionen eingenommen, die sich bald als falsch oder sogar gesundheitsschädlich erweisen sollten.²¹⁴⁶ Als Beispiel können hier etwa der jahrzehntelang geführte „Glaubenskrieg“ um den Vorzug von Margarine anstelle von Butter genannt werden.²¹⁴⁷ Viele typischerweise benutzten Referenzwerte wie etwa der *Body-Mass-Index (BMI)* oder Höchstwerte für den Blutdruck oder den Salzkonsum werden zunehmend hinterfragt.²¹⁴⁸ Neben den zunächst positiven Effekten bestimmter Inhaltsstoffe von Nahrungsmitteln können mit der Zeit auch negative Auswirkungen festgestellt

²¹⁴⁵ Briesen, APuZ 2010, 40.

²¹⁴⁶ Vgl. Briesen, APuZ 2010, 40 sowie Wagner, in: Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 97 (101 ff.); allg. krit. zur Messbarkeit und Normierbarkeit von Gesundheitszuständen Hausmann, Public Health Ethics 2012, 229 ff.

²¹⁴⁷ Vgl. Eberbach, MedR 2014, 449 (461).

²¹⁴⁸ Vgl. Eberbach, MedR 2014, 449 (461 f.) m. w. N.; Wagner, in: Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 97 (101 f.) m. w. N.

werden.²¹⁴⁹ Und selbst die sportliche Betätigung kann insbesondere in der Wachstumsphase gesundheitsschädliche Auswirkungen haben.²¹⁵⁰

Auch ist darauf zu achten, dass die spezifische Gefährdungslage für das konkret in Frage stehende Verhalten zu belegen ist und nicht einfach von dem nachgewiesenen Gefährdungspotenzials eines Verhaltens auf die Gefährlichkeit eines ähnlichen Verhaltens geschlossen werden kann. Die Abwehr wissenschaftlich erwiesener Gefahren ist grundlegend von der bloßen Gefahrenvorsorge aufgrund eines noch nicht hinreichend belegten Gefahrenverdachts zu unterscheiden.²¹⁵¹ Mitunter tendieren staatliche Stellen jedoch zu einer Verallgemeinerung einer eigentlich nur begrenzt aussagekräftigen Datenlage. Das Ordnungsamt Köln drohte etwa einem Gastwirt den Erlass einer Untersagungsverfügung an, sollte dieser nicht für die umfassende Durchsetzung des Rauchverbots sorgen. Dies umfasste nach Auffassung des Ordnungsamtes auch die Benutzung von E-Zigaretten, da diese aufgrund der ähnlichen Gefahrenlage wie beim „normalen“ Tabakkonsum auch vom Landesnichtraucherschutzgesetz umfasst würden. Das Verwaltungsgericht Köln schloss sich in seinem Urteil vom 25. 2. 2014²¹⁵² dieser Auffassung jedoch nicht an und stützte den Nicht-Einbezug unter anderem auf die nicht im Ansatz vergleichbare Risikolage für Gesundheitsbeeinträchtigungen zwischen Passivrauch und Passivdampf. Aufgrund der Neuartigkeit der benutzen Stoffe und der Vielfältigkeit und Komplexität der möglichen Inhaltsstoffzusammensetzung des Dampfs seien nur höchst unterschiedliche Gefahrenpotentiale vorhanden. Insbesondere jedoch entstehe bei der Verdampfung kein Zigarettenrauch, wodurch eben auch keine zahlreichen charakteristischen krebszeugenden und gesundheitsschädlichen Verbrennungsprodukte und Substanzen aus dem Tabakrauch freigesetzt würden. Das vom zuständigen Ministerium angeführte Gutachten des Bundesinstituts für Risikobewertung zur Beurteilung der Gesundheitsgefahren des E-Dampfs für Dritte trage nicht.

2149 So sind etwa Omega-3-Fettsäuren in den Verdacht geraten, Prostatakrebs zu fördern, vgl. *Eberbach*, MedR 2014, 449 (462) m. w. N. sowie aerzteblatt.de v. 11.7.2013, Omega-3-Fettsäuren könnten Prostatakrebs fördern, <http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/55134/Omega-3-Fettsaeuren-koennten-Prostatakrebs-fordern> (Stand: 9.1.2017).

2150 Vgl. *Eberbach*, MedR 2014, 449 (462).

2151 Vgl. OVG Münster, Urt. v. 4.11.2014 – 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211 (215).

2152 Zum Folgenden VG Köln, Urt. v. 25.2.2014 – 7 K 4612/13, PharmR 2014, 192 ff.; im Nachgang OVG Münster, Urt. v. 4.11.2014 – 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211 ff.

Zwar könnten Gesundheitsgefahren für Dritte aus dem Dampf von E-Zigaretten nicht ausgeschlossen werden, die Risikobewertung sei aufgrund der Ungewissheit über die verschiedenen Faktoren und darüber, was ein E-Raucher im konkreten Fall tatsächlich ein- und ausatme, insgesamt aber erschwert. Das Erkrankungsrisiko für Krebs, chronische Lungen- und Atemwegserkrankungen sowie Herz-/Kreislauferkrankungen könne aufgrund der anderen bzw. unklaren Zusammensetzung des Dampfes nicht in gleicher Weise erhöht werden wie durch Tabakrauch. Auch die Problematik der langfristigen Schädlichkeit einer Nikotinbelastung sah das Verwaltungsgericht als nicht ausreichend erforscht und belegt an. Die längerfristige schädliche Wirkung sei – abgesehen von der Abhängigkeit – eher fraglich. Im Gegensatz zum Passivrauch könne daher derzeit nicht von einem gesicherten Risiko schwerwiegender Erkrankungen von Lunge und Gefäßsystem durch eine Zufuhr von isoliertem Nikotin über die Raumluft ausgegangen werden.²¹⁵³ Insgesamt waren daher nach Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht genügend Anhaltspunkte für ein vergleichbares Gefährdungspotential von herkömmlichen Zigaretten und E-Zigaretten gegeben.²¹⁵⁴

Die Erkenntnis, dass Gefahrenvorsorge mittels Etablierung bestimmter Verhaltensstandards zwangsläufig die Gefahr in sich birgt, dass sich entsprechende Verhaltensstandards im Nachhinein als unwirksam oder kontraproduktiv erweisen, ist weder neu noch überraschend.²¹⁵⁵ Der Umstand, dass je nach konkretem Verhalten die gesundheitsschädlichen oder -förderlichen Auswirkungen durchaus umstritten sein können, sollte den Gesetzgeber jedoch zur Zurückhaltung mahnen, die Bürger immer mehr zu einem einheitlichen Vorsorgeverhalten und zur Befolgung bestimmter Standards zu drängen.²¹⁵⁶

2153 VG Köln, Urt. v. 25.2.2014 – 7 K 4612/13, PharmR 2014, 192 (200).

2154 Die Frage, ob die mit der E-Zigarette in Verbindung gebrachten Gesundheitsrisiken für sich betrachtet ein eigenständiges, ausdrückliches Verbot von E-Zigaretten rechtfertigen würden, ließ die Kammer jedoch ausdrücklich offen.

2155 Vgl. Eberbach, MedR 2014, 449 (461).

2156 So auch Eberbach, MedR 2014, 449 (462); ähnlich Wagner, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 97 (101 ff.).

b) Wirksamkeit von Konzepten der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

Validitätsfragen ergeben sich des Weiteren auch für die gesetzgeberischen Annahmen über die Wirksamkeit und Effektivität der verfolgten Präventionskonzepte. Vielfach wird kritisiert, dass die Wirksamkeit und der Nutzen vieler Präventionsmaßnahmen nicht ausreichend belegt seien und noch ein starker Nachholbedarf bezüglich Wirksamkeitsnachweisen und Evidenz im Allgemeinen bestehe.²¹⁵⁷ Teilweise überwogen in der Vergangenheit die gesundheitsschädigenden Auswirkungen verschiedener Präventionsmaßnahmen gar die möglichen positiven Effekte.²¹⁵⁸ Zudem ist in der gesundheitswissenschaftlichen Literatur eine gewisse Einseitigkeit der Nachweisauswahl festzustellen, mit dem Ergebnis, dass einige Maßnahmen und auch Argumentationsmuster, die Fördermaßnahmen legitimieren sollen, bei genauerem Hinsehen gar nicht so unumstritten hinsichtlich ihrer Wirksamkeit sind.²¹⁵⁹ Dies gilt vor allem für die verhaltensbasierte Prävention.²¹⁶⁰ *Kühn* und *Rosenbrock* meinen gar, dass Präventionskonzepte nicht aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse, sondern aufgrund

2157 Vgl. etwa *Mühlhauser*, ZEFQ 2014, 208 ff. m. w. N.; *Gartlehner*, ZEFQ 2011, 176 ff.; *Kliche/Koch/Lehmann u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2006, 141 ff. m. w. N.; *Quigley/Strokes*, in: *Alemano/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 61 (64 ff.); *Eberbach*, MedR 2014, 449 (461 ff.); *Suhrcke*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), *Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven*, 2010, S. 38 ff. m. w. N.; am Beispiel der Typ 2 Diabetes Prävention *Kahn/Davidson*, Diabetes Care 2014, 943 ff.; differenzierend *Ezzati/Riboli*, Science 2012, 1482 ff.; einen Überblick über 50 Jahre Public Health Law Research bieten *Burris/Anderson*, Annual Review of Law and Social Science 2013, 95 ff.

2158 Vgl. *Mühlhauser*, ZEFQ 2014, 208 (210); *Wagner*, in: *Specker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), *Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz*, 2016, S. 97 (101 ff.) m. w. N.; *Nuffield Council on Bioethics*, *Public health: ethical issues*, 2007, S. 31 ff.

2159 Allgemein zu diesem Problem *Nuffield Council on Bioethics*, *Public health: ethical issues*, 2007, S. 32 f.; anhand von Beispielen aus dem Bereich Gesundheits- und Umweltverhalten veranschaulichend *Quigley/Strokes*, in: *Alemano/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 61 (64 ff.) m. w. N.

2160 Nach *Mühlhauser*, ZEFQ 2014, 208 (209), ist es insgesamt unwahrscheinlich, dass medizinische Gesundheitsuntersuchungen mit Maßnahmen zur individuellen Verhaltensänderung die Gesundheit der Bevölkerung nachweisbar verbessern können; vgl. auch den Überblick bei *Burris/Anderson*, Annual Review of Law and Social Science 2013, 95 (96 f.).

von Prozessen „gesellschaftlicher Zuchtwahl“ ausgewählt würden.²¹⁶¹ Die Realisierung eines Konzepts hänge vielmehr davon ab, wie es an die normativen und strukturellen Bedingungen des jeweiligen Gesundheitssystems angepasst sei, es also die bestehenden Verhältnisse am wenigsten anasten und bei den Adressaten die geringste Wirkung erzielen würde.²¹⁶² Dies führe folglich zur Überbetonung lebensstilorientierter Prävention samt Fokus auf individuell-vermeidende Verhaltensweisen im Konsum- und Freizeitbereich anstelle von sozial-verändernden Verhaltensweisen in Arbeit und Öffentlichkeit.²¹⁶³

Die mangelnde Nachweisbarkeit der Wirksamkeit wird insbesondere dann verfassungsrechtlich problematisch, wenn an die Teilnahme oder an das Unterlassen bestimmter Präventionsmaßnahmen positive oder negative (zumeist finanzielle) Folgen geknüpft oder mit körperlichen Eingriffen und damit gesundheitlichen Risiken verbunden werden. Dies wird insbesondere bei Früherkennungsuntersuchungen und Bonussystemen deutlich. Hier ist zu bedenken, dass Früherkennungsuntersuchungen keine Krankheiten verhindern, sondern nur den Zeitpunkt der Intervention verändern.²¹⁶⁴ Ob, wann und wieweit Früherkennungsuntersuchungen im Ergebnis Lebensqualität und Überleben fördern, ist zudem kontroverser Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion und weit differenzierter zu beurteilen, als es etwa die Regelung des § 62 Abs. 1 S. 3 SGB V vermuten lässt.²¹⁶⁵ Bonussysteme im Sinne des § 65a SGB V können nur gerechtfertigt werden, wenn ein gesundheitsspezifischer Zusammenhang nachweis-

2161 Kühn/Rosenbrock, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 47 (57 ff.); dem zustimmend Schmidt-Semisch/Paul, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 7 (10).

2162 Kühn/Rosenbrock, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 47 (57 ff.); Schnabel/Bittlingmayer/Sahari, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 11 (29).

2163 Kühn/Rosenbrock, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 47 (58 f.).

2164 Welti, GesR 2015, 1 (8).

2165 Welti, GesR 2015, 1 (8); zur Nutzen-Schaden-Abwägung am Beispiel von Krebs-Screening Gartlehner, ZEFQ 2011, 176 ff.; zur (teilweise geringen) Aus sagekraft genetischer Screenings Özdemir/Burke/Khoury u. a., in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 140 (143 f.).

bar ist.²¹⁶⁶ Der Bonus darf keine bloße Prämie für Gesunde sein.²¹⁶⁷ Anreizsysteme müssen grundsätzlich allen Versicherten offenstehen und den Effekt der Kostenreduzierung durch Verbesserung des Gesundheitszustandes der Versicherten verfolgen.²¹⁶⁸ Vor allem sind sie auch auf ihre Sozialverträglichkeit hin (gezielte Ansprache sozial Schwacher – § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V) zu überprüfen.²¹⁶⁹ Nicht zu verleugnen ist hier die widersprüchliche Logik der gesetzgeberischen Gestaltung, welche darin besteht, dass die Krankenkassen einerseits den sozialpolitischen Auftrag der Gesundheitsförderung erfüllen müssen, andererseits einzelbetriebliche, ökonomische Zielvorstellungen verfolgen, die dem Ansatz der Soziallagenorientierung diametral entgegenstehen.²¹⁷⁰ Den Gesetzgeber und die gesetzlichen Krankenkassen treffen hier zumindest Beobachtungs- und Korrekturpflichten hinsichtlich der Zieleffektivität der Anreizsysteme.²¹⁷¹ Sollte die Summe der Evaluationen ergeben, dass Bonusprogramme die ihnen zugesuchten Ziele nicht erreichen können, wäre die Regelung wohl aufzuheben.²¹⁷²

Allgemein sollte grundsätzliche Überlegung einer jeden Präventionsmaßnahme sein, einen möglichst umfassenden und ausgeglichenen Überblick über die Vor- und Nachteile der entsprechenden Maßnahmen zu gewinnen und zu analysieren, wie sich die entsprechenden Vor- und Nachteile auf verschiedene Teile der Bevölkerung verteilen. Für die Verhältnismäßigkeit grundrecht eingreifender Maßnahmen ist eine zunehmende Evidenzbasierung der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention geboten.²¹⁷³ Auch sollte grundsätzlich eine fortlaufende Beobachtung und Überprüfung der angewandten Maßnahmen erfolgen, da sich in der praktischen Anwendung zuvor vielversprechende Ansätze im Nachhinein als

2166 Kluth/Bauer, ZSR 2011, 341 (358).

2167 Welti, in: Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 65a Rn. 5a.

2168 Kluth/Bauer, ZSR 2011, 341 (358).

2169 Vgl. Kluth/Bauer, ZSR 2011, 341 (358 f.).

2170 Geene, in: Bittingmayer/Sahari/Schnabel (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 301 (306).

2171 Kluth/Bauer, ZSR 2011, 341 (358 f.); vgl. auch Welti, in: Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 65a Rn. 7 ff.

2172 Vgl. Welti, in: Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl. 2017, § 65a Rn. 8a.

2173 Allg. zur Evidenzbasierung von Prävention und Gesundheitsförderung Kliche/Koch/Lehmann u. a., Bundesgesundheitsblatt 2006, 141 ff.

unwirksam oder gar schädlich erweisen können.²¹⁷⁴ Insgesamt stellen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Plausibilität gesetzgebischer Gefahrenprognosen und Effektivitätserwägungen dabei vermehrt als Verfahrensanforderungen dar. Es ist grundsätzlich erforderlich, wohl aber in der Regel auch ausreichend, dass sich der Gesetzgeber an einer sachgerechten und vertretbaren Beurteilung des erreichbaren Materials orientiert und die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen dergestalt ausschöpft, dass eine Abschätzung der voraussichtlichen Auswirkungen seiner Regelung so zuverlässig wie möglich erfolgen kann.²¹⁷⁵

c) Verhaltenswissenschaftlich informierte Regulierung

Das Problem der Rezeption wissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Rechtswissenschaft und Politik zeigt sich insbesondere auch am Themenkomplex der verhaltenswissenschaftlich informierten Gesetzgebung.²¹⁷⁶ Es entfaltet sich hier auf mehreren Ebenen. Zunächst ist bereits die Datengewinnung durch empirische Forschung von Fragmentierung, potenzieller Ungenauigkeit und Unzuverlässigkeit sowie theoretischer Unbestimmtheit geprägt.²¹⁷⁷ Empirische Forschung ist zudem meist auf eine eng umrissene Frage zugeschnitten und eignet sich selten zur Formulierung einer allgemeingültigen Regel mit einem hohen Abstraktionsgrad.²¹⁷⁸ Doch genau auf ein solch hohes Maß an Abstraktionsfähigkeit sind die Politik und der Gesetzgeber in aller Regel angewiesen, um allgemeingültige Regeln für bevölkerungsweite Maßnahmen zu schaffen. In der Aufregung um die neuen Erkenntnisse zu einer vielversprechenden effektiven Verhaltenssteuerung der Bürger scheint es teilweise aus dem Blickfeld zu geraten, dass die verhaltensökonomischen Theorien zu menschlichem Verhalten, wie sie vor allem im Rahmen des *Nudging*-Ansatzes postuliert werden, be-

2174 Vgl. *Nuffield Council on Bioethics*, Public health: ethical issues, 2007, S. 32; *Gartlehner*, ZEFQ 2011, 176 (178 f.).

2175 BVerfGE 50, 290 (333 f.).

2176 Vgl. dazu *Cserne*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 ff.

2177 *Cserne*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 (284).

2178 *Cserne*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 279 (284 f.).

züglich ihrer empirischen Validität zu hinterfragen sind.²¹⁷⁹ So lässt es sich nämlich bezweifeln, ob ein Mosaik aus verschiedenen Laborexperimenten über kognitive Defizite menschlichen Entscheidens und Handelns als allgemeingültige Theorie Grundlage eines verantwortungsvollen Regulierungsansatzes und verantwortungsbewusster Gesetzgebung herangezogen werden kann.²¹⁸⁰ Die interne als vor allem auch die externe Validität solch experimenteller Forschung ist daher grundsätzlich kritisch zu betrachten.²¹⁸¹ Viele Regierungen scheinen dagegen den (verhaltens-)theoretischen Ansatz des *Nudging* als erwiesen anzuerkennen und ihn damit mehr oder weniger unhinterfragt als Grundlage neuer Regulierungsmaßnahmen zu machen.²¹⁸² Die dem Ansatz zugrundeliegende Theorie des Denkens und Entscheidens in zwei unterschiedlichen Systemen (reflektiertes, rationales Entscheiden auf der einen und automatisiertes, instinktives, emotionales Entscheiden auf der andren Seite) wird hingegen sowohl konzeptionell, methodologisch als auch empirisch von verschiedensten Wissenschaftlern kritisiert und abgelehnt.²¹⁸³ Auch würden kaum statistische Belege für die Annahme existieren, dass Menschen, welche von verhaltensökonomischen Annahmen des rationalen Denkens abweichen, tatsächlich ökonomisch schlechter gestellt seien²¹⁸⁴ Es gebe keine Hinweise darauf, dass Menschen mit abweichenden Entscheidungsmustern etwa eine geringere Lebenserwartung besäßen oder unglücklicher wären.²¹⁸⁵

2179 Vgl. die grundlegende Kritik bei *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 ff. sowie *House of Lords Science and Technology Select Committee*, 2nd Report of Session 2010–12: Behaviour Change, 2011, S. 5 ff.

2180 Cserne, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (285) m. w. N.; *Mitchell*, William & Mary Law Review 2002, 1907 (1975 f.).

2181 Cserne, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (285).

2182 Vgl. etwa die Kritik bei *House of Lords Science and Technology Select Committee*, 2nd Report of Session 2010–12: Behaviour Change, 2011, S. 5 u. 20 ff.

2183 Vgl. Cserne, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (286) etwa mit Verweis auf *Keren/Schul*, Perspectives on Psychological Sciences 2009, 533 ff.; s. auch *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (378).

2184 *Neumann, Robert*, Getting nudges right – interests, norms and legitimacy of choice architecture, VerfBlog 2015/1/08, <http://verfassungsblog.de/getting-nudges-right-interests-norms-legitimacy-choice-architecture/> (Stand: 9.5.2016), mit Verweis auf *Berg/Gigerenzer*, As-if behavioral economics: Neoclassical economics in disguise?, 2010.

2185 *Berg/Gigerenzer*, As-if behavioral economics: Neoclassical economics in disguise?, 2010, S. 23.

Verhaltenswissenschaftlich basierte Regulierung und die damit verbundene Implementierung bevölkerungsweiter Maßnahmen sind insgesamt also (noch) einem großen Grad an Ungewissheit ausgesetzt.²¹⁸⁶ Diese Ungewissheit schlägt jedoch nicht nur auf der konzeptionellen Ebene, sondern auch auf der Folgenseite zu Buche. So wurde bis jetzt kaum eine verhaltenswissenschaftlich informierte Steuerungsmaßnahme in Bezug auf ihren tatsächlichen Einfluss auf eine bevölkerungsweite Verhaltensänderung oder auf ihren Einfluss zu einem nachhaltigen Gesundheitszugewinn wissenschaftlich untersucht.²¹⁸⁷ Selbst wenn Studien zur Effektivität und Wirksamkeit durchgeführt wurden, so fördern diese teilweise überraschende und unerwartete Ergebnisse zu Tage. Dies lässt sich etwa am Beispiel der in New York eingeführten Pflicht zur Ausweisung von Kalorien in Speisekarten aufzeigen.²¹⁸⁸ Eine Studie, welche die Daten vor und nach der Einführung der Kennzeichnungspflicht untersuchte, kam zu dem Ergebnis, dass die Zurverfügungstellung der Information keine Änderung der Gesamtkalorienzufuhr bewirkte.²¹⁸⁹ Im Gegenteil lässt sogar eine andere Studie den Schluss zu, dass die Kalorienzufuhr gar gesteigert werden würde.²¹⁹⁰ Solche Ergebnisse vermögen aufzuzeigen, dass die Änderung von Standardoptionen und die Ausnutzung sozialen Drucks in ein komplexes und diffiziles Gebilde sozialer Normen eingreifen.²¹⁹¹ So können etwa gesellschaftlich anerkannte Erwartungen über die Erwünschtheit bestimm-

2186 Vgl. zum Ganzen *Quigley/Strokes*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 61 (66 f.); *Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 235 (246 ff.); *Mitchell*, William & Mary Law Review 2002, 1907 ff.; *Rachlinski*, Northwestern University Law Review 2003, 1165 ff. sowie *House of Lords Science and Technology Select Committee*, 2nd Report of Session 2010–12: Behaviour Change, 2011, S. 5 ff.; daran zweifelnd, dass der Gesetzgeber hier jemals ein hinreichendes Informationsniveau erreichen kann *Rizzo/Whitman*, Brigham Young University Law Review 2009, 905 (366 ff.).

2187 *Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 235 (246 m. w. N.

2188 *Quigley/Strokes*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 61 (66 f.).

2189 Vgl. *Quigley/Strokes*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 61 (66 f.) m. w. N.

2190 Vgl. *Quigley/Strokes*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 61 (67) m. w. N.; einen Überblick über ähnliche Studien bietet *Freeman*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), *Nudging Health*, 2016, S. 124 (131 ff.).

2191 *Neumann, Robert*, Getting nudges right – interests, norms and legitimacy of choice architecture, VerfBlog 2015/1/08, <http://verfassungsblog.de/getting-nudg>

ter Ziele und Verhaltensnormen und darüber, wie und auf welchem Wege diese verfolgt werden, über Jahrzehnte oder gar Jahrhunderte entstanden sein und sich dementsprechend verfestigt haben.²¹⁹² Der gezielte staatliche Eingriff in diese gesellschaftlichen Normen kann sodann auch eine Einwirkung auf die „institutionelle Matrix“ der Gesellschaft haben. Zur effektiven Erreichung der gewünschten Steuerungsziele sei ein vertieftes Verständnis eben dieser gesellschaftlich-institutionellen Normen und Prozesse unabkömmlich.²¹⁹³ Oft scheinen entsprechende Regulierungsansätze die notwendige Sensibilität für solche Vorgänge aber zu vermissen.²¹⁹⁴ Insbesondere mit Blick auf eine bevölkerungsweite und flächendenke Implementierung lassen sich darüber hinaus Abnutzungseffekte nachweisen. So nimmt die Effektivität von optischen Warnungen im Zusammenhang mit Tabakprodukten im Laufe der Zeit ab, da sich der Neuigkeitseffekt verringert und eine gewisse Gewöhnung eintritt.²¹⁹⁵ Dies macht abermals deutlich, dass intuitive und auch wissenschaftliche Annahmen über menschliches Verhalten (etwa reduzierte Kalorienzufuhr bei Zurverfügungstellung von Information) nicht unbedingt mit dem tatsächlichen Verhalten übereinstimmen müssen. Auch verhaltenswissenschaftliche Studien besitzen nur eine begrenzte Aussagekraft dazu, wie sich Menschen außerhalb von Laborexperimenten in der wirklichen Welt verhalten werden.²¹⁹⁶ Eine solide wissenschaftliche Basis mit anschließender ständiger Überprüfung und Evaluation der Steuerungsannahmen ist daher der Schlüssel zu einer geeigneten und letztlich verhältnismäßigen Maßnahme staatlicher Verhaltenssteuerung.

es-right-interests-norms-legitimacy-choice-architecture/ (Stand: 9.5.2016); vgl. auch *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), *Nudging Health*, 2016, S. 72 (75 ff.).

- 2192 *Neumann, Robert*, Getting nudges right – interests, norms and legitimacy of choice architecture, VerfBlog 2015/1/08, <http://verfassungsblog.de/getting-nudges-right-interests-norms-legitimacy-choice-architecture/> (Stand: 9.5.2016).
- 2193 *Neumann, Robert*, Getting nudges right – interests, norms and legitimacy of choice architecture, VerfBlog 2015/1/08, <http://verfassungsblog.de/getting-nudges-right-interests-norms-legitimacy-choice-architecture/> (Stand: 9.5.2016).
- 2194 Vgl. etwa *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (363).
- 2195 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 325 (339) m. w. N.
- 2196 *Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 235 (246 f.) m. w. N.; *Berg/Gigerenzer*, As-if behavioral economics: Neocalssical economics in disguise?, 2010, S. 1 ff.

3. Einseitige Wahrnehmung des Forschungsstandes

Darüber hinaus lässt sich auch eine Einseitigkeit der Wahrnehmung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Regierungs- und Regulierungspraxis feststellen.²¹⁹⁷ So lässt der Fokus auf manipulative und damit vermeintlich effektive Steuerungsmittel andere verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse über Faktoren und Umstände, welche die Regelbefolgung durch die Bürger verbessern könnten, außer Betracht. Sie stehen teilweise sogar im Widerspruch mit anderen zentralen Erkenntnissen der Rechts- und Sozialwissenschaften.²¹⁹⁸

So zeigen *Feldman* und *Lobel* in sehr aufschlussreicher Weise, dass allen voran der Wert deliberativer Prozesse für die Rechtssetzung und Rechtsdurchsetzung verkannt wird.²¹⁹⁹ Die vorherrschende Regelungsidee ist es, die Steuerungsadressaten mittels Gestaltung der Entscheidungsarchitektur oder mittels kommunikativer Manipulation (im Falle emotionaler oder sozialen Druck erzeugender Ansprache) möglichst effektiv in die Richtung der *einen „richtigen“ Entscheidung* zu lenken. Es steht also klar das Entscheidungsergebnis im Vordergrund, der Entscheidungsprozess ist dagegen mehr als zweitrangig. Dabei wird verkannt, dass der Entscheidungsprozess selbst jedoch einen starken Einfluss auf das Entscheidungsergebnis haben kann.²²⁰⁰ Dies ist insbesondere mit Blick auf die Langzeitwirkung und Nachhaltigkeit der Maßnahmen der Fall. Die Erkenntnisse über den langfristigen Regulierungseffekt des *Nudging* sind nur begrenzt, die wenigen Experimente konzentrieren sich in aller Regel allein auf die kurzfristige Verhaltensänderung.²²⁰¹ Auf der anderen Seite zeigen Studien auf, dass Partizipation sowohl auf gesellschaftlicher, aber vor allem auch im Falle individueller Entscheidung einen bedeutsamen Einfluss auf die Identifikation mit der Entscheidung und dem individuellen Handeln haben

2197 Vgl. zum Ganzen den überaus aufschlussreichen Beitrag von *Feldmann/Lobel*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 ff. sowie die Übersicht bei *McCradden/King*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), *Choice Architecture in Democracies*, 2016, S. 75 (85 ff.).

2198 *Feldmann/Lobel*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (308 f.) m. w. N.

2199 *Feldmann/Lobel*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (308 ff.).

2200 *Feldmann/Lobel*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (310 ff.).

2201 S. oben E I 2.

kann. Auch kann das Gefühl von Kontrolle und Selbstbestimmung über das Leben und Entscheidungen generell zu einem besseren Wohlbefinden des Menschen beitragen.²²⁰² Diese positiven Effekte, welche im Rahmen deliberativer und partizipativer Prozesse freigesetzt werden können, schlagen sich vor allem in einer nachhaltigen und langfristigen Regelbindung bzw. Verhaltensbefolgung nieder.²²⁰³ Es sollte also hinterfragt werden, ob Maßnahmen, welche den Einzelnen nicht wirklich aktiv in die Entscheidungsprozesse mit einbeziehen, sondern die Rationalität des Einzelnen tendenziell außer Acht lassen und übergehen, tatsächlich geeignet sind, langfristige und nachhaltige Einstellungs- und Verhaltensänderungen zugunsten einer „gesünderen“ Lebensweise zu erzielen. Zumindest erscheint im Rahmen der Geeignetheitsanalyse eine Unterscheidung danach, ob einmalige Entscheidungen (Organspende, Teilnahme an bestimmten Versicherungsprogrammen/-leistungen) oder langfristige Einstellungswandel (Ernährungs- und Bewegungsgewohnheiten) beeinflusst werden sollen, geboten.²²⁰⁴

Andere Erkenntnisse weisen darauf hin, dass die Autorität und Sichtbarkeit von Recht und staatlicher Regelung bedeutsame Faktoren für sozialen Wandel darstellen.²²⁰⁵ Wirken die Maßnahmen hingegen versteckt und heimlich, können die Steuerungsadressaten gar nicht erkennen, welche Verhaltensanforderungen an sie gestellt werden, ob ihr Verhalten vorzugswürdig oder abzulehnen ist und ob und in welchem Ausmaß es dahinter stehende gesetzgeberische Ziele gibt.²²⁰⁶ Ein entsprechender Regulierungsansatz vermag damit gar einen gegenläufigen Effekt auf die aus Sicht der Gesundheitswissenschaften erforderlichen bevölkerungsweiten Änderungsprozesse im Gesundheitsverhalten bewirken. Intransparenz, Manipulation und Heimlichkeit stellen damit nicht nur aus rechtlicher Perspektive eine Beeinträchtigung von Autonomie und Grundrechten dar, sie können darüber hinaus auch einen negativen Einfluss auf die langfristige

2202 Feldmann/Lobel, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (312) m. w. N.

2203 Feldmann/Lobel, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (311) m. w. N.

2204 Feldmann/Lobel, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (313).

2205 Feldmann/Lobel, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (314 ff.) m. w. N.

2206 Feldmann/Lobel, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), *Nudge and the Law*, 2015, S. 301 (316).

und nachhaltige Steuerungswirkung entsprechender Maßnahmen haben.²²⁰⁷

4. Das mildere Mittel

Die gesundheitswissenschaftlichen Erkenntnisse zeigen, dass individualbezogene Maßnahmen der Verhaltenssteuerung nur einen kleinen Ausschnitt des Maßnahmenkatalogs effektiver Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention darstellen. Eine unüberschaubare Anzahl von gesundheitswissenschaftlichen Veröffentlichungen weist auf die besondere Bedeutung der gesellschaftlichen Faktoren und Strukturen hin, welche einen viel größeren Einfluss auf den Gesundheitszustand der Individuen und der Gesamtbevölkerung haben.²²⁰⁸ Im Rahmen der Erforderlichkeit ist daher kritisch zu hinterfragen, inwieweit verhaltensbezogene Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention überhaupt effektivere Maßnahmen als solche der Verhältnisprävention darstellen können. Ganz im Gegenteil erscheinen Maßnahmen, die die strukturellen Probleme unterschiedlicher Gesundheitszustände in Angriff nehmen für das Individuum nicht nur milder, sondern aus gesundheitswissenschaftlicher Perspektive auch effektiver. Nimmt man die Erkenntnisse der Gesundheitswissenschaften und das Kriterium der Erforderlichkeit ernst, so werden freiheitsverkürzende Maßnahmen der verhaltensbezogenen Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention diese verfassungsrechtliche Hürde nicht immer überwinden können. Entschließt sich der Gesetzgeber jedoch zur Verhaltensprävention, ist davon auszugehen, dass Maßnahmen, welche dem Individuum bei der Wahl einer seinen Präferenzen entsprechenden Entschei-

2207 Selbst nach *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 242 u. 245, sollte ein offenes Vorgehen stets einem verdeckten vorgezogen werden.

2208 Vgl. nur *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (187); *Ezzati/Riboli*, Science 2012, 1482 ff. m. w. N.; der *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2007. Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, 2008, S. 411, kritisiert etwa, dass es in der präventionspolitischen Praxis regelmäßig zu einer unzweckmäßigen Bevorzugung einfach zu organisierender und weniger komplexer Interventionen komme.

dung helfen, ein milderes Mittel als die Entscheidungsfreiheit vollständig aufhebende Ver- und Gebote darstellen.²²⁰⁹

II. Die Angemessenheit der Maßnahmen

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert abschließend, dass die mit dem Grundrechtseingriff verbundene Belastung des Einzelnen und der mit dem Eingriff verbundene Zweck in recht gewichtetem und wohl abgewogenem Verhältnis zu einander stehen.²²¹⁰ Hier gilt es alle bereits aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen einer Stimmigkeitskontrolle zu unterziehen und vor allem die Schwere der Beeinträchtigung der gesundheitlichen Selbstbestimmung mit der Bedeutung des staatlich verfolgten (Gemeinwohl-)Zwecks in Verhältnis zu setzen. Wie aufgezeigt wurde, sollten wichtige Fragen (Schwere des Grundrechtseingriffs, Zielgruppen-spezifität der Maßnahme, Nutzen-Schaden-Abwägung, Evidenz zur Wirksamkeit und Effektivität der Maßnahmen, Beachtung und Bewertung der Regelungsalternativen) bereits in den vorangegangenen Schritten der Verhältnismäßigkeitsprüfung, insbesondere der Erforderlichkeitsprüfung, ihren Niederschlag finden.

Im Rahmen der abschließenden Interessenabwägung kann dann insbesondere die Argumentation des additiven Grundrechtseingriffs zum Tragen kommen. Public Health Maßnahmen veranschaulichen besonders eindringlich das Bedürfnis, Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht nur punktuell, sondern in einer Gesamtschau zu bewerten. Treffen verschiedene Maßnahmen aufeinander, sollte der Eingriffszweck staatlichen Tätigwerdens nicht nur mit einer, isoliert betrachtet, gering belastenden Maßnahme, sondern mit der *Gesamtbelastung* des Bürgers abgewogen werden. Mehrere für sich betrachtet angemessene Eingriffe können sich nämlich erst in

2209 Vgl. van Aaken, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a. (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 (138 f.), nach deren „Prinzip des schonendsten Paternalismus“ sog. Wahlhilfen grds. der Vorrang vor Wahlverboten zu geben ist. Ziel der Wahlhilfen sollte es jedoch sein, Informationen zur Verfügung zu stellen und damit Unkenntnis zu beheben. Entsprechend sei anstatt an Verbote etwa an kommunikative Verfahren und deliberative Prozesse zur Aktivierung der Selbstreflektion zu denken. Allerdings dürfe nicht übersehen werden, dass solche Arten der „Wahlhilfen“ auch beträchtliche Freiheitskosten in sich bergen könnten.

2210 Kingreen/Poscher, Grundrechte - Staatsrecht II, 33. Aufl. 2017, S. 90 ff.

ihrer kumulativen oder additiven Wirkung als unangemessen erweisen.²²¹¹ Die Gesamtbetrachtung ermöglicht eine Aufwertung des Freiheitsinteresses gegenüber dem Eingriffsinteresse und verhindert, dass der Staat den Bürger Stück für Stück um seine Freiheit und um sein Recht auf Selbstbestimmung bringt.²²¹² Insbesondere für gesundheitsfördernde Maßnahmen lässt sich eine alle Lebensbereiche und vielerlei Verhaltensweisen umfassende Gesamtstrategie nicht verleugnen. Ziel ist es gerade ein umfassendes Netz um den Bürger zu spannen, um ihn sanft und wenn nötig unbemerkt zu einem gesünderen Leben zu verhelfen. Die Figur des additiven Grundrechtseingriffs ermöglicht es, die Kritik an einer solchen gesundheitsfördernden Zielverfolgung unabhängig von der bloßen Einzelmaßnahme dogmatisch zu verankern und abbilden zu können.²²¹³

Insgesamt hat die Untersuchung gezeigt, dass das Recht des Einzelnen, über seine Gesundheit und die darauf einwirkende Lebensführung selbst zu bestimmen, Ausgangspunkt einer grundrechtlichen Interessenabwägung sein muss. Es ist der Einzelne, welcher grundsätzlich im Zentrum eines grundgesetzlichen Gesundheitswesens zu sehen ist.²²¹⁴ An diesem Individualrechtsfokus haben sich gesundheitsbezogene staatliche Maßnahmen messen zu lassen. Der Individualrechtsfokus der Verfassung steht einer bevölkerungsbezogenen Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention jedoch nicht gänzlich entgegen. Die Verantwortung für die Gesundheit ist im Sozialstaat eine geteilte Verantwortung. Der Staat ist insbesondere dort zu Eingriffen berechtigt, wo der Einzelne nicht mehr in der Lage ist, seine gesundheitliche Selbstbestimmung auszuüben, wo er im sozialen Zusammenleben unentzinnbar einer Gesundheitsgefahr ausgesetzt wird.²²¹⁵ Eine umfassende, vor allem auf individuelles Verhalten zielende Prävention mit Eingriffen in Grundrechte entspricht jedoch weder modernen gesundheitswissenschaftlichen Konzepten noch ist sie im Einklang mit der grundrechtlichen Werteordnung.²²¹⁶ Sie missachtet, dass gesundheitliches Verhalten nicht isoliert, sondern vielmehr als Produkt komplexer

2211 BVerfGE 130, 372 (392); 112, 304 (319 f.).

2212 Lücke, DVBl. 2001, 1469 (1476 f.).

2213 BVerfGE 130, 372 (392).

2214 Vgl. Schmidt-Assmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 9.

2215 Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 52.

2216 Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 52.

sozialer, kultureller sowie ökonomischer Zwänge zu verstehen ist. Es ist zu bezweifeln, dass eine zunehmende Übernahme von Verantwortung durch die öffentliche Gewalt für eine gesunde Lebensweise der Bürger die Probleme lösen kann, die entstehen, wenn der Einzelne durch die gesellschaftliche und kulturelle Entwicklung immer mehr an der eigenverantwortlichen Wahrnehmung gesundheitlicher Belange gehindert wird.²²¹⁷ Das Krankenversicherungsrecht hält nur ein beschränktes, hauptsächlich auf Individualverhalten bezogenes Steuerungsinstrumentarium bereit, welches kaum in der Lage ist, die komplexen Gesundheitsdeterminanten angemessen zu berücksichtigen. Es erhärtet sich vielmehr der Verdacht, dass das Krankenversicherungsrecht nicht der geeignete Ort ist, um eine umfassende bevölkerungsbezogene Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention zu leisten, die zugleich auch noch auf die Verringerung sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten hinwirken soll. Innerhalb dieses Rahmens können Gesundheitsverhalten steuernde Grundrechtseingriffe dann schnell unangemessene Freiheitsbeeinträchtigungen darstellen. Ziel des gesundheitsfördernden Staates sollte es vielmehr sein, die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass der Einzelne zu einer selbstbestimmten Wahrnehmung gesundheitlicher Belange befähigt wird.

2217 Vgl. Schnellenbach, Wirtschaftsdienst 2014, 778 (780), nach dem viele der Probleme, die durch eine paternalistische Politik korrigiert werden sollen, in politischen Entscheidungsprozessen vermutlich noch virulenter als in privaten Entscheidungen sind; ähnlich bereits Wikler, in: Sartorius (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (43).