Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik

71

Maximilian Kreßner

Gesteuerte Gesundheit

Grund und Grenzen verhaltenswissenschaftlich informierter Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Studien aus dem Max-Planck-Institut
für Sozialrecht und Sozialpolitik

Band 71

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Maximilian Kreßner

Gesteuerte Gesundheit

Grund und Grenzen verhaltenswissenschaftlich informierter Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

Zugl.: LMU, München., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5124-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9325-7 (ePDF)

1. Auflage 2019
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Meiner Familie

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Vorwort

Die Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München hat diese Arbeit im Wintersemester 2017/2018 als Dissertation angenommen. Sie entstand im Rahmen meiner Tätigkeit als Doktorand am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München sowie eines Forschungsaufenthaltes an der Georgetown University, Washington D.C.

Herzlicher Dank gebührt zuallererst meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI) – Direktor der Abteilung ausländisches und internationales Sozialrecht – für die außerordentliche Unterstützung und Förderung bei der Erstellung der Arbeit. Gleichfalls zu Dank verpflichtet bin ich Herrn Prof. Dr. Jens Kersten für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Stefan Huster, dessen zahlreiche Beiträge zum Thema „Public Health" und hilfreichen Hinweise in persönlichen Gesprächen zur Konzeption und Fortentwicklung der Arbeit in unschätzbarem Maße beigetragen haben.

Schließlich danke ich auch den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen des Max-Planck-Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik, deren Kritik und Anregungen eine große Hilfe waren. Unter ihnen möchte ich ausdrücklich Herrn Dr. Stefan Stegner sowie Frau Jihan Kahssay nennen. Hervorzuheben ist auch das Bibliotheks-Team um Herrn Henning Frankenberger und Frau Irina Neumann, die mir immer hilfsbereit den Zugriff auf einen hervorragenden Literaturfundus ermöglichten.

Berlin, Juni 2018 Dr. Maximilian Kreßner

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis 17

Einführung 19

A. Gegenstand der Untersuchung 19

B. Erkenntnisinteresse und Forschungsfragen 26

C. Überblick zum Forschungsstand 27

D. Gang der Untersuchung und Methodik 28

Erstes Kapitel: Public Health und die Sorge um den Gesundheitszustand der Bevölkerung 31

A. Grundfragen 31

I. Public Health als bevölkerungsbezogene Vorsorge 31

II. Gesundheit und Krankheit 35

1. Die Definition von Gesundheit und Krankheit 36

a) Gesundheit und Krankheit als Abgrenzungskonzepte 37

b) Gesundheit als Idealbild 42

c) Gesundheit als Funktionsaussage 45

d) Objektive und subjektive Bezugskontexte 50

e) Zwischenfazit zum Gesundheits- und Krankheitsbegriff 52

2. Die Bedeutung von Gesundheit 58

a) Gesundheit als Mittel zum Zweck 59

b) Gesundheit als Wert an sich 60

c) Gesundheit als privates oder öffentliches Gut? 61

d) Zwischenfazit zur Bedeutung von Gesundheit 64

B. Der Gesundheitszustand der Bevölkerung 67

I. Gesundheitsindikatoren – Die Messbarkeit von Gesundheit(sunterschieden) 67

1. Objektive Indikatoren 69

2. Subjektive Indikatoren 70

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Gesundheitsdeterminanten – Einflussfaktoren von Gesundheit 72
1. Alter, Geschlecht, Genetische Disposition 74
2. Individuelle Lebensführung 75
3. Soziale und kommunale Netzwerke 80
4. Lebens- und Arbeitsbedingungen sowie allgemeine sozioökonomische, kulturelle und physische Umweltbedingungen 80
III. Herausforderungen der Bevölkerungsgesundheit 82
1. Die Dominanz nichtübertragbarer, chronischer Krankheiten 82
2. Das Problem sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten 85

C. Strategien und Methoden der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention 88
I. Begriffsbestimmung 88
II. Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention als Interventionsformen 90
III. Interventionsschritte von primordialer bis zu tertiärer Intervention 93
IV. Zielgruppenspezifische Intervention und das „Präventionsparadox“ 95
V. Verhaltens- und Verhältnisprävention 98
VI. Potenziale von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention 101

D. Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auf der rechtspolitischen Agenda 102
I. Internationale Ebene 103
1. Leitlinien der Gesundheitsförderpolitik der WHO 103
2. Gesundheitsförderung auf der internationalen Agenda 105
3. Rechtliche Implikationen 112
II. Europäische Ebene 114
1. Entstehungsgeschichte und aktuelle Herausforderungen 114
2. Hauptakteure und Leitlinien europäischer Public Health Politik 116
a) Das WHO-Regionalbüro für die Europäische Region 116

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Die Europäische Union 117
aa) Kompetenzen und Kernanliegen unionaler Gesundheitspolitik 117
bb) Regulierung von lebensstilbedingten Risiken 124
cc) Gesundheitliche Ungleichheiten 126
III. Deutschland 128
1. Kernanliegen und Leitlinien 128
2. Das Präventionsgesetz 133
a) Grundlegende Ziele und Strukturen 134
b) Schwerpunkt Verhaltensprävention 136

E. Zwischenfazit des ersten Kapitels 139

Zweites Kapitel: Die Grundrechtsrelevanz von Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention 142

A. Verhaltensbeeinflussende Instrumente der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention 143
I. Systematisierungskriterien 143
II. Verbote und Gebote 144
III. Anreize 148
1. Ausgangspunkt – der Mensch als rationales Wesen 149
2. Ökonomische Sanktionen und sonstige Negativanreize 150
3. Positive (ökonomische) Anreize/Zurverfügungstellung von Leistungen 153
IV. Geführte Entscheidungsfindung (Nudging) 159
1. Grundkonzept 161
2. Verhaltensökonomische Grundannahmen – der Mensch als irrationales Wesen 162
3. Nudges zur Beeinflussung von Gesundheitsverhalten 165
a) Standardoptionen 165
b) Framing-Effekte 166
c) Ausnutzung von Konformitätsverhalten (Soziale Nudges) 167
d) Sonstige Nudges 168
V. Staatliche Kommunikation (Erziehung, Aufklärung und Information) 171
VI. Zurverfügungstellung gesundheitsförderlicher Strukturen 176
VII. Zusammenfassende Charakterisierung der Maßnahmen 178

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Grundrechtlicher Schutz vor staatlicher Verhaltensbeeinflussung 181
I. Menschenbilder und Verfassungsinterpretation 181
1. Menschenbilder und Verhaltensmodelle 181
2. Das Menschenbild des Grundgesetzes 183
3. Fazit – Der Mensch als unbestimmbares Wesen 188
II. Schutz von Autonomie, Selbstbestimmung und Freiheit 189
1. Grundlagen des Autonomieschutzes 189
a) Autonomie und Selbstgesetzgebung 190
b) Autonomie und Bewusstsein 192
c) Autonomie und Freiheit 196
d) Autonomiebeeinträchtigung durch Manipulation und Suggestion 199
2. Autonomieprinzip und Verfassung 202
3. Schutz des Verhaltens und der Integrität (forum externum) 203
a) Grundsatz: Kein Mindestmaß an Persönlichkeitsbezug 204
b) Gesteigerte Persönlichkeitsrelevanz als Frage der Verhältnismäßigkeit 206
4. Schutz der freien Willensbildung (forum internum) 208
a) Grundsätzliche Schutzbedürftigkeit des forum internum 209
b) Meinungsfreiheit 214
c) Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit 217
d) Allgemeines Persönlichkeitsrecht 222
aa) Grundsatz entwicklungsoffener Schutzgewährleistung 223
bb) Differenzierung nach Bewusstseinsgrad der Willensbildung? 227
(1) Bewusste Willensbildung als Prototyp der Selbstbestimmung 228
(2) Schutzwürdigkeit auch unbewusster Willensbildungsprozesse 229
5. Recht auf Gesundheit (Gesundheitliche Selbstbestimmung) 234
a) Das Recht auf Gesundheit im internationalen Recht 235
b) Das Recht auf Gesundheit im Grundgesetz 240
c) Das Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung 245
III. Gleichheitsbeeinträchtigungen – Art. 3 Abs. 1 GG 249

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Beeinträchtigungen geschützter Lebenswelten (Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 7 GG) 252

C. Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention als Grundrechtseingriff 253

I. Die Begründung eines Grundrechtseingriffs 253
1. Paternalistisches Staatshandeln 256
2. Wirkung staatlichen Handelns (Autonomie- und Freiheitsbeschränkung) 258
3. Bagatellgrenze 260
4. Finalität der Maßnahme 262
5. Heimlichkeit der Maßnahme 264
6. Bandbreite der Maßnahmen (additiver Grundrechtseingriff) 265

II. Bewertung 268
1. Eröffnung gesunder Verhaltensoptionen 268
2. Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens durch Kommunikation 271
a) Persuasion, Suggestion, Manipulation 272
b) Information und Aufklärung 277
3. Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens durch Nudging 284
a) Gezielte Gestaltung der Entscheidungsarchitektur 285
b) Zurechenbare Freiheitsverkürzung 286
aa) Bewertung über Rationalität und Irrationalität als Missachtung der Selbstbestimmung 288
bb) Wesentliche Erschwerung autonomer Entscheidung und abweichenden Verhaltens 290
(1) Durch Standardvorgaben 292
(2) Durch heimliche Beeinflussung 292
(3) Durch Veränderung der individuellen Präferenzen 295
cc) Zwang zur Entscheidung oder Erklärung 298
dd) Debiasing und die Neutralisierung von kognitiven Defiziten 300
c) Fazit: Nudging als Grundrechtseingriff 303
4. Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens durch Anreize 304
a) Negativanreize – Benachteiligung ungesunden Verhaltens 304

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Positivanreize – Förderung gesunden Verhaltens 308
5. Beschränkung des Gesundheitsverhaltens durch Ver- und Gebote 312
6. Ungleichbehandelnde und diskriminierende Maßnahmen 315

D. Zwischenfazit des zweiten Kapitels 316

Drittes Kapitel: Rechtfertigungsmöglichkeiten des gesundheitsfördernden Staates 318

A. Die Schrankentrias und die Legitimität des gesetzgeberischen Zwecks 318

B. Durchsetzung von Eigeninteressen des Grundrechtsträgers selbst 320

I. Rechtspaternalismus und der Schutz des Menschen vor sich selbst 320
1. Eingriffsverbot nur für aufgezwungenen Selbstschutz? 329
2. Schutz vor existenzbedrohenden Risiken 330
a) Konkrete Gesundheitsgefahren und elementare soziale Risiken 330
b) Darüber hinausgehender Schutz der Individualgesundheit? 336
3. Schutz vor Selbstbestimmungsdefiziten 339
a) Mangelnde Geistesreife und fehlende Freiwilligkeit 339
b) Weitere Defizite bei der Willensbildung? 341
aa) Grundlinien der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung 342
bb) Staatliche Hilfe zur Verfolgung vermeintlich eigener Interessen 342
cc) Maßgeblichkeit der eigenen Präferenzen 344
(1) Sein-Sollen-Fehlschluss und das Gebot der Begründungsneutralität 345
(2) Mangelndes Wissen über individuelle Präferenzen 351
(3) Das Menschenbild des Grundgesetzes als überschießendes Rationalitätsfundament staatlicher Regulierung 355

II. Förderung gesundheitlicher Selbstbestimmung 356
1. Gesundheitserziehung und Leitbilderzeugung 358
2. Gesundheitsbildung und Befähigung 364

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Zwischenfazit: Der Schutz vor sich selbst – Eine Frage der Verhältnismäßigkeit 366

C. Durchsetzung von Dritt- und Gemeinschaftsinteressen 369
I. Grenzen der Motivbündelung 369
II. Schutz der Gesundheit Dritter 373
1. Vermeidung unmittelbar gesundheitsgefährdender oder risikoerhöhender Situationen 373
2. Schutz vor sozialer Übertragbarkeit gesundheitsgefährdender Verhaltensweisen? 376
III. Schutz der „Bevölkerungsgesundheit“ – ein überindividuelles Kollektivgut? 379
1. Die Volksgesundheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 380
2. Individualinteressen und Kollektivgüter – ein unauflösbarer Widerspruch? 382
3. Weites Verständnis des Gemeinwohls 384
4. Dimensionen der Bevölkerungsgesundheit 387
a) Der Gesundheitszustand der Bevölkerung 387
b) Die Funktionsfähigkeit staatlicher Organisation 390
c) Bevölkerungsgesundheit als bloße „Chiffre“ 391
IV. Schutz der Solidargemeinschaft - zwischen Solidarität und Eigenverantwortung 395
1. Der Schutz vor Kostenbelastung als Gemeinwohlbelang 395
2. Eigenverantwortung als gesundheitskostenrelevantes Abgrenzungskriterium 402
a) Verantwortungsdiskurs 402
b) Begriffsbestimmung – zwischen Selbstbestimmung und Solidarität 405
aa) Eigenverantwortung und Kostenverantwortung 406
bb) Eigenverantwortung und Selbstbestimmung 408
cc) Eigenverantwortung und Eigenkompetenz 413
c) Eigenverantwortung und Vorsorgepflichten 417
3. Der Schutz vor lebensstilbedingten Gesundheitskosten – Fazit 423

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

D. Die Verringerung sozialbedingter gesundheitlicher Ungleichheiten 426
I. Dimensionen sozialer Gesundheitsungleichheit (Begriffsbestimmung) 427
1. Vertikale und horizontale Ungleichheit 427
2. Gesundheitsungleichheit als Folge gesellschaftlicher Ungleichheit 429
II. Normativer Gehalt für Gesundheitsförderung 431
1. Gesundheitliche Ungleichheit und Sozialstaat 432
a) Das soziale Staatziel 432
b) Eine Pflicht zur Verringerung gesundheitlicher Ungleichheit? 435
2. Eingriffslegitimation und Eingriffsbegrenzung 439

E. Der Interessenausgleich – Die Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention 443
I. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Maßnahmen 444
1. Prognosespielraum des Gesetzgebers 444
2. Validität der empirischen Grundlagen 447
a) Gesundheitliche Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen 447
b) Wirksamkeit von Konzepten der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention 450
c) Verhaltenswissenschaftlich informierte Regulierung 453
3. Einseitige Wahrnehmung des Forschungsstandes 457
4. Das mildere Mittel 459
II. Die Angemessenheit der Maßnahmen 460

Zusammenfassende Thesen 463

Literaturverzeichnis 471

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abkürzungsverzeichnis

A. A.	Andere Auffassung
Abl.	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Archiv für Presserecht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Bd.	Band
Beschl.	Beschluss
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
GesR	GesundheitsRecht
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
HbGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
HbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
Hrsg.	Herausgeber
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LMuR	Lebensmittel & Recht
LTO	Legal Tribune Online
MedR	Medizinrecht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
PhamR	Pharma Recht
RW	Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit – Zeitschrift für das aktuelle Sozialrecht
SGB	Sozialgesetzbuch
StZ	Stimmen der Zeit – Die Zeitschrift für christliche Kultur
SZ	Süddeutsche Zeitung
Urt.	Urteil
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZEFQ	Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Einführung

> „Politische Entscheidungsträger, Anbieter im Gesundheitssektor und die Öffentlichkeit dürfen Gesundheit nicht länger unter dem Gesichtspunkt der Bekämpfung von Krankheiten betrachten. Sie dazu zu bringen, sich vorrangig auf die Förderung von Gesundheit und Wohlbefinden zu konzentrieren, ist der Schlüssel für die Zukunft."
>
> Margaret Chan, WHO-Generaldirektorin[1]

A. Gegenstand der Untersuchung

Gesundheit ist ein existenzielles Gut. Schon der Volksmund besagt, dass Gesundheit zwar nicht alles, aber ohne Gesundheit eben alles nichts sei.[2] Auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive erscheint Gesundheit als hohes Schutzgut[3] – ist eine gute Gesundheit doch unabdingbare Voraussetzung, um die Rechte der freiheitlich-demokratischen Grundordnung uneingeschränkt wahrnehmen und ein möglichst selbstbestimmtes Leben führen zu können. Auf den ersten Blick stellt es sich damit als legitimes Anliegen des Staates dar, für die Grundbedingungen eines gesunden Lebens Sorge tragen und es jedem Bürger ermöglichen zu wollen, ein höchstmögliches Maß an „guter Gesundheit" zu erreichen.[4]

Obwohl das Thema Gesundheitsförderung und Prävention in Deutschland im internationalen Vergleich erst relativ spät in den gesundheitswissenschaftlichen Fokus geriet, gibt es nun doch schon seit über 30 Jahren Forschung zu diesem Gebiet. Besteht noch Streit darüber, inwieweit Gesundheitsförderung und Prävention tatsächlich zu der vielfach erhofften Kostendämpfung im Gesundheitssystem beitragen kann, so ist man sich

---

1 *Chan*, in: *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 8.

2 Das Zitat wird häufig auf *Arthur Schopenhauer* zurückgeführt, ist in dessen Schriften jedoch anscheinend nicht aufzufinden. Es bleibt wohl bei einer Volksweisheit. Vgl. dazu *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 5 sowie *Huster*, Ethik in der Medizin 2010, 289 (290).

3 Vgl. dazu die ausführliche Untersuchung von *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 37 ff. u. 137 f.

4 Vgl. *Müller-Dietz*, JZ 2011, 85 (92), der darauf hinweist, dass die Präventionsidee dank ihrer Plausibilität und Überzeugungskraft eine hohe Reputation genießt.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heutzutage doch in einem Punkt grundsätzlich einig: Eine gelungene gesundheitsfördernde und präventive Politik kann einen wesentlichen Beitrag zur Verbesserung des allgemeinen Gesundheitszustandes der Bevölkerung leisten. Schätzungen gehen davon aus, dass der Anteil des medizinisch-kurativen Systems an der Verbesserung der Lebenserwartung und des allgemeinen Gesundheitszustandes der Bevölkerung der letzten Jahrzehnte bei nur ca. 10 bis 30 Prozent bei Männern und bei etwa 20 bis 40 Prozent bei Frauen liegt. Gesundheitsfördernde und primärpräventive Maßnahmen hingegen können schon einen wesentlichen Beitrag zur Vermeidung von Krankheitsentstehung überhaupt leisten und damit vermutlich einen deutlich signifikanteren positiven Einfluss auf den Gesundheitszustand der Bevölkerung ausüben.[5] Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass sich heutzutage ein Großteil der Todesfälle in Europa auf nichtübertragbare, chronische Krankheiten wie etwa Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Diabetes, Lungenerkrankungen und mentale Leiden zurückführen lässt.[6]

Maßgeblich für solche chronischen Erkrankungen sind neben individuellen vor allem auch kollektive Risikofaktoren. So sind die sieben Risikofaktoren Bluthochdruck, Rauchen, Alkoholmissbrauch, ungesunde Ernährung, hoher Cholesterinspiegel und Übergewicht sowie mangelnde körperliche Aktivität für einen großen Teil (circa 60 Prozent) der Krankheitslast in Europa mitverantwortlich.[7] Hauptanliegen moderner Gesundheitswissenschaften ist es, diese vordergründig lebensstilbedingten Risikofaktoren durch vor allem strukturelle, bevölkerungsweite Maßnahmen zu verringern. Gleichzeitig stellt ein solcher struktureller, allumfassender Ansatz die Politik und Gesetzgebung jedoch vor immense Herausforderungen. Die öffentliche Gesundheitspolitik war in den letzten Jahrzehnten und ist grundsätzlich immer noch auf die Heilbehandlung und Krankenversorgung des Einzelnen konzentriert. Nicht nur hat dieser Fokus auf die Ver-

---

5 Der *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 116 Rn. 95 f., spricht hier von „limitierten Wirkungen" des Gesundheitswesens im engeren Sinne einerseits und der „große[n] Bedeutung darüber hinausgehender Determinanten für die Gesundheit der Bevölkerung" andererseits.

6 So waren im Jahr 2009 nichtübertragbare Krankheiten für ca. 80 Prozent aller Todesfälle verantwortlich, vgl. *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. 16.

7 *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 15.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sorgung dazu geführt, dass die Potenziale von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention lange Zeit weitgehend unbeachtet blieben, auch erschwert die heutige Systemausrichtung weiterhin eine Integration struktureller Maßnahmen.[8] Denn obwohl die gesundheitswissenschaftlichen und gesundheitspolitischen Programme dezidiert auf die sozialen Faktoren als Grundbedingungen für die Entstehung ungesunder Lebensstile und unterschiedlicher Gesundheitschancen generell eingehen und entsprechend umfassende systematische Ansätze fordern und umzusetzen versuchen, lässt sich im medizinisch-kurativen System hingegen eine weiter zunehmende Individualisierung medizinischer Versorgung erkennen.[9] Dies führt dazu, dass weiterhin der Einzelne und seine individuelle gesundheitliche Konstitution sowie auch sein persönlicher Lebensstil als zentrale Faktoren für den Gesundheitszustand allgemein wahrgenommen werden.[10]

Darüber hinaus liegt es nahe, dass an den Einzelnen gerichtete Maßnahmen grundsätzlich leichter in das System der gesetzlichen Krankenversicherung zu integrieren sind als grundlegende sozialpolitische Strukturmaßnahmen. Man könnte auch zugespitzt formulieren, dass nicht die Diagnose über die Gesundheitsdeterminanten zur Erstellung von Handlungsansätzen führt, sondern vielmehr für die primär politisch bereits determinierten Handlungsalternativen passende Diagnosen ausgesucht werden.[11] So zeigen bereits die Geschichte und Entwicklung der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention in den USA, dass die vorherrschende Regulierungspraxis sich paradoxerweise weitgehend auf die Beeinflussung und Regulierung von Lebensstilen konzentriert.[12] Gleichermaßen scheint auch die deutsche gesetzgeberische Praxis die öffentlichen Gesundheitsziele insbesondere durch solche Maßnahmen erreichen zu wollen, welche

8 *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, 3. Aufl. 2014, S. 15 f.

9 Vgl. zur Entwicklung der individualisierten Medizin etwa den Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, BT-Drucks. 16/12000, S. 5 ff.; zu den juristischen Aspekten *Eberbach*, MedR 2011, 757 ff. u. *Hardenberg/Wilman*, MedR 2013, 77 ff.

10 Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung, Zukunftsreport Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem, BT-Drucks. 16/12000, S. 20 ff.

11 So *Rosenbrock*, in: *Kühn*, Healthismus, 1993, Vorwort, S. 14.

12 Vgl. *Kühn*, Healthismus, 1993, S. 17 ff.; *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 ff.; *Conly*, Against Autonomy, 2014, S. 152 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf die Beeinflussung und Steuerung des individuellen Gesundheitsverhaltens abzielen.[13]

Ist es um die Gesundheit einmal nicht so gut bestellt, scheint der Schuldige schnell ausgemacht. Es ist der Einzelne selbst, der sich mangelhaft ernährt, zu wenig bewegt, zu viel raucht und Alkohol konsumiert und damit durch sein Verhalten seiner eigenen Gesundheit Schaden zufügt. Nach Ansicht vieler ist dies nicht nur entgegen dem wohlverstandenen eigenen Interesse an einem langen und gesunden Leben, sondern auch eine unfaire Belastung der Gemeinschaft, welche letztlich für die durch solch ein gesundheitlich nachteiliges Verhalten verursachten Krankheitskosten aufzukommen hat. Infolgedessen wird auch von rechtswissenschaftlicher Seite oftmals für eine höhere Eigenverantwortung des Einzelnen als Ausdruck einer gerechten Verantwortungszuteilung und als Grenze der Solidaritätspflicht plädiert.[14] Auch wenn sich auf den ersten Blick wohl nichts gegen eine zunehmende individuelle und gesellschaftliche Orientierung am Gut Gesundheit einwenden lässt, sind einige Ausprägungen dieser Entwicklung – vor allem aus individualrechtlicher Perspektive – jedoch mit Vorsicht zu betrachten. So ist zu hinterfragen, aus welchen Beweggründen Gesundheit eigentlich förderungswürdig erscheinen sollte und inwieweit die staatlichen Maßnahmen überhaupt darauf abzielen und dazu geeignet sind, wissenschaftliche Erkenntnisse und internationale Zielsetzungen umzusetzen. Vor allem aber sind im Rahmen der Arbeit die freiheitsbeschränkenden Auswirkungen auf das Individuum zu analysieren, dessen Rechte im Rahmen eines korporatistisch organisierten Gesundheitssystems und einer die Bevölkerungsebene in den Blickpunkt nehmenden Gesundheitsförderpolitik gerne aus dem Blickfeld geraten. Hier ist insbesondere die allgemeine Tendenz kritisch zu betrachten, gesundheitsförderliches Ver-

13 Vgl. *Owens/Cribb*, Public Health Ethics 2013, 262 (263); *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 ff.

14 Vgl. dazu *Hartwig*, Die Eigenverantwortung im Versicherungsrecht, 1993; *Mühlenbruch/Buchner*, Kosten und Nutzen der (Nicht-)Prävention in Deutschland - Prävention durch Recht, 2010; mit vielen Nachweisen *Blöcher*, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, 2002, S. 169 ff.; in ihrer Analyse zurückhaltender *Grühn*, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, 2001; zuletzt *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

halten als Pflicht des Einzelnen zu verstehen, welche bei Nichtbeachtung nicht nur zu gesundheitlichen Nachteilen für einen selbst führen könnte, sondern auch sozialrechtliche Sanktions- und gesellschaftliche Stigmatisierungsprozesse in Gang zu setzen vermag.[15]

Die verfassungsrechtliche Aufarbeitung von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention wirft zunächst klassische Problemfragen präventiver Staatstätigkeit auf. So mögen im Rahmen präventiver, also vorsorgender Tätigkeit die Vorteile zunächst sehr offensichtlich erscheinen – sie kommen in aller Regel jedoch nicht ohne Kosten daher. In der Tendenz schlagen sich die negativen Auswirkungen präventiver Maßnahmen vor allem bei der Selbstbestimmung des Einzelnen und der Freiheitlichkeit des Gesamtsystems nieder. Präventive Staatstätigkeit ist nicht mehr durch konkrete Gefahren, sondern durch abstrakte Risiken geprägt. Dies bringt unweigerlich mit sich, dass sich die staatliche Kontrolle und Reglementierung über den Bürger und sein Verhalten ausweitet. So spinnt sich nicht nur in quantitativer Hinsicht ein immer enger werdendes Netz kontrollierender und verhaltenslenkender Maßnahmen um den Bürger, auch intensiviert sich die qualitative Belastung. Die „Wurzeln sozialer Risiken" reichen tief in die Persönlichkeitsstruktur und private Kommunikationssphäre, sodass präventive Maßnahmen vor allem auch in die Bereiche der Gesinnung, der persönlichen Lebensführung und der sozialen Kontakte vordringen müssen.[16] Darüber hinaus scheint sich die präventive Staatstätigkeit den traditionellen Kontrollen der Staatsgewalt weit stärker zu entziehen als die klassisch repressive. Zur Vermeidung unerwünschter Entwicklungen und Ereignisse wirkt präventive Tätigkeit prospektiv und möglichst flächendeckend. Sie stellt sich damit als komplexe, zukunftsgerichtete Aktivität dar, welche sich entsprechend nur begrenzt in generelle und abstrakte Normen einfangen lässt.[17] Auch im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention beschränken sich Normen oft auf die abstrakte Vorgabe von Zielen. Die Normenkonkretisierung und damit die Gestaltung und Ausführung der konkreten Handlungsziele obliegt dann sehr stark der zumeist nur mittelbaren Staatsverwaltung. So ist die Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention primär den gesetzlichen Krankenkassen zugeschrieben. Das damit einhergehende hohe Maß der

15 Vgl. zum Ganzen etwa *Schmidt-Semisch/Paul*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 7 (14) u. *Eberbach*, MedR 2011, 757 ff.

16 Zum Ganzen *Grimm*, KritV 1986, 38 (39).

17 *Grimm*, KritV 1986, 38 (39).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Selbstprogrammierung im Rahmen der Selbstverwaltung bedingt auf der anderen Seite gleichermaßen eine Beschränkung gerichtlicher Kontrollmöglichkeiten, welche auf die Existenz justiziabler Normen angewiesen sind.[18] Präventive Staatstätigkeit führt damit potenziell zu einem Dilemma, indem sie zur Verhütung individueller und kollektiver Gesundheitsrisiken und -gefahren die Freiheitlichkeit des Einzelnen und der Gesellschaft insgesamt zu verringern droht und gleichzeitig die Grenzen gerade solcher rechtsstaatlichen Vorkehrungen aufzeigt, welche die Begrenzung der Staatsmacht im Interesse individueller Freiheit sicherstellen sollen.[19]

Darüber hinaus stellen sich auch spezifische Probleme gesundheitlicher Verhaltenssteuerung, welche sich aus der Wahl der Steuerungsmittel, dem Steuerungsansatz der moralischen Gesinnungssteuerung und aus den Rechtfertigungsmöglichkeiten ergeben. Die Arbeit wirft einen Blick auf die verschiedenen Steuerungsinstrumente, mit denen der gesundheitsfördernde Staat versucht, seinen Bürgern ein gesünderes Leben zu ermöglichen und sie zu einem entsprechend gesundheitsförderlichen Verhalten zu bewegen. Insgesamt lässt sich hier ein übergeordneter staatserzieherischer Grundgedanke nicht verleugnen. Auch staatliche Gesundheitsförderung und -erziehung bedient sich grundsätzlich aller Kategorien staatlicher Steuerung, sei es mittels rechtlichen Zwangs, mittels Anreizen oder mittels tatsächlichen Handelns.[20] Von besonderem Interesse sind dabei vor allem Steuerungskonzepte, welche einen effektiven Einfluss auf das individuelle Entscheidungsverhalten der Bürger versprechen. Dies umfasst die modernen verhaltenswissenschaftlich informierten Instrumente wie das von *Thaler* und *Sunstein* hervorgebrachte Konzept des *Nudging*, aber auch ökonomische und soziale Anreize sowie die klassische Informations- und Öffentlichkeitsarbeit. Entsprechende Ansätze und Maßnahmen scheinen dabei insbesondere in ihrer Ausprägung der manipulativen Verhaltenslenkung ein reges Interesse in den höchsten Regierungsebenen zu wecken.[21] Das Problem an diesem Fokus ist jedoch, dass die Ansätze zur Erreichung einer möglichst hohen Steuerungseffektivität oftmals mit einer manipulati-

18 *Grimm*, KritV 1986, 38 (40).
19 *Grimm*, KritV 1986, 38 (40).
20 *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 12 ff.
21 Vgl. zum Projekt der Bundesregierung „Wirksam regieren" BT-Drucks. 18/4856, S. 1 f.; für Großbritannien *Institute for Government/Cabinet Office*, Mindspace, 2010; allg. *Amir/Lobel*, European Journal of Risk Regulation 2012, 17 ff. sowie *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ven Ausnutzung menschlicher Willensschwäche und kognitiver Defizite arbeiten. Entsprechende Maßnahmen scheinen daher im deutlichen Widerspruch zu einer Autonomie stärkenden und zur gesundheitlichen Selbstbestimmung befähigenden Politik zu stehen. Das formelle Verhelfen und Bewegen zu gesünderen Verhaltensoptionen und Wahlmöglichkeiten wird dabei dann gerne mit einer Stärkung gesundheitlicher Selbstbestimmung gleichgesetzt, während die Maßnahmen oftmals jedoch genau das Gegenteil zu bewirken scheinen.[22] Eine Gesundheitsförderpolitik ohne Respekt und ohne Befähigung des Einzelnen, tatsächlich selbstbestimmt über seine Gesundheit entscheiden zu können, führt vielmehr zu einer staatlichen Bevormundung des Bürgers, sich zu einem staatlich definierten Gesundheitsmenschen zu entwickeln.

Die rechtlich fassbaren Grenzen solch eines staatlichen Gebarens sind in den Grundrechten der Steuerungsadressaten zu erblicken. Einen Grundrechtseingriff festzustellen, um zumindest einen staatlichen Rechtfertigungszwang auslösen zu können, begegnet allerdings verschiedenen dogmatischen Schwierigkeiten. Insbesondere mit Blick auf die Willensbeeinflussung des Einzelnen erscheinen die Zuordnung zu einem grundrechtlichen Schutzbereich sowie die Begründung eines Grundrechtseingriffs schwierig, wirken doch die konkreten Maßnahmen isoliert betrachtet zunächst nicht sonderlich freiheitsgefährdend. Darüber hinaus gestaltet sich auch die Begründung eines Grundrechtseingriffs komplex. Auf der Rechtfertigungsebene wirkt die Gesundheitsförderung dabei zunächst jedoch als legitimes, wenn nicht gar gebotenes Ziel staatlichen Handelns. Das grundsätzliche und im Hintergrund mitschwingende Problem liegt eher auf abstrakterer Ebene. Verlässt man den Kern klassischer Argumente des Gesundheitsschutzes und der Finanzierungsstabilität des Solidarsystems, so erscheint oftmals doch eher die Förderung einer dem Zeitgeist entsprechenden Gesundheitsmoral als Antrieb staatlichen Tätigwerdens.[23] Im Rahmen verhaltensbedingter Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention liegt der Staat ständiger Versuchung nahe, auf die individuelle und gesellschaftliche Moral Einfluss zu nehmen, um diese in eine bestimmte Richtung zu lenken und zu programmieren.[24] Führe der Staat den Einzelnen und die Gesellschaft insgesamt hin zu einer gewissen Gesundheitstugend, so sei jedem zu einem „glücklicheren“ und damit „besseren“ Leben

22 *Owens/Cribb*, Public Health Ethics 2013, 262 (263).
23 *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 7 ff.
24 Vgl. *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 15 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verholfen. Geht es bei Gesundheitsförderung und Prävention dann aber primär darum, den Einzelnen zu einem „gesünderen" Leben zu bewegen, so läuft die ordnende Hand des Sozialstaates schnell Gefahr, die Freiheit der Bürger in *paternalistischer* Manier einzuschränken.

Besonders gut lässt sich dies an der Diskussion von Rauchverboten und der generellen Tabuisierung des Rauchens veranschaulichen. Neben dem Nichtraucherschutz lässt sich hier die Tendenz zur staatlichen Inpflichtnahme des Einzelnen zu einem „guten" Leben nur schwerlich bestreiten.[25] Andere als ungesund erkannte Lebensweisen wie der Alkoholkonsum, ungesunde Ernährung oder mangelnde Bewegung scheinen den Staat in zunehmendem Maße dazu zu bewegen, auch hier ein Erziehungsmandat zu erkennen. Dies wirft jedoch die Frage auf, ob und inwieweit der Staat, welcher die Selbstbestimmung des Einzelnen zu achten hat, stark moralisch konnotierte Normen vorschreiben und durchsetzen, letztlich auf die individuelle Willens- und Gesinnungsbildung Einfluss nehmen darf. Zumindest ist es mehr als diskussionswürdig, in welchem Maße der Staat seine Bürger mit Erreichen der Volljährigkeit überhaupt noch erziehen darf. Es ist insbesondere auch dieser erzieherische Kern staatlicher Gesundheitsförderung, welcher die verfassungsrechtliche Aufarbeitung vor Herausforderungen stellt.

B. Erkenntnisinteresse und Forschungsfragen

Ziel dieser Arbeit ist es, die gesundheitswissenschaftlichen Grundannahmen und Ergebnisse zu den sozialen Gesundheitsdeterminanten und gesundheitlicher Ungleichheit sowie das Konzept der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention verfassungsrechtlich zu erfassen und einzuordnen. Dazu wird zunächst ein systematischer Überblick über aktuelle und potenzielle Steuerungsinstrumente zur Beeinflussung gesundheitsrelevanten Verhaltens erarbeitet. Ausgangsthese ist, dass die staatliche Gesundheitsförderung in Gestalt rechtspaternalistischer Intervention eine Gefährdung für die Freiheit des Einzelnen, über seine Gesundheit selbst zu bestimmen, darstellt. Der Schwerpunkt der Untersuchung wird dementsprechend auf der Frage liegen, welchen Grenzen staatliche Gesundheitsförde-

25 *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012, S. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rung und Krankheitsprävention in einem freiheitlichen Rechtsstaat unterworfen ist.

Auf der Ebene der Freiheitsgefährdung stellt sich zunächst die Frage, ob und inwieweit die Grundrechte überhaupt vor staatlicher Willensbeeinflussung schützen und in welchem Maße verhaltenslenkende Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention einen Eingriff in grundrechtlich geschützte Freiheiten darstellen können. Daran schließt sich die Analyse der Rechtfertigungsmöglichkeiten für staatliche Maßnahmen der Gesundheitsförderung an. Hier wird danach gefragt, ob unter anderem der Schutz vor unvernünftigem Gesundheitsverhalten, die Förderung der Bevölkerungsgesundheit, der Schutz sozialer Sicherungssysteme vor finanzieller Belastung und die Verringerung sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten legitime Ziele staatlichen Handelns zur Beeinflussung individuellen Gesundheitsverhaltens darstellen. Im Fokus steht dabei die Frage, ob und inwieweit sich aus dem Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit ein legitimes Handlungsziel seitens des Staates entnehmen lässt, insbesondere die gesetzlich Versicherten für gesundheitsförderndes Verhalten in die Pflicht zu nehmen. Daneben gilt es auch zu erörtern, wie der Sozialstaat zu dem Befund der sozial bedingten Ungleichheit von Gesundheit steht und welche Handlungsbefugnisse und -beschränkungen sich daraus ergeben.

C. Überblick zum Forschungsstand

Die wissenschaftliche Aufarbeitung des Themas fällt je nach Themenkomplex und damit verbunden je nach wissenschaftlicher Disziplin sowie auch nach Jurisdiktion unterschiedlich aus. Allgemeine Erkenntnisse über die Bevölkerungsgesundheit und Gesundheitsdeterminanten sowie über Förder- und Präventionsstrategien sind sowohl in den anglo-amerikanischen als auch deutschsprachigen Gesundheitswissenschaften ausgiebig erforscht und aufbereitet. Mit Blick auf eine rechtswissenschaftliche Perspektive fällt das Bild schon deutlich differenzierter aus. So bietet vor allem die amerikanische Literatur eine fast schon unüberschaubare Fülle an Abhandlungen zu den Herausforderungen staatlicher Steuerung von Gesundheitsverhalten insbesondere unter Betrachtung verhaltensökonomisch basierter Regulierungsmöglichkeiten. In der deutschen Literatur lassen sich hingegen nur vereinzelt Abhandlungen finden, welche sich mit rechtlichen Fragen moderner Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschäftigen. Insbesondere eine verfassungsrechtliche Aufarbeitung, die sich mit der Gesamtbetrachtung staatlicher Steuerungsmaßnahmen auseinandersetzt, fehlt. Erst seit Kurzem scheint das Thema unter dem Blickwinkel verhaltensökonomisch inspirierter Steuerung eine gewisse Aufmerksamkeit in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu erhalten. Dabei handelt es sich meistens jedoch um kurze Abhandlungen, welche nur vereinzelte Problemfragen vertiefen. Eine Besonderheit der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist jedoch gerade die besonders vielfältige Formenwahl staatlichen Handelns. Der Beitrag dieser Arbeit soll deshalb auch darin bestehen, ein Gesamtbild gesundheitsfördernder Verhaltenssteuerung aufzuzeigen. Auch sind die Möglichkeiten staatlicher Rechtfertigung zum Schutz der „Bevölkerungsgesundheit" dogmatisch kaum aufgearbeitet.

D. Gang der Untersuchung und Methodik

Im ersten Kapitel erfolgt eine Einführung in das Thema mit kurzem Überblick zu den für die Arbeit relevanten gesundheitswissenschaftlichen Grundfragen. Hierbei werden zunächst die Begriffe Public Health, Gesundheit und Krankheit näher bestimmt. Danach wird die Bedeutung des Gutes Gesundheit näher beleuchtet und erörtert, weshalb das Gut Gesundheit oder vielmehr eine „gute" Gesundheit einen zentralen Stellenwert in unserem Wertesystem einnimmt oder einnehmen sollte. Im Anschluss daran werden wesentliche Erkenntnisse zum Gesundheitszustand der Bevölkerung sowie insbesondere zu den Indikatoren und Determinanten von Gesundheit vorgestellt. Ebenso wird auf die gängigen Strategien der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention eingegangen. Hier wird insbesondere dargelegt, welche Wirkung und welches Potenzial in den gesundheitsfördernden Maßnahmen von gesundheitswissenschaftlicher Seite gesehen werden. Um den Rahmen für gesetzgeberische Tätigkeiten auf dem Gebiet der Gesundheitsförderung nachvollziehen zu können, wird zum Schluss des ersten Kapitels auf die rechtspolitische Agenda auf internationaler und europäischer Ebene eingegangen sowie deren Rezeption durch den deutschen Gesetzgeber erörtert. Hier werden insbesondere das Präventionsgesetz und seine Neuerungen vorgestellt.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit der verfassungsrechtlichen Analyse der Grundrechtsrelevanz von staatlichen Maßnahmen zur Steuerung des Gesundheitsverhaltens. Zu Beginn erfolgt eine Bestandsaufnahme und

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Systematisierung solcher gesetzgeberischen Maßnahmen, welche vor allem dazu geeignet erscheinen, das Gesundheitsverhalten des Einzelnen zu beeinflussen. Hierbei wird versucht, ein möglichst umfassendes Bild über den Facettenreichtum des staatlichen Regelungsinstrumentariums aufzuzeigen. Es wird dabei sowohl auf klassische Maßnahmen wie etwa Gebote und Verbote, ökonomische Anreize und Informations- und Aufklärungsarbeit als auch auf Fragen der geführten Entscheidungsfindung (dem sog. *Nudging*) und der staatlichen Förderung einer Gesundheitsmoral bzw. des Ausnutzens eines sozialen Drucks eingegangen. Auch wird ein Fokus auf solchen Maßnahmen liegen, welche aufgrund des aus § 20 SGB V folgenden Auftrags der gesetzlichen Krankenkassen zur Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention eingesetzt werden. Die vorgestellten Maßnahmen werden zudem auch in Hinblick auf die ihnen zugrunde liegenden steuerungstheoretischen und verhaltenswissenschaftlichen Ansätze betrachtet, um eine genaue Analyse der potenziellen Autonomiebeschränkung durch entsprechende Maßnahmen zu ermöglichen. Im Anschluss an die Darstellung der staatlichen Maßnahmen wird dann untersucht, welche grundrechtlichen Schutzbereiche durch entsprechende Maßnahmen beeinträchtigt werden können. In diesem Rahmen wird insbesondere erörtert, in welchem Maße die Grundrechte Schutz vor in erster Linie geistiger Beeinflussung und Manipulation durch den Staat bieten. Dabei wird das Konzept des Autonomieschutzes näher beleuchtet und analysiert, inwieweit die freie Willensbildung einen unverzichtbaren Bestandteil autonomer Selbstbestimmung darstellt. Auch wird gefragt, in welchem Maße ein etwaiges Grundrecht auf Gesundheit Elemente eines klassischen Abwehrrechts gegenüber staatlicher Beeinträchtigung der gesundheitlichen Selbstbestimmung erkennen lässt. Abschließend wird die Eingriffsqualität der staatlichen Steuerungsmaßnahmen bewertet und entsprechend der Eingriffsintensität systematisiert.

Im dritten Kapitel werden die Rechtfertigungsmöglichkeiten für den gesundheitsfördernden Staat untersucht. Die Analyse wird in die Verfolgung von primär individueller Interessen einerseits und vorrangig gemeinschaftlicher Interessen andererseits unterteilt. Im Rahmen der Individualinteressen wird insbesondere nach der Zulässigkeit staatlicher Intervention zum Schutz des Menschen vor sich selbst gefragt. Die Arbeit zeigt hier Grenzlinien auf, zwischen legitimer Stärkung gesundheitlicher Selbstbestimmung durch Erziehung und Bildung auf der einen und illegitimer Bevormundung zum Schutz vor vermeintlich „unvernünftigen“ und „irrationalen“ Entscheidungen auf der anderen Seite. Unter dem Punkt der Gemein-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schaftsinteressen wird zunächst das Ziel des Schutzes der „Bevölkerungsgesundheit“ genauer untersucht. Hier wird insbesondere gefragt, inwieweit die Bevölkerungsgesundheit überhaupt ein konkret zu fassendes verfassungsrechtliches Schutzgut darstellen kann und welche Gestalt der Schutz und die Förderung der Bevölkerungsgesundheit annehmen könnten. Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf der Untersuchung des Interesses zum Schutz der Versichertengemeinschaft. Dabei wird erörtert, inwieweit das Interesse der Versichertengemeinschaft vor einer steigenden Kostenbelastung im Rahmen einer Sozialversicherung dem Einzelnen gegenüber als Eingriffsrechtfertigung vorgehalten werden kann. Auch wird geklärt, ob der Staat eine Pflicht des Einzelnen zur Gesunderhaltung im Sinne gesteigerter gesundheitlicher Eigenverantwortung durchsetzen darf. Danach wird auf den Themenkomplex der Verringerung sozialbedingter gesundheitlicher Ungleichheiten eingegangen. Anschließend werden Leitlinien zu einem angemessenen Interessenausgleich zwischen Individualinteressen und staatlicher Gesundheitsförderung vorgestellt. Hierbei wird auf die besondere Bedeutsamkeit der Punkte der Geeignetheit und Erforderlichkeit hingewiesen, welche sich vor allem aus der lückenhaften Evidenz und dem gesetzgeberischen Prognosespielraum im Rahmen präventiver Staatstätigkeit ergibt. Auch wird erörtert, welche Aussagen dazu getroffen werden können, ob die eingesetzten Steuerungsinstrumente zur Zielerreichung überhaupt geeignet sind und entsprechend positive Wirkbedingungen existieren. Abschließend erfolgt eine Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse in Thesen.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Erstes Kapitel: Public Health und die Sorge um den Gesundheitszustand der Bevölkerung

A. Grundfragen

I. Public Health als bevölkerungsbezogene Vorsorge

Ausgangspunkt der Arbeit sind zentrale Erkenntnisse und Forderungen des Forschungsfeldes „Public Health". Aufgrund der Anforderungen, die sich aus der Verschiebung des Krankheitsspektrums hin zu den chronischen Erkrankungen ergeben, sei eine erheblich stärkere Verankerung von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention im Versorgungssystem erforderlich, als dies heute der Fall sei. Denn nur durch die systematische Integration von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention in den Versorgungsalltag ließe sich langfristig eine Reduktion und Verbreitung chronischer Krankheiten und eine Kompression der Morbidität am Ende der Lebensspanne erreichen.[26]

Einen entsprechenden deutschen Begriff für Public Health zu finden, gestaltet sich schwierig, wird die englische Bezeichnung doch zumeist auch in der deutschsprachigen Literatur verwendet. Teilweise wird von „Gesundheitswissenschaften"[27] oder von der „Wissenschaft von der öffentlichen Gesundheit"[28] gesprochen. Da sich Public Health jedoch nicht in der bloßen Beschreibung von Zuständen erschöpft, lässt sie sich wohl zutreffender als „öffentliche Sorge um die Gesundheit aller"[29] beschreiben.[30] Public Health beschäftigt sich nämlich intensiv mit den durch Umwelteinflüsse und individuelles Verhalten ausgelösten Risiken, die für die Gesundheit der Bevölkerung drohen. Der Begriff ist insbesondere von der

---

26 Vgl. nur *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheits-wissenschaften, 2012, S. 661 (662) m. w. N.

27 *Hurrelmann/Laaser*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 5 (8 f.).

28 *Huster*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 60.

29 *Brand/Stöckel*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 11 (12).

30 Vgl. auch *Wehkamp*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 499 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Medizin abzugrenzen. Während sich diese auf das Individuum und dessen medizinische Versorgung fokussiert, liegt der Kern der Betrachtung von Public Health auf einem bevölkerungs- bzw. populationsbezogenen Ansatz.[31] Methodologisch unterscheidet sich Public Health damit von der Medizin dahingehend, dass innerhalb der Public Health Wissenschaft Erkenntnisse vor allem aus epidemiologischen Betrachtungen, Studien und anderen statistischen Erhebungen gewonnen werden und als Forschungs- bzw. Argumentationsgrundlage dienen.[32] Während sich hinsichtlich des Gesundheitszustandes die Individualmedizin vorwiegend mit unmittelbaren Kausalfaktoren wie etwa Übergewicht, Blutdruck, Bewegungsmangel etc. befasst, konzentriert sich Public Health auf die Verteilung dieser Risikofaktoren innerhalb der Gesellschaft und versucht die zugrundeliegenden Ursachen zu erforschen und Präventionsstrategien abzuleiten.[33] Public Health kann damit auch als „Theorie und Praxis der bevölkerungsbezogenen Förderung und Sicherung der Gesundheit" definiert werden.[34] Die Definition der WHO spezifiziert diesen Grundansatz, indem sie unter Public Health alle organisierten Maßnahmen (öffentlicher und privater Art) zur Vermeidung von Krankheiten, Förderung von Gesundheit und Verlängerung des Lebens innerhalb der Bevölkerung als Ganze versteht.[35] Einige Autoren erweitern diese Definition noch um qualitative Merkmale und führen aus, dass die genannten Maßnahmen und Ziele von Public Health „unter Berücksichtigung einer gerechten Verteilung und effizienten Nutzung der vorhandenen Ressourcen" zu erfolgen haben.[36]

Die Bedeutung des Public Health Ansatzes ergibt sich vor allem aus der Erkenntnis, dass der Anteil der Medizin am Gesundheitszustand der Bevölkerung nur relativ gering ausfällt. So wird etwa davon ausgegangen, dass die medizinische Forschung und Versorgung nur mit einem Anteil von einem Sechstel zum Anstieg der Lebenserwartung im vergangenen

31 *Mann*, Hastings Center Report 1997, 6 f.; *Klemperer*, Sozialmedizin - Public Health – Gesundheits-wissenschaften, 2. Aufl. 2014, S. 12.
32 *Mann*, Hastings Center Report 1997, 6 f.
33 *Klemperer*, Sozialmedizin - Public Health - Gesundheitswissenschaften, 2. Aufl. 2014, S. 14.
34 Vgl. *Rosenbrock*, Geleitwort, in: *Klemperer*, Sozialmedizin - Public Health – Gesundheits-wissenschaften, 2. Aufl. 2014, S. 11.
35 *WHO*, http://www.who.int/trade/glossary/story076/en/ (Stand: 05.03.2015).
36 *Klemperer*, Sozialmedizin - Public Health - Gesundheitswissenschaften, 2. Aufl. 2014, S. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Jahrhundert beitrug.[37] Der Gewinn an Lebenserwartung sei vielmehr auf hygienische und soziale Maßnahmen – und damit Public Health Maßnahmen – zurückzuführen, welche insbesondere zu einer Senkung der Säuglings- und Kindersterblichkeit sowie dem Rückgang von Infektionskrankheiten geführt haben.[38] Trotz dieser Erkenntnisse wird in vielen Gesundheitssystemen der Fokus immer noch ganz überwiegend auf das Individuum gelegt und demzufolge auch grundsätzlich die medizinische Versorgung als wichtigster Gesundheitsfaktor angesehen, wenn nicht sogar mit dieser gleichgesetzt.[39] Die Public Health Forschung begreift dies jedoch als systemische Fehlausrichtung und versucht demgegenüber, den Fokus auf die Förderung von Gesundheit und die Vermeidung von Krankheitsentstehung – also Krankheitsprävention – zu lenken.

Der bevölkerungsbezogene, präventive Ansatz von Public Health stellt die rechtliche Bewertung der Konzepte und Umsetzungsstrategien vor eine Reihe von Herausforderungen. Bemühungen im Sinne von Public Health zielen vorrangig auf eine Verbesserung der *positiven* Gesundheit. Da sich der Zustand vollständiger Gesundheit wohl nie vollends erreichen lässt, begründet das Ziel von Public Health letztlich eine expansive Tendenz staatlicher Gesundheitsförderung.[40] Im Fokus steht dabei vor allem die Verbesserung eines oftmals nur statistisch feststellbaren Gesundheitszustandes der Gesamtbevölkerung und nicht die Verbesserung individueller Gesundheit.[41] Bei der Bevölkerungsstrategie fallen Aufwand und Nutzen der Präventionsmaßnahmen nur selten zusammen.[42] Maßnahmen, welche vor allem auf der Bevölkerungsebene wirken, können unter Umständen nur geringe, gar vernachlässigenswerte Auswirkungen auf Individuen

37 *Mann*, Hastings Center Report 1997, 6 (7).

38 *Klemperer*, Sozialmedizin - Public Health - Gesundheitswissenschaften, 2. Aufl. 2014, S. 22; vgl. vor allem auch *McKeown*, The Role of Medicine, 1976, S. 57 ff.

39 *Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 4.

40 Vgl. *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 53; *Müller-Dietz*, JZ 2011, 85 (93) sowie *Baier*, in: *Seewald/Schoefer* (Hrsg.), Zum Wert unserer Gesundheit, 2008, S. 111 (113 ff.); damit verbunden, werden auch die Erwartungen an den „eigenverantwortlichen Gesundheitsmenschen" nahezu grenzenlos, vgl. *Schmidt*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 23 (24).

41 *Burris/Gostin*, in: *Bayer/Gostin/Jennings u. a.* (Hrsg.), Public Health Ethics, 2007, S. 357 (358).

42 *Marckmann*, Ethik in der Medizin 2010, 207 (211).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

haben.[43] Der gesundheitsbezogene Anreiz für den Einzelnen, Präventionsmaßnahmen zu befürworten bzw. an ihnen teilzunehmen, bleibt damit gering.[44] Es stellt sich die Frage, ob man aus den auf Bevölkerungsebene beobachtbaren gesundheitlichen Auswirkungen bestimmter Verhaltensweisen schließen kann, dass die einzelnen Bürger ein starkes Interesse daran haben, diese Verhaltensweisen zu vermeiden und dafür auch Grundrechtseingriffe in Kauf zu nehmen.[45]

Die Bevölkerungsperspektive scheint jedoch nicht nur die Auswirkungen auf den Gesundheitszustand des Einzelnen, sondern auch den Wert individueller Freiheit und Selbstbestimmung aus dem Blick zu verlieren.[46] Dies kann man damit begründen, dass Public Health als wissenschaftliche Disziplin im Kern eine empirische Sozialwissenschaft ist, welche darauf ausgerichtet ist die Bestimmungsgründe menschlicher Entscheidungen und Verhaltensweisen zu analysieren.[47] Wenn Epidemiologen versuchen, auf der Grundlage statistischer Daten Zusammenhänge zwischen Lebensverhältnissen und Verhaltensweisen zu beobachten und zu erklären, dann gerät die individuelle Selbstbestimmung zur „theoretischen Leerstelle" und findet allenfalls als unerklärter Restbestand Eingang in die Analyse.[48] Das Individuum mit seinen Wertvorstellungen und Vorlieben kommt hier nicht vor, es kann nur als Mitglied einer bestimmten sozialen Gruppe aufgefasst werden, deren Einstellungen und Lebensgewohnheiten es teilt. Von Bedeutung für die Erklärung von Verhalten sind daher allein soziale Determinanten, nicht subjektive Entscheidungen. Autonomie und Willensfreiheit haben somit in dieser Form von Sozialwissenschaft keinen Platz.[49]

Für andere wiederum stellt das durch die Gesundheitswissenschaften hervorgebrachte, ausdifferenzierte Wissen über die Gesundheitsdeterminanten und Risikofaktoren die legitimatorische Logik des solidarischen Risikoausgleichs innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung zunehmend in Frage. Eine generelle Unterstellung der Zufälligkeit von Risikounterschieden sei angesichts der Kenntnisse über den Einfluss geneti-

43 *Burris/Gostin*, in: *Bayer/Gostin/Jennings u. a.* (Hrsg.), Public Health Ethics, 2007, S. 357 (358).
44 *Marckmann*, Ethik in der Medizin 2010, 207 (211).
45 Dies bezweifelnd *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 53.
46 Vgl. *Siegel*, Journal of Contemporary Health Law & Policy 2001, 359 (363 ff.).
47 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 54 f.
48 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 54 f.
49 *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 54 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scher Prädispositionen, individueller Lebens- und Arbeitsverhältnisse etc. nicht länger gerechtfertigt.[50] Entsprechende Verteilungseffekte werden im höheren Maße als problematisch empfunden, insbesondere, da das Gesundheitsbewusstsein und -verhalten der deutschen Bevölkerung „zu wünschen übrig lasse".[51] Vor allem für verhaltensbedingte Gesundheitsrisiken wird daher vermehrt eine stärkere individuelle Verantwortungszuschreibung gefordert.[52] Die Frage ist jedoch, ob die für eine gesetzgeberische Integration von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention notwendigen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen überhaupt gegeben sind. Diese herauszuarbeiten sowie Integrationshemmnisse und Konflikte, insbesondere mit den Freiheitsrechten, aufzuzeigen, ist Anliegen dieser Arbeit.

II. Gesundheit und Krankheit

Ein erstes Grundproblem gesundheitswissenschaftlicher Konzepte und Forderungen stellt die Bestimmung der Begriffe Gesundheit und Krankheit dar. Dies ist zunächst Grundvoraussetzung, um überhaupt Aussagen über den „guten" oder „schlechten" Gesundheitszustand Einzelner und der Bevölkerung treffen zu können. Rechtlich relevant ist vor allem die Frage der Definitionskompetenz. Wer sollte eigentlich darüber bestimmen, was zum „Gesundsein" dazugehört und was nicht?

---

50 Vgl. *Ullrich/Christoph*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2006, 406 (408 f.).

51 Vgl. *Musil*, Stärkere Eigenverantwortung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2003, S. 90 ff.; *Heinen-Kammerer*, Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1999, S. 35 ff. sowie die Nachweise bei *Schmidt*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 23 (25 f.).

52 Vgl. *Ullrich/Christoph*, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2006, 406 (408 f.) sowie die Nachweise bei *Schmidt*, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, 2008, S. 131 ff. m. w. N.; *Heinen-Kammerer*, Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1999, S. 25 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Die Definition von Gesundheit und Krankheit

Über die exakte Bestimmung der Begriffe Gesundheit und Krankheit ließen sich grundsätzlich Bände füllen.[53] So hat nicht nur jede wissenschaftliche Disziplin oder jedes „Bezugssystem"[54] selbst, sondern auch – insbesondere in der Medizin – eine Vielzahl der Teildisziplinen ein eigenständiges Verständnis von Gesundheit und Krankheit.[55] Gesundheitsvorstellungen können als anthropologische und soziokulturelle Konstruktionen nicht außerhalb von zeitlichen, räumlichen und sozialen Umständen existieren.[56] Sie sind daher grundsätzlich immer auch Ausdruck bestimmter Wertvorstellungen und spiegeln den gesellschaftlichen Umgang mit den Unterschieden menschlicher Handlungsmöglichkeiten wider.[57] Die Zuschreibung von Krankheit oder Gesundheit hat wichtige normative Implikationen und entscheidet über die Zuschreibung oder Entbindung von An-

---

53 Umfassend zu den Begriffen Krankheit und Gesundheit: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012; *Lenk*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 67; *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 11 ff.; vgl. auch die Ausführungen zum Begriff Gesundheit aus Sicht der Kirche, Medizin, Krankenkassen, Rechtswissenschaft, Pharmaindustrie, Patienten, Politik und Medien in *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 16 ff.; aus Sicht der Gesundheitswissenschaften: *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100 ff.; *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 108 ff.; *Schwartz u. a.*; in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 37 ff.; *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (188 ff.); siehe auch die ausführliche Auseinandersetzung mit dem Begriff und Charakter des Guts Gesundheit aus politikwissenschaftlicher Perspektive bei *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011.

54 *Schwartz u. a.*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 37 ff.

55 Vgl. dazu nur *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 16 ff. und die ausführliche Zusammenstellung bei *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 14 ff.

56 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 108 f.; *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 16; anders wohl *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 ff., der Gesundheit und Krankheit allein statistisch-biologischen Merkmalen festzumachen vermag.

57 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 108 f.; *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sprüchen, Aufgaben und Pflichten für den Einzelnen und den Staat.[58] Nicht zuletzt deswegen ist die Definition dieser Begriffe heftig umstritten. Letztlich kann der Gesundheitsbegriff nicht abstrakt und frei von biologischen, sozialen oder kulturellen Zusammenhängen bestimmt werden.[59] Er erfüllt in diesem Zusammenhang – abhängig von dem jeweiligen Erkenntnisinteresse – immer zugleich auch eine bestimmte Funktion. Der Gesundheitsbegriff muss dementsprechend – wenn er eine (rechts-) praktische Funktion erfüllen soll – immer in Relation zu einem bestimmten Bezugskontext definiert und verstanden werden.[60]

a) Gesundheit und Krankheit als Abgrenzungskonzepte

Gesundheit und Krankheit können zunächst als Konzepte zur Abgrenzung bestimmter Sachverhalte verstanden werden. In diesem Sinne ist Gesundheit eng mit der biomedizinischen Deutung und Diagnose von Krankheit verknüpft und wird hier negativ definiert als „Abwesenheit von Krankheit" oder als „noch nicht vollständig medizinisch diagnostizierte körperliche/seelische Verfassung".[61] Eine solche – oftmals starre – Abgrenzung von Gesundheit und Krankheit ist sowohl in der Medizin, aber auch im (auf Anwendung orientieren nationalen) Recht anzufinden und dient einer praktisch notwendigen Abgrenzung von behandlungsbedürftigen und nicht behandlungsbedürftigen medizinischen Zuständen und der Frage, ob eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung ausgelöst wird und ein Anspruch auf gesundheitliche Versorgung gegeben ist.[62] Die Wieder-

58 *Schramme*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 9; *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 12 ff.

59 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 108 f.; *Diehl*, in: *Kick/Taupitz* (Hrsg.), Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005, S. 113 (129).

60 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 108 f.; *Schmidt-Jortzig*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 86 (91), nennt dies ein „bereichsspezifisches" Verständnis von Gesundheit.

61 *Hurrelmann/Franzkowiak*, Gesundheit, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100.

62 Zur grundsätzlichen Dichotomie von Gesundheit und Krankheit in der Medizin: *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 29 f. und zur Unterscheidung „krank-gesund" im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung: *Wiesing/Werner*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit ver-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

herstellung und Erhaltung der Gesundheit stellt dabei natürlich Ziel des Handelns dar – der zum Heileingriff legitimierende Faktor ist jedoch der Krankheitsbefund.[63] Ungeachtet subjektiver Bewertungen wird in diesem Zusammenhang Gesundheit in Abgrenzung zu Krankheit grundsätzlich aufgrund praktisch-normativer Kriterien unterschieden.[64]

Aus traditioneller, naturwissenschaftlicher Sicht der Medizin ist dann nur derjenige nicht gesund, welcher einen Befund von Krankheitswert aufweist; sich also objektivierbare Abweichungen von der Norm ermitteln lassen.[65] Diese Abweichungen werden dabei grundsätzlich anhand definierter Grenzwerte oder zumindest relativ genau beschreibbarer Veränderungen bestimmt und möglichst in eine Krankheit nach dem Krankheitsklassifikationssystem ICD-10 der WHO eingeordnet.[66] Ziel einer solchen Abgrenzung ist es, als unerwünscht definierte körperliche und geistig-seelische „Abnormitäten" zu erkennen und eine zu deren Beseitigung erforderliche Hilfe zur Verfügung zu stellen.[67]

Im Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung wird in § 1 S. 1 SGB V zwar von „Gesundheit" und in §§ 11 Abs. 1 und 27 Abs. 1 S. 1 SGB V von „Krankheit" gesprochen, diese beiden Begriffe werden jedoch nicht weiter definiert.[68] Ein Verständnis von dem, was die GKV unter den Gesundheitsschutz stellen soll, ergibt sich daher erst aus einer Zusammenschau der einzelnen festgeschriebenen Leistungsansprüche, welche zum

---

sus Public Health?, 2002, S. 144 ff.; allg. auch *Heinen-Kammerer*, Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1999, S. 5.

63 *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 20.

64 *Hoppe*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 46 (50).

65 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 15 f.; *Schwartz u. a., in: Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 40, weisen jedoch zurecht daraufhin, dass in der Medizin als „Wissenssystem" durchaus ein weiteres Verständnis von Gesundheit und Krankheit besteht, eine klare Abgrenzung zwischen gesund und krank für die Medizin als „Handlungssystem" jedoch notwendig erscheint.

66 ICD-10 Datenbank der WHO, http://apps.who.int/classifications/icd10/browse/2015/en (Stand: 6.4.2017); vgl. auch zur Verschlüsselungspflicht für Ärzte und Krankenhäuser §§ 295 Abs. 1 S. 2 und 301 Abs. 2 S. 1 SGB V.

67 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 28.

68 Vgl. zum Folgenden den Überblick bei *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 104 ff. sowie *Wiesing/Werner*, in: *Brand/Engel-hardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 144 ff. und *Wollenschläger*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 509 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

großen Teil der Krankheitsbehandlung dienen.[69] Gesundheitsschutz soll zwar abstrakt das Ziel der GKV sein, entscheidend ist jedoch eine Abgrenzung zwischen leistungspflichtigen und nicht versorgungsbedürftigen Zuständen, die sich – wie § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V zeigt – hauptsächlich am Kriterium der medizinisch notwendigen Versorgung orientieren. Im Zentrum des Gesundheitsrechts nach dem SGB V stehen damit die Rechte und Ansprüche des Kranken[70] – diesen gilt es daher vom Gesunden abzugrenzen.

Das Bundessozialgericht definiert Krankheit im Sinne des SGB V in ständiger Rechtsprechung entsprechend als einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand, der entweder *Behandlungsbedürftigkeit* oder zugleich oder ausschließlich Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.[71] Es erwähnt in diesem Zusammenhang sogar ausdrücklich, dass es sich bei diesem Krankheitsbegriff um „Krankheit im Rechtssinn" handele.[72] Der Krankheitsbegriff wird dabei vom Zustand des Gesundseins mittels des Elements der „Regelwidrigkeit" abgegrenzt.[73] Es handelt sich damit um einen *reinen Zweckbegriff* zur Bestimmung des versicherungsrechtlichen Risikos und zur Auslösung der Leistungspflicht.[74] Es finden sich zwar auch in der Rechtsprechung Ansätze, den Gegenbegriff „Gesundheit" positiv als Zustand zu definieren, in welchem der Einzelne seine „psychophysischen" Funktionen ausüben kann.[75] Doch auch dies geschieht grundsätzlich nur im Hintergrund der Abgrenzung des normalen vom regelwidrigen Zustand im konkreten Einzelfall.

Allgemein gesehen ist als Gesundheit im Sinne des SGB V damit zunächst vor allem das Freisein von einem regelwidrigen, medizinisch dia-

---

69 *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 3.

70 So auch *Kohler*, Sozialrechtlich gesteuerte Gesundheitsförderung in der kassenärztlichen Versorgung, 1989, S. 13; diese Aussage lediglich auf die Verfassungspositionen beschränkend *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 11.

71 Vgl. u.a. BSGE 13, 134 (136); 26, 240 (242); 33, 202; 35, 10 (12); 62, 83; 85, 36 (38); 90, 289 (290) und auch *Kraftberger*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl. 2012, § 27 Rn. 9 ff. sowie *Lang*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 27 Rn. 13 ff.

72 BSGE 35, 10 (12).

73 BSGE 35, 10 (12); 62, 83 f.; 85, 36 (38 f.).

74 *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler,* KassKomm, 82. EL (Juni 2014), SGB V § 27 Rn. 9.

75 BSGE 30, 151 (153); 35, 10 (12), 62, 83 f.; zur Frage der Definition von Gesundheit als Funktionsaussage s. unten A II c.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gnostizierbaren, behandlungsdürftigen sowie behandlungsfähigen und damit einen von der Solidargemeinschaft zu tragenden Zustand zu verstehen. Eine Ergänzung findet dieses Verständnis von Gesundheit auch durch die der Gesundheit dienenden Leistungen der anderen Versicherungszweige (etwa der Unfall- oder Pflegeversicherung) sowie der Sozialhilfe.[76] Eine ausdrücklichere Umschreibung einer solchen versorgungstechnischen Abgrenzung lässt sich in der EU-Grundrechtecharta finden, welche in Art. 35 unter der Überschrift „Gesundheitsschutz" besagt: „Jede Person hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten." Als Gesundheit geschützt ist demnach nur dasjenige, was aufgrund staatlicher Leistung und medizinischer Versorgung *tatsächlich* angeboten wird.[77]

Sinn und Zweck einer solchen Vorgehensweise ist es, eine allgemeingültige Leistungsabgrenzung vorzunehmen, die vor allem aufgrund medizinisch-biologischer, also grundsätzlich objektiv nachprüfbarer Kriterien eine rechtliche und praktische Handhabbarkeit sicherstellen soll. Es besteht daher nicht der Anspruch, alle möglichen Erscheinungsformen von Krankheit oder Gesundheit zu erfassen und letztverbindliche Aussagen zu treffen. Es geht der juristischen Konkretisierung des Begriffes letztlich nicht vorrangig um „Krankheit" oder „Gesundheit" selbst.[78] Im Fokus steht hier das Ziel, von der Allgemeinheit zu tragende, behandlungsbedürftige Zustände herauszuarbeiten. Leitgedanke sind dabei letztlich wirtschaftliche Erwägungen.[79] Schließlich ist auch vorstellbar, eine entsprechende Leistungsabgrenzung ohne den Begriff der Krankheit durchzuführen und sich auf entsprechende Indikatoren zu fokussieren, deren Vorliegen dann normativ unbedeutend als Krankheit im sozialversicherungsrechtlichen Sinn qualifiziert wird.[80] Gleichwohl kann nicht verleugnet werden, dass die Zuschreibung eines Behandlungs-/Leistungsanspruchs eben von der rein objektiven Komponente auch immer eine Wertaussage

---

76 *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 3.

77 *Schmidt-Jortzig*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 86 (88).

78 *Mazal*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 127 (132).

79 *Mazal*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 127 (132).

80 *Mazal*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 127 (134).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

über den jeweiligen körperlich-seelischen Zustand darstellt. Auch erscheint eine solche Abgrenzung nur vordergründig konkret und lässt außer Betracht, dass Gesundheit und Krankheit nicht als statischer Zustand, sondern als immerwährender Prozess verstanden werden müssen und eine klare Abgrenzung hier „fiktive Schnittstellen" erzeugt.[81] Durch die starke Betonung der medizinischen Diagnose als Handlungsgrundlage, welche eben eine bloße Feststellung biologischer Tatsachen darstellen soll, wird zudem ein Nimbus von Objektivität erzeugt und außen vor gelassen, dass auch der Prozess der medizinisch-biologischen Normenbildung normativen Wertungen unterzogen ist.[82] So beruhen medizinische Normen zwar zunächst auf biologischen Erkenntnissen über bestimmte Funktionen des Organismus sowie auf statistischen Überlegungen; die Generierung solcher Normen unterliegt grundsätzlich jedoch auch oftmals bestimmten menschlichen und gesellschaftlichen Interessen.[83] Ebenso wird durch das Abstellen auf objektiv feststellbare beziehungsweise diagnostizierbare Zustände das subjektive Empfinden des Betroffenen grundsätzlich außer Acht gelassen.[84]

---

81 *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100.

82 Dies ist freilich insbesondere im Rahmen von somatischen Krankheiten strittig, wohl aber im Bereich psychischer Krankheiten schon viel deutlicher, s. dazu *Schramme*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 9 (30 f.) m. w. N. sowie *Engelhardt Jr.,* in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 41 (44 f. u. 59 ff.); a.A. wohl *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 f.

83 Dies zeigen etwa die Diskussionen um Bluthochdruck und Cholesterinwerte, vgl. dazu *Schramme*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 9 (31) sowie *Hartenbach*, Die Cholesterin-Lüge, 35. Aufl. 2012.

84 Zu den Gefahren dieser „Objektivierung": *Wiesing*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 47 (50 ff.); *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 21 ff. weißt jedoch zurecht daraufhin, dass die Medizin durchaus das subjektive Wohlbefinden im Rahmen eines „personalisierten Krankheitsbegriffs" beachtet; dies dient gleichwohl vordergründig zunächst Zwecken der Anamnese und der Inanspruchnahme medizinischer Versorgungsleistung durch den Patienten überhaupt, da (von Vorsorgeleistungen abgesehen) grundsätzlich nur derjenige einen Arzt aufsucht, der sich auch subjektiv als „krank" empfindet.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Gesundheit als Idealbild

Wohl als radikaler Gegenentwurf zu dem Verständnis von Gesundheit als Abgrenzungskonzept können solche Gesundheitsdefinitionen gesehen werden, die ein Idealbild von Gesundheit erzeugen. Sie basieren oftmals auf Wertaussagen und enthalten im Gegensatz zu solchen Definitionen, die zur Abgrenzung dienen, positivierende Aussagen über den Begriff der Gesundheit.[85] Diese Art von Definition hat oft eine (rechts-)poli-tische Funktion und dient der Vorgabe eines erstrebenswerten, idealen und zugleich wohl niemals vollends erreichbaren Ziels für politische und gesellschaftliche Akteure.[86] Prominentestes Beispiel hierfür ist die in den einschlägigen Arbeiten allgegenwärtige Definition von Gesundheit in der Präambel der Verfassung der WHO: „Gesundheit ist der Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur des Freiseins von Krankheit und Gebrechen."[87]

Wenngleich diese Definition mit dem Verweis auf das „Wohlbefinden" eine starke subjektive Komponente besitzt, so ist sie doch klar auf den jeweiligen Idealzustand ausgerichtet und kann damit als denkbar weiteste Definition von Gesundheit verstanden werden.[88] Der Wert in einer solchen positiven Definition liegt darin, dass sie die Abhängigkeit von Gesundheit und Krankheit auflöst und Gesundheit als eigenständigen Wert beschreibt, der mehr darstellt als die bloße Abwesenheit von körperliche Normabweichungen bzw. Funktionsbeeinträchtigungen.[89] Vielmehr enthält Gesundheit eben auch psychische, geistige und soziale Elemente, die oft stark von einer subjektiven Sicht geprägt werden können. Außerdem wird durch die

85 *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100 (101).

86 So auch *Schmidt-Jortzig*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 86 (87).

87 Verfassung der Weltgesundheitsorganisation, New York 1946, in: *Franzowiak/ Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 14.; ausführlich zur WHO Definition: *Bok*, Harvard Center for Population and Development Studies Working Paper Series 2004, 1; *Kickbusch*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 275 ff.; s. auch *Callahan*, The Hastings Center Studies 1973, 77 ff.

88 *Schmidt-Jortzig*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 86 (87); s. auch Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, S. 773.

89 So auch *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

WHO hervorgehoben, dass Gesundheit in einem solch umfassenden Sinn nicht nur dem Bereich der Medizin unterworfen, sondern als gesamtgesellschaftliche Aufgabe zu verstehen ist.[90] Ein solches positives Konzept von Gesundheit wurde infolgedessen vor allem in der gesundheitswissenschaftlichen Literatur als bedeutender Fortschritt und Wegbereiter moderner Gesundheitsdefinitionen und moderner Gesundheitsförderung an sich gesehen.[91]

Idealisierende Definitionen oder Beschreibungen wie die der WHO haben jedoch auch von vielerlei Seiten Kritik auf sich gezogen.[92] Einerseits werden die kaum zu operationalisierende Mehrdimensionalität und damit die Untauglichkeit einer solchen Definition für die (rechts-)praktische Arbeit bemängelt.[93] Andererseits wird auch auf die Gefahren hingewiesen, die bei dem Versuch entstehen können, Gesundheit im Sinne eines individuellen Zustands des vollständigen Gesundseins oder Wohlbefindens zu normieren.[94] Während die Beschreibung des Begriffs Krankheit vor allem dazu dient, Hilfeleistungen zu gewähren, wird dem Zustand des Gesundseins grundsätzlich ein „Nützlichkeitsaspekt im gesellschaftlichen Raum" zugesprochen.[95] Gesundheit und Gesundsein wird daher viel stärker durch soziale Normen geprägt, normiert und evaluiert als es bei der

90 *Kickbusch*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 275 (277).

91 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 109; *Yach*, Ethik in der Medizin 1998, 7; *Kickbusch*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 275 ff.; *Bok*, Harvard Center for Population and Development Studies Working Paper Series 2004, 1 (3), weist jedoch zurecht darauf hin, dass die Erkenntnis über den Zusammenhang von Krankheitsbehandlung und Krankheitsprävention sowie Gesundheitsförderung an sich keine neue Erkenntnis, nicht mal eine Erkenntnis der Neuzeit darstellt, sondern bis weit in die Antike zurückverfolgt werden kann.

92 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 29 ff., spricht bspw. davon, dass Gesundheit fälschlicherweise mit Wohlbefinden verwechselt werde.

93 Vgl. *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100 (101); *Bok*, Harvard Center for Population and Development Studies Working Paper Series 2004, 1 (13).

94 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 109 u. *Bok*, Harvard Center for Population and Development Studies Working Paper Series 2004, 1, 5.

95 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 109.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krankheit der Fall ist.[96] Der „gesunde" Mensch wird dabei als Leitbild stilisiert. Immer mehr Möglichkeiten zur Verbesserung des menschlichen Körpers rufen das Streben zur Perfektionierung des Menschen hervor.[97] Durch die damit einhergehende Idealisierung von Gesundheit besteht jedoch die Gefahr, eine Verhaltensnormierung zu schaffen und zu verfestigen, nach welcher nur „super fitte, gestählte und funktionsfähige Körper als einzig zu erreichender Idealzustand gelten können".[98] Zudem ist es höchst fragwürdig, inwieweit eine soziale Angepasstheit – welche wohl als Voraussetzung für ein soziales Wohlbefinden anzusehen ist[99] – als konstitutiv für die Gesundheit angesehen werden kann und sollte.[100] Das Versprechen von Gesundheit führt damit nicht nur zu neuen Erwartungshaltungen an die Leistungsfähigkeit von Körper und Geist, sondern auch zu einem neuen sozialen Anpassungsdruck.[101]

Ebenso wird die Gefahr gesehen, dass eine wohlgemeinte Gesundheitsfürsorge zur vollständigen Vergesellschaftung von Gesundheit führe, und der Einzelne sich hier als „Gesundheits-Gutmensch" zu betätigen und dem gesellschaftlichem Interesse unterzuordnen zu habe.[102] In diesem Zusammenhang ist auch der aufgebaute Gegensatz von Gesundheit und Krankheit kritisch zu sehen, muss doch Krankheit vielmehr als integraler Bestandteil des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit gesehen werden.[103] Gesundheit ist gerade nicht der Regelfall und Krankheit nicht nur eine ausnahmsweise vorkommende Abweichung davon – der Gesundheitszustand des Menschen ist vielmehr als Kontinuum von zahlreichen möglichen Zwischenstufen zu verstehen.[104] Gesundheit lässt sich damit besser als ein immerwährender, dynamischer Prozess verstehen.[105]

---

96 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 109.
97 *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 16 f.
98 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 32 ff.
99 Vgl. etwa *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, 2014, S. 9.
100 *Bok*, Harvard Center for Population and Development Studies Working Paper Series 2004, 1 (10).
101 *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 62.
102 *Eberbach*, MedR 2014, 449 (453 ff.).
103 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 66; *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 66 ff.
104 *Egger/Ranzum*, in: *Egger/Razum* (Hrsg.), Public Health, 2. Aufl. 2014, S. 8.
105 So auch *Kraftberger*, in: *Hänlein/Kruse/Schuler* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, 4. Aufl. 2012, § 27 Rn. 23 und *Kickbusch*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 275 (279).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So wie sich der Mensch in seinen verschiedenen Lebensphasen von Geburt bis zum Tod ständig verändert, so sehr ist auch seine Gesundheit ständig im Fluss.

c) Gesundheit als Funktionsaussage

Als Schnittstelle zwischen den ersten beiden Definitionskonzepten können solche Konzepte verstanden werden, die Gesundheit als Funktionsaussage beschreiben. Gesundheit steht hier zunächst für die Vorstellung eines körperlich-seelischen Gleichgewichts, welches eine flexible Anpassung von Körper und Geist an sich verändernde Umweltbedingungen ermöglicht, aber auch als Aussage über die Leistungs- und Arbeitsfähigkeit in körperlicher und sozialer Hinsicht sowie in Hinblick einer Rollenerfüllung.[106] Dieser Ansatz ist insoweit vermittelnd, als die Frage der Funktionalität hier grundsätzlich weit zu verstehen ist und von rein körperlichen, über seelische auch soziale Faktoren umfassen kann.[107] Auch findet die Bewertung grundsätzlich zunächst abhängig von der Feststellung einer Dysfunktionalität statt, beinhaltet im nächsten Schritt dann aber oft eine normative Bewertung über das Maß des sozialen Nachteils, der mit dieser Funktionalitätseinschränkung einhergeht.[108] Grundsätzlich wird der Schwerpunkt dabei auf die Frage der Widerstandsfähigkeit von Menschen gegenüber Krankheitserregern und sonstigen Gesundheitsbeeinträchtigungen gelegt.[109] Gesundheit kann als Funktionsaussage aber auch viel weiter beschrieben werden als: „Oberbegriff für die physische und psychische Fähigkeit des Menschen, sich als Individuum zu entfalten, zu lernen, Ziele zu entwickeln und zu verfolgen, emotionale und soziale Kontakte zu knüpfen und am gesellschaftlichen Leben selbstbestimmt teilzunehmen."[110] Bei einer solchen umfassenden Funktionsaussage geht es dann nicht mehr darum, gesunde und kranke körperliche und psychische Zustände zu beschreiben, festzustellen und voneinander abzugrenzen. Man

106 *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100.
107 Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, S. 773.
108 *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (189); abgesehen davon kann natürlich die Frage der „Dysfunktionalität" einer normativen Wertung unterzogen sein.
109 *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100.
110 *Niehoff/Braun*, Sozialmedizin und Public Health, 2. Aufl. 2010, S. 108.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

versteht unter Gesundsein vielmehr, dass es die körperlichen und psychischen Zustände erlauben, bestimmte Funktionen in seiner Umwelt wahrzunehmen.

Das Spektrum möglicher Funktionsbeschreibungen reicht dabei von einer eher deskriptiv-biologischen Dimension bis hin zu stark evaluativen Konzepten.[111] So gibt es Ansätze, die Gesundheit anhand rein biologischer Funktionen beschreiben wollen. Gesundheit ist danach die Fähigkeit, diejenigen Funktionen auszuüben, die „dem Erhalt eines Organismus dienen – im Rahmen der Aktivitäten, die den meisten anderen Mitgliedern dieser Spezies (etwa jenen innerhalb von zwei Standardabweichungen) offenstehen – und die auch zum Erhaltung der Art notwendig sind".[112] „Normale" Funktionalität soll bei diesen Ansichten dadurch (vermeintlich) wertneutral bestimmt werden, dass die Normalität rein statistisch definiert und Funktionen rein biologisch bestimmt werden könnten.[113] Nach dieser Auffassung gelten Krankheitsurteile und damit auch Aussagen über Gesundheit, soweit diese die Vermeidung von Krankheit zum Ziel haben, als wertneutral.[114]

Für andere steht hingegen die Frage des Bewältigungspotentials hinsichtlich verschiedenster (natürlicher und sozialer) Umwelteinflüsse im Vordergrund. *Hurrelmann* beschreibt nach dieser Leitvorstellung Gesundheit als „das Stadium des Gleichgewichts von Risikofaktoren und Schutzfaktoren, das eintritt, wenn einem Menschen die Bewältigung sowohl der inneren (körperlichen und psychischen) als auch äußeren (sozialen und materiellen) Anforderungen gelingt. Gesundheit ist gegeben, wenn eine Person sich psychisch und sozial im Einklang mit den Möglichkeiten und Zielvorstellungen und den jeweils gegebenen äußeren Lebensbedingungen befindet. Sie ist ein Stadium, das einem Menschen Wohlbefinden und Le-

111 Eine gute Übersicht findet sich etwa bei *Werner*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 139 ff.

112 *Engelhardt, Jr.*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 41 (42).

113 Dies bezieht sich bspw. auf Werte wie das Gewicht, Blutdruck, Blutfettwerte etc., ausführlich zu diesem Ansatz *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 ff.

114 *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 (64); dem grds. zustimmend *Lenk*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 67 (79).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bensfreude vermittelt."[115] Auch wenn diese Definition verdächtig nahe an die Idealvorstellung der WHO-Definition rückt, so ist doch ein entscheidender Punkt hervorzuheben, der insbesondere für die Konzepte der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention von Bedeutung ist. Einschränkungen der Bewältigungsfähigkeit des Menschen sind nicht notwendigerweise als Krankheit zu verstehen. Gleichwohl liegt bei einer eingeschränkten Fähigkeit die Umweltanforderungen produktiv zu bearbeiten eben eine eingeschränkte Gesundheit in diesem Sinne vor. Wenn das Ziel aber die Erreichung eines möglichst optimalen Gleichgewichts ist, dann stellt bereits schon eine geringfügige Störung dieses Gleichgewichts eine Funktionsstörung und damit einen beseitigungswürdigen Zustand dar. Erst auf den Eintritt einer möglicherweise irreparablen Funktionsstörung – wie es bei chronischen Krankheiten oft der Fall ist – zu warten, erscheint aus diesem Blickwinkel wenig sinnvoll. Neben einer bloßen Heilbehandlung sollte daher zur Stärkung der Gesundheitsressourcen eines jeden Einzelnen auch die Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention eine wichtige Rolle für das Gesundheitswesen spielen.

Wieder andere Ansätze gehen in die Nähe des von *Amartya Sen* hervorgebrachten Befähigungsansatzes[116].[117] Unter Gesundheit wird hier das Potenzial einer Person verstanden, bestimmte grundlegende menschliche Fähigkeiten zu erwerben und bestimmte Aktivitäten ausüben zu können.[118] Vorstellungen darüber, welche Fähigkeiten und Aktivitäten zu den Grundbedingungen menschlichen Lebens gehören sind dann in der Regel stark mit Würdekonzeptionen verbunden. Eine würdevolles menschliches Leben enthält neben gesundheitlich-biologischen Grundbedingungen (in der Lage zu sein, ein „normal" langes Leben bei guter Gesundheit führen zu können) auch geistig-emotionale (emotionale Bindungen eingehen zu können, die Fähigkeit sich eine Vorstellung über das Gute bilden zu können) sowie soziale Elemente (soziale Bindungen zu besitzen).[119] Entsprechende Konzepte sind jedoch sehr weitgehend und stellen vielmehr grundlegende

115 *Hurrelmann/Franzowiak*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 100 (103).

116 *Sen*, Ökonomie für den Menschen, 2000.

117 Vgl. *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 62.

118 Vgl. etwa *Venkatapuram*, Bioethics 2013, 271 (272 ff.).

119 Ausführlich dazu *Venkatapuram*, Bioethics 2013, 271 (276 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Fragen von menschlicher Würde und über das gesellschaftliche Zusammenleben generell. Diese Diskussion unter dem Begriff der „Gesundheit" zu führen scheint zumindest im Rahmen dieser Arbeit zu weitgehend.

Wie bereits erwähnt, verwendet allerdings auch die Rechtsprechung zur Beschreibung des Begriffs Gesundheit eine Funktionsaussage. Für das BSG ist gesund, wer seine „psychophysischen Funktionen" ausüben kann.[120] Neben rein körperlichen werden damit auch geistig-seelische Funktionen erfasst. Die Frage, welche Funktionen ein gesunder Mensch ausüben können muss, hängt damit nicht mehr nur von rein medizinischen Richtwerten ab, sondern auch von den aktuellen sozialen Normen und Erwartungen, die sich dem autonomen Individuum stellen.[121] Letztlich enthält damit auch der Gesundheitsbegriff des BSG eine individuelle körperlich-geistige und eine soziale Komponente. Dieses Verständnis von Gesundheit aus Sicht der Rechtsprechung kommt somit dem gesundheitswissenschaftlichen Verständnis von Gesundheit im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention erstaunlich nahe.[122] Dies ändert aber nichts daran, dass die Rechtsprechung im Rahmen des SGB V starr mit der dichotomen Abgrenzung von Gesundheit und Krankheit operiert.[123]

Die Bewertung solcher funktionenbeschreibender Konzepte von Gesundheit hängt von der jeweiligen Schwerpunktsetzung ab. Zunächst kann der Fokus weiterhin auf der Krankheitsvermeidung liegen, also auf der Frage, wie das Bewältigungspotential des Menschen gegenüber schädlichen Umwelteinflüssen in ein größtmögliches Optimum gebracht werden kann, damit der Mensch möglichst lange seine „normalen" Funktionen ausüben kann. Hierbei sprechen nachvollziehbare Argumente zunächst dafür, dass Fragen der Normalität bestimmter menschlicher Funktionen umso wertneutraler bleiben, desto mehr sie sich auf physisch-biologische Funktionen konzentrieren und dabei als Norm die für die Spezies Mensch „statistisch typische Effizienz" dieser Funktionen zugrunde legen.[124] Ein solcher Ansatz mag sich zwar an „natürlich" vorgefundenen Werten orien-

120 BSGE 30, 151 (152 f.); 35, 10 (12), 62, 83 f.

121 *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 108 f.

122 So auch *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 109.

123 *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 109.

124 *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 (89).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tieren, kann jedoch bei genauerem Blick ebenso wenig als wertfrei gelten. Es muss vielmehr bezweifelt werden, dass es tatsächlich einen kohärenten allgemeinen theoretischen Krankheitsbegriff gibt, der sich rein logisch deskriptiv aus natürlich vorgefundenen Fakten ableiten lässt.[125] Selbst wenn es objektiv feststellbare körperliche Zustände geben sollte, können und müssen diese jedoch immer auch kulturell bewertet werden. Entsprechend können nicht nur Unterschiede in der Bewertung bestimmter Zustände als Krankheit bestehen, sondern auch die gesellschaftliche Signifikanz eines Krankheitsurteils unterschiedlich ausfallen.[126] Entsprechende Ansätze werden dabei dann umso offener (und damit auch anfälliger) für wertende Entscheidungen, desto mehr sie statistisch weniger fassbare psychische und soziale Funktionen mit in die Bewertung aufnehmen.

Sehr konturlos werden dann schließlich solche Ansätze, die Gesundheit in engerem Sinne positiv definieren und als Ziel anstreben wollen. Hier werden bestimmte Zustände etc. aus sich heraus als für die Gesundheit positiv gewertet werden, ohne dass daraus zwangsläufig irgendein auf andere Fragen – wie etwa die Krankheitsvermeidung – gerichteter Effekt beschrieben oder verfolgt wird.[127] Ziele können dabei beispielsweise das Erreichen bestmöglicher körperlicher und physischer Leistungen oder generell die Erhöhung der Funktionsfähigkeit des Menschen, etwa durch *Neuro-Enhancement*, sein. Gesundheit wird dann in diesem Sinne als „funktionelle Vortrefflichkeit" verstanden und transformiert sich von einem umfassten zu einem grenzenlosen Ideal, dessen Erreichen nicht nur praktisch unmöglich, sondern auch moralisch nicht wünschenswert erscheint.[128] Andererseits ist hervorzuheben, dass Ansätze der Funktionsbeschreibung möglicherweise weniger Potenzial für Ausgrenzung bieten. Während bei einer starren Unterscheidung von „gesund" und „krank" stärker die Gefahr besteht, alles Kranke kategorisch als unerwünscht zu stigmatisieren[129], steht bei Konzepten der Funktionsbeschreibung vielmehr auch der prozessuale Charakter von Gesundheit im Vordergrund. Gesundheit und Krankheit ist ein sich ständig veränderndes Kontinuum, letztlich ist nie jemand

125 *Bauer*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 31 (32 ff.).
126 *Nesse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 159 (160 f.).
127 In diesem Sinne wohl *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 (104 ff.).
128 So auch *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 (104 ff.).
129 *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 47.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

vollends gesund oder vollends krank. Ohne eine scharfe Abgrenzung erscheint eine Ausgrenzung damit auch schwieriger.[130]

d) Objektive und subjektive Bezugskontexte

Wie bereits erwähnt, stellt sich zudem die grundlegende Frage der Perspektive, des Bezugskontextes, in dem die Begriffsdefinition unternommen wird. Konzepte, die Gesundheit als Abgrenzungsfrage definieren, stellen grundsätzlich auf objektivierbare Kriterien ab – das subjektive Befinden des Einzelnen spielt zwar eine Rolle für den Zugang und die Vornahme der Diagnose, letztverbindlich ist sie aber nicht. In der gesundheitswissenschaftlichen Literatur werden diese medizinischen Eingrenzungs- und Definitionsversuche jedoch teilweise als mit dem Wert von Gesundheit inkompatibel angesehen – Gesundheit schöpfe ihre Kraft vielmehr aus der „Ungenauigkeit und Grenzenlosigkeit sowie aus der subjektiven Erfahrbarkeit".[131] *Gadamer* betont etwa, dass das eigentliche Geheimnis von Gesundheit in deren „Verborgenheit" liege.[132] Im Gegensatz zur Krankheit offenbare sich Gesundheit nicht anhand von Symptomen, sie biete sich nicht selbst an. Darüber hinaus sei Gesundheit auch nicht messbar, da diese ein Zustand der inneren Angemessenheit und der Übereinstimmung mit sich selbst sei. Gesundheit sei letztlich damit ein sich selbst erhaltender, natürlicher Zustand, der sich nicht durch objektive Kontrolle bestimmen lasse. Dies schließe zwar nicht aus, dass sich Standardwerte für die Gesundheit festlegen ließen. Bei einem Aufzwingen dieser Standardwerte, würde man einen gesunden Menschen aber eher krank machen.[133] Im Rahmen der Definition der WHO wird in Einklang mit diesen Ausführungen auch stark auf das Wohlbefinden, also zunächst auf die Sicht des Einzelnen abgestellt. Allerdings wurde hier bereits erkannt, dass es sich bei der Frage des Wohlbefindens letztlich um eine Art objektivierbares Wohlbefinden handeln muss, da die WHO Definition klar ein Ideal anstrebt.[134]

---

130 Am Beispiel der Ausgrenzung des „Unvernünftigen" veranschaulichend *Hellerich*, Soziale Arbeit 2000, 261 ff.

131 *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 20.

132 *Gadamer*, Über die Verborgenheit der Gesundheit, 2010, S. 138.

133 Zum Ganzen *Gadamer*, Über die Verborgenheit der Gesundheit, 2010, S. 138 f.

134 *Fröhlich*, in: *Kingreen/Laux* (Hrsg.), Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, 2008, S. 25 (29 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht ist hinsichtlich der Frage, welche Sicht zur Definition von Krankheit und Gesundheit eigentlich ausschlaggebend sein sollte, eine Kombination von subjektiven und objektiven Bezugspunkten zu finden.[135] Zunächst ist mit Blick auf die Selbstbestimmung des Patienten selbst seine Sicht ausschlaggebend dafür, ob er sich krank oder gesund fühlt und ob und in welchem Maße er medizinische Versorgung in Anspruch nehmen möchte. Die subjektive Sicht des Betroffenen ist damit zunächst wichtiges Indiz zur Diagnose, aber auch nicht mehr. Letztverbindlich ist die Sicht des Betroffenen – zumindest bei der Frage, ob eine Krankheit vorliegt – grundsätzlich nicht.[136] Entscheidend ist vielmehr die medizinische Einschätzung.[137] Diese findet – wie bereits erwähnt – aufgrund praktisch-normativer Kriterien statt. Dieser Vorgang versucht damit die subjektive Sicht des Patienten zu objektivieren und „Gesundheit" zu operationalisieren.[138] Eine medizinische Versorgung kann dann jedoch nur im Rahmen der durch staatliche Instanzen geprägten Rechtsordnung erfolgen, wodurch letztlich eine weitere Objektivierung des Gesundheits- und Krankheitsbegriffs erfolgt.

Dabei darf jedoch nicht außer Betracht bleiben, dass sich hinter allen objektivierten Krankheits- und Gesundheitsbegriffen stets die Gefahr verbirgt, der Individualität der Menschen nicht gerecht zu werden und Vielfalt zu unterdrücken.[139] In der Medizin und erst Recht in der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sollten daher das gegenwärtige und zukünftige subjektiv empfundene Leiden und die Selbsteinschätzung des Individuums stets eine tragende Rolle bei der Konzeption und Durchführung entsprechender Maßnahmen spielen.[140] Man kann daher bereits jetzt festhalten, dass Gesundheitsförderung in Form von Gesundheitsbildung vor allem das Ziel verfolgen sollte, den Menschen beim Entwickeln *seiner*

---

135 *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 16 f., spricht von „Trias der Definitionskompetenzen".

136 *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 16.

137 *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 16.

138 *Inthorn/Kaelin/Reder*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 14.

139 Vgl. *Petsch*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 549 (550 f.).

140 Auf die Medizin bezogen: *Wiesing/Werner*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 144 (148 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gesundheit und der autonomen Sorge um sie zu befähigen und zu unterstützen.[141]

e) Zwischenfazit zum Gesundheits- und Krankheitsbegriff

Es ist deutlich geworden, dass zumindest im rechtlichen Kontext Gesundheits- und Krankheitsdefinitionen immer auch eine normative Dimension enthalten. Gesundheit und Krankheit sind wertgeladene Begriffe und können mit metaphysischen, moralischen, sozialen oder politischen Wertaussagen verbunden sein.[142] Die Feststellung, ob jemand oder ein Zustand als gesund oder krank gewertet werden sollte, birgt damit immer auch Handlungserwartungen in sich.[143] Diese können dabei sowohl für den Betroffenen selbst als auch für den Staat bestehen. Für die Analyse der verschiedenen Konzeptionen ist es daher von großer Bedeutung, die normativen Implikationen offen zu legen. Erst dies ermöglicht, die Legitimität der mit den jeweiligen Ansätzen verbundenen Handlungserwartungen genauer hinterfragen zu können. Im Gegensatz dazu ist auffälliges Manko der meisten Ansätze, welche insbesondere Gesundheit positiv zu definieren versuchen, eine ungenaue Terminologie und eine mangelnde Klarheit über die bezweckten Wertaussagen. Wichtig für alle Ansätze ist es, dass klar hervorgehoben wird, welches Ziel mit einer Definition oder Umschreibung verfolgt wird. So geht es nämlich – wie gerade aufgezeigt – oft auch im Rahmen von sog. positiven Definitionen von Gesundheit um nichts mehr als zu beschreiben, welche Zustände und Faktoren gegeben sein müssen, um den Krankheitseintritt zu vermeiden. Gesundheit wird hier in aller Regel stark instrumentell verstanden. Geht es um die Frage der Krankheitsvermeidung, so lässt sich grundsätzlich jedoch geringerer Widerspruch über die moralisch-ethische Bewertung dieses Ziels finden. Krankheit als Dysfunktionalität sollte vermieden werden, sie stellt wohl

141 *Biendarra/Weeren*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 13 (14 f.).

142 *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 13 m. w. N.

143 So weist *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 15, darauf hin, dass selbst wenn man davon ausgehen möge, dass auch wertneutrale Aussagen über Krankheit und Gesundheit getroffen werden könnten, solche nicht-normative Konzepten aufgrund ihrer mangelnden Handlungsanleitung jedoch als praktisch nutzlos angesehen werden müssten.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

per se keinen wünschenswerten Zustand dar.[144] Zugleich wird gesellschaftlich der Krankheitsfall in gewisser Weise immer auch als Schicksalsschlag angesehen, welcher eine Hilfsbedürftigkeit und auch einen Hilfsanspruch des Einzelnen, aber auch eine Beistandspflicht der Gemeinschaft begründet.[145] Geht es aber den Konzepten darum, die Gesundheit an sich und der Gesundheit wegen zu fördern, ohne das Ziel der Krankheitsvermeidung im Vordergrund zu sehen, so scheint dies schon fragwürdiger. Körperliche Fitness nur ihrer selbst wegen erreichen zu wollen, ist als Handlungsziel schon deutlich größerer Kritik ausgesetzt, da eine „Optimierung" des Menschen letztlich grenzenloser scheint als die Frage der „bloßen" Krankheitsvermeidung.[146] Insbesondere im Rahmen moderner Entwicklungen ist diese Idee der Optimierung oder auch Perfektionierung nämlich potenziell mit niemals endenden und niemals vollends zu befriedigenden Erwartungen und Anforderungen verbunden.[147] Gleichzeitig bewirkt eine immer umfassendere Ausbreitung des Gesundheitsbegriffs, dass eine zunehmende Anzahl von Bereichen des gesellschaftlichen Lebens als auch immer mehr individuelle Verhaltensweisen mit Gesundheit verknüpft und über die gesundheitlichen Auswirkungen definiert und bewertet werden.[148] Sogleich besteht dann die Gefahr, dass in einer Gesellschaft, in der einem alle Möglichkeiten zur Gesundheitsoptimierung offenstehen, das Sich-Nicht-Gesund-Verhalten und das Nicht-Gesundsein selbst schnell zum persönlichen Vorwurf erwachsen kann.

Die grundsätzliche Begriffsverwirrung ist zudem darin zu sehen, dass Gesundheit und Krankheit ein nicht scharf abzugrenzendes Kontinuum darstellen. Gleichwohl muss das Recht teilweise eine solche (künstliche) Abgrenzung vornehmen, um eben eine Leistungsberechtigung zu begründen oder zu versagen. Den Gesundheitswissenschaften geht es, in Anlehnung an das Verständnis von Gesundheit als Funktionsaussage jedoch darum, darauf hinzuweisen, dass die Frage der Fähigkeit und des Potenzials eines Menschen zur Bewältigung von physischen, psychischen und so-

144 Mit evolutionsbiologischer Erklärung *Nesse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 159 (160).

145 Vgl. *Callahan*, The Hastings Center Studies 1973, 77 (82 f.).

146 *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 (104 ff.); *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (25).

147 *Callahan*, The Hastings Center Studies 1973, 77 (87).

148 *Schmidt-Semisch/Paul*, in: *Paul/Schmidt-Semisch* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, 2010, S. 7.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zialen Umwelteinflüssen für die Frage der Gesundheit von immenser Bedeutung ist. Ziel sollte es daher sein, diese Ressourcen zu stärken, um den Eintritt von Krankheit überhaupt zu vermeiden. Diese Vermeidung des Krankheitseintritts ist auch hier grundsätzlich immer im Fokus konzeptioneller Überlegungen. Dies gelingt dabei umso mehr, desto stärker der Mensch in seinem Bewältigungspotenzial gefördert wird. Oftmals überschneiden sich dabei dann auch positive Merkmale von Gesundheit, und solche Eigenschaften, die den Menschen gleichzeitig besser vor Krankheiten schützen sollen. Letztlich ist es jedoch Ziel, die Frage der Leistungsberechtigung und auch Leistungspflicht auszuweiten und hervorzuheben, dass auch wenn noch keine Krankheit im medizinischen und rechtlichen Sinne vorliegt, eine erhöhte Krankheitsdisposition und damit folglich auch eine Versorgungsbedürftigkeit eben schon viel früher vorliegen kann, als es nach dem rationellen versicherungsrechtlichen Verständnis der Fall ist.[149]

Genau diese Entwicklung, die Eingliederung der Gesundheitsförderung in den Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung, scheint jedoch aus Sicht des Individuums nicht nur Vorteile vor allem in Form weitergehender Leistungsansprüche, sondern auch bestimmte Gefahren zu erzeugen.

Zunächst erfordert die sozialrechtliche Verankerung von Gesundheitsförderung und Prävention, dass bestimmte Faktoren des „Gesundseins" zumindest mittelbar festgeschrieben werden.[150] Die Normierung von Gesundheit und Gesundsein stößt jedoch auf die Kritik, dass hier etwas normiert wird, was sich vielleicht gar nicht oder zumindest deutlich schwerer objektiv normieren lässt.[151] Dies ist unter anderem darin begründet, dass sich Gesundheitskonzeptionen von der rein medizinischen Ebene zu lösen versuchen und dann vermehrt mit ethisch-moralischen Fragen vermengt werden. Im Kern moralische Fragen werden dann unter dem Deckmantel des Gesundheitsbegriffes diskutiert.[152] So besteht bei einer positiven Gesundheitsnormierung grundsätzlich stets die Gefahr, dass ein Leitbild des „gesunden" Menschen erzeugt und mit entsprechender Zurverfügungstellung von Maßnahmen der Gesundheitsförderung auch ein gesellschaftlicher Druck aufgebaut wird, sich entsprechend dieses Leitbildes zu verhal-

149 Zur Unterscheidung zwischen Krankheit und Krankheitsdisposition s. *Boorse*, in: *Schramme* (Hrsg.), Krankheitstheorien, 2012, S. 63 (80 f.).
150 So etwa durch die vorgegebenen Gesundheitsziele in § 20 Abs. 3 SGB V.
151 So etwa *Gadamer*, Über die Verborgenheit der Gesundheit, 2010, S. 138.
152 *Callahan*, The Hastings Center Studies 1973, 77 (82).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ten und entsprechende Leistungen in Anspruch zu nehmen. Wer sich dabei dieser Leitvorstellung nicht unterwerfen kann oder will, gerät dann in die Gefahr der Stigmatisierung.[153] Hier wird es dann schnell auch als legitim angesehen, dem unfähigen oder unwilligen Bürger zu einem gesunden Leben nachzuhelfen und entsprechende Maßnahmen nicht nur aufgrund freiwilliger Basis, sondern verpflichtend oder zumindest stark beeinflussend auszugestalten und gegebenenfalls ungesundes Verhalten zu betrafen.[154] Die zusätzliche Festschreibung von Gesundheitsförderung bietet damit zunächst selbst ein größeres Potenzial gesetzlich gesteuerter Verhaltensnormierung und damit auch möglicher Stigmatisierung als es die Festschreibung von Leistungen der Heilbehandlung zu ermöglichen scheint.[155]

Daneben ist eine Ausweitung des Krankheitsbegriffes selbst zu beobachten. So lässt sich eine Dynamik erkennen, bei der sich das Verständnis von Krankheit zunehmend von zeitlich manifesten Symptomen und Beschwerden ablöst und auf das Vorliegen bestimmter Indizien und Risikofaktoren (wie etwa Genveränderungen, Übergewicht oder hoher Blutdruck) vorverlagert.[156] Dies stellt jedoch ein Aufbrechen des auf die Heilbehandlung abgegrenzten Krankheitsverständnisses dar. Diese Entwicklung bewirke dadurch potenziell eine „Entgrenzung" der modernen Medizin, indem diese versucht Zustände zu pathologisieren und Ziele zu verfolgen, welche jedoch über die Möglichkeiten kurativer wie präventiver Me-

153 *Inthorn/Kaelin/Reder*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 19 ff.

154 S. dazu die späteren Ausführungen in Kap. 3 B u. C.

155 So führt etwa *Dabrock*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 79 (87) aus: „Dass die Zielvorgabe der Gesundheitsförderung als auch ihre Umsetzungsstrategien erheblich stärker sozialkonstruktivistisch kontaminiert sind als das defensiv ausgerichtete traditionelle Medizinsystem und folglich nach kulturellem Kontext deutlich unterschiedliche semantische Füllungen erleben können, ist offensichtlich. Weil der soziale und psychische Aspekt bei der subjektiven und intersubjektiven Gesundheitsempfindung eine größere Rolle spielt, weil der Begriff ‚Gesundheit' interpretationsoffener ist als der Begriff ‚Krankheit', ist er auch nicht derartig effizient operationalisierbarer wie letzterer"; vgl. etwa auch *Lanzerath*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 251 (254), welcher im Rahmen der Medikalisierung psychosozialer „Probleme" der WHO-Gesundheitsdefinition eine „gewichtige Rolle" zuschreibt.

156 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (21 ff.); *Mühlhauser*, in: *Hensen/Kölzer* (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, 2011, S. 229 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dizin hinausgehen.[157] Zurzeit existieren für viele tatsächliche oder vermeintliche Krankheitsrisiken keine oder nur begrenzt wirksame Präventionsmaßnahmen, welche wiederum selbst ein gesundheitliches Risiko mit sich bringen können.[158] So führen insbesondere auf genetischer Prädiktion basierende Informationen und Diagnosen nicht notwendigerweise zu verbesserten Präventionsmöglichkeiten. Vielmehr können sie unter Umständen gar zu „genetischer Diskriminierung" und der Konstruktion „gesunder Kranker" beitragen.[159] Darüber hinaus werden viele Risikofaktoren als behandlungsbedürftige und damit pathologische Zustände wahrgenommen. Obwohl diese Zustände, wie etwa ein erhöhter Cholesterinwert, keinen eigenständigen Krankheitswert haben, werden die Betroffenen zunehmend medizinischen und pharmazeutischen Regimes unterworfen.[160] Dies kann dazu führen, dass eigentlich nur statistische Krankheitsrisiken, trotz teilweise umstrittener Datenlage und Evidenz, immer mehr wie eine bereits bestehende Krankheit behandelt und erlebt werden.[161] Die Zahl der identifizierten Risikofaktoren und auch Vorformen von Risikofaktoren ist dabei steigend.[162] Es ist daher wichtig, darauf hinzuweisen, dass aus der bloßen Normabweichung selbst, noch keine Aussage über die Morbidität und Mortalität des Organismus getroffen werden kann.[163] Durch die zunehmende Pathologisierung dieser Zustände steigt jedoch der Erwartungs- und Verhaltensdruck auf die Betroffenen immer mehr an[164], gilt es nicht

157 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (21 ff.).

158 So wohl insbesondere für genetisch bedingte Risikofaktoren und Krankheitsdispositionen, vgl. *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (21).

159 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (22); *Eberbach*, MedR 2014, 449; *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 17 f.

160 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (22) m. w. N.

161 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (22); vgl. dazu auch schon *Gadamer*, Über die Verborgenheit der Gesundheit, 2010, S. 138.

162 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (22) m. w. N.

163 *Lenk*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 67 (80).

164 Etwa durch die Tendenz zur Pathologisierung vermeintlicher „Modekrankheiten", vgl. dazu etwa *Healy*, PLoS Medicine 2006, 441 ff.; *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehö-*

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur den Status des Krankseins schnellstmöglich wieder zu beseitigen[165], sondern auch schon generell das eigene Risiko zu begrenzen[166].

Insgesamt ist der Einzelne damit einer Verhaltenserwartung unterworfen, welche für ihn immer schwerer zu erreichen ist. Einerseits gilt es sich möglichst „gesund" zu verhalten und zu sein, anderseits werden immer mehr Zustände als Risiko und damit als „krank" bewertet. Zudem unterliegt die Einschätzung über Gesundsein und Kranksein immer mehr einer Objektivierung. So bedarf die Festschreibung von Gesundheitsförderung eben einer objektiven Normierung dessen, welche Zustände und Risiken es zu vermeiden gilt, um „gesund" zu bleiben. Ein Kranksein wird somit immer mehr von der subjektiven Wahrnehmung entkoppelt. Im Rahmen der klassischen Heilbehandlung liegt es nämlich zunächst bei dem Betroffenen selbst, sich als „krank" zu fühlen und dann entsprechend freiwillig medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen oder eben nicht. Im Rahmen von präventiver Diagnostik (welche man mit mehr oder weniger großem Zwang wahrnehmen muss, um Zusatzzahlungen zu vermeiden oder Boni in Anspruch nehmen zu können) ist man nicht mehr nur krank, wenn man sich krank fühlt und den Arzt aufsucht, krank kann man bereits sein, wenn bestimmte (etwa „nur" genetische) Risikofaktoren vorliegen.

Eine zunehmende Integration gesundheitsfördernder und präventiver Konzepte und Maßnahmen in die Gesundheitsgesetzgebung scheint damit tendenziell dazu zu führen, dass sich sowohl die Medizin, als auch die Betroffenen immer weniger an klaren Begrifflichkeiten, institutionellen Abgrenzungen und Verhaltenserwartungen orientieren können.[167] Auch scheint die Grenze zwischen Heilbehandlung, „bloßer" Krankheitsprävention und letztlich der Optimierung des menschlichen Körpers immer fließender zu werden. All dies stellen spezifische Herausforderungen der staatlichen Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention dar, welche es in der verfassungsrechtlichen Betrachtung zu beachten gilt.

---

fer/Wehling (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (16 ff.); zur „Medikalisierung der Lebenswelt" *Lanzerath*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 251 (254 ff.).

165 Zu den Pflichten und Privilegien, die dem Menschen in der Krankenrolle zugewiesen werden *Wieland*, in: *Mazouz/Werner/Wiesing* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, 2004, S. 15 (17 ff.).

166 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (23).

167 *Wehling/Viehöfer*, in: *Viehöfer/Wehling* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, 2011, S. 7 (25).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Die Bedeutung von Gesundheit

Wie bereits ausgeführt, ist die Ausgangsthese der Arbeit, dass sich zwischen Gesundheitsförderung auf der einen und individueller Selbstbestimmung auf der anderen Seite ein Spannungspotential aufbaut. Freiheitlich orientierte Gesellschaften tun sich grundsätzlich schwer damit, Argumente, die sich auf Vorstellungen des guten Lebens beziehen, in normative Diskurse zu integrieren.[168] Aus liberaler Perspektive liegt es daher nahe, Konzepten von Gesundheitsförderung und Prävention misstrauisch gegenüberzustehen.[169] Möchte man sich jedoch der Frage nähern, inwieweit freiheitsberührende Maßnahmen zur Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention gerechtfertigt werden können, so ist es von zentraler Bedeutung, sich auch mit Fragen nach dem Stellenwert von Gesundheit in unserer Gesellschaft auseinanderzusetzen. Es stellt sich damit zunächst die Frage, inwieweit Gesundheit als ein Gut im ethischen Sinne, also als ein Ziel menschlichen Strebens aufgefasst werden kann. Grundsätzlich unterscheidet die Ethik zwischen intrinsischen und extrinsischen Gütern. Während ein intrinsisches Gut um seiner selbst willen verfolgt wird, besitzt ein extrinsisches Gut instrumentellen Charakter und wird primär aufgrund seiner Folgen angestrebt.[170]

Gesundheit ist in unserer Gesellschaft ein stark positiv konnotierter Begriff.[171] Oftmals wird der Wert von Gesundheit als offensichtlich herausgestellt, ohne dass jedoch eine genauere Begründung für diese Behauptung gegeben wird. Für die Begründung von Public Health Maßnahmen, namentlich Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, erscheint es aber von eminenter Bedeutung, welche Ziele eigentlich genau verfolgt werden und inwieweit diese Ziele ihrer selbst wegen oder nur als Mittel zum Zweck im Fokus stehen.[172] So stellt sich nämlich die Frage, ob Gesundheit und entsprechend damit die Förderung von Gesundheit einen Selbstzweck erfüllen soll, mithin also als intrinsischer Wert förderungswürdig erscheint oder ob Gesundheit eigentlich nur ein Mittel zum Zweck der Verwirklichung anderer Güter darstellt. Sollte letzteres der Fall sein, würde sich nämlich die Frage ergeben, wieso man diese anderen Gü-

168 *Quante*, Ethik in der Medizin 2010, 179 (181).
169 *Quante*, Ethik in der Medizin 2010, 179 (181).
170 Vgl. *Quante*, Ethik in der Medizin 2010, 179 (181 ff.).
171 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 34 f.
172 *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (189 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ter nicht direkt versucht zu fördern, sondern den „Umweg“ über Gesundheitsförderung gehen muss. Rechtlich gewendet sind diese Fragen notwendige Vorüberlegungen, um sowohl Zweck- als auch Erforderlichkeitserwägungen bewerten zu können.

a) Gesundheit als Mittel zum Zweck

Viele Autoren verweisen auf den existenziellen Wert von Gesundheit als grundlegende Lebensvoraussetzung.[173] Gesundheit wird hierbei jedoch vor allem als Mittel zum Zweck betrachtet, da eine gute Gesundheit Voraussetzung dafür sei, dass der Einzelne seine Lebensziele überhaupt verfolgen könne.[174] Gesundheit besitze vor allem einen „Ermöglichungscharakter“ und sei als „Primärgut“ zu betrachten.[175] Hervorzuheben ist jedoch, dass als Grundideologie dieses Verständnisses durchaus die moderne Konsum- und Leistungsgesellschaft ausgemacht werden kann, die den Wert des Menschen nicht nur im bloßen Sein sieht, sondern im Erreichen eines „gelingenden“ Lebens.[176] Gute Gesundheit wird hierbei als Basis für gesellschaftliche Integration, soziales Wohlergehen und individuelle Selbstentfaltung gesehen und vor allem funktional zur Leistungs- und Arbeitsfähigkeit des Einzelnen gesetzt.[177] So wird oft formuliert, dass sich gute Gesundheit nicht nur positiv auf das allgemeine Wohlbefinden oder die allgemeine Lebensqualität, sondern auch auf die Produktivität des Menschen auswirke.[178] Von administrativer Seite wird zudem gerne darauf

---

173 Vgl. statt vieler *Hoppe*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 46 (48); *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 47 ff.; grds. kritisch zur Überhöhung von Gesundheit und der damit verbundenen Gefahr der Ideologisierung eines „mangellosen Lebens“ *Maio*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 363 (365 f.).

174 *Hoppe*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 46 (48); *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 47.

175 *Hoppe*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 46 (48).

176 *Maio*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 363.

177 *Boeckh/Huster/Benz*, Sozialpolitik in Deutschland, 3. Aufl. 2011, S. 307; *Gostin*, in: *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, Foreword, xi; sehr kritisch *Maio*, in: *Biendarra/Weeren* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, 2009, S. 363 (364): „Da die Gesundheit als einzige Möglichkeit betrachtet wird, ein gutes Leben zu führen, erliegt sie einer gesellschaftlichen Verabsolutierung, an deren Ende ein irrationaler Gesundheitskult entsteht“.

178 So etwa *Nuffield Council on Bioethics*, Public health: ethical issues, 2007, S. xvii.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hingewiesen, dass gesündere Menschen auch weniger Kosten im Gesundheitssystem verursachen würden.[179]

Gerade hinsichtlich der Gesundheit besteht jedoch unabhängig von einer subjektiven Einschätzung die objektive, reale Möglichkeit des Verlustes dieser und damit auch die Möglichkeit des Verlustes der Ermöglichungsbedingungen anderer personaler Güter.[180] Gesundheit ist für das menschliche Leben in dieser Hinsicht schlicht und einfach unerlässlich und besitzt folglich einen hohen persönlichen und gesellschaftlichen normativen Stellenwert.[181] Es ist vor allem auch von Bedeutung, Gesundheit als *wesentlichen Bestandteil des alltäglichen Lebens* zu sehen, weniger als eigenständiges und vorrangiges Lebens*ziel*.[182] Auf die Verfassung gewendet, ist in der Gesundheit eine der grundlegenden Voraussetzungen für die Grundrechtsausübung überhaupt zu sehen. Dem Gesundheitsschutz und der Gesundheitsförderung ist damit auch ein besonderer verfassungsrechtlicher Stellenwert zuzuschreiben.[183]

b) Gesundheit als Wert an sich

Viele Argumente sprechen dafür, Gesundheit zumindest in ihrer Dimension als Ermöglichungscharakter als wichtiges Gut anzusehen. Die Frage, die sich jedoch dabei stellt, ist – wie eingangs bereits erwähnt –, ob Gesundheit auch ein eigenständiger Wert zugesprochen werden kann, der an sich förderungswürdig erscheint. Ginge es nur um die Ermöglichung von Lebenszielen, so würde unweigerlich die Frage aufkommen, ob man diese Lebensziele nicht einfacher und effektiver durch ein anderes Gut oder auf direktem Wege fördern könnte. Wirft man einen genaueren Blick auf die eben vorgebrachten Argumente, so fällt auf, dass Gesundheit doch eben unmittelbar mit dem Leben, der Existenz an sich verbunden ist und untrennbar zu dieser gehört. Gesundheit weist hier nicht nur funktionale Be-

179 *Weber*, Gesundheit und Gesellschaft 2012, 9 ff.

180 *Diehl*, in: *Kick/Taupitz* (Hrsg.), Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005, S. 113 (118 f.).

181 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 47.

182 Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 18.

183 So auch *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

züge auf, sondern schließt auch Wohlbefinden und Zufriedenheit ein.[184] Gesundheit selbst kann damit als essentieller Bestandteil eines erfüllenden Lebens und „menschlichen Gedeihens" insgesamt betrachtet werden.[185] Bei „guter" Gesundheit zu sein erfüllt damit nicht nur den Zweck andere Lebensziele zu ermöglichen, sondern trägt als wesentlicher alltäglicher Lebensbestandteil auch einen Selbstzweck in sich.[186]

Die Frage ist insoweit auch von Bedeutung, als dass es im Rahmen von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auch um eine Verringerung sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten geht. Es stellt sich nämlich die Frage, ob und in welchem Maße eine Ungleichverteilung von Gesundheitschancen in der Bevölkerung eine besondere Form der sozialen Ungerechtigkeit darstellt und deshalb andere Kriterien und Maßnahmen erfordert als allgemeine Formen und Ausprägungen sozialer Ungleichheit wie etwa im Einkommen, in der Bildung etc. Wenn man hier begründen will, dass eine gesundheitliche Ungleichheit einen besonders beseitigungsbedürftigen Zustand darstellt, so kann dies eigentlich nur möglich sein, wenn man auch der Gesundheit selbst einen besonderen Wert beimisst und in ihr eben nicht nur den Ermöglichungscharakter hervorhebt.[187]

c) Gesundheit als privates oder öffentliches Gut?

Ähnlich wie das Verständnis über den Begriffsinhalt von Gesundheit und Krankheit, unterliegt auch das Verständnis von der Verantwortung für die Gesundheit dem ständigen Wandel der Zeit. Die mitteleuropäische Ideengeschichte zur Gesundheit der Bevölkerung lässt schon früh die Einsicht erkennen, dass es bestimmte Krankheitsrisiken gibt, gegen die der Einzelne weit weniger ausrichten kann als die Gemeinschaft.[188] Spätestens jedoch in der Entwicklung des europäischen Wohlfahrtsstaatsgedankens wird der der Monarch oder der Staat allgemein auch ausdrücklich und in umfassender Weise für die Gesundheit und das Wohlergehen der Bürger in

184 *Bäcker/Naegele/Bispinck u. a.*, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, 5. Aufl. 2010, S. 91.
185 *Meier/Mori*, Columbia Human Rights Law Review 2005, 101 (120 f.).
186 *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (190).
187 So auch *Wilson*, Journal of Medical Ethics 2009, 3.
188 So lassen sich bestimmte Maßnahmen der öffentlichen Hygiene bis ins Mittelalter zurückverfolgen, s. dazu *Häfner*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 5 (7 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Pflicht genommen.[189] Dabei wird jedoch im Rahmen der demokratischen Entwicklung ebenso hervorgehoben, dass der Bürger auch einen eigenen Beitrag zu einem gesunden Leben zu leisten habe – dies freilich im Rahmen staatlicher Erziehung und „Selbsterziehung".[190] Die fortlaufende Entwicklung in der Wahrnehmung von Wohlfahrt und Gesundheit der Bürger als Fürsorgepflicht des Staates kulminierte dann bekanntlich zum Ende des 19. Jahrhunderts im Rahmen der bismarckschen Sozialgesetzgebung.[191] Diese ebnete zwar den Weg für eine umfassende staatliche Absicherung sozialer Risiken, zugleich verschob sich jedoch der Fokus im Rahmen der Gesundheitsfürsorge zunehmend auf die individuelle Krankenversorgung. Die Wahrnehmung von Gesundheit entwickelte sich vor diesem Hintergrund dann im 20. Jahrhundert zunehmend als vorrangig private Angelegenheit, in der das vertrauliche Verhältnis zwischen Arzt und Patient im Vordergrund stand. Ebenso wurde individuelles Gesundheitsverhalten als Privatsache verstanden. Traditionelle Maßnahmen der öffentlichen Gesundheitsfürsorge, wie etwa Wasserversorgung, Lebensmittelüberwachung etc., wurden immer selbstverständlicher und traten in der öffentlichen Wahrnehmung damit in den Hintergrund.[192] In den letzten Jahrzehnten ist die Frage der Verantwortung für die Gesundheit angesichts der neueren Entwicklungen in der Bevölkerungsgesundheit wieder vermehrt in den wissenschaftlichen und öffentlichen Fokus gerückt. Auch scheint ein Wertewandel stattzufinden, welcher einhergehend mit einer zunehmenden Individualisierung und Pluralisierung der Lebensstile Gesundheit immer mehr mit Lebensqualität in Verbindung bringt und den Fokus sowie die Erwartungen auch an die Medizin auf ein möglichst langes und vor allem erfülltes Leben setzt.[193] Gleichzeitig zeigen die Gesundheitswissenschaften immer deutlicher den gesellschaftlichen Zusammenhang auf, in welchem die Gesundheit des Einzelnen beeinflusst und geprägt wird. Damit einhergehend werden aber auch die Grenzen der individuellen Beeinflussbarkeit immer offensichtlicher. Die Fragen nach Ursachen und Verantwortung für Gesundheit und Wohlergehen des Einzelnen und der Bevölkerung scheinen sich damit wieder neu zu stellen.

189 Vgl. *Baier*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 30 ff.
190 *Häfner*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 5 (8).
191 *Häfner*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 5 (15 f.).
192 Vgl. zum Ganzen *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 45 ff.
193 *Baier*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 30 (34 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundsätzlich wird davon ausgegangen, dass es eine Verantwortungsteilung zwischen Individuum und Öffentlichkeit (Staat/Gesellschaft, Medizin) gibt und diese Verantwortung wohl je nach dem Grad der Beeinflussbarkeit verteilt werden sollte.[194] Einige wollen dabei etwa danach unterscheiden, dass die Medizin nur für das naturwissenschaftlich Feststellbare zuständig sei und der Einzelne selbst für alle Fragen, die darüber hinausgehen.[195] Diese Unterscheidung erscheint jedoch zu starr. Je mehr Fragen der Gesundheit das Individuum betreffen (etwa Fragen des subjektiven Wohlbefindens, individuelles Gesundheitsverhalten), desto eher ist auch bei diesem die Hauptverantwortung zu verorten. Damit verbunden wäre dann auch, dass grundsätzlich das Individuum darüber entscheidet, in welchen Fragen es eine staatliche Beeinflussung seiner Gesundheit wünscht.[196] Wird der soziale Einfluss größer, steigt jedoch die Verantwortung von Staat und Gesellschaft. Die Verbesserung oder zumindest die Aufrechterhaltung von Wohlbefinden kann nämlich als Teil des Gesellschaftsvertrages zwischen Regierungen und den Bürgern gesehen werden. Staatliche und nichtstaatliche Akteure und Gruppen zählen somit zu den Garanten des Wohlbefindens der Bevölkerung.[197]

Verantwortung kann sich jedoch in verschiedenen Dimensionen niederschlagen. Dies geht von Fragen der Definitionsmacht über Handlungsmöglichkeiten bis zu Handlungspflichten. So kann Individualverantwortung zunächst bedeuten, für sich selbst zu definieren, was Gesundheit für einen ausmacht und inwieweit man sich gesundheitsfördernd verhalten möchte. Daraus muss jedoch nicht zwangsläufig folgen, dass aus der Verantwortlichkeit eine Pflicht zu gesundheitsförderlichen Verhalten erwächst. Gleichermaßen folgt aus einer moralischen, sozialen oder politischen Verantwortung nicht notwendigerweise zugleich auch eine rechtliche. Dies gilt freilich ebenso für den Staat, dessen Verantwortung etwa bei der Steuerung sozialer Determinanten von Gesundheit liegt und dem dadurch auch das Ziel der Reduzierung gesundheitlicher Ungleichheiten als politisch legitimes Ziel zugesprochen wird. Und auch hier folgt aus Ver-

194 In diesem Sinne wohl auch *Siegrist*, in: *Weilert* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 53 (58 ff.).

195 *Fröhlich*, in: *Kingreen/Laux* (Hrsg.), Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, 2008, S. 25 (41).

196 Vgl. etwa *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 20.

197 *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. 101.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

antwortlichkeit und Handlungsmöglichkeit nicht notwendigerweise auch eine Handlungspflicht.[198]

So sieht letztlich auch der Gesetzgeber eine Verantwortungsteilung für die Gesundheit zwischen dem Staat – vertreten durch die Krankenkassen – auf der einen, und dem Bürger auf der anderen Seite. Anscheinend geht die gesetzliche Konstruktion dabei gar von einer Hauptverantwortung des Staates aus, spricht § 1 S. 2 SGB V doch hinsichtlich ihrer Gesundheit nur von einer Mitverantwortung der Versicherten. Gesundheit ist nach Auffassung einiger trotz fehlender verfassungsrechtlicher Bestimmung zu einem „faktischen" Staatsziel avanciert.[199] In der Literatur wird dieser Ansatz freilich sehr kritisch aufgenommen und die Hauptverantwortung für die eigene Gesundheit immer noch beim Individuum selbst verortet.[200] Wichtig ist jedoch hervorzuheben, dass eine genaue Bewertung darüber, welche Gesundheitsfragen primär als private und welche als öffentliche Angelegenheit gelten, nur als Ergebnis einer genaueren, hier vor allem der verfassungsrechtlichen Betrachtung, erfolgen kann. Nicht nur wäre eine klare Einteilung in private und öffentliche Gesundheitsbelange zu vereinfachend, auch würde sie wichtige normative Fragen vorwegnehmen, welche es jedoch erst zu klären gilt.[201]

d) Zwischenfazit zur Bedeutung von Gesundheit

Gesundheit lässt sich zusammenfassend als bedeutsames Ziel menschlichen Strebens verstehen.[202] In der Gesamtschau lassen sich sowohl intrinsische als auch extrinsische Elemente zur Beschreibung des Gutes Gesundheit ausmachen. Solch eine Charakterisierung lässt sich letztlich auch bei der WHO finden. Diese sieht Gesundheit erwartungsgemäß zunächst als eine wertvolle Ressource für den Einzelnen, betont aber auch deren

198 Vgl. zum Ganzen auch *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 20 ff.
199 *Baier*, in: *Seewald/Schoefer* (Hrsg.), Zum Wert unserer Gesundheit, 2008, S. 111 (113).
200 Vgl. etwa *Haverkate*, in: *Häfner* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, 1999, S. 119 ff.; allgemein dazu *Süß*, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, 2014.
201 In diesem Sinne auch *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 32; ausführlich zur Frage der individuellen Verantwortung s. Kap. 3 C IV.
202 Vgl. auch *Wilson*, Public Health Ethics 2011, 269 (275).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bedeutung für die Gesamtheit der Gesellschaft. Gute Gesundheit sei unentbehrlich für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung und lebenswichtiger Aspekt für das Individuum und die Gemeinschaft. Ein schlechter Gesundheitszustand führe daher zu einer Beeinträchtigung des Wohlbefindens sowie zu ungenutzten Potenzialen und zum Verlust wertvoller Ressourcen in allen Politikbereichen.[203]

Selbst wenn man der Gesundheit nicht die Bedeutung als intrinsisches Gut beimessen will, so erscheint es jedoch unausweichlich, ihr den Status eines zentralen instrumentellen Gutes zur Verfolgung individueller Lebensziele und gar als unabkömmliche Voraussetzung für das Leben selbst zuzuerkennen.[204] Sosehr es jedoch als offensichtlich erscheint, dass Gesundheit einen fundamentalen Wert in unserer Gesellschaft darstellt, so klar sollte es auch erscheinen, dass Gesundheit nicht absolut als höchstes Gut menschlichen Daseins verstanden werden darf und kann.[205] Nicht nur gehört Krankheit und auch Leiden untrennbar zu menschlichen Existenz[206], auch stünde eine solche gesundheitszentrierte Gesellschaft wohl ständig in der Gefahr, den „ungesunden" Menschen als nichtkonform und unerwünscht zu stigmatisieren und zu diskriminieren. In letzter Konsequenz würde sich jeglicher übersteigerter Gesundheitskult wohl als „inhumane Utopie" erweisen.[207] Auch erscheint es schwierig die Bedeutung von Gesundheit und Gesundheitsförderung abstrakt zu bestimmen, hängt die Bewertung doch immer von einem komplexen Geflecht verschiedener, oftmals widersprechender Werte ab.[208] Die Gesundheit und Gesundheitsförderung stehen neben anderen wichtigen Grundwerten der Gesellschaft wie etwa Autonomie, Eigenverantwortung oder Gerechtigkeit. Ihnen kann daher nicht per se Vorrang eingeräumt werden. Gleichwohl hat Gesundheit sowohl in der Individual- als auch Bevölkerungsperspektive ein besonderes Gewicht, welches in der verfassungsrechtlichen Betrachtung Beach-

---

203 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 11.

204 *Quante*, Ethik in der Medizin 2010, 179 (183).

205 Vgl. *Schumpelick/Vogel*, Vorwort, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 11 f. sowie *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 44 f.

206 So können durch Krankheit andere Werte überhaupt erst erkannt und wertgeschätzt werden, s. dazu *Diehl*, in: *Kick/Taupitz* (Hrsg.), Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, 2005, S. 113 (119 f.).

207 Vgl. *Schumpelick/Vogel*, Vorwort, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 12.

208 *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (185).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tung finden sollte. Der Fokus muss hierbei jedoch darauf liegen, einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen verfassungsrechtlich geschützten Interessen, insbesondere den Grundrechten, zu finden.[209]

Ebenso muss dabei auch beachtet werden, dass aus der fundamentalen Bedeutung von Gesundheit für den Einzelnen nicht zugleich auch auf die öffentliche Verantwortung und Berechtigung zur Förderung individueller Gesundheit geschlossen werden kann. Die Wahrheit liegt auch hier wohl eher in der Mitte. Gesundheit lässt sich am ehesten als eine Mischung aus individuellem und öffentlichem Gut begreifen.[210] Zunächst ist sie natürlich unmittelbar an das Individuum gebunden, stellt also ein personales Gut dar.[211] Gleichzeitig lässt sich jedoch auch der öffentliche Charakter des Gutes Gesundheit nicht verneinen, wenn es beispielsweise um Fragen des Gesundheitsschutzes vor Infektionskrankheiten, der Ungleichverteilung von Gesundheitschancen oder allgemeiner gesehen um die Gesundheit aller als Grundlage für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Gesellschaft geht.[212] Auch kann zunächst nur individuelles Verhalten von der privaten Sphäre in die öffentliche übergehen und damit andere Verantwortlichkeiten begründen.[213] Die Verantwortung für die Gesundheit lässt sich damit als gemeinsame Aufgabe von Individuen, Familien, Gemeinschaften und öffentlichen Stellen auffassen.[214] Es ist daher wichtig festzuhalten, dass es keine Ausschließlichkeit für den Verantwortungsbereich Gesundheit geben kann. Gesundheit ist immer Gemeinschaftsaufgabe von Individuum und Gesellschaft. Eine genauere Abgrenzung der Verantwortungsbereiche aufzuzeigen, ist dann Aufgabe der verfassungsrechtlichen Betrachtung in den folgenden Kapiteln.

209 Siehe zum grundsätzlichen Problem der teilweisen Inkommensurabilität ethischer Güter *Wilson*, Public Health Ethics 2009, 184 (190 f.).

210 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 48; *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 40 f.

211 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 48; dazu auch Kap. 3 C III.

212 *König*, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, 2011, S. 48.

213 *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 40.

214 *Yach*, Ethik in der Medizin 1998, 7 (9).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Der Gesundheitszustand der Bevölkerung

Im folgenden Abschnitt soll nun ein Überblick zu den für die Arbeit relevanten Herausforderungen für die Bevölkerungsgesundheit erfolgen. Den Forschungsstand über die Gesundheitsindikatoren und Gesundheitsdeterminanten in seiner Komplexität auch nur annähernd wiederzugeben, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es soll sich daher nur auf einige Gesundheitserhebungen und -berichte sowie gängige Systematisierungen konzentriert und diese in ihren Kernaussagen wiedergegeben werden.[215]

I. Gesundheitsindikatoren – Die Messbarkeit von Gesundheit(sunterschieden)

Die Frage der Messbarkeit von Gesundheit hängt zunächst wiederum von der Definition von Gesundheit ab. Wie gerade aufgezeigt, kann dabei das Ergebnis höchst unterschiedlich ausfallen. Es ist dementsprechend auch eine beliebig große Anzahl gesundheitsbezogener Faktoren vorstellbar.[216] Grundsätzliche Tendenz ist jedoch, dass der Gesundheitsbegriff objektive und subjektive Kriterien enthält und diese entsprechend dem Verständnis von Körper und Geist als Einheit nicht voneinander getrennt werden können. Gleichwohl kann man objektive Merkmale als „harte" Kriterien (wie etwa die Lebenserwartung) und subjektive Merkmale als „weiche" Kriterien (wie etwa das Wohlbefinden) mittels Studien, Datenanalysen und Erhebungen bzw. Befragungen messen. Die Objektivität der „objektiven" Kriterien bezieht sich dabei streng genommen auf die angewandte Messtechnik, nicht jedoch auf deren Auswahl oder Ausgestaltung.[217] Wichtig ist auch hervorzuheben, dass die qualitative Aussagekraft der erzielten Werte

---

215 Für einen umfassenden Überblick vgl. etwa *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001 oder *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 6. Aufl. 2015; zur Gesundheit in Deutschland vgl. etwa *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Gesundheit in Deutschland, 2015, S. 13 ff.

216 *Schwartz/Schlaud/Siegrist/Troschke*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 41 ff.

217 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 57 Fn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

grundsätzlich abhängig von einer vergleichenden Perspektive ist.[218] Das Ziel soll und kann auch gar nicht sein, abstrakt Auskunft darüber geben zu können, wer nun als gesund oder eben (noch) nicht gesund definiert werden muss, da sich Gesundheit selbst wahrscheinlich nie normieren lässt.[219] Man muss sich daher immer vor Augen halten, dass mit den naturwissenschaftlichen Ergebnissen nur solche Vorgänge und Regelmäßigkeiten beschrieben werden, die sich zwar aus exakten Beobachtungen ergeben haben, jedoch jederzeit revidierbar sind und auch immer wieder revidiert werden.[220] Dieser Ungewissheit zum Trotz kann es gleichwohl Ziel sein, lediglich abzubilden, dass bestimmte Personen oder Personengruppen in bestimmten objektiven und subjektiven Merkmalen „bessere" Werte erreichen als andere und damit auch als „gesünder" bezeichnet werden können. Letztlich geht es dabei um ein *Benchmarking*, welches mit Hilfe von aussagekräftigen Kennzahlen Vergleiche mit „den Besten der Besten" ermöglicht und im Falle von Defiziten Handlungsbedarf, aber auch Handlungspotential aufdecken soll.[221] Es geht damit vordergründig nicht allein um die Messbarkeit der Gesundheit selbst, sondern vielmehr um die Beschreibung von Unterschieden hinsichtlich solcher Merkmale, die zumindest teilweise zu dem beitragen, was man als Gesundheit verstehen könnte.[222] Als Zielgrößen von Public Health lassen sich dabei letztlich die Verlängerung der Lebenszeit an sich sowie die Verbesserung der Lebensqualität ausmachen.[223]

---

218 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 56 ff.

219 *Bergdolt*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, 2004, S. 16 (25); sehr kritisch dazu auch *Hausmann*, Public Health Ethics 2012, 229 ff.

220 *Fröhlich*, in: *Kingreen/Laux* (Hrsg.), Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, 2008, S. 25 (39).

221 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 57.

222 *Hausmann*, Public Health Ethics 2012, 229, hingegen betrachtet selbst die Frage des relativen Vergleichs von Gesundheitszuständen als problematisch.

223 *Brand/Stöckel*, in: *Brand/v. Engelhardt/Simon u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, 2002, S. 11 (13).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Objektive Indikatoren

Das am weitesten verbreitete, wenngleich teilweise als überholt geltende Indikatoren-Konzept ist durch die Biomedizin geprägt und setzt sich aus den Indikatoren Sterblichkeitsmaße (Mortalität) und Krankheitsmaße (Morbidität) zusammen.[224] Die wichtigste traditionelle Datenquelle bevölkerungsbezogener Gesundheitsmessungen ist die Todesursachenstatistik, welche durch die Statistischen Landesämter und das Statistische Bundesamt veröffentlicht werden.[225] Die Todesursachenstatistik lässt grundsätzlich den Rückschluss auf bestimmte Krankheiten zu, es muss jedoch beachtet werden, dass gerade im höheren Alter eine genaue Differenzierung der Todesursache erschwert ist. Ebenso bildet die monokausale Todesursachenstatistik nur unzureichend eine Multimorbidität sowie Vorstufen tödlicher Erkrankungen ab.[226] Gängige Mortalitätsindikatoren sind etwa die Gesamttodesrate, eine ursachenspezifische Todesrate oder etwa die Säuglingssterblichkeit jeweils unterschieden nach Alter, Geschlecht, sozioökonomischen Status und räumlichen Bezug.[227] Insgesamt ist auch zu beachten, dass rein administrativ erhobene Daten ohne einen epidemiologisch-wissenschaftlichen Ansatz nur begrenzte Validität besitzen. Wichtige weitere Datenquellen sind daher große epidemiologische Studien und Bevölkerungssurveys wie die Studien des Robert Koch-Instituts zur Gesundheit von Erwachsenen (DEGS)[228] und von Kindern und Jugendlichen (KiGGS)[229] sowie die Gesundheitsberichterstattung des Bundes[230] und der

224 Zum Ganzen *Schwartz/Schlaud/Siegrist/Troschke*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 44 ff.

225 Für den Bund vgl. etwa *Destatis*, Todesursachenstatistik, https://www.destatis.de/DE/Zahlen Fakten/GesellschaftStaat/Gesundheit/Todesursachen/Methoden/Todesursachenstatistik.html (Stand: 3.4.2017).

226 *Schwartz/Schlaud/Siegrist/Troschke*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 44 f.

227 *Schwartz/Schlaud/Siegrist/Troschke*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 45 ff.

228 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012.

229 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, 2014.

230 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes, 2014.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Europäische Gesundheitsbericht des WHO-Regionalbüros für Europa[231]. Im Rahmen dieser Studien werden verschiedenste Indikatoren erfasst wie unter anderem etwa chronische Krankheiten, gesundheitliche Einschränkungen, seelische Belastungen, Seh- und Hörbeeinträchtigungen, Bluthochdruck, Übergewicht und Adipositas, körperliche Aktivität, Ernährungsverhalten, Rauchen und Alkoholkonsum, Arbeitsbedingungen, Impfstatus sowie Krankheitstage und Krankenhausaufenthalte.[232] Diese Indikatoren gehen dabei von einer reinen Betrachtung der Lebens*dauer* hin zu einer Beachtung auch solcher Faktoren, die auch auf die jeweilige Lebens*qualität* Rückschlüsse erlauben.

2. Subjektive Indikatoren

Obwohl die Erhebung von Mortalitäts- und Morbiditätsmaßen noch stark auf der Erhebung objektiver Daten beruht, finden auch zunehmend Maße zur subjektiven Gesundheit Eingang in gesundheitsökonomische Analysen.[233] Dies basiert unter anderem zunächst auf der Erkenntnis, dass die Befragten selbst typischerweise Faktoren wie körperliche Krankheiten, physische Fitness, aber auch das emotionale Wohlergehen und soziale Aspekte mit in die Bewertung einbeziehen und damit ein sehr sensibles und umfassendes Maß für die eigene gesundheitliche Situation zur Verfügung stellen.[234] Darüber hinaus hat sich der subjektive Gesundheitszustand in mehreren Erhebungen sogar als ein aussagekräftiger Prädiktor für das Auftreten chronischer Erkrankungen und die Sterblichkeit von Erwachsenen erwiesen.[235] Die Aussagekraft der Selbsteinschätzung der eigenen Gesundheit stehe hier sogar komplexen biomedizinischen Messverfahren in

231 *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014.

232 So im Rahmen von *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes, 2014.

233 *Schwartz/Schlaud/Siegrist/Troschke*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 56 f.

234 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, 2014, S. 7.

235 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes, 2014, S. 17 m. w. N.; ebenso *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 16 ff. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nichts nach.[236] Darüber hinaus sind die subjektiven Indikatoren dazu geeignet, die Validität der objektiven Indikatoren zu überprüfen. Für die Validität eines Zielindikators ist es nämlich erforderlich, dass seiner Veränderung eine gleichgerichtete und gleichgewichtige Variation des übergeordneten Indikandums, also hier des gesundheitlichen Wohlbefindens des Betroffenen, entspricht.[237] So kann etwa die Validität objektiver Gesundheitsindikatoren in Frage gestellt werden, wenn trotz einer positiven oder negativen Veränderung eines solchen objektiven Indikators das subjektiv eingeschätzte gesundheitliche Wohlbefinden konstant bleibt oder abnimmt bzw. zunimmt oder sich eine Veränderung des gesundheitlichen Wohlbefindens nicht in den objektiven Indikatoren niederschlägt.[238]

Das Robert Koch-Institut fragt etwa im Rahmen der Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung vereinfacht nach dem „Gesundheitszustand im Allgemeinen". Dabei bewerteten im Jahr 2012 69 Prozent der Frauen und 72 Prozent der Männer ihre Gesundheit als sehr gut oder gut, wenngleich dies bei den 65-Jährigen jedoch nur noch bei 50 respektive 54 Prozent der Fall war. Hervorzuheben ist, dass sich die Werte seit 2003 nicht wesentlich verändert haben und insgesamt nur ein leichter Anstieg zu verzeichnen ist.[239] Im Rahmen der KiGGS-Studie stuften Eltern den allgemeinen Gesundheitszustand ihrer Kinder (0- bis 17-Jährige) gar zu 94 Prozent und die 11- bis 17-Jährigen selbst zu 89 Prozent als gut oder sehr gut ein.[240]

In der oben erwähnten Gesundheitsdefinition der WHO spielt der Begriff „Wohlbefinden" eine zentrale Rolle. Gleichwohl wurde für eine lange Zeit Wohlbefinden seitens der WHO weder konkreter definiert noch gemessen oder dokumentiert.[241] Einen Versuch für die Europäische Region

---

236 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 16.

237 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 73.

238 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 73 f.

239 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes, 2014, S. 37 ff.; so auch bei *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012, S. 1.

240 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, 2014, S. 7 ff.

241 So *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. xiii.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein konkretes Ziel für Wohlbefinden und geeignete Indikatoren zu quantifizieren, bietet etwa der Europäische Gesundheitsbericht 2012 des WHO-Regionalbüros für Europa.[242] Dieser geht jedoch stark in Richtung einer Objektivierung des „Wohlbefindens". So wird zwar anerkannt, dass es durchaus unterschiedliche Auffassungen über Aspekte des Wohlbefindens geben könne, es bedürfe jedoch „völliger Einigkeit oder zumindest eines statischen Verständnisses darüber, was Wohlbefinden bedeutet, um Mittel und Wege zur Verbesserung von Wohlbefinden zu entwickeln und es letztlich zu messen und zu überwachen".[243]

II. Gesundheitsdeterminanten – Einflussfaktoren von Gesundheit

Die Messung des Gesundheitszustandes mittels bestimmter Indikatoren gibt zunächst einen statistischen Überblick über Todesraten und -ursachen und erlaubt auch schon erste Rückschlüsse auf Korrelationen zwischen dem Gesundheitszustand und Faktoren wie Alter, Geschlecht und sozioökonomischen Status. Allein die Erhebung der Daten lässt jedoch noch keine fundierten Rückschlüsse darauf zu, welche Faktoren bzw. Determinanten eigentlich den Gesundheitszustand in welchem Maße beeinflussen.[244] Es bedarf daher weiterer Konzepte, die sich intensiver mit den Ursachenzusammenhängen auseinandersetzen.

Eine gängige Systematisierung der Gesundheitsdeterminanten in fünf übergeordnete Bereiche lässt sich etwa bei *Dahlgren*/*Whitehead* finden.[245] Die Darstellung soll verdeutlichen, dass die verschiedenen Determinanten in einer wechselseitigen Beziehung zueinander stehen und entweder direkt oder indirekt, also vermittelt über eine andere Ebene, wirken können. So kann beispielsweise das Alter einen direkten Einfluss auf die gesundheitliche Konstitution haben, es kann aber auch einen Einfluss auf die jeweilige

242 *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. 95 ff.

243 *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. 101.

244 Gleichwohl nehmen die neueren Studien die Erkenntnisse über die Gesundheitsdeterminanten auf und erheben auch Daten etwa über individuelles Gesundheitsverhalten und Einflüsse des Arbeitsplatzes, so z.B. die erwähnten Studien des Robert Koch-Instituts, s. oben Fn. 228 ff.

245 *Dahlgren/Whitehead*, Policies and strategies to promote social equity in health, 2007, S. 11 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

individuelle Lebensführung ausüben, welche wiederum die Gesundheit beeinflusst. Die wichtige Grundannahme der Konzepte von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist dabei die grundsätzliche Beeinflussbarkeit eben dieser Gesundheitsdeterminanten, also derjenigen Faktoren, die einen positiven oder negativen Einfluss auf den Gesundheitszustand des Einzelnen ausüben.[246] Die Komplexität der Gesundheitsdeterminanten zeigt sich nicht nur in ihrer Multifaktorialität, sondern auch in ihrer Dynamik. So ist auch der Zusammenhang zwischen zeitlicher Exposition und Gesundheitsbeeinträchtigung höchst komplex. Demnach ändert ein plötzlicher Wechsel der Exposition zu bestimmten Umweltbedingungen nicht auch notwendigerweise die Gesundheitsbeeinträchtigung und während für bestimmte Gesundheitsbeeinträchtigungen die Dauer der Exposition entscheidend ist, sind für andere Beeinträchtigungen Höchstwerte entscheidender.[247] Auffällig ist jedoch, dass insbesondere Belastungen in utero oder in der frühen Kindheit einen entscheidenden Einfluss auf die Anfälligkeit sowohl für übertragbare als auch nicht-übertragbare Krankheiten im gesamten weiteren Lebensverlauf haben können.[248]

246 *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45.

247 *Remais/Jackson*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 81 (82).

248 *Remais/Jackson*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 81 (82).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

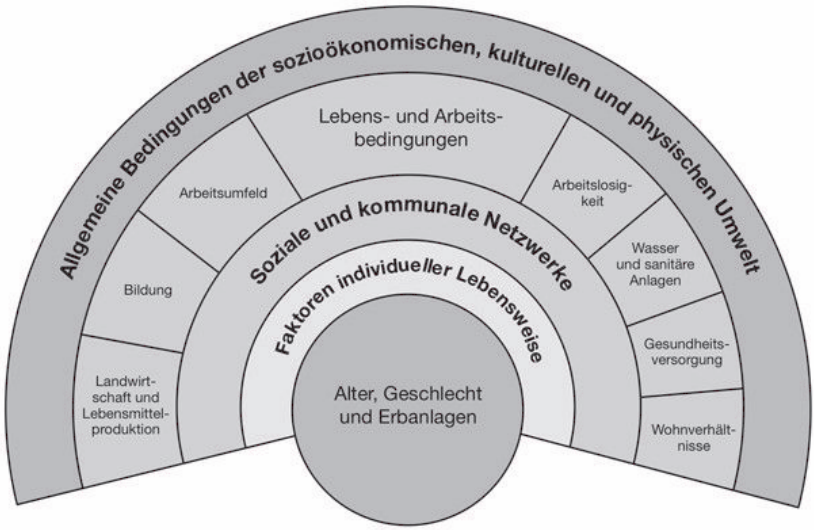

Abb. 1: Gesundheitsdeterminanten. Quelle: Richter/Hurrelmann, BZgA 2011, S. 45 unter Bezugnahme auf Dahlgreen/Whitehead.

1. Alter, Geschlecht, Genetische Disposition

Das Alter, Geschlecht und die genetische Disposition stellen einen wichtigen Grundstein für die individuelle Gesundheit dar. Zumindest das Alter und das Geschlecht sind die einzigen festgelegten und damit unbeeinflussbaren Determinanten von Gesundheit.[249] Dies galt grundsätzlich auch für die genetischen Dispositionen. Hier hat allerdings die neuere Forschung insbesondere im Rahmen des Humangenomprojekts aus den 1990er Jahren offenbart, dass es durchaus einen Zusammenhang und eine Wechselwirkung zwischen Genen und Umwelteinflüssen gibt.[250]

249 *Dahlgren/Whitehead*, Policies and strategies to promote social equity in health, 2007, 11.

250 *Özdemir/Burke/Khoury u. a.*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 140 (141 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Individuelle Lebensführung

Faktoren der individuellen Lebensführung beziehen sich vor allem auf spezifische gesundheitsfördernde oder -schädigende Verhaltensweisen wie etwa das Ernährungs- und Bewegungsverhalten und den Tabak- und Alkoholkonsum.[251] Bei den verhaltensbezogenen Determinanten wird neben den Lebens- und Arbeitsbedingungen häufig noch das weitaus größte, zumindest aber ein bedeutsames Gewicht für die Beeinflussung des Gesundheitszustandes gesehen.[252] Gleichwohl erscheint es erstaunlich, wie stark die Zahlen für den Anteil der Verhaltensfaktoren am Gesundheitszustand je nach Studie variieren. So setzen einige Studien den Einfluss teilweise bei 40 Prozent an[253], während sich andere hingegen im Bereich 30 Prozent ansiedeln[254]. Es gibt aber durchaus auch Veröffentlichungen, welche den Einfluss und die Vorhersehbarkeit verhaltensbedingter Risikofaktoren für vergleichsweise nur sehr wenig aussagekräftig halten.[255]

Eine genauere Analyse zeigt, dass hier zunächst zwischen spezifischem und komplexem gesundheitsrelevanten Verhalten unterteilt werden kann.[256] Einige spezifische gesundheitsrelevante Verhaltensweisen, wie etwa ein bestimmtes Hygieneverhalten oder der Verzehr kontaminierter Nahrung steigern unmittelbar das Krankheitsrisiko und lassen sich als direkte Ursache bestimmter Krankheitsdispositionen und Erkrankungen ausmachen. Entsprechende Verhaltensweisen lassen sich aufgrund ihres direkten Ursachenzusammenhangs grundsätzlich gut identifizieren und sind

---

251 *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45 (46).

252 *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45 (46 f.); *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218 ff.

253 Vgl. *Schroeder*, New England Journal of Medicine 2007, 1221 (1222); *McGinnis/Williams-Russo/Knickman*, Health Affairs 2002, 78 (82).

254 Vgl. *Minnesota Department of Health*, Advancing Health Equity in Minnesota, 2014, S. 18.

255 *Lantz/House/Lepkowski u. a.*, Journal of the American Medical Association 1998, 1703 ff.; *Edmonton Social Planning Council*, Creating Social and Health Equity: Adopting an Alberta Social Determinants of Health Framework, 2005, S. 6 f. u. 11.

256 *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dementsprechend auch besser zu beeinflussen.[257] Komplizierter werden die Zusammenhänge – und damit auch die entsprechenden Nachweise von Kausalitätsketten – bei den komplexeren gesundheitsrelevanten Verhaltensweisen, die in aller Regel ohne ärztliche Aufsicht oder Überwachung über einen langen Zeitraum stattfinden und in Verbindung mit multifaktoriell verursachten chronischen Krankheiten stehen. Diese komplexen Verhaltensweisen können dabei direkt einen Risikofaktor darstellen oder vermittelnd auf Risikofaktoren einwirken. So gibt es zahlreiche Studien, die plausible Nachweise für einen Zusammenhang zwischen Herz-Kreislauf-Erkrankungen und den gesundheitsrelevanten Verhaltensweisen Rauchen, Ernährung und Bewegungsmangel liefern.[258] Rauchen und Bewegungsmangel können dabei grundsätzlich direkt als Risikofaktoren für Herz-Kreislauf-Erkrankungen und etwa Krebserkrankungen wirken. So waren nach Daten des Zentrums für Krebsregisterdaten in 2008 etwa 15 Prozent aller Krebserkrankungen allein dem Tabakkonsum zuzuschreiben.[259] Mangelhafte Ernährung hingegen wirkt zunächst eher indirekt auf andere Risikofaktoren wie Bluthochdruck, hohe Blutfettwerte oder Fettleibigkeit, welche wiederum Einfluss auf Herz-Kreislauf-, Krebserkrankungen oder Diabetes haben.[260] Insgesamt gilt es als gesicherte Erkenntnis, dass individuelles Verhalten eine Auswirkung auf den Gesundheitszustand eines jeden Einzelnen hat.

Krankheit ist grundsätzlich mit der Abwesenheit gesundheitsfördernden Verhaltens verbunden.[261] So gibt es laut WHO „überzeugende Belege" dafür, dass etwa Nichtrauchen, Gewichtsmanagement, Maßnahmen zur kontrollierten Überwachung des Blutdrucks sowie regelmäßige körperliche Aktivität mit einem längeren und auch qualitativ besseren Leben zusammenhängen.[262] Aus dieser Erkenntnis allein kann aber noch nicht auf eine bestimmte Handlungsempfehlung geschlossen werden. Die Frage ist näm-

---

257 *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218 f.

258 Vgl. etwa die Nachweise bei *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218 (219 ff.).

259 *Robert Koch-Institut/Gesellschaft der epidemiologischen Krebsregister in Deutschland e.V.* (Hrsg.), Krebs in Deutschland 2011/2012, S. 21 ff.

260 *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218 (219 ff.).

261 *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 97.

262 *WHO Regional Committee for Europe*, Behaviour change strategies and health: the role of health systems, 2008, S. 1, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich, ob und wie der Einzelne überhaupt zur Befolgung eines gesünderen Lebensstils gebracht werden kann. Dies ist eng verbunden mit den Ursachenzusammenhängen. Während es zunächst offensichtlich erscheint, das gesundheitsrelevante Verhalten direkt steuern zu wollen (konkrete Ver- und Gebote, unmittelbar auf ein bestimmtes Verhalten zielende finanzielle Anreize, Informationssteuerung etc.), sind auch die Ursachen hinter den Ursachen mit zu betrachten. Frage eines sozialen Staates muss nämlich sein, wieso verschiedene Personen und Bevölkerungsgruppen ein unterschiedliches Gesundheitsverhalten verfolgen und wie weit die oft beschworene persönliche Verantwortung tatsächlich reicht.

Dementsprechend lässt sich auch durchaus verbreitete Kritik an der Bedeutung des sog. Lebensstilkonzepts finden.[263] So plausibel es erscheint, gesundheitliche Ungleichheiten auf unterschiedliche Verhaltensweisen und Lebensstile zurückführen zu wollen, so sehr steht auch die Erkenntnis im Raum, dass sich Todesursachen und Krankheitsinzidenzen je nach sozioökonomischen Status in einer solchen Deutlichkeit unterscheiden, dass diese Unterschiede nicht mehr mit den gebräuchlichen Risikofaktoren des individuellen Gesundheitsverhaltens erklärt werden können.[264] Es kann daher nicht genug drauf hingewiesen werden, dass das individuelle Gesundheitsverhalten seinerseits wiederum von verschiedenen überlagerten Einflüssen abhängt und durch diese maßgeblich determiniert wird.[265] Von besonderer Bedeutung ist doch gerade, wieso die Menschen bestimmte Verhaltensweisen verfolgen und insbesondere solche als gesund geltende unterlassen. So haben etwa räumliche Möglichkeiten des Erwerbes von Lebensmitteln, kulturelle Vorlieben für bestimmte Nahrungsmittel, finan-

---

file/0003/70185/RC58_edoc10.pdf (Stand: 3.4.2017), es wird allerdings nur auf eine einzelne Studie verwiesen; sich darauf beziehend *Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 235 (246).

263 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 13.

264 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 20; vgl. vor allem auch *Marmot/Rose/Shipley u. a.*, Journal of Epidemiology and Community Health 1978, 244; *Marmot/Smith/Stansfeld u. a.*, The Lancet 1991, 1387 ff.

265 *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218 (222 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zielle und zeitliche Ressourcen oder der Bildungsgrad und Wissensstand einen maßgeblichen Einfluss auf das individuelle Gesundheitsverhalten.[266]

Zwei bedeutende britische Studien, die *Whitehall*-Studien beginnend 1967[267] und der *British Health and Lifestyle Survey* aus dem Jahr 1990[268] ließen sogar den Schluss zu, dass der Gesundheitseffekt gleichen gesundheitsrelevanten Verhaltens (etwa des Nichtrauchens) bei den sozioökonomischen niedrigeren Schichten geringer sei als bei den höheren Schichten.[269] Dies hänge unter anderem damit zusammen, dass auch das individuelle Verhalten wieder in die familiäre und soziale Umwelt eingebettet sei und entsprechend verstärkt oder behindert werden könne.[270] Je besser also die Lebensbedingungen, desto höher sei auch der Effekt gesünderen Verhaltens – je schlechter die Lebensbedingungen, desto geringer sei auch der Einfluss gesundheitsförderlichen Verhaltens.[271] Teilweise wird hier die Gefahr gesehen, dass sich Politik und Gesetzgebung zu stark auf die Bedeutung des individuellen Gesundheitsverhaltens fokussieren und dabei die strukturellen Bedingungen dieser Verhaltensweisen vernachlässigt werden.[272] So betont auch die *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, dass das individuelle Risikoverhalten oft an den sozio-ökonomischen Status gekoppelt sei und die wichtigsten Bestimmungsfaktoren für Krankheit daher wirtschaftlicher und sozialer Natur seien. In diesen

266 *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45 (47).

267 *Marmot/Rose/Shipley u. a.*, Journal of Epidemiology and Community Health 1978, 244 ff. u. *Marmot/Smith/Stansfeld u. a.*, The Lancet 1991, 1387 ff.

268 *Blaxter*, Health and Lifestyles, 1990.

269 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 22.

270 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 22.

271 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 22.

272 Gefahr eines „Victim-blaming"; so: *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45 (47); entsprechend auch der Standpunkt in *Edmonton Social Planning Council*, Creating Social and Health Equity: Adopting an Alberta Social Determinants of Health Framework, 2005, S. 6 f. u. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bereichen müssten dementsprechend auch die „Abhilfemaßnahmen" ansetzen.[273]

Insgesamt kann festgehalten werden, dass zu den Wechselwirkungen zwischen sozioökonomischem Status, individuellem Gesundheitsverhalten und tatsächlichem Gesundheitszustand viele Befunde vorliegen, diese sich aber noch nicht wirklich in ein überzeugendes, einheitliches Gesamtbild fügen lassen.[274] Unstrittig lässt sich jedoch ein gewisser „Bias" in der Gesundheitspolitik und vor allem der Gesetzgebung erkennen, eine Verbesserung der Individual- und Bevölkerungsgesundheit vor allem durch Verhaltensbeeinflussung zu bewirken. Am Beispiel der schulischen Gesundheitsförderung führt *Bauer* dementsprechend aus: „Die hier so bezeichnete Dominanz des Verhaltensparadigmas in der schulischen Gesundheitsförderung führt dazu, dass die Berücksichtigung moderierender Einflussfaktoren der sozialen Herkunft auf die Programmeffektivität konzeptionell nahezu ausgeklammert bleibt. Der Verschiebung von den strukturbezogenen zu den person[en]- und verhaltensbezogenen Maßnahmen korrespondiert die Vernachlässigung der Faktoren gesellschaftlicher Ungleichverteilung."[275]

Die Erkenntnis der immer noch bestehenden Fokussierung auf individuelles Verhalten wird sich dabei als ein roter Faden durch diese Arbeit ziehen und einen Großteil der verfassungsrechtlichen Analyse einnehmen. So stellen sich nämlich insbesondere bei der Inanspruchnahme des Individuums zur Erreichung einer besseren Gesamtgesundheit der Bevölkerung die bereits erwähnten Fragen bezüglich des Autonomieschutzes, der Verantwortungszuweisung und der Eigenverantwortung für gesundheitsrelevantes Verhalten. Mit Blick auf das Gesundheitsverhalten gilt es insbesondere danach zu fragen, inwieweit aus tatsächlicher Kontrolle und moralischer Verantwortung auch eine rechtliche Verantwortung folgen kann und inwieweit das gesellschaftliche Gelingen oder Scheitern bei der Zurverfügungstellung einer gesundheitsförderlichen Umwelt mit zu beachten ist.[276]

---

273 *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Acatech - Detusche Akademie der Technikwissenschaften/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften*, Public Health in Deutschland, 2015, S. 13.

274 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 26.

275 *Bauer*, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 74.

276 So auch *Green/Hiatt/Hoeft*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 218.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Soziale und kommunale Netzwerke

Als ein weiterer bedeutsamer Teil der sozialen Umwelteinflüsse zählen die sozialen und kommunalen Netzwerke. Hierbei geht es um die Frage der individuellen Integration in unterschiedliche soziale Netzwerke wie beispielsweise den Freundeskreis, die Familie und die lokale Gemeinschaft. Eine gute soziale Integration kann sowohl die Erhaltung als auch die Wiederherstellung der Gesundheit fördern und das Risiko externer gesundheitsschädigender Einflüsse verringern. Diese Determinanten können dabei direkt sowie über das individuelle Gesundheitsverhalten indirekt auf den Gesundheitszustand wirken.[277] So hängt etwa die individuelle Einschätzung der eigenen Fähigkeiten zur Änderung des Gesundheitsverhaltens stark vom familiären und sozialen Umfeld ab.[278] Gerade die individuelle Einschätzung der eigenen Fähigkeiten kann jedoch selbst einen großen Einfluss auf die Fähigkeit zur Verhaltensänderung und die Wirksamkeit der Verhaltensänderung hinsichtlich der Risikoverringerung zeitigen.[279]

4. Lebens- und Arbeitsbedingungen sowie allgemeine sozioökonomische, kulturelle und physische Umweltbedingungen

Unter den Lebens- und Arbeitsbedingungen werden etwa Faktoren wie die physische und psychische Belastung am Arbeitsplatz, die Wohnsituation oder aber auch der Zustand des Gesundheitssystems allgemein gewertet. So beeinflusst die Finanzierung und Ausgestaltung des Gesundheitssystems nicht nur die Qualität der medizinischen Versorgung allgemein, sondern auch Fragen des Zugangs zur medizinischen Versorgung und die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen sowie die Häufigkeit und Regelmäßigkeit von Arztbesuchen; alles Faktoren welche ihrerseits wiederum Einfluss auf gesundheitliche Outcomes haben.[280] Andererseits kann

277 *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45 (46).

278 *Özdemir/Burke/Khoury u. a.*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 140 (144).

279 *Özdemir/Burke/Khoury u. a.*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 140 (144).

280 *Gulliford*, in: *Detels/Gulliford/Karim u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 2015, S. 234 ff.; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion*

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein Gesundheitssystem, welches hauptsächlich auf die Krankenversorgung ausgerichtet ist, zwar deutlich zur Verbesserung der Lebensqualität kranker Menschen, jedoch nur wenig zu einer gerechteren Verteilung der Gesundheitschancen beitragen.[281] So liegt – wie bereits erwähnt – der Anteil des Gesundheitssystems an der Verbesserung der gesundheitlichen Ergebnisse je nach Modellansatz und Berechnungsart jedoch nur bei etwa 10 bis 30 Prozent (bei Frauen immerhin bei 20 bis 40 Prozent).[282] Im Rahmen der Wohnsituation haben etwa Faktoren wie Luftverschmutzung, Lärmbelästigung oder Bebauungsdichte einen Einfluss auf Gesundheitswerte.[283]

Die Abgrenzung zu den allgemeinen sozioökonomischen, kulturellen und physischen Umweltbelastungen ist fließend. Im Fokus stehen hier die Makrofaktoren, die sich mit den „Ursachen der Ursachen" unterschiedlicher Gesundheitszustände und -ressourcen befassen. Sie umfassen vor allem klassische Sozialschichtsindikatoren wie Einkommen, berufliche Stellung und Bildungsniveau und stellen damit die komplexesten Gesundheitsdeterminanten dar.[284] Nicht zuletzt durch diese Komplexität und den Umstand, dass es sich letztlich um grundlegende gesellschaftliche Verhältnisse handelt, ist eine Beeinflussung dieser Faktoren durch gesundheitsspezifische Maßnahmen sehr schwierig bis unmöglich. Gleichwohl haben die Lebensbedingungen und sozioökonomischen Faktoren wohl den größten Anteil an der Beeinflussung des Gesundheitszustandes der Bevölkerung.[285] So wird dazu etwa im Sondergutachten des *Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen* ausgeführt: „Im Vergleich mit dem Einfluss spezifischer präventiv beeinflussbarer individueller Faktoren ist möglicherweise der Einfluss unspezifischer sozioökonomischer Faktoren (z.B. Einkommensentwicklung und Einkommensverte-

---

im Gesundheitswesen, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 110 ff.

281 Vgl. *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 25.

282 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 116 m. w. N.

283 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 108 f.

284 *Richter/Hurrelmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 45 (46).

285 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 104 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lung) auf die durchschnittliche Sterblichkeitsverbesserung sogar überlegen".[286]

III. Herausforderungen der Bevölkerungsgesundheit

Das Feld der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention versucht letztlich Antworten auf die Megatrends in der Gesundheitsentwicklung in den üblicherweise reichen Industrienationen zu finden. Stabile Befunde aus der Sozialepidemiologie und aus den Bereichen der Gesundheitswissenschaften lassen ein recht klares Bild über die zukünftigen Herausforderungen der Bevölkerungsgesundheit und damit der Gesundheitssysteme insgesamt erkennen.[287] So lässt sich zwar seit Jahrzehnten eine steigende Lebenserwartung und größere Gesundheit auch im Alter feststellen, diese Gesundheitsgewinne sind jedoch ungleich verteilt.[288] Auch stellt das stetige Fortschreiten von chronischen, überwiegend degenerativ verlaufenden Krankheiten das kurativ orientierte Gesundheitssystem vor große Herausforderungen.[289]

1. Die Dominanz nichtübertragbarer, chronischer Krankheiten

Grundsätzlich gibt es ein kaum zu überblickendes Spektrum an Krankheiten und gesundheitlichen Beeinträchtigungen, es lässt sich jedoch erkennen, dass einige wenige Krankheitsbilder das Krankheits- und Sterbegeschehen in einem bedeutenden Umfang bestimmen. So dominieren die chronischen Krankheiten wie Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Krebs, Atemwegserkrankungen, Diabetes, rheumatische Erkrankungen und psychische Erkrankungen.[290] Weltweit bestimmen die nichtübertragbaren, chronischen Krankheiten die Gesamtkrankheitslast zu 43 Prozent und das Ster-

286 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Sondergutachten 1996. Gesundheitswesen in Deutschland. Kostenfaktor und Zukunftsbranche., 1996, S. 109.
287 *Rosenbrock*, ZSR 2003, 342 (342 ff.).
288 *WHO-Regionalbüro für Europa* (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, 2014, S. 9 f.
289 *Rosenbrock*, ZSR 2003, 342 (342 ff.).
290 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Gesundheit in Deutschland, S. 3 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

begeschehen im Jahr 2012 zu etwa 68 Prozent.[291] Für Europa liegen die Zahlen schon deutlich höher bei 77 Prozent für die Krankheitslast und 86 Prozent der Todesfälle.[292] Eine nochmalige Steigerung lassen die Zahlen für Deutschland erkennen. So leidet etwa bereits die Hälfte aller Deutschen an einer der beschriebenen chronischen Erkrankungen.[293] Diese bestimmen dabei zu 91 Prozent das Sterbegeschehen in Deutschland.[294]

Den hier benannten chronischen Krankheiten ist vor allem gemein, dass sie bislang mit Mitteln der kurativen Medizin nicht wieder geheilt, sondern nur hinausgezögert werden konnten. Sie sind zwar multifaktoriell verursacht, gelten zu einem großen Teil jedoch als verhaltens- und umweltbedingt.[295] Daher geht man davon aus, dass sie auch durch Änderung von Verhaltensweisen und Umweltbedingungen vermeidbar sind.[296] Solche Rückschlüsse zieht man unter anderem aus den unterschiedlichen Werten der Menschen aus anderen soziökonomischen Schichten. Wenn etwa Herz- und Gefäßleiden, unabhängig vom Geschlecht – in Bevölkerungsgruppen mit niedrigerem sozioökonomischen Status erheblich häufiger vorkommen, dann liegt es nahe, Unterschiede im Lebensstil und den Lebensbedingungen als Einflussfaktoren in den Fokus zu nehmen.[297] Inwieweit das einzelne Gesundheitsverhalten jedoch als Hauptursache für Unterschiede im Gesundheitszustand ausgemacht werden kann, ist – wie bereits erwähnt – durchaus umstritten. So darf nicht vergessen werden, dass der Lebensstil selbst stark von den sozio-ökonomischen Umweltbedingungen geprägt wird. Sie stellen die entscheidenden Determinanten der Individual- und Bevölkerungsgesundheit dar.

---

291 *WHO*, NCD Surveillance Strategy, http://www.who.int/ncd_surveillance/strategy/en/ (Stand: 3.4.2017) und *WHO*, Noncommunicable diseases, http://www.euro.who.int/en/health-topics/noncommunicable-diseases (Stand: 3.4.2017).

292 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Aktionsplan zur Umsetzung der Europäischen Strategie zur Prävention und Bekämpfung nichtübertragbarer Krankheiten (2012–2016), EUR/RC61/12.

293 *Bäcker/Naegele/Bispinck u. a.*, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, 5. Aufl. 2010, S. 94.

294 *WHO*, Noncommunicable Diseases Country Profiles, 2014, S. 79.

295 *Gärtner*, Lebensstile und ihr Einfluss auf Gesundheit und Lebenserwartung, 2001, S. 1.

296 *Mueller/Heinzel-Gutenbrunner*, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, 2001, S. 7.

297 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Gerade im Zusammenhang mit den altersbedingten chronischen Krankheiten kann zudem festgestellt werden, dass die Krankheitsbelastung der Bevölkerung vor allem deswegen zunimmt, bzw. sich diese vor allem deswegen verschiebt, weil eben die Menschen immer älter, aber für sich gesehen nicht unbedingt kranker werden.[298] Es wird allerdings seit Jahrzehnten darüber diskutiert, ob und in welchem Maße mit der Verschiebung der Mortalität auch eine Verschiebung und damit Verlängerung der Morbiditätsphase einhergeht, also der Phase zwischen erstmaligem Ausbruch chronisch-irreversibler Morbidität und dem späteren Sterbezeitpunkt. Nach der Kompressionsthese wird sich die Anzahl der in Krankheit verbrachten Lebensjahre entweder absolut (Ausbruch chronischer Morbidität wird stärker hinausgezögert als der spätere Todeszeitpunkt) oder relativ (durch Zunahme der Lebenserwartung sinkt Anteil der in Krankheit verbrachten Jahre relativ) verringern.[299] Nach der Morbiditätsexpansionsthese hingegen wird zwar ein besserer Umgang mit den durch chronische Krankheiten verbundenen Komplikationen gelingen, das Voranschreiten der eigentlichen chronischen Krankheiten wird jedoch nicht signifikant aufgehalten werden können und folglich zu einer Zunahme der Morbiditätsdauer führen.[300] Als einen entscheidenden Faktor für die Entwicklung in die eine oder andere Richtung lässt sich wohl die Ausrichtung des Gesundheitssystems und der Gesundheitspolitik allgemein ausmachen. Vertreter, die von einer Kompressionsthese ausgehen, sehen die Verringerung der chronischen Morbidität vor allem durch eine gelungene Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention positiv beeinflusst.[301] Als eine entscheidende Ursache für eine Morbiditätsexpansion wird hingegen ein starker Fokus des Gesundheitssystems auf Behandlung von eingetretenen Krankheiten und weniger auf die Vermeidung und Vorbeugung von diesen gesehen.[302] Der Prävention fällt vor diesem Hintergrund daher auch die

298 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012, S. 10 f.

299 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 183 f.

300 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 183 f.

301 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 183.

302 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 183 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Aufgabe zu, die zeitliche Verlagerung von Morbidität und Behinderung im Lebenszyklus weiter zu stabilisieren und zu verstärken.[303]

Als bedeutende Risikofaktoren gelten weiterhin der Tabakkonsum sowie der Alkoholmissbrauch, Übergewicht und Adipositas sowie mangelnde Bewegung und mangelhafte Ernährung.[304] So wird etwa allein der Alkoholkonsum in Westeuropa für ca. 11 Prozent der gesamten Krankheitslast bei Männern verantwortlich gemacht.[305] Gleichwohl macht sich in den letzten 20 Jahren etwa ein Trend zu mehr sportlicher Aktivität vor allem im höheren Alter bemerkbar. Andererseits erreichen nur jede sechste Frau und nur jeder vierte Mann das von der WHO empfohlene Maß von zweieinhalb Stunden mäßig körperlicher Anstrengung pro Woche.[306]

2. Das Problem sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheiten

Das zweite große Problempanorama neben den chronischen Krankheiten stellt die sozial bedingte ungleiche Verteilung von Gesundheit bzw. von Gesundheitschancen dar. So zeigen verschiedenste Studien, dass die körperliche und psychische Gesundheit je nach sozialer Lage in vielerlei Hinsicht variiert und demzufolge in den sozialen Lebensverhältnissen eine der wichtigsten gesundheitlichen Einflussgrößen überhaupt gesehen wird.[307] In den sozialen Status fließen dabei etwa das Haushaltseinkommen, berufliche Stellung und Bildungsniveau ein, wobei insbesondere die Bildung eine besondere Bedeutung für viele gesundheitliche Aspekte zu haben

303 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 186.

304 S. den ausführlichen Überblick bei *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 236 ff.

305 Bei Frauen hingegen nur für 2 Prozent, vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 245.

306 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012, S. 21.

307 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012, S. 1 u. 24 f.; s. auch den ausführlichen Überblick bei *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 115 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

scheint.[308] Die Beziehung zwischen sozialer Ungleichheit und gesundheitlicher Ungleichheit gilt für viele als durch eine eindeutige Forschungslage gesichert.[309] Der *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen* schätzt die Forschungslage zur sozial bedingten Ungleichheit von Gesundheitschancen in Deutschland hingegen als unbefriedigend ein. Insbesondere fehle es an Surveys und Studien, die sozialräumliche bzw. gruppenbezogene Konzentrationen von Gesundheitsbelastungen im Zusammenhang mit den Möglichkeiten qualitätsgesicherter primärpräventiver Interventionen untersuchen.[310]

Die gesundheitlichen Unterschiede zeigen sich dabei auf vielerlei Ebenen. Zunächst lassen sich Unterschiede in der Mortalität feststellen. So gibt es Untersuchungen, die für Deutschland für Männer aus dem untersten Viertel der Einkommensskala eine um etwa 10 Jahre geringere Lebenserwartung feststellen als für Männer aus dem obersten Viertel.[311] Bei Frauen beträgt der Unterschied immerhin noch fünf Jahre.[312] Allein das Merkmal mit Abitur/ohne Abitur markiert geschlechtsübergreifend einen statistischen Unterschied von circa dreieinhalb Jahren Lebenserwartung.[313] Neben dem allgemeinen Gesundheitszustand lassen sich aber auch je nach sozio-ökonomischem Status Unterschiede in der spezifischen Morbidität feststellen. Insgesamt erkranken Menschen mit geringerem sozialem Status etwa öfter an Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Diabetes, Krebserkrankungen, Magen-Darm-Erkrankungen, Zahnerkrankungen, rheumatischen Erkrankungen sowie psychischen Erkrankungen und schneiden auch

308 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, 2012, S. 24.

309 S. etwa den Überblick bei *Lampert*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 575 (580 ff.).

310 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 35, 128 ff.; ähnlich *Rosenbrock*, ZSR 2003, 342 (343).

311 72 gegenüber 82 Jahren, vgl. *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 34.

312 81 gegenüber 86 Jahren, *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 34.

313 *Rosenbrock*, ZSR 2003, 342 (343).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bei der gesundheitsbezogenen Lebensqualität schlechter ab.[314] Auch haben sie weniger Möglichkeiten eingetretene Gesundheitsprobleme zu bewältigen. Die Unterschiede treten dabei bereits im frühen Kindheitsalter auf. So weisen Kinder und Jugendliche aus Familien mit niedrigem sozioökonomischem Status häufiger einen mittelmäßigen bis schlechten allgemeinen Gesundheitszustand auf.[315] Während sich hierbei zwar grundsätzlich keine großen Unterschiede bei akuten Erkrankungen feststellen lassen, werden die Unterschiede jedoch bei den langfristigen gesundheitlichen Risikofaktoren deutlich.[316] Insgesamt erscheint es also so, dass sozial schlechter gestellte Menschen nicht nur kränker sind und früher sterben, sondern darüber hinaus auch in geringerem Maße vom sozialen und wirtschaftlichen Fortschritt profitieren.[317] Diese Unterschiede lassen sich dabei zum einen auf die in den sozial schlechter gestellten Bevölkerungsgruppen häufiger auftretenden Risikofaktoren (verhaltensbedingtes Gesundheitsverhalten wie etwa Rauchen, Bewegungsmangel und Übergewicht) zurückführen. Zum anderen tragen ungünstigere Arbeitsbedingungen, Umweltbedingungen, Wohn- und Erholungsmöglichkeiten zu den Unterschieden bei, welche wiederum selbst auf das individuelle Gesundheitsverhalten wirken.[318]

---

314 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 34 u. 115 ff.

315 In der Altersgruppe der 3 bis 10-Jährigen gilt dies für 9,6 Prozent der Kinder aus der niedrigen Statusgruppe, während es in der mittleren und hohen Statusgruppe lediglich 4,5 bzw. 2,2 Prozent sind. Bei den 11 bis 17-Jährigen verhalten sich die Zahlen von 11,5 Prozent zu 7,2 bzw. 4,6 Prozent; vgl. *Lampert/Müters/Stolzenberg u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2014, 762 (766 ff.).

316 *Lampert/Müters/Stolzenberg u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2014, 762 ff.; *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, 2014, S. 14 f.

317 *Schott/Kuntz*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 159 (160).

318 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 34.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

C. Strategien und Methoden der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

I. Begriffsbestimmung

Um besser zu verstehen, wie diesen Megatrends der Entwicklung der Bevölkerungsgesundheit begegnet werden soll, bedarf es eines genaueren Blickes auf die Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention. Ähnlich wie schon beim Begriff Public Health lassen sich für die Konzepte von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention in internationaler sowie nationaler Literatur unterschiedliche Definitionen und Abgrenzungen finden.[319] Insgesamt weisen sie in ihrem Grundansatz viele Gemeinsamkeiten auf und stehen in einem starken Ergänzungsverhältnis zueinander.[320] Dies erschwert die Abgrenzung einerseits, lässt sie andererseits aber auch weniger bedeutsam erscheinen. Als hilfreich erweist es sich zunächst, von der historischen Entwicklung der Begriffe auszugehen.[321]

Der Begriff der *Krankheitsprävention* entwickelte sich im 19. Jahrhundert aus der Debatte um soziale Hygiene und Volksgesundheit und umfasste daher vor allem Ansätze, die eine Vermeidung des Auftretens und der Verbreitung von Krankheiten sowie eine Verminderung ihrer Auswirkungen zum Ziel hatten. Als Grundlage der Krankheitsprävention dienen Kenntnisse über die Entwicklungs- und Verlaufsstadien des Krankheitsgeschehens.[322] Sie kann demnach definiert werden als: „Strategie der Vermeidung oder Verringerung von Gesundheitsschädigungen durch gefährdete Exposition und Belastungen und personengebundene Risiken. Sie zielt vor allem auf Risikogruppen mit klar erwartbaren, erkennbaren oder bereits im Ansatz eingetretenen Anzeichen von Gesundheitsstörungen und Krankheiten. Ziel ist die Verhinderung des Voranschreitens einer Gesund-

319 Vgl. zu möglichen Ordnungsgesichtspunkten *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 140 ff.

320 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (664 f.).

321 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 13 ff.; vgl. auch den Überblick zur Geschichte der staatlichen Gesundheitsvorsorge bei *Wozniak*, Gesundheitsförderung im öffentlichen Schulsystem, 2009, S. 45 ff.

322 Vgl. zum Ganzen *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 13 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitsstörung oder Krankheit in ein jeweils schlimmeres Stadium und das Vermeiden von Folgestörungen psychischer und sozialer Art sowie das Reduzieren von Folgekrankheiten."[323] Auch aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht geht es bei Prävention um die Vermeidung des Risikoeintritts. Dieser ist jedoch nicht die Gesundheitsbeeinträchtigung an sich, sondern der daraus resultierende Leistungsfall.[324]

Der Begriff der *Gesundheitsförderung* hingegen entwickelte sich erst deutlich später und ist auf die gesundheitspolitischen Debatten der WHO in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts zurückzuführen. Er muss dabei im Zusammenhang mit der weiten WHO-Definition von Gesundheit gesehen werden und schließt neben bevölkerungsmedizinischen Ansätzen auch ökonomische, politische, kulturelle und soziale Impulse mit ein.[325] Während bei der Krankheitsprävention Vermeidungsstrategien im Vordergrund stehen, geht es bei der Gesundheitsförderung um eine Promotionsstrategie, bei welcher die Menschen durch die Verbesserung ihrer Lebensbedingungen in ihren gesundheitlichen Entfaltungsmöglichkeiten gestärkt werden sollen.[326] Als Interventions- und Handlungsgrundlage dienen hier Kenntnisse über die Ausgangs- und Rahmenbedingungen für das Gesundsein und Gesundbleiben.[327] Gesundheitsförderung kann damit beschrieben werden als: „Strategie der Beeinflussung gesundheitsrelevanter Lebensbedingungen und Lebensweisen aller Bevölkerungsgruppen mit dem Ziel der Stärkung von persönlicher und sozialer Gesundheitskompetenz. Gesundheitsförderung berücksichtigt sowohl medizinische als auch hygienische, psychische, psychiatrische, kulturelle, familiäre, soziale, rechtliche, edukative, ökonomische, architektonische und ökologische Aspekte."[328] Im Gegensatz zur Krankheitsprävention ist die Gesundheitsförderung nicht auf einen Risikoeintritt und dessen Vermeidung fokussiert, sondern setzt zeitlich weit vorher an. Gesundheit soll generell durch Stärkung der Ge-

323 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661.
324 *Bieback*, ZSR 2003, 403 (405).
325 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 13.
326 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 13.
327 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 14.
328 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sundheitsressourcen von Individuen und ganzer Bevölkerungsgruppen gefördert werden, um Belastungen zu vermeiden, zu überwinden und auszuhalten.[329]

II. Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention als Interventionsformen

Gemein ist beiden Begriffen, dass sie grundsätzlich Interventionskonzepte beschreiben, bei denen zumeist öffentliche Akteure versuchen durch gezieltes Eingreifen sich abzeichnende oder bereits eingetretene Verschlechterungen der Gesundheit bei bestimmten Individuen oder Bevölkerungsgruppen zu beeinflussen.[330] Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention stehen dabei in einem sich gegenseitig ergänzenden, komplementären Verhältnis zueinander. Sie können in dieser Hinsicht als zwei ineinandergreifende Scharniere desselben Mechanismus verstanden werden, der es zum Ziel hat möglichst auf breiter Linie einen Gesundheitsgewinn für den Einzelnen als auch die gesamte Bevölkerung zu erzielen. Nichtdestotrotz bieten beide Interventionsformen eine unterschiedliche Eingriffslogik, welche zu teilweise verschiedenen Ansätzen in der Strategie und Methodik führt.[331]

Interventionsziel der *Krankheitsprävention* ist die Verhinderung und Abwendung von Ausgangsbedingungen und Risiken für Krankheiten. [332] Grundannahme ist dabei, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit und zukünftige Entwicklung des Krankheitsgeschehens individuell und kollektiv im Rahmen einer Zukunftsprognose vorhergesagt werden können, sodass entsprechend dieser Prognose gezielte Interventionen zur Abwendung des Eintritts des Ereignisses Krankheit und seiner Folgen abgeleitet werden können. Der Erfolg einer präventiven Maßnahme ließe sich daher daran messen, in welchem Ausmaß der erwartbare Krankheitsausbruch und

329 *Bieback*, ZSR 2003, 403 (410).
330 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 14.
331 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (663).
332 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (663).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Krankheitsverlauf gemindert oder gar ganz verhindert werden konnten.[333] Zentral für die Konzeption von Präventionsstrategien ist die Identifizierung von Ausgangsbedingungen und Risikofaktoren, die einen nachweislichen Einfluss auf die Entstehung und den Verlauf von Krankheiten haben (sog. pathogene Dynamiken und Faktoren).[334] Ziel der Präventionsmaßnahmen ist es, zu einem Zeitpunkt, an dem die Risikofaktoren deutlich identifiziert werden können, positiv in die Dynamik der Krankheitsentwicklung einzugreifen und damit einen Gesundheitsgewinn zu erzielen, welcher im Abbau einer zu erwartenden individuellen oder kollektiven Krankheitslast besteht.[335]

Interventionsziel der *Gesundheitsförderung* ist die Verbesserung von individuellen Fähigkeiten der Lebensbewältigung und ökonomischen, kulturellen, sozialen, bildungsmäßigen und hygienischen Bedingungen der Lebensgestaltung von Bevölkerungsgruppen.[336] Anders als bei der Krankheitsprävention steht dabei nicht die Eliminierung oder Verringerung von Risikofaktoren im Vordergrund, sondern der Aufbau und die Stärkung von gesundheitsförderlichen Schutzfaktoren und Ressourcen. Erreicht werden soll ein frühestmöglicher Eingriff in den zu erwartenden Verlauf der Entwicklung des Gesundheitszustandes eines Einzelnen oder einer Bevölkerungsgruppe, um dadurch ein höheres Niveau der Gesundheitsqualität zu erreichen als ohne die Intervention zu erwarten gewesen wäre.[337] Gesundheitsförderung baut ebenso wie Krankheitsprävention auf Vorhersagewahrscheinlichkeiten bzw. Zukunftsprognosen über die Verlaufsdynamik menschlicher Befindlichkeiten auf. Im Erkenntnisinteresse sind hier allerdings die Bedingungen und Faktoren zur Entstehung und Aufrechterhaltung von Gesundheitsstadien (sog. salutogene Dynamiken und Faktoren).[338]

---

333 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 14.

334 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (663).

335 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 15.

336 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (663).

337 *Hurrelmann/Klotz/Haisch*, in: *Hurrelmann/Klotz/Haisch* (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl. 2014, S. 16.

338 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (663).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Solche die Gesundheit positiv beeinflussenden Ressourcen lassen sich in personale, soziale und materielle Ressourcen unterteilen.[339] Zu den personalen Faktoren wird dabei vor allem die generelle Bildung und Lebenskompetenz gezählt, zudem auch emotionale Faktoren wie emotionale Stabilität, Überzeugungen und Erwartungen, aber auch die Fähigkeit, negative Emotionen und Stress zu bewältigen.[340] Gesundheitsförderung umfasst hier etwa Maßnahmen zur Stärkung physischer und psychischer Bewältigungsmöglichkeiten von Gesundheitsbelastungen, um damit individuelle Handlungsspielräume zur Überwindung gesundheitlich belastenden Verhaltens zu vergrößern oder um Handlungskompetenzen für die Veränderung gesundheitsbelastender Strukturen zu entwickeln und freizusetzen.[341] Soziale Ressourcen ergeben sich aus der Struktur und Qualität sozialer Beziehungen und Netzwerke; erfasst werden etwa Faktoren wie die psychosoziale Unterstützung in einer Partnerschaft oder der Familie, im Berufsleben oder im Rahmen anderer sozialer Netzwerke und etwa Aspekte gesellschaftsweiter sozialer Kohäsion.[342] Zu den materiellen Ressourcen zählen etwa Erwerbseinkommen, Vermögen und finanzielle Planungssicherheit. Durch sie werden vor allem die individuellen Optionen einer gesundheitsförderlichen Lebensgestaltung vermehrt.[343] Es handelt sich hierbei jedoch um Makrofaktoren, welche eher durch gesamtgesellschaftliche Maßnahmen als durch gezielte Maßnahmen der Gesundheitsförderung beeinflusst werden können. Gesundheitsförderung konzentriert sich daher stärker auf die Förderung der personalen und sozialen Ressourcen und Kompetenzen.

Insgesamt verfolgen beide Konzepte damit ein einheitliches Ziel – einen individuellen und kollektiven Gesundheitsgewinn. Der Gesundheitsgewinn, welcher durch eine Krankheitsprävention gewonnen werden kann, äußert sich in einem Abbau der individuellen und kollektiven Krankheits-

339 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 192 ff.

340 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 193.

341 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 135.

342 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 193.

343 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 193.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

last. Der Gesundheitsgewinn der Gesundheitsförderung liegt hingegen in der Herstellung oder Wiederherstellung einer höheren als der ursprünglich erwartbaren Gesundheitsqualität.[344] Moderne Konzepte der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention basieren idealerweise auf einem integrativen Ansatz und kombinieren Ansätze zur Senkung von Belastungen mit solchen Ansätzen, welche das Bewältigungspotential des Einzelnen und ganzer Bevölkerungsgruppen stärken. Die Schlüsselvariable für den Erfolg von präventiven Strategien, die solch einen integrativen Ansatz verfolgen, ist in der Regel die Mobilisierung und Aktivierung und damit der Einbezug der Zielgruppen (sog. *enabling* und *empowerment*).[345]

III. Interventionsschritte von primordialer bis zu tertiärer Intervention

Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung lassen sich grundsätzlich in Stadien von aufeinander aufbauenden Interventionsschritten einteilen.[346] Üblicherweise wird in drei bis vier Arten oder Phasen der Prävention nach ihrem zeitlichen Ansatz im Krankheitsverlauf und der Spezifität der Mittelwahl unterschieden.[347] Die Grundidee der Interventionsstadien lässt sich dabei prinzipiell auch auf die Gesundheitsförderung übertragen.[348]

Das früheste Stadium wird als *primordiale Intervention* bezeichnet. Manche Autoren ordnen diese Intervention nur als Teilbereich der Primärintervention[349] ein, andere hingegen verstehen sie als ein der Primärintervention vorgelagertes Interventionsstadium[350]. Grundsätzlich sind hierunter Maßnahmen zu verstehen, die sich nicht gezielt an eine bestimmte, risi-

344 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (664).

345 *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 135.

346 Vgl. etwa den Überblick bei *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (665 ff.).

347 *Bieback*, ZSR 2003, 403 (406).

348 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (665).

349 *Walter/Robra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 197.

350 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (668).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kotragende Bevölkerungsgruppe, sondern vielmehr universell und unspezifisch an die Allgemeinheit richten. Ziel ist es, die gesundheitsrelevanten Lebensbedingungen günstig zu beeinflussen. Oftmals wird die primordiale Intervention mit der Gesundheitsförderung gleichgesetzt. Umfasst sind hiervon etwa Maßnahmen zur allgemeinen Verbesserung der Wohn- und Arbeitsbedingungen. Als Maßnahmen der primordialen Krankheitsprävention können solche verstanden werden, welche universell und unspezifisch für jeden einzelnen Menschen generell nützlich und einfach durchführbar sind. Als Beispiele können hier unter anderem die Gurtpflicht für Autofahrer oder etwa die Fluoridierung des Trinkwassers sowie eine allgemeine Impfpflicht genannt werden.[351]

Primäre Interventionen zielen auf das Zurückdrängen definierbarer Risikofaktoren vor Eintritt einer biologischen oder psychischen Schädigung.[352] Die *Primärprävention* richtet sich dabei auf die Vermeidung exogener Schädigungen und auf die Verhinderung oder Verringerung eines personengebundenen Risikos für spezifische Erkrankungen oder Erkrankung überhaupt.[353] Umfasst werden alle spezifischen Aktivitäten vor Eintritt einer fassbaren biologischen oder mentalen Schädigung zur Vermeidung auslösender oder bereits vorhandener Teilursachen. Die Primärprävention richtet sich hauptsächlich an bestimmte Bevölkerungsgruppen, die ein erhöhtes Risiko für Gesundheitsstörungen und Erkrankungen aufweisen.[354] Ähnlich kann in diesem Zusammenhang von auf bestimmte gefährdete Personengruppen gerichteter, gezielter Gesundheitsförderung gesprochen werden. Als Beispiele können Tabakvermeidungsstrategien für Kinder und Jugendliche, Rauchverbote an Schulen, Beratung von Neurodermitis bei Eltern mit einem familiären Risiko, Grippeschutzimpfungen bei Kindern und älteren Menschen und Maßnahmen zur Absenkung eines er-

351 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (665 ff.).

352 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (666).

353 *Walter/Robra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 196 f.; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 135 f.

354 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (668).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

höhten Blutdrucks zur Vermeidung von Herzkrankheiten sowie Angebote im Rahmen von § 20 SGB V genannt werden.[355]

Sekundäre Interventionen lassen sich in erster Linie im Rahmen der Krankheitsprävention finden. Die dann unter dem Begriff der *Sekundärprävention* erfassten Maßnahmen zielen auf die Entdeckung klinisch symptomloser Krankheitsfrühstadien und ihre erfolgreiche Behandlung. Es handelt sich damit um eine spezifische und gezielte Intervention, die sich auf Personen mit bereits eingetretener (aber noch unerkannter) Erkrankung richtet. Zu den typischen Maßnahmen zählen etwa Vorsorgeuntersuchungen und Früherkennungsmaßnahmen. Ebenso werden auch Maßnahmen zur Verhinderung des Wiedereintritts eines Krankheitsereignisses nach bereits behandelter Ersterkrankung erfasst, wie etwa die Vermeidung eines Reinfarktes nach bereits erfolgtem Herzinfarkt.[356]

Tertiäre Interventionen, welche wohl fast ausschließlich in Gestalt der *Tertiärprävention* auftreten, werden oft auch mit Pflege und Rehabilitation gleichgesetzt. Sie umfassen im engeren Sinne zunächst nur spezielle Interventionen zur Verhinderung bleibender, insbesondere sozialer „Funktionseinbußen". Im weiteren Sinne können jedoch auch Maßnahmen zur „wirksamen Behandlung einer symptomatisch gewordenen Erkrankung mit dem Ziel, ihre Verschlimmerung und bleibende Behinderungen sowie Teilhabeverluste zu verhüten", erfasst werden.[357] Tertiärprävention zielt somit darauf, die körperliche, psychische und auch soziale Leistungsfähigkeit nach einer erfolgten Krankenbehandlung wiederherzustellen und das Neueintreten von Beeinträchtigungen und Behinderungen zu reduzieren.[358]

IV. Zielgruppenspezifische Intervention und das „Präventionsparadox"

Wie soeben beschrieben, können sich Interventionsmaßnahmen zunächst in universeller Weise an die Gesamtbevölkerung richten und eine flächen-

355 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (666 ff.).

356 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (668 f.) und *Walter/Robra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 197.

357 *Walter/Robra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 197 ff.

358 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (669).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deckende Interventionsstrategie verfolgen. Dies gilt vor allem für die primordialen und zum Teil auch primären Interventionsmaßnahmen. Der große Nachteil solcher Strategien ist jedoch, dass zunächst ein großer Teil der Bevölkerung eine entsprechende Folgebereitschaft (*Compliance*) mit den Maßnahmen zeigen muss und sie zudem einen Interessenkonflikt zwischen dem kollektiven Interesse an bevölkerungsweiten Veränderungen einerseits und der Entscheidungsfreiheit des Individuums andererseits heraufbeschwören.[359] Als deutlich vielversprechender gelten daher *zielgruppenspezifische Interventionsstrategien*, welche auf bestimmte Personengruppen gerichtet sind, bei denen ein spezifischer Bedarf und idealerweise auch eine besondere Motivation vermutet werden.[360] Zur Definition der Zielgruppe werden zumeist soziodemographische Kriterien wie Alter und Geschlecht, regionale Kriterien (Stadt- oder Landbevölkerung, Bevölkerung aus benachteiligten Regionen) oder Lebensstilkriterien (Rauchen, Übergewicht, Bluthochdruck) herangezogen.[361] Auch kann man nach Bevölkerungsgruppen in risikoerhöhten Lebensphasen (Schwangere, Personen nach Verlust des Partners, pflegende Angehörige) oder in vulnerablen und sozial benachteiligten Lebensumständen (Arbeitslose, Obdachlose, Migranten) unterscheiden.[362]

Als ein großes Defizit oder besser als eine große Herausforderung zielgruppenspezifischer Interventionsstrategien gilt jedoch der Umstand, dass oft gerade diejenigen Zielgruppen, die von der Wissenschaft als besonders präventionsbedürftig eingestuft werden, am schwersten mit Präventions- und Fördermaßnahmen zu erreichen sind.[363] Es wird daher oft als „Präventionsdilemma“[364] oder „Präventionsparadox“[365] bezeichnet, dass gerade besonders sozial benachteiligte Gruppen, die oft auch eine starke ge-

359 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (670).
360 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (670).
361 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (671).
362 *Walter/Rubra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 208.
363 *Schnabel*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 183 (195 ff.).
364 *Bauer*, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 73 ff.
365 *Walter/Rubra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 208.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sundheitliche Belastung aufweisen, bisher nur schwer erreicht wurden und werden. Vielmehr profitieren von der heutigen Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention überwiegend die ökonomisch, bildungsmäßig und gesundheitlich bessergestellten Bevölkerungsschichten.[366] So ergeben Datenerhebungen aus dem Jahr 2009, dass Männer und Frauen mit niedrigem sozio-ökonomischen Status etwa deutlich seltener an verhaltenspräventiven Angeboten der Krankenkassen teilnahmen als solche mit mittlerem und hohen sozio-ökonomischen Status.[367] Für diesen Umstand gibt es verschiedene Faktoren. So sprechen Menschen aus sozial benachteiligten Milieus aufgrund mangelnden Wissens, mangelnder Einsicht und Erkenntnis und höherer sozialer Bürden schwerer oder seltener auf freiwillige Präventions- und Vorsorgeleistungen an.[368] Oft spielen auch eine etwaige Stigmatisierung der Zielgruppe und daraufhin entstehende Trutz- und Abwehrhaltungen eine Rolle.[369] Es stellt eine der großen gesetzgeberischen Herausforderungen im Rahmen von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention dar, dass es nur eine feine Grenze zwischen positiv wirksamen und sich förderlich auf die Verringerung gesundheitlicher Ungleichheiten auswirkenden Maßnahmen und solchen Maßnahmen zu geben scheint, die die Gefahr der Stigmatisierung, Diskriminierung und Verfestigung und möglicherweise noch Steigerung gesundheitlicher Ungleichheiten in sich tragen. Gerade bei Maßnahmen zur Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention gilt es daher zu beachten, ob die verfolgten Ziele nicht ins Gegenteil verkehrt werden.

Eine ähnliche Herausforderung der bevölkerungs- und risikogruppenspezifischen Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention stellt der Ausgleich vom kollektiven Interesse an bevölkerungsweiten Veränderungen einerseits und vom Individualinteresse der Entscheidungsfreiheit andererseits dar. So ist eine weitere Ausprägung des „Präventionsparadoxes“, dass grundsätzlich eine große Anzahl von Personen eine präventive Maßnahme durchführen muss, obwohl nur wenige einen direkten Nutzen

366 *Schnabel*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 183 (195).

367 *Robert Koch-Institut* (Hrsg.), Gesundheit in Deutschland, 2015, S. 272, wenngleich (in 2013) insgesamt nur 2,1 Prozent der Versicherten an individuellen verhaltenspräventiven Angeboten teilnahmen.

368 Vgl. *Bauer*, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 73 ff.

369 Vgl. *Bauer*, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 185.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

in Form verlängerter Lebenszeit haben.[370] Ein statistisch signifikanter Nutzen stellt sich regelmäßig erst bei Betrachtung der Gesamtbevölkerung ein, da eine Risikoverringerung bei einer großen Anzahl von Menschen mit individuell nur geringem Risiko einen deutlich größeren Effekt erreichen kann als eine Risikoabsenkung bei einem nur kleinen, aber individuell mit hohem Risiko belasteten Personenkreis.[371]

V. Verhaltens- und Verhältnisprävention

Interventionsstrategien werden zudem üblicherweise in die beiden Kategorien der „Verhaltensprävention" und der „Verhältnisprävention" unterschieden. Während unter dem Begriff *Verhaltensprävention* Maßnahmen zu verstehen sind, die direkten Einfluss auf das individuelle Gesundheitsverhalten und damit auf den individuellen Gesundheitszustand nehmen sollen, fallen unter die Kategorie *Verhältnisprävention* solche Maßnahmen, welche eine Veränderung des Gesundheitszustandes und -verhaltens indirekt oder mittelbar durch eine Veränderung der Lebensbedingungen und der Umwelt der Zielperson erreichen wollen.[372]

Maßnahmen der *reinen Verhaltensprävention* haben in aller Regel keinen Kontextbezug und umfassen häufig kontextunabhängige Informations- und Edukationsmaßnahmen, welche auf die Veränderung individueller Verhaltens- und Konsummuster zielen. Dazu zählen etwa Medienkampagnen (wie bspw. Kampagnen der *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*) oder Beratungs-, Informations- und Trainingsangebote der Krankenkassen (§ 20 SGB V), aber auch Maßnahmen in Schulen und Betrieben ohne klaren Kontextbezug wie etwa Aufklärungsfilme zur Verbesserung der Ernährung (Gesundheitsförderung im Setting).[373] Methodisch stützt sich damit die Verhaltensprävention vorrangig auf edukative Verfahren der pädagogischen und psychologischen Interventionstradition. Diese

370 Vgl. *Eberbach*, MedR 2010, 756 (764).

371 *Walter/Rubra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 210.

372 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (672); zur Systematisierung vgl. etwa *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 189 f.

373 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 189.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfahren stützen sich auf die Einsicht und Veränderungsmotivation von Individuen, indem sie auf Erziehung und Bildung, Information und Aufklärung, Beratung, Verhaltenstraining sowie Kompetenzförderung setzen. Im Hintergrund steht dazu die Annahme, dass das Gesundheitsverhalten des Einzelnen durch das ihm zur Verfügung stehende Wissen über Körper und Psyche sowie Möglichkeiten der Krankheitsverhinderung beeinflusst. Um das Ziel der Verhaltensänderung zu erreichen, müssen demnach die Überzeugungen, Einstellungen und subjektiven Normen sowie die motivationale Bereitschaft des Einzelnen zur Verhaltensänderung beeinflusst und geändert werden. Oftmals lassen sich aber auch klassische regulatorische Maßnahmen (Anschnallpflicht, Promillegrenzen im Straßenverkehr, Nichtraucherschutzgesetze) sowie positive oder negative Anreize ökonomischer Natur (etwa Tabaksteuer oder Bonusprogramme) finden.[374] Wie schon bei den zugrunde liegenden Lebensstilkonzepten sind auch verhaltenspräventive Maßnahmen grundlegender Kritik unterworfen. So wird bemängelt, dass verhaltensbezogene Ansätze in der Primärprävention die maßgebliche Beeinflussung des individuellen Kompetenzaufbaus durch strukturelle Faktoren sozialer Ungleichheit bis heute nicht ausreichend berücksichtigt hätten. Damit sei vor allem vernachlässigt worden, dass Kompetenzmuster in der Lebenswelt der Heranwachsenden ihre primäre Verankerung haben. Sie würden die unterschiedliche Verteilung von herkunftsspezifischen Dispositionen in einer aggregierten Form abbilden und seien dadurch aber auch stärker als bisher angenommen durch ihre Veränderungsträgheit gekennzeichnet.[375]

Maßnahmen der *reinen Verhältnisprävention* hingegen versuchen die Rahmenbedingungen für die Umwelteinflüsse im weiteren Sinne zu beeinflussen, ohne dabei auf die Notwendigkeit individueller Entscheidungen über Verhaltens- und Konsummuster aufzubauen bzw. zurückgreifen zu müssen. Dies ist etwa der Fall bei Regelungen zur Produktsicherheit oder im Verbraucherschutzrecht sowie bei technischen Regelungen im Bau- und Verkehrswesen oder im Umweltschutz- und Immissionsschutzrecht.[376]

---

374 *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (672 ff.); s. im Detail dazu unten Kap. 2 A.

375 *Bauer*, Das Präventionsdilemma, 2005, S. 173 f.

376 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 190; *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (672); *Rosenbrock*, ZSR 2003, 342 (345).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine scharfe Abgrenzung der Verhaltens- und Verhältnisprävention scheint jedoch nicht nur begrifflich irreführend. Auch treten in der Praxis häufig *kombinierte Ansätze* auf. Diese umfassen beispielsweise Interventionsmaßnahmen für genau bestimmte Zielgruppen, bei denen zunächst Erkenntnisse über die Rahmenbedingungen gesundheitsbezogener Lebensstile integriert und dann entweder Settings als Zugangsweg für definierte Zielgruppen ausgenutzt werden (Gesundheitsförderung im Setting) oder auf die Gestaltung von verhaltens- und lebensstilprägenden Settings (gesundheitsfördernde Settings) hingewirkt wird.[377] Instrumente sind hier etwa Maßnahmen des Sozialen Marketings (Anwendung kommerzieller Marketinginstrumente zu nicht-kommerziellen Zwecken) oder Mehr-Ebenen-Kampagnen, welche jedoch in Deutschland bisher nur sehr selten etwa im Rahmen der Kampagne zum Anlegen des Sicherheitsgurts in den 1960er Jahren, der „Trimm Dich"-Kampagne in den 1970er Jahren und der AIDS-Kampagne seit den 1980er Jahren zu Anwendung kamen.[378] Als wichtige Settings haben sich unter anderem herausgebildet: die Arbeitswelt (Maßnahmen des Arbeitsschutzes und der betrieblichen Gesundheitsförderung), die Schulen oder das Setting Stadt/Gemeinde (allgemeine Städteplanung, Stadtteilentwicklung, Angebote des öffentlichen Gesundheitsdienstes, Netzwerk „gesunder Städte").[379] Mit Blick auf Ernährungs- und Bewegungsgewohnheiten kann etwa die Einführung von gesundem Schulfrühstück und einer Salatbar in Schulkantinen oder aber auch die Gestaltung des Wohnumfeldes insgesamt einen bedeutsamen Einfluss auf den gesundheitsbezogenen Lebensstil haben. Hier kommen dann Maßnahmen in Betracht, welche einen erleichterten Zugang zu gesunden Ernährungsalternativen und Bewegungsangeboten herstellen können. Im Rahmen des Städtebaus spielen hier unter anderem die Anordnung und Verteilung von Supermärkten, Imbissen, Grünflächen, Radwegen in Nähe von Wohngegenden oder Schulen und Kindergärten eine Rolle.[380]

---

377 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 189 f.

378 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 232 ff.

379 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 255 ff.

380 *Reisch/Gwozdz*, in: *Ploeger/Hirschfelder/Schönberger* (Hrsg.), Die Zukunft auf dem Tisch, 2011, S. 323 (329 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VI. Potenziale von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

Es lassen sich unzählige Studien und andere Veröffentlichungen finden, in denen das Potenzial von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention zur Bekämpfung von Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Krebs, chronischen Atemwegserkrankungen und Diabetes, aber auch von psychischen Leiden nicht nur aus der theoretischen Überlegung, sondern mittels empirischer Nachweise aufgezeigt werden soll.[381] So wird postuliert, dass bereits allein durch „angemessene" körperliche Bewegung zwei der Hauptverursacher von Krankheits- und Pflegekosten in Deutschland, namentlich Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Erkrankungen des Bewegungsapparates, deutlich reduziert werden könnten.[382] Ebenso ließe sich mittels gesünderer Ernährung der Risikofaktor Bluthochdruck und damit das Herzinfarkt- und Schlaganfallrisiko um etwa ein Viertel absenken.[383] Laut einer Studie des *World Cancer Research Fund/American Institute for Cancer Research* aus dem Jahr 2007 wären etwa ein Drittel aller Krebsfälle durch angemessenes Körpergewicht, ausreichende körperliche Aktivität, gesunde Ernährung, Reduzierung von Alkoholkonsum und andere Maßnahmen vermeidbar.[384] Auch nach Schätzungen der WHO ließen sich weltweit mehr als 30 Prozent aller Krebsfälle durch Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention verhindern.[385]

Während viele gesundheitswissenschaftlichen Publikationen die Studienergebnisse positiv aufnehmen und oftmals anscheinend unreflektiert als Beleg für den positiven Erfolg von Präventionsmaßnahmen auffassen, gibt es auch mahnende Stimmen, die auf die sehr unterschiedlichen Studienlagen zu verschiedenen Präventionsmaßnahmen und Risikofaktoren hinwei-

---

381 Einen ausführlichen Literaturüberblick bieten etwa *Wild*, Nutzen der Prävention im Gesundheitswesen - ein Literaturüberblick, 2007; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, 2002, S. 179 ff. und auch *Walter/Rubra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 202 ff.

382 *Walter/Rubra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 202 ff.

383 *Walter/Rubra/Schwartz*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 202 ff.

384 *World Cancer Research Fund/American Institute for Cancer Research*, Food, Nutrition, Physical Activity, and the Prevention of Cancer: a Global Perspective, 2007.

385 *Robert Koch-Institut/Gesellschaft der epidemiologischen Krebsregister in Deutschland e.V.* (Hrsg.), Krebs in Deutschland 2011/2012, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen. So wird etwa kritisiert, dass die Kausalität zwischen möglichen Einflussfaktoren und den Krankheiten oft nicht zweifelsfrei geklärt sei und gerade auch zu den Möglichkeiten der Primärprävention oft nur wenige, qualitativ hochwertige Studien vorliegen würden.[386] Auch der *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen* sieht im Hinblick auf Nachweise zur Effektivität von primärpräventiven Interventionen noch Forschungsbedarf.[387]

Ähnlich ungewiss ist auch das immer wieder hervorgebrachte Einsparpotenzial langfristiger Prävention von theoretisch bis zu 25 bis 30 Prozent der heutigen Gesundheitsausgaben in Deutschland.[388] Solche Schätzungen erweisen sich bei genauerer Betrachtung als ungenau. So werden weder die Kosten der Prävention selbst, noch die Folgekosten einer durch die Prävention erreichbaren, längeren Lebenserwartung berücksichtigt. Ein Hinausschieben der Morbidität in spätere Lebensphasen führe nur dann zu Einsparungen, wenn die hinzugewonnenen Lebensjahre „gesunde" Lebensjahre darstellten. Dies kann jedoch nicht ohne weiteres unterstellt werden.[389] Bei Berücksichtigung dieser direkten und indirekten Präventionskosten ergibt sich grundsätzlich, dass das tatsächliche Einsparpotenzial weit hinter dem theoretischen zurückbleiben dürfte und im Gesamtsaldo nicht einmal positiv sein muss.[390] Diese Erkenntnis spricht natürlich keinesfalls gegen Präventionsanstrengungen schlechthin. Sie macht aber deutlich, dass Kostenargumenten mit Vorsicht begegnet werden sollte.

D. Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auf der rechtspolitischen Agenda

Nach der Aufbereitung der gesundheitswissenschaftlichen Grundlagen, soll nun beschrieben werden, wie politische Institutionen diese Erkenntnisse aufnehmen und ihren Auftrag im Bereich Public Health interpretieren und mit welchen Mitteln und Maßnahmen sie versuchen, die theoreti-

386 *Wild*, Nutzen der Prävention im Gesundheitswesen - ein Literaturüberblick, 2007, S. 70.
387 *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 37.
388 *Rothgang/Dräther*, ZSR 2003, 531 (537).
389 *Rothgang/Dräther*, ZSR 2003, 531 (537).
390 Zum Ganzen *Rothgang/Dräther*, ZSR 2003, 531 (537).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schen Konzepte in die politische Realität und Gesetzgebung umzusetzen. Genauso wenig wie es ein einheitliches Verständnis von Public Health gibt, genauso wenig lässt sich ein einheitliches Bild von politischen Maßnahmen im Bereich Public Health, Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention nachzeichnen. Im Folgenden können und sollen daher auch nicht bis ins kleinste Detail die unzähligen Programme internationaler und nationaler Institutionen aufgezeigt werden. Ziel ist es vielmehr, Trends und Leitlinien der Hauptakteure internationaler und nationaler Gesundheitspolitik festzustellen und aufzuzeigen, aus welchem Verständnis heraus und in welcher Art und Weise auf internationaler und nationaler Ebene Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention als politisches Thema verarbeitet wird. Dieses Vorgehen dient dabei nicht nur der besseren Veranschaulichung, sondern hat auch einen Wert für die verfassungsrechtliche Betrachtung selbst. So haben politische Vorstellungen zumindest als Bestandteil eines mehr oder weniger bewussten Vorverständnisses Einfluss bei der Gestaltung und später auch bei der Auslegung von Verfassungsinhalten und einfachgesetzlicher Rechtsnormen.[391] Gerade im Rahmen des verfassungsrechtlichen Schweigens hinsichtlich Gesundheitsförderung und Prävention ist ein Blick auf die politische Agenda daher unverzichtbar.

I. Internationale Ebene

1. Leitlinien der Gesundheitsförderpolitik der WHO

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist als Sonderorganisation der Vereinten Nationen Koordinierungs- und Führungsorgan für Fragen des internationalen Gesundheitswesens und damit klarer Hauptakteur internationaler Gesundheitspolitik. Die Statuten oder auch Satzung der WHO traten am 07. April 1948 in Kraft.[392] Die WHO sieht ihre Funktion selbst darin, Fragen der internationalen Gesundheitsforschung mit zu gestalten, ethisch fundierte und evidenzbasierte Politikoptionen zu artikulieren sowie

391 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 31.

392 Constitution of the World Health Organization, http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Stand: 3.4.2017); s. auch Gesetz über die Bekanntmachung der Satzung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Januar 1974, BGBl. 1974 II, S. 43 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Normen und Standards zu etablieren und deren Umsetzung zu begleiten und zu überwachen.[393] Die Aufgaben der WHO sind umfangreich in Art. 2 der WHO-Satzung dargelegt. Die WHO unterstützt ihre Mitgliedsstaaten dabei insbesondere durch Beratung und technische Hilfe (Art. 2 lit. b) – f)) sowie durch Aus- und Weiterbildung medizinischen Personals (Art. 2 lit. o)). Zudem liegt ein weiteres Hauptaugenmerk auf Wissensverbreitung und Aufklärung vor allem über Infektionskrankheiten wie etwa Malaria, Pocken, Tuberkulose, Geschlechtskrankheiten und AIDS (Art. 2 lit. g), q) und r)) sowie über Mütter- und Kindergesundheit (Art. 2 lit. l)) und andere Programme zu Ernährungs- und Hygieneproblemen.[394] Hinzu kommen Aufgaben zur Aufstellung, Änderung oder Standardisierung von Krankheitsnomenklaturen, Diagnosemethoden und anderen internationalen Normen für Nahrungsmittel, biologischen, pharmazeutischen und ähnlichen Erzeugnissen (Art. 2 lit. s) - u)).

In dem zwölften Arbeitsprogramm der WHO mit dem Titel „*Not merely the absence of disease*“, welches für die Jahre 2014-2019 gilt, wurden sechs Themenfelder als aktuelle Hauptarbeitsfelder der WHO-Tätigkeit hervorgehoben. Diese sind (1) Universelle Gesundheitsversorgung, (2) Zugang zu sicheren und bezahlbaren Arzneimitteln und Medizinprodukten, (3) Erreichung der gesundheitsbezogenen Millennium Development Goals, (4) die Implementierung der Internationalen Gesundheitsvorschriften von 2005 und (5) die Bekämpfung nichtübertragbarer Krankheiten sowie (6) die Inangriffnahme der sozialen, ökonomischen und ökologischen Determinanten von Gesundheit mit dem Zweck der Gesundheitsförderung und der Verringerung von Gesundheitsungerechtigkeiten.[395]

In der Praxis haben sich dementsprechend vor allem zwei Schwerpunkte der Tätigkeiten der WHO herausgebildet. Diese sind Krankheitsbekämpfung auf der einen und Gesundheitsförderung auf der anderen Seite.[396] Im Rahmen der Krankheitsbekämpfung hat die WHO einen großen Beitrag zur Ausrottung oder Zurückdrängung bestimmter Infektionskrankheiten geleistet (etwa Pocken oder Kinderlähmung) und auch heutzutage

393 The Role of the WHO in Public Health, http://www.who.int/about/role/en/ (Stand: 3.4.2017).

394 *Klemperer*, Sozialmedizin - Public Health - Gesundheitswissenschaften, 2. Aufl. 2014, S. 27.

395 *WHO*, Twelth General Programme of Work, 2014, S. 27.

396 So auch *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 221 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

beschäftigen sich viele Maßnahmen mit alten und neuen übertragbaren und ansteckenden Krankheiten wie AIDS oder Ebola.[397] Neben den Infektionskrankheiten hat die WHO auch die Bedeutsamkeit nichtübertragbarer, chronischer Krankheiten erkannt und sich der Prävention der sog. Volkskrankheiten verschrieben. Im Fokus stehen hier die laut WHO vier größten nichtübertragbaren Krankheiten wie Herz-Kreislauf Erkrankungen, Krebs, chronische Atemwegserkrankungen und Diabetes sowie deren Hauptrisikofaktoren Tabak, Alkoholmissbrauch, ungesunde Ernährung und mangelnde Bewegung.[398]

Der zweite Schwerpunkt Gesundheitsförderung muss wohl – insbesondere mit Blick auf diese Arbeit – als einer der Meilensteine der Arbeit der WHO angesehen werden. Die WHO hat vor allem in den letzten 40 Jahren maßgeblich zur Entwicklung und vor allem zur Verbreitung des modernen Konzepts von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention beigetragen. Wenn auch nicht unbedingt unmittelbar die explizite Politik der WHO wiedergebend, stellen die Chartas, Stellungnahmen und Erklärungen der verschiedenen internationalen Konferenzen zur Gesundheitsversorgung und Gesundheitsförderung einen guten Überblick zur Entwicklung der durch die WHO geprägten internationalen Gesundheits-Agenda dar.

2. Gesundheitsförderung auf der internationalen Agenda

Bereits 1978 wurde auf der Internationalen Konferenz zur Primären Gesundheitsversorgung in Alma-Ata der Schutz und die Förderung der Gesundheit aller Menschen und das Erreichen des höchstmöglichen Gesundheitszustandes als äußerst wichtiges Ziel der internationalen Gemeinschaft beschrieben. Ebenso wurde bereits auf das Problem gesundheitlicher Ungleichheit hingewiesen. Als Ziel einigte man sich auf dieser Konferenz darauf, bis zum Jahr 2000 ein Gesundheitsniveau für alle Völker zu erreichen, welches ihnen die Führung eines sozial und wirtschaftlich produkti-

397 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, S. 6 f; *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 222.

398 *WHO*, Twelth General Programme of Work, 2014, S. 31.; s. dazu auch den Aktionsplan zur Bekämpfung nichtübertragbarer Krankheiten *WHO*, Global Action Plan for the Prevention and Control of Noncommunicable Diseases, 2013.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ven Lebens ermöglicht. Als Schlüssel zur Erreichung dieses Ziels wurde zu jener Zeit jedoch noch die Primäre Gesundheitsversorgung angesehen, welche als wesentlicher Bestandteil und zentrale Aufgabe sowohl des Gesundheitssystems als auch der sozialen und wirtschaftlichen Gesamtentwicklung beschrieben wurde. Hervorzuheben ist jedoch, dass Primäre Gesundheitsversorgung im Sinne der Erklärung von Alma-Ata bereits weit verstanden wurde und sich den Hauptgesundheitsproblemen in der Gemeinschaft mittels Bereitstellung gesundheitsfördernder, präventiver, kurativer und rehabilitativer Dienste widmen sollte. Ebenso wurde erkannt, dass neben dem Gesundheitssektor selbst, auch alle verwandten Sektoren und Aspekte der Gemeinschaftsentwicklung, „insbesondere Ackerbau, Viehzucht, Ernährung, Industrie, Erziehung, Wohnungswesen, öffentliches Bauwesen, Nachrichten- und Verkehrswesen und andere Sektoren", mit in die Gesundheitspolitik einbezogen und miteinander koordiniert werden müssen.[399]

Als bedeutendstes internationales Dokument im Rahmen der Gesundheitsförderung zählt jedoch die Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung in Ottawa 1986.[400] Die *Ottawa-Charta* beschreibt Gesundheitsförderung wie folgt:

„Gesundheitsförderung zielt auf einen Prozess, allen Menschen ein höheres Maß an Selbstbestimmung über ihre Gesundheit zu ermöglichen und sie damit zur Stärkung ihrer Gesundheit zu befähigen. Um ein umfassendes körperliches, seelisches und soziales Wohlbefinden zu erlangen, ist es notwendig, dass sowohl einzelne als auch Gruppen ihre Bedürfnisse befriedigen, ihre Wünsche und Hoffnungen wahrnehmen und verwirklichen sowie ihre Umwelt meistern bzw. sie verändern können. In diesem Sinne ist die Gesundheit als ein wesentlicher Bestandteil des alltäglichen Lebens zu verstehen und nicht als vorrangiges Lebensziel. Gesundheit steht für ein positives Konzept, das in gleicher Weise die Bedeutung sozialer und individueller Ressourcen für die Gesundheit ebenso betont wie die körperlichen Fähigkeiten. Die Verantwortung für Gesundheitsförderung liegt deshalb nicht nur bei dem Gesundheitssektor, sondern bei allen Politikbe-

399 Vgl. zum Ganzen Deklaration der Internationalen Konferenz zur Primären Gesundheitsversorgung, Alma-Ata 1978, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 15 ff.

400 Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

reichen und zielt über die Entwicklung gesünderer Lebenswelten hinaus auf die Förderung von umfassendem Wohlbefinden."[401]

Die Errungenschaften dieser Definition sind – wie bereits mehrfach hervorgehoben – vor allem darin zu erkennen, dass Gesundheit als positives Konzept der Gesundheitsförderung zugrunde gelegt wird und Gesundheitsförderung damit aus dem Regime der Primären Gesundheitsversorgung herausgelöst und ihr eine eigenständige Bedeutung beigemessen wird. Als grundlegende Voraussetzungen für die Gesundheit wurden neben Frieden, angemessenen Wohnbedingungen, Bildung, Ernährung, einem stabilen Ökosystem und einer sorgfältigen Verwendung vorhandener Naturressourcen erstmals auch ausdrücklich soziale Gerechtigkeit und Chancengleichheit identifiziert. In diesem Zusammenhang wird dann auch auf die Verbindung von Gesundheitsförderung und Chancengleichheit hingewiesen. So wird ausgeführt:

„Gesundheitsförderung ist auf Chancengleichheit auf dem Gebiet der Gesundheit gerichtet. Gesundheitsförderndes Handeln bemüht sich darum, bestehende soziale Unterschiede des Gesundheitszustandes zu verringern sowie gleiche Möglichkeiten und Voraussetzungen zu schaffen, damit alle Menschen befähigt werden, ihr größtmögliches Gesundheitspotenzial zu verwirklichen. […]."[402]

Um ein solches Ziel zu erreichen, erfordere Gesundheitsförderung eben weitaus mehr als bloße medizinische und soziale Versorgung. Eine Politik der Gesundheitsförderung müsse generell Hindernisse identifizieren, die einer gesundheitsgerechteren Politikgestaltung entgegenstehen und auch Möglichkeiten einer Überwindung dieser Hemmnisse und Interessengegensätze bereitstellen. Wichtig ist dabei, sich immer vor Augen zu halten, dass diese Aufgabe nicht allein vom Gesundheitssektor in seiner krankheitsbehandlungszentrierten Ausrichtung bewältigt werden kann, sondern Gesundheitsförderung vielmehr ein koordiniertes Zusammenwirken zwischen Sozial-, Gesundheits- und Wirtschaftspolitik, Verbänden und Initia-

401 Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 18.

402 Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tiven sowie lokalen Institutionen, der Industrie und der Medien erfordert.[403]

In der Konsequenz dieser Erkenntnisse verpflichteten sich die Teilnehmer der Ottawa-Konferenz zur folgenden Maßnahmen:

- „an einer gesundheitsfördernden Gesamtpolitik mitzuwirken und sich dafür einzusetzen, dass ein eindeutiges politisches Engagement für Gesundheit und Chancengleichheit in allen Bereichen zustande kommt;
- allen Bestrebungen entgegenzuwirken, die auf die Herstellung gesundheitsgefährdender Produkte, auf die Erschöpfung von Ressourcen, auf ungesunde Umwelt- und Lebensbedingungen oder eine ungesunde Ernährung gerichtet sind. Es gilt dabei, Fragen des öffentlichen Gesundheitsschutzes wie Luftverschmutzung, Gefährdungen am Arbeitsplatz, Wohn- und Raumplanung in den Mittelpunkt der öffentlichen Aufmerksamkeit zu stellen;
- die gesundheitlichen Unterschiede innerhalb der Gesellschaften und zwischen ihnen abzubauen und die von den Vorschriften und Gepflogenheiten dieser Gesellschaften geschaffenen Ungleichheiten im Gesundheitszustand zu bekämpfen;
- die Menschen selber als die Träger ihrer Gesundheit anzuerkennen und sie zu unterstützen und auch finanziell zu befähigen, sich selbst, ihre Familien und Freunde gesund zu erhalten. Soziale Organisationen und die Gemeinde sind dabei als entscheidende Partner im Hinblick auf Gesundheit, Lebensbedingungen und Wohlbefinden zu akzeptieren und zu unterstützen;
- die Gesundheitsdienste und ihre Mittel auf die Gesundheitsförderung hin umzuorientieren und auf das Zusammenwirken der Gesundheitsdienste mit anderen Sektoren, anderen Disziplinen und, was noch viel wichtiger ist, mit der Bevölkerung selbst hinzuwirken; die Gesundheit und ihre Erhaltung als eine wichtige gesellschaftliche Investition und Herausforderung zu betrachten und die globale ökologische Frage unserer Lebensweisen aufzuwerfen.“[404]

---

403 Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 19.

404 Charta der 1. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Ottawa 1986, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Im Anschluss an die Ottawa-Konferenz folgten noch sieben weitere internationale Konferenzen zur Gesundheitsförderung[405], in denen die Grunderkenntnisse und Forderungen der Konferenzen in Alma-Ata und Ottawa weiter ausdifferenziert und fortentwickelt wurden. So wurde in *Adelaide (1988)* nochmals der Wert der Gesundheit sowohl als „grundlegendes Menschenrecht" als auch als „bedeutsame soziale Investition" betont und die Forderung nach mehr Chancengleichheit und Zugangsmöglichkeiten sowie die öffentliche Verantwortung für Gesundheit in Form der gesundheitsfördernden Gesamtpolitik bekräftig.[406]

Die Konferenz in *Sundvall (1991)* beschäftigte sich schwerpunktmäßig mit Anforderungen an und der Schaffung von gesundheitsförderlichen Lebenswelten und hob die sozialen, politischen und ökonomischen Dimensionen gesundheitsförderlicher Lebenswelten hervor.[407]

In *Jakarta (1997)* konnte man dann schon auf Forschungsergebnisse und Fallstudien zurückgreifen, welche den positiven Beitrag von Gesundheitsförderung auf die allgemeine Gesundheit, aber auch mit Blick auf eine größere gesundheitliche Chancengleichheit „überzeugend" nachweisen konnten. Neben den Determinanten für Gesundheit wurde der sog. Setting-Ansatz in den Fokus der Betrachtungen gesetzt. Hierin wurde die Erkenntnis verarbeitet, dass zur Aktivierung und Befähigung des Einzelnen zu gesundheitsförderndem Verhalten dessen Erreichung in bestimmten Lebenswelten, sog. Settings (z.B. Städte, Gemeinden, Viertel, Schulen, Betriebe, Märkte, Gesundheitseinrichtungen etc.), eine vielversprechende Möglichkeit zur praktischen Umsetzung umfassender Public-Health Politik bietet. Auch wurde wieder angesichts des starken Übergewichts der Primären Gesundheitsversorgung die Notwendigkeit zur Etablierung und Sicherstellung einer Infrastruktur für Gesundheitsförderung als prioritäre

405 Dies waren die Konferenzen in Adelaide 1988, Sundvall 1991, Jakarta 1997, Mexiko-Stadt 2000, Bangkok 2005, Nairobi 2009 und Helsinki 2011.

406 Empfehlungen der 2. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung, Adelaide 1988, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 22 f.

407 Die Sundvall-Stellungnahme zu Gesundheitsförderlichen Lebenswelten, 3. Weltkonferenz 1991, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 28 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Herausforderung für Gesundheitsförderung im 21. Jahrhundert hervorgehoben.[408]

Erwähnenswert im Rahmen der Konferenz in *Mexiko-Stadt (2000)* ist wiederum die ausdrückliche Erklärung der versammelten Gesundheitsminister, die Förderung von Gesundheit und sozialer Entwicklung als zentrale Pflicht und Aufgabe der Regierungen anzuerkennen.[409] Hervorzuheben ist, dass diese Erklärung als ministerielle Erklärung ausdrücklich auch von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet wurde.[410]

In *Bangkok (2005)* wurde abermals anerkannt und präzisiert, dass das Erreichen des höchstmöglichen Gesundheitsstandards eines der fundamentalen Rechte aller Menschen ohne Unterschied darstelle und Gesundheitsförderung auf diesem „wesentlichen Menschenrecht" basiere. Gesundheitsförderung wurde konkretisiert als „Prozess, Menschen zu befähigen, die Kontrolle über ihre Gesundheit und deren Determinanten zu erhöhen und dadurch ihre Gesundheit zu verbessern" und als Kernaufgabe der öffentlichen Gesundheit beschrieben. Trotz des wiederholten Appels an die Verantwortung aller Politikbereiche und Regierungsebenen wurde auch die Schlüsselrolle des Gesundheitssektors beim Aufbau von Strategien und Partnerschaften zur Gesundheitsförderung sowie die Verantwortung des Privatsektors (hier vor allem der Arbeitsgeber) herausgestellt.[411]

Die beiden jüngsten Konferenzen von *Nairobi (2009)* und *Helsinki (2013)* beschäftigten sich verstärkt mit Schlüsselstrategien und Verpflichtungen zur Umsetzung und Implementation von Gesundheit und Entwicklung durch Gesundheitsförderung. In Nairobi wurde dazu aufgerufen, das „unerschlossene Potenzial der Gesundheitsförderung zu nutzen" und Regierungen wurden dazu angehalten, ihre „Verantwortung für die Öffentliche Gesundheit" mit besonderem Schwerpunkt auf u.a. „die Förderung sozialer und gesundheitlicher Gerechtigkeit durch Implementation der Empfehlungen der WHO-Kommission zu den sozialen Determinanten von Ge-

408 Deklaration der 4. Internationalen Konferenz zur Gesundheitsförderung in Jakarta, Indonesien 1997, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 33 ff.

409 Mexiko-Erklärung, 5. Weltgesundheitskonferenz Mexico-City 2000, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 43.

410 *WHO*, Milestones in Health Promotion, 2009, S. 23.

411 Bangkok-Charta, 6. Weltkonferenz für Gesundheitsförderung in einer globalisierten Welt, Bangkok 2005, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 45.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sundheit“ auszuüben. Um eine nachhaltige Gesundheitsförderung zu erreichen, müssten Gesundheitsförderungsinterventionen in Gesundheitssysteme eingebettet sein, die Gerechtigkeit unterstützen und hohe Leistungsstandards erfüllen.[412] Der Aspekt der gesundheitlichen Gerechtigkeit wurde abermals in Helsinki bekräftigt und der „Genuss des höchstmöglichen Gesundheitsstandards“ als eines der Grundrechte jedes Menschen bezeichnet. An die Regierungen wurden u.a. die Forderungen gestellt, die „Selbstverpflichtung zu Gesundheit und gesundheitlicher Gerechtigkeit als politische Priorität durch Anwendung der Prinzipien von Gesundheit in allen Politikbereichen und durch aktives Handeln gegenüber den sozialen Gesundheitsdeterminanten“, die „Sicherung effektiver Strukturen, Prozesse und Ressourcen“, die „Stärkung der Kapazitäten von Gesundheitsministerien“ sowie die „Einbeziehung von Gemeinschaften, sozialen Bewegungen und der Zivilgesellschaft“ zum Aufbau von Gesundheitskompetenz umzusetzen. Zentrales Thema war damit wieder die Frage, wie durch einen *Health-In-All-Policies-Ansatz* eine Verbesserung des Gesundheitszustandes und ein Abbau vor allem sozial bedingter gesundheitlicher Ungleichheit erreicht werden kann.[413]

Hervorzuheben ist abschließend noch die „Politische Erklärung von Rio zu Sozialen Determinanten von Gesundheit“ aus dem Jahr 2011. Bereits 2005 setzte die WHO eine Kommission zur Erforschung der Sozialen Determinanten von Gesundheit ein, 2008 wurde dann der Abschlussbericht, auf welchen später noch eingegangen wird, vorgelegt.[414] In Anerkennung der Ergebnisse dieser Studie hinsichtlich des bedeutenden Einflusses sozialer Determinanten auf den Gesundheitsstatus bekräftigten die Regierungschefs, Minister und Regierungsvertreter der Konferenz von Rio de Janeiro nochmals ihre Entschlossenheit „soziale und gesundheitliche Gerechtigkeit durch die Inangriffnahme sozialer Determinanten von Gesund-

412 Nairobi Handlungsaufruf zum Schließen der Implementationslücke in der Gesundheitsförderung, 7. Globale Konferenz zur Gesundheitsförderung, Nairobi 2009, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 56 ff.

413 Vgl. dazu: Das Helsinki Statement zu Gesundheit in allen Politikbereichen, 8. Weltkonferenz zur Gesundheitsförderung, Helsinki 2013, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 86 ff.

414 *Commission on Social Determinants of Health*, Closing the gap in a generation, 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heit und Wohlbefinden über einen intersektoralen Ansatz zu erreichen".[415] Es wurde im Rahmen dieser Erklärung zudem noch einmal hervorgehoben, dass die Inangriffnahme der sozialen Gesundheitsdeterminanten eben nicht nur für vulnerable Gruppen, sondern für die gesamte Population entscheidend sei, um inklusive, gerechte, wirtschaftlich produktive und gesunde Gesellschaften hervorzubringen. Gesundheit und Wohlbefinden der Menschen solle sogar als eine „Schlüsselkategorie" einer inklusiven und fairen Gesellschaft im 21. Jahrhundert positioniert werden.[416]

Die Empfehlungen und Handlungsverpflichtungen der Weltkonferenz über soziale Determinanten von Gesundheit wurden im Jahr 2012 auch in der Resolution der 65. Weltgesundheitsversammlung aufgegriffen und befürwortet. Insbesondere wurden die Mitgliedsstaaten dazu gedrängt, die Zusicherungen, die in der Rio-Deklaration getroffen wurden, in Hinsicht auf eine:

(1) bessere Lenkung und Steuerung für Gesundheit und Entwicklung,
(2) Förderung von Partizipation in der Politikgestaltung und -umsetzung,
(3) weitere Umorientierung des Gesundheitssektors in Richtung auf die Verringerung von gesundheitlichen Ungleichheiten,
(4) Stärkung globaler Lenkung, Steuerung und Zusammenarbeit,
(5) Beobachtung und Überwachung von Fortschritten und zunehmender Rechenschaftspflichten umzusetzen.[417]

3. Rechtliche Implikationen

Der internationalen Ebene, unter starker Führung der WHO, kommt zusammenfassend eine wichtige Rolle der Politik*prägung*, nicht jedoch der Politik*umsetzung* zu. Die Steuerungskraft entsprechender Empfehlungen und Beschlüsse ist damit wesentlich von der Internalisierung der einzelnen

415 Politische Erklärung von Rio zu Sozialen Determinanten von Gesundheit, Rio de Janeiro, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 75 ff.

416 Politische Erklärung von Rio zu Sozialen Determinanten von Gesundheit, Rio de Janeiro, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 76.

417 Resolution der 65. Weltgesundheitsversammlung: Ergebnisse der Weltkonferenz über soziale Determinanten von Gesundheit, Genf 2012, in: *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 84 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Staaten und deren politischen Willen abhängig.[418] Auch das in diesem Rahmen deklarierte „Menschenrecht auf Gesundheit" bietet als abstrakte universalistische Idee zunächst zwar eine Argumentationsbasis und einen Anknüpfungspunkt für innerstaatliche Normierungsprozesse, vermag aber auf der Ebene der Grund- und Menschenrechte nicht über den Wert einer programmatischen Absichtserklärung hinaus Wirkung zu entfalten.[419]

Ein großer Verdienst besteht generell jedoch darin, das Thema Gesundheitsförderung und Prävention auf die gesundheitspolitische Agenda gesetzt zu haben und weiterhin, insbesondere mit Blick auf soziale Determinanten und Gesundheitsungerechtigkeiten, auf der Tagesordnung zu halten. Kommissionen und Forschergruppen liefern mit Unterstützung der WHO wichtige Daten und Erkenntnisse, welche vor allem auf den internationalen Konferenzen zur Gesundheitsförderung in konkrete Handlungsempfehlungen und Politikansätze gemünzt werden. Zudem versucht die WHO als ständiger Mahner, aber auch mittels Nachweis- und Rechenschaftspflichten die Mitgliedsstaaten an ihre politischen Verpflichtungen und Versprechen zu erinnern und eine Umsetzung der Erkenntnisse gesundheitswissenschaftlicher Forschung voranzutreiben. Nicht müde werden die entsprechenden Stellen, auf den Stellenwert von bestmöglicher Gesundheit als Menschenrecht und das große Potential von Gesundheitsförderung und Prävention zum Abbau gesundheitlicher Ungerechtigkeiten hinzuweisen. Hervorzuheben ist zudem, dass die Einflüsse der sozialen Faktoren als besonders entscheidend für den Gesundheitszustand sind. Es wird deshalb nicht der Einzelne aufgrund seines Verhaltens für seine gesundheitliche Lage verantwortlich gemacht, sondern die ihn beeinflussende (soziale) Umwelt. Ziel gesundheitsförderlicher Politik und damit auch Gesetzgebung sollte daher vor allem eine Stärkung gesundheitlicher Eigenkompetenz unter Wahrung der gesundheitlichen Selbstbestimmung sein.

418 *Habersack*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 163 (167).

419 *Habersack*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 163 (165 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Europäische Ebene

So global in seinem Ursprung, so geprägt ist Public Health von den regionalen Besonderheiten und Herausforderungen gesundheitsfördernder Politikgestaltung. Im Folgenden sollen daher die besonders für die Europäische Region geltenden Strukturen und Eigenheiten aufgezeigt werden, welche die gesundheitsförderpolitische Agenda bestimmen und insbesondere im Rahmen von Maßnahmen der Unionsorgane auch einen rechtlichen Einfluss auf die Mitgliedsstaaten ausüben.

1. Entstehungsgeschichte und aktuelle Herausforderungen

Europa kann schon seit dem 19. Jahrhundert auf ein Public-Health-Bewusstsein zurückblicken. Zu Beginn dieser Entwicklung standen insbesondere Beobachtungen der Wechselbeziehungen zwischen Erkrankungen einerseits und den Lebensbedingungen – insbesondere der Arbeiterklasse – andererseits. Die hieraus gewonnenen Erkenntnisse führten gemeinsam mit den Fortschritten in der Medizin zur Etablierung strukturierter Gesundheitssysteme, welche zunächst auf die Arbeiter und später dann auch auf andere Bevölkerungsgruppen ausgeweitet wurden.[420] In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts standen dann die medizinische Behandlung von Erkrankungen und der Kampf gegen Infektionskrankheiten im Mittelpunkt europäischer Gesundheitspolitiken – eine Entwicklung, welche auch noch heute die Gesundheitspolitik maßgebend prägt.[421] Erst sehr spät in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte sich dann ein Bewusstsein für den Bedarf und die Möglichkeiten staatlicher Gesundheitsförderung und Prävention chronischer Krankheiten.[422]

Trotz der Erfolge der europäischen Gesundheitspolitiken lässt sich immer noch eine Vielzahl verschiedener Defizite ausmachen. Vor allem muss das in den letzten zwei Jahrzehnten deutlich angestiegene Gefälle in der

420 Vgl. zum Ganzen *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 14.

421 *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 14.

422 *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 14.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lebenserwartung als großer Missstand gesehen werden.[423] So kann ein in der Schweiz zur Welt gekommenes Neugeborenes mit einer durchschnittlich 16 Jahre höheren Lebenserwartung rechnen als eines in Kasachstan.[424] Die WHO spricht sogar von 19 Jahren Unterschied zwischen der Lebenserwartung eines Kindes aus einem einkommensstarken und eines Kindes aus einem einkommensschwachen Land der Europäischen Region.[425] Zwischen den einzelnen Ländern bestehen insgesamt jedoch nicht nur für die Säuglingssterblichkeit und die Lebenserwartung, sondern auch für die anderen mit sozialen Determinanten von Gesundheit verknüpften Indikatoren noch beträchtliche absolute Unterschiede.[426] Es muss damit festgehalten werden, dass trotz immenser Verbesserungen der Gesundheitsindikatoren in den letzten beiden Jahrhunderten die europäische Bevölkerung nur sehr ungleichmäßig von den verbesserten Bedingungen profitiert hat.

Zwei der größten Herausforderungen europäischer Gesundheitspolitik im 21. Jahrhundert bilden damit die Verringerung der Ungleichheiten der Gesundheitschancen und der Lebenserwartungen sowie die Bekämpfung nichtübertragbarer, chronischer Krankheiten. Besonders schwierig erscheint dabei die konkrete Umsetzung der Erkenntnisse über die sozialen Determinanten von Gesundheit, die zwar relativ gut erforscht scheinen, aufgrund ihrer Komplexität jedoch oftmals eine Überforderung für die durch Zuständigkeits- und Ressortgrenzen geprägten politischen Systeme darstellen. Hier muss nämlich insbesondere die Einsicht verarbeitet werden, dass effektive Maßnahmen und Strategien der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention größtenteils über das traditionell verstandene Gesundheitswesen hinaus ansetzen müssen, um einen möglichst effektiven Beitrag zur Verbesserung des Gesundheitszustandes der Gesamtbevölkerung und zur Verringerung sozialer Gesundheitsungleichheiten leisten zu können.

---

423 *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 14.

424 *Jakubowski*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 14.

425 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, S. 9.

426 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Der Europäische Gesundheitsbericht 2015 - Der Blick über die Ziele hinaus - neue Dimensionen der Evidenz, S. 10.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

2. Hauptakteure und Leitlinien europäischer Public Health Politik

Als die beiden Hauptakteure europäischer Public Health Politik lassen sich das Europäische Regionalbüro der WHO und die Europäische Union unter Federführung der EU-Kommission ausmachen.

a) Das WHO-Regionalbüro für die Europäische Region

Für das WHO-Regionalbüro stellen nichtübertragbare Krankheiten wie Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Krebs, Adipositas und Alkoholkonsum, aber auch durch Naturkatastrophen und Umweltzerstörung bedingte Gesundheitsschädigungen die größten aktuellen Herausforderungen für die Gesundheitsentwicklung in der Europäischen Region dar.[427] Die Europäische Region trägt zudem weltweit die höchste Last durch nichtübertragbare Krankheiten. So verursachen die beiden Krankheitsgruppen Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Krebs fast drei Viertel der Sterblichkeit in der Region.[428] Darüber hinaus haben psychische Störungen den zweitgrößten Anteil an der Krankheitslast.[429]

Das aktuelle Rahmenkonzept „Gesundheit 2020“ wurde von den 53 Mitgliedsstaaten der Europäischen Region auf der 62. Tagung des WHO-Regionalkomitees für Europa im September 2012 angenommen. Es dient allen Mitgliedsstaaten als „Grundlage für Maßnahmen zur Förderung der Gesundheit und des Wohlbefindens in allen Bereichen von Staat und Gesellschaft.“[430] Als eines der wichtigsten Ziele des Rahmenkonzepts wird auch hier die Bewältigung von Ungleichheiten im Gesundheitsbereich durch mehr soziale Gerechtigkeit und Integration für benachteiligte Menschen angegeben.[431] Das Konzept enthält zudem die Erkenntnis, dass zur Erreichung dieser Ziele ein ressortübergreifender Ansatz vonnöten ist. Ge-

427 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, S. 3 ff.

428 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 19.

429 So tragen psychische Störungen mit 19 Prozent zur Krankheitslast (gemessen in DALY) in der Europäischen Region bei, s. dazu *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 19.

430 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, S. 3.

431 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, S. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sundheit wird zudem als gesamtgesellschaftliche und gesamtstaatliche Aufgabe wahrgenommen.[432]

Mit Blick auf Gesundheitsförderung und Prävention ist hervorzuheben, dass sich drei der vier prioritären Handlungsfelder der Europäischen Region mit der „Investition in Gesundheit durch einen Lebensverlaufansatz und Stärkung der Handlungsfähigkeit des Menschen“[433], „Bekämpfung der großen gesundheitlichen Herausforderungen durch nichtübertragbare und übertragbare Krankheiten in der Europäischen Region“[434] sowie der „Schaffung widerstandsfähiger Gemeinschaften und stützender Umfelder“[435] beschäftigen. Für das Haushaltsjahr 2014-2015 hat das Regionalbüro entsprechend der prioritären Handlungsfelder auch 18 Prozent der Mittel für „Gesundheitsförderung im gesamten Lebensverlauf“ und 14 Prozent der Mittel für die Bekämpfung nichtübertragbarer Krankheiten vorgesehen.[436] Gleichzeitig stellt das WHO-Regionalbüro jedoch fest, dass trotz aller politischen Absichtserklärungen die Staaten bisher nur einen sehr geringen Bruchteil ihrer Gesundheitsetats für Krankheitsprävention ausgeben – so soll der Durchschnitt der OECD bei ungefähr 3 Prozent liegen. Ebenso wenig werden gesundheitliche Ungleichheiten systematisch in Angriff genommen.[437]

b) Die Europäische Union

aa) Kompetenzen und Kernanliegen unionaler Gesundheitspolitik

Die Europäische Union besitzt seit dem Vertrag von Maastricht (1992/1993)[438] eine eigene Kompetenz im Bereich des Gesundheitswe-

---

432 *Kickbusch/Hartung*, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 69.
433 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 82 ff.
434 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 103 ff.
435 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 147 ff.
436 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, S. 23.
437 *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 13; zu dem gleichen Ergebnis kommt auch die EU-Kommission für die EU-Mitgliedsstaaten, s. *Europäische Kommission*, Investing in Health, 2013, S. 15.
438 Vertrag von Maastricht über die Europäische Union, v. 7.2.1992, BGBl. II 1992 S. 1253; in Kraft getreten am 1.11.1993, BGBl. II 1993 S. 1947.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sens.[439] Diese Kompetenz ermächtigt seit jeher jedoch primär nur zu *unterstützenden und ergänzenden Maßnahmen* zu den Gesundheitspolitiken der Mitgliedsstaaten, direkte Harmonisierungsmaßnahmen sind hingegen nur sehr vereinzelt erlaubt. Die EU betreibt damit keine eigenständige und einheitliche Gesundheitspolitik, sondern nur eine zu den autonomen Gesundheitspolitiken der Mitgliedstaaten zusätzliche.[440] Manche meinen angesichts dieser sehr beschränkten Kompetenzen, dass man streng genommen nicht wirklich von einem *EU-Gesundheitsrecht* sprechen könne.[441] Dies muss wohl mit Blick auf die vielen gesundheitspolitischen Maßnahmen und Programme der EU – welche im Folgenden näher erläutert werden – jedoch eher als formale Beschreibung als als Rechtswirklichkeit verstanden werden. Tatsächlich hat die EU teilweise doch einen nicht unerheblichen Einfluss auf das nationale Gesundheitsrecht.[442] Darüber hinaus wird die primäre Gesundheitspolitik auch auf sekundärer Ebene verfolgt, nämlich dort, wo weitgehende wirtschaftliche Aufgaben und Kompetenzen durch den Gesundheitsschutz ergänzt werden – wie etwa im Bereich des Arbeitsschutzes.[443]

Der rechtliche Rahmen für die Tätigkeit der EU auf dem Gebiet des Gesundheitswesens wird allen voran durch die Art. 4 Abs. 2 lit. k), 6 S. 2 lit. a) sowie Art. 168 AEUV gesetzt. Nach Art. 6 S. 2 lit. a) sowie Art. 168 Abs. 1 UAbs. 1 ist bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -maßnahmen ein hohes „Gesundheitsschutzniveau" sicherzustellen. Hierin findet der von der Europäischen Kommission verfolgte sektorenübergreifende gesundheitspolitische Ansatz von „*Health in all Policies*" seine vertragliche Entsprechung.[444]

Die Tätigkeit der Union soll sich dabei nach Art. 168 Abs. 1 AEUV auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Hu-

---

439 Zur Geschichte gemeinschaftlicher Präventionsmaßnahmen vgl. *Becker*, ZSR 2003, 355 (357 ff.).

440 *Niggemeier*, in: *v. d. Groeben/Schwarze/Hatje*, 7. Aufl. 2015, Art. 168 AEUV Rn. 9.

441 *Maass/Schmidt*, EuZW 2015, 85.

442 So u.a. im Rahmen der Arzneimittelregulierung, der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, des Nichtraucherschutzes sowie des Wettbewerbsrechts im Gesundheitswesen, vgl. dazu *Maass/Schmidt*, EuZW 2015, 85 ff.

443 *Becker*, ZSR 2003, 355 (369).

444 *Tiemann*, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 48.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit richten (UAbs. 2 S. 1). Dies umfasst als prioritäre Handlungsfelder die Bekämpfung der weitverbreiteten schweren Krankheiten und schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren (UAbs. 2 S. 2) sowie die Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden (UAbs. 3). Es wird jedoch auch deutlich gemacht, dass die Tätigkeit der Union die Politik der Mitgliedstaaten lediglich *ergänzen* soll. Dies wird für den Bereich „Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit" auch durch Art. 6 S. 2 lit. a) AEUV unterstrichen. Der Union kommt damit vor allem eine unterstützende und die Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten sowie mit dritten Ländern und internationalen Organisationen fördernde Aufgabe zu (vgl. Art. 168 Abs. 2 und 3 AEUV). Solch fördernde und ergänzende Maßnahmen werden dabei grundsätzlich durch die gesundheitsbezogenen Aktionsprogramme der Union gestaltet und durchgeführt.[445]

Das aktuelle dritte Aktionsprogramm der Union im Bereich Gesundheit (2014-2020) wurde in Form einer Verordnung am 11. März 2014 erlassen.[446] Es zielt gemäß Art. 2 darauf, die Politiken der Mitgliedsstaaten zur Verbesserung der Gesundheit der Unionsbürger und zum Abbau gesundheitlicher Ungleichheiten zu ergänzen und zu unterstützen. Gemäß Erwägungsgrund Nr. 5 soll sich dieses Programm auf Ziele und Maßnahmen konzentrieren, die einen deutlichen und nachweisbaren „Unionsmehrwert" bieten. Weiterhin solle entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip ein Schwerpunkt auf eindeutige grenzüberschreitende oder den Binnenmarkt betreffende Fragen oder Fragen, in denen sich durch die Zusammenarbeit auf Unionsebene erhebliche Vorteile oder Effizienzsteigerungen erzielen lassen, gelegt werden. Die Finanzausstattung für die Durchführung dieses Programms im Zeitraum 2014 – 2020 liegt bei rund 449,4 Mio. Euro (vgl. Art. 5 der Verordnung).

Art. 168 AEUV enthält neben den Bestimmungen zu den komplementären Befugnissen der Union auch eine Ermächtigung zu autonomer Recht-

445 *Lissl*, in: *Ratzel/Luxenburger* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 2015, S. 23.

446 Verordnung (EU) Nr. 282/2014 des Europäisches Parlaments und des Rates v. 11.03.2014 über ein drittes Aktionsprogramm der Union im Bereich der Gesundheit (2014-2020) und zur Aufhebung des Beschlusses Nr. 1350/2007/EG, ABl. L 86/1.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

setzung.[447] So statuiert Art. 168 Abs. 4 AEUV eine geteilte Zuständigkeit bei gemeinsamen Sicherheitsanliegen der öffentlichen Gesundheit. Nach Art. 168 Abs. 5 AEUV können das Europäische Parlament und der Rat unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten zudem Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit, Maßnahmen zur Bekämpfung grenzüberschreitender Krankheiten sowie Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch erlassen.

Insgesamt herrscht über die genaue Abgrenzung des Politikbereichs „Gesundheitswesen" Uneinigkeit. Eine restriktive Gesamtschau der Vorschrift ergebe, dass sich Art. 168 AEUV insgesamt nur auf Maßnahmen zur Verbesserung der kollektiven Gesundheit der Bevölkerung (also die „öffentliche Gesundheit") und nicht auf die Verbesserung der Gesundheit des Einzelnen (wohl im Sinne medizinisch-kurativer Behandlung) beziehe.[448] Anhaltspunkte dafür ließen sich in Abs. 1 UAbs. 2 finden, wonach die Tätigkeit der Union auf die Verbesserung der „Gesundheit der Bevölkerung" gerichtet ist.[449] Ebenso ließe die Vorschrift erkennen, dass lediglich zu Maßnahmen des präventiven, nicht aber des kurativen Gesundheitsschutzes ermächtigt werde.[450] Die Gesundheit des Individuums werde vielmehr nur „reflexartig" begünstigt.[451] So sei die amtliche deutsche Übersetzung „Gesundheitswesen" in der Titelüberschrift irreführend, da die Unionskompetenzen gerade nicht das öffentliche Gesundheitssystem, wie es in Deutschland insbesondere im SGB V geregelt ist, umfassen würden.[452] Treffender sei die englische Bezeichnung „Public Health", da diese deutlicher die Kompetenz der Union bezüglich des bevölkerungsbezoge-

447 *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 8.

448 *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 7; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert,* EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 168 Rn. 11.

449 *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 7.

450 *Lurger*, in: *Streinz,* EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, AEUV Art. 168 Rn. 11.

451 *Müller-Terpitz*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 7.

452 *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert,* EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 168 Rn. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen Gesundheitsschutzes hervorhebe.[453] Unterstützend könne noch Absatz 7 angeführt werden, der besagt, dass bei der Tätigkeit der Union die Verantwortung der Mitgliedsstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt werde.[454] Art. 168 AEUV könne deshalb nur herangezogen werden, wenn und soweit die Allgemeinheit, nicht hingegen einzelne Personen, vor Gesundheitsgefahren geschützt werden sollen.[455]

Dem restriktiven Verständnis ist insoweit beizupflichten, als dass sich aus Art. 168 AEUV ein Fokus der Unionsmaßnahmen auf Gesundheitsförderung und Prävention von Krankheiten erkennen lässt.[456] Solche Maßnahmen haben grundsätzlich – wie bereits oben ausgeführt – die Verbesserung der Gesundheit der ganzen Bevölkerung im Blick und operieren überwiegend mit einer populationsbezogenen Perspektive. Inwieweit darin jedoch eine klare oder eindeutige Einschränkung der Unionskompetenzen im Sinne des Ausschlusses jeglicher Maßnahmen, die den Einzelnen betreffen oder sich der medizinischen Versorgung annehmen, zu sehen ist, scheint schwieriger zu beantworten. So ist zunächst zu beachten, dass vor allem im Bereich der Tertiärprävention Überschneidungen von Kuration und Rehabilitation auftreten und eine genaue Abgrenzung zwischen Prävention und Kuration erschwert wird.[457] Weiterhin ist nicht nur die Gesundheit des Einzelnen, sondern auch die gesamte öffentliche Gesundheit abhängig vom Zugang zu einem effizienten und hochwertigen Gesundheitssystem.[458] Grundsätzlich baut Art. 168 AEUV jedoch tatsächlich diese Dichotomie von präventiv fokussierter „öffentlicher Gesundheit" und kurativ orientiertem Gesundheitswesen auf. Dies erscheint in Anbetracht der internationalen Erkenntnisse und auch der Strategieansätze der EU, die einen sektorenübergreifenden, integralen *Health-In-All-Policies-Ansatz* als notwendig anerkennen, zumindest unglücklich. Führt man sich nochmals den Wortlaut des Art. 168 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV vor Augen, so ist die Tä-

453 *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert,* EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 168 Rn. 11.
454 *Frenz/Götzkes*, MedR 2010, 613.
455 So *Frenz/Götzkes*, MedR 2010, 613.
456 *Niggemeier*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Bd. I, 44. EL (Mai 2011), AEUV, Art. 168 Rn. 9.
457 Diesen Aspekt anerkennend *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert,* EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 168 Rn. 12.
458 *Schmidt am Busch*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Bd. I, 44. EL (Mai 2011), AEUV, Art. 168 Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigkeit der Union zunächst doch recht weit auf die „Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung" gerichtet und umfasst auch „die Bekämpfung von weit verbreiteten schweren Krankheiten". Solche Ziele zu verfolgen, ohne zumindest am Randbereich auch die Gesundheitssysteme der Mitgliedsstaaten und deren medizinische Versorgung mit in das Blickfeld gesundheitsfördernder Programme und Maßnahmen zu nehmen, erscheint schwerlich sinnvoll. Zudem lässt sich wohl kaum bestreiten, dass nicht auch das Gesundheitswesen im Sinne medizinisch-kurativer Tätigkeiten an der Verbesserung von Gesundheit und der Bekämpfung von Krankheiten zumindest teilweise beiträgt.

Jedenfalls im Sinne einer ergänzenden Kompetenz kann die Union damit durchaus auch in Bereichen tätig werden, welche einen Bezug zum Gesundheitssystem bzw. zu medizinisch-kurativen Aspekten aufweisen, solange durch diese Aktivitäten nicht in die Zuständigkeiten der Mitgliedsstaaten für ihre Gesundheitssysteme und medizinische Versorgung eingegriffen wird (in Einklang mit Art. 168 Abs. 7 AEUV). Das heißt, dass die Maßnahmen der Union nicht in einem *Widerspruch* zu den nationalen Gesundheitspolitiken stehen dürfen und sich die von der Union geförderten Projekte in einem Mitgliedsstaat im Einklang mit dessen gesundheitspolitischen Grundsätzen befinden müssen.[459] Ein ähnliches Verständnis lässt sich auch bei den Unionsorganen selbst finden; so wird z.B. in der Patientenmobilitäts-Richtlinie ausgeführt, dass die Richtlinie – trotz der Befassung mit Fragen medizinischer Versorgung/Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen – die Freiheit der Mitgliedsstaaten über die Art und Angemessenheit sowie über ethische Grundsatzfragen der Gesundheitsversorgung selbst zu entscheiden, respektiert und unberührt lässt.[460] Entscheidend ist damit letztlich, dass sich aus den Unionsaktivitäten keine *Verpflichtungen* der Mitgliedsstaaten zur Umgestaltung ihrer Gesundheitssysteme ergeben dürfen.[461] Dies ist jedoch bei den der Union eingeräumten Unterstützungs-, Ergänzungs- und Koordinierungskompe-

459 *Schmidt am Busch*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Bd. I, 44. EL (Mai 2011), AEUV, Art. 168 Rn. 37.

460 Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 9.3.2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, ABl. L 88/45 (46).

461 So auch *Schmidt am Busch*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Bd. I, 44. EL (Mai 2011), AEUV, Art. 168 Rn. 8 ff.; a. A. wohl *Frenz/Götzkes*, MedR 2010, 613 (615), die undifferenziert von einem expliziten Verbot von Unionsmaßnahmen in diesen Bereichen sprechen.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tenzen nach den Abs. 2, 3, 5 und 6 nur schwer vorstellbar.[462] Der dennoch mögliche mittelbare Einfluss auf die mitgliedsstaatlichen Gesundheitssysteme ist von der politischen Schlagkraft her zwar nicht zu unterschätzen.[463] Insgesamt liegt der Schwerpunkt unionaler Gesundheitspolitik allerdings klar auf präventiver Tätigkeit.[464]

Die Grundprinzipien und Kernanliegen der Gesundheitspolitik der EU sind weiterhin in der EU-Gesundheitsstrategie „Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2008-2013" niedergelegt.[465] Sie enthält vier Hauptprinzipen und drei strategische Ziele, die den Mittelpunkt der gesundheitspolitischen Strategie der EU darstellen sollen. Erwähnenswert sind hier das Prinzip 1 „Eine auf gemeinsamen Gesundheitsvorstellungen beruhende Strategie", welche als wichtige gemeinsame Grundwerte die „Stärkung von Bürgerrechten" und „die Verringerung gesundheitlicher Benachteiligungen" einschließt.[466] Darüber hinaus wird Gesundheit im Prinzip 2 als „höchstes Gut" des Einzelnen wie auch der Gesellschaft insgesamt bezeichnet.[467] Prinzip 3 „Gesundheit in allen Politikbereichen" hebt wiederum hervor, dass das Ziel bestmöglicher Gesundheit und Gesundheitsförderung nicht nur im Rahmen von Gesundheitspolitik im engeren Sinne, sondern nur mittels ressort- und sektorübergreifender Arbeit erreicht werden könne.[468] Im Rahmen des Ziels „Förderung der Gesundheit in einem alternden Europa" strebt die Kommission vor allem Maßnahmen zur Förderung der Gesundheit älterer Menschen und der Beschäftigten sowie Kinder und Jugendlichen an. Weiterhin ist die Weiterentwicklung und Erarbeitung von Maßnahmen zu Tabak, Ernährung, Alkohol, psychischer Gesundheit und anderen umweltbedingten und sozio-

462 So auch *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert,* EUV, AEUV, 4. Aufl. 2011, AEUV Art. 168 Rn. 25 u. *Schmidt am Busch*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Bd. I, 44. EL (Mai 2011), AEUV, Art. 168 Rn. 78.

463 *Becker*, ZSR 2003, 355 (366).

464 *Niggemeier*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim,* Bd. I, 44. EL (Mai 2011), AEUV, Art. 168 Rn. 13.

465 Weißbuch – Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2009-2013, KOM (2007) 630 endg.

466 Weißbuch – Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2009-2013, KOM (2007) 630 endg., S. 4 f.

467 Weißbuch – Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2009-2013, KOM (2007) 630 endg., S. 5 f.

468 Weißbuch – Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2009-2013, KOM (2007) 630 endg., S. 6 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ökonomischen Gesundheitsfaktoren in Abstimmung mit den Mitgliedsstaaten im Fokus der Kommissionstätigkeit.[469]

bb) Regulierung von lebensstilbedingten Risiken

Ein sich immer stärker abzeichnender Schwerpunkt der unionalen Tätigkeit auf dem Gebiet der Gesundheitspolitik kann in der lebensstilbedingten Prävention gesehen werden.[470] Behandelt werden dabei vor allem die drei Themenbereiche Alkohol, Tabak und Ernährung.[471] Auch wenn die EU-Maßnahmen in Art und Umfang je nach Themenfeld stark variieren, liegt ihnen jedoch die Erkenntnis zugrunde, dass viele Gesundheitsprobleme von verschiedensten Politikbereichen beeinflusst werden und deshalb auch sektorenübergreifende Strategien benötigen.[472] Die umfangreichsten Maßnahmen lassen sich auf dem Gebiet der *Tabakprävention* finden. Zentral sind hier die Tabakwerberichtlinie[473] sowie die überarbeitete Tabakproduktrichtlinie[474], welche vor allem Regelungen über die Herstellung, Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen enthält und erstmals auch verbindliche Vorschriften zu Sicherheits- und Qualitätsanforderungen für E-Zigaretten einführt[475]. Ziel der Tabakproduktrichtlinie ist unter anderem die harmonisierte Anwendung internationaler Verpflichtungen des WHO-Rahmenüberein-kommens zur Eindämmung des Tabakrauchs.[476] Die Richtlinie sieht als Neuerungen etwa großflächige gesundheitsrelevante Warnhinweise auf den Verpackungen sowie ein Verbot klei-

469 Weißbuch – Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2009-2013, KOM (2007) 630 endg., S. 9.

470 *Alemanno/Garde*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. 1 (5 f.), sprechen von „lifestyle risk regulation".

471 *Alemanno/Garde*, Common Market Law Review 2013, 1745 (1749 ff.).

472 *Alemanno/Garde*, Common Market Law Review 2013, 1745 (1749).

473 Richtlinie 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.5.2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen, ABl. L 152/16.

474 Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl. L 127/1.

475 *Maass/Schmidt*, EuZW 2015, 85 (88).

476 *Maass/Schmidt*, EuZW 2015, 85 (88).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ner Verpackungen für bestimmte Tabakerzeugnisse vor. Auch werden Zigaretten und Drehtabak mit „charakteristischen" Aromen verboten.[477] Flankiert werden diese Rechtsakte von einer Empfehlung des Rates für rauchfreie Umgebungen[478] sowie von allgemeinen EU-Anti-Tabak-Kampagnen[479].

Für den Bereich *Alkohol* ist die EU-Alkoholstrategie[480] prägend, welche neben dem Schutz von Kindern und Jugendlichen vor allem auch auf Information, Aufklärung und Bewusstseinsbildung in Bezug auf die Auswirkungen schädlichen und riskanten Alkoholkonsums und angemessene Konsummuster setzt. Im Bereich der *Ernährung und körperlichen Aktivität* zielt das Weißbuch zu Ernährung, Übergewicht und Adipositas darauf, ein integriertes Konzept der EU darzustellen, welches dazu beitragen soll, Erkrankungen aufgrund ungesunder Ernährung, Übergewicht und Adipositas zu verringern.[481] Alle staatlichen Maßnahmen auf diesem Gebiet, auch die möglicherweise auf Gemeinschaftsebene getroffenen, sollten dabei vor allem zwei verhaltensbedingte Faktoren berücksichtigen: Erstens sei jeder Einzelne letztendlich für seine Lebensführung und die seiner Kinder verantwortlich, wobei jedoch zumindest anerkannt wird, dass Bedeutung und Einfluss der Umwelt auf das Verhalten durchaus eine Rolle spielen würden. Zweitens könne nur ein gut informierter Verbraucher rationale Entscheidungen treffen. Die Verbraucher besser zu informieren und ihnen gesunde Lebensmittel zur Verfügung zu stellen, sei daher Haupanliegen der Strategie.[482] Dementsprechend setzt die EU hier vor allem auf Informationspflichten und Marketingbeschränkungen seitens der Hersteller, so etwa durch die Lebensmittelinformations-Verordnung[483] so-

477 Art. 7 der Richtlinie 2014/40/EU, ABl. L 127/1, S. 16 f.

478 Empfehlung des Rates v. 30.11.2009 über rauchfreie Umgebungen, C 296/4.

479 *Europäische Kommission*, Public Health, Tobacco, http://ec.europa.eu/health/tobacco/ex_smokers _are_unstoppable/2014_2016/index_en.htm (Stand: 6.4.2017).

480 Mitteilung der Kommission, Eine EU-Strategie zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Verringerung alkoholbedingter Schäden, KOM (2006) 625 endg.

481 Weißbuch, Ernährung, Übergewicht, Adipositas: Eine Strategie für Europa, KOM (2007) 279 endg.

482 Zum Ganzen Weißbuch, Ernährung, Übergewicht, Adipositas: Eine Strategie für Europa, KOM (2007) 279 endg., S. 3 ff.

483 Verordnung (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1924/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wie die Health-Claims-Verordnung[484].[485] Insgesamt fallen die Maßnahmen betreffend Alkohol und Ernährung damit jedoch deutlich hinter denen zur Tabakprävention zurück.[486] Dies offenbart letztlich auch, dass ein gewisser Widerspruch zwischen dem Ziel der Förderung des Binnenmarktes und der Warenverkehrsfreiheit auf der einen, bei gleichzeitigem Bestreben zum Schutze der Verbraucher vor ungesunden Waren auf der anderen Seite nicht zu verleugnen ist.[487] Ebenso wird dadurch abermals verdeutlicht, dass beim Gesundheitsschutz allen voran die Mitgliedsstaaten selbst als Regulierungsakteure gefragt sind.[488]

cc) Gesundheitliche Ungleichheiten

Darüber hinaus thematisiert auch die Union das Problem gesundheitlicher Ungleichheiten. In der Mitteilung der EU-Kommission „Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU" aus dem Jahr 2009 wird nochmals explizit auf die hohe Bedeutung von Chancengleichheit und Solidarität im Gesundheitswesen aus Sicht der Kommission sowie auf Hauptprobleme und flankierende Maßnahmen der EU hingewie-

---

Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496/EWG des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission.

484 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.12.2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel.

485 Einen umfangreichen Überblick zu entsprechenden regulatorischen Maßnahmen der EU bieten *Alemanno/Garde*, Common Market Law Review 2013, 1745 (1752 ff.); betreffend Informationen zu Tabak und Alkohol vgl. *Howells/Watson*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. 23 ff.; betreffend Informationspflichten bei Nahrungsmitteln vgl. *Macmaoláin*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. 46 ff. und betreffend Marketingbeschränkungen vgl. *Garde/Friant-Perrot*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. 68 ff.

486 *Schutter*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. xiii (xxi f.).

487 Vgl. dazu *Schutter*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. xiii (xiv).

488 *Schutter*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. xiii (xiv f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sen.[489] Mit dieser Mitteilung bestärkt die Kommission abermals, dass der Abbau gesundheitlicher Ungleichheiten zu einer der Kernaktionen der EU-Gesundheitsstrategie gehört und dass Gleichheit in der Gesundheit als einer der Grundwerte der EU Politik angesehen wird.[490] Das Thema gesundheitliche Ungleichheiten findet dementsprechend auch in den EU-Maßnahmen zu psychischer Gesundheit, Tabak, Jugend, Krebs und HIV/AIDS-Prävention Berücksichtigung.[491] Die EU-Mitgliedsstaaten haben sich im Rahmen der offenen Koordinierungsmethode für Sozialschutz und soziale Eingliederung auf das Ziel der Verringerung von Ungleichheiten bei den „Gesundheitsergebnissen" der Bevölkerung geeinigt.[492]

Die Kommission stellt insgesamt jedoch fest, dass die bisherigen Maßnahmen zur Verringerung gesundheitlicher Ungleichheit bisher nur geringe Wirkung gezeigt hätten und aufgrund der jüngsten Finanzkrise zurzeit eher das Risiko einer weiteren Zunahme dieser Ungleichheiten gesehen werde. Generell bestehe über den Abbau gesundheitlicher Ungleichheiten zwar allgemeines Einvernehmen, es gebe jedoch erhebliche Unterschiede im Grad des Handlungsumfangs und des Problembewusstseins seitens der Mitgliedsstaaten, von denen mehr als die Hälfte keinen entsprechenden politischen Schwerpunkt auf dieses Themengebiet lege.[493] Ein hohes Gesundheitsniveau aller Bevölkerungsgruppen sei jedoch für die Nachhaltigkeit der Sozialschutzsysteme von entscheidender Bedeutung.[494] Die Kommission setzt daher darauf, ihre Rolle bei der Sensibilisierung, der Förderung und Unterstützung des Informations- und Wissensaustausches sowie bei der Identifizierung und Verbreitung bewährter Verfahren und Politik-

489 Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM (2009) 567 endg.

490 Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM (2009) 567 endg., S. 4.

491 So z.B. im Rahmen des EU-Forums zur Gesundheitspolitik, die EU-Partnerschaft gegen Krebs, das Forum für Alkohol und Gesundheit, die EU-Plattform für Ernährung, Bewegung und Gesundheit, vgl. Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM (2009) 567 endg., S. 4 u. 8.

492 Mitteilung der Kommission, Zusammenarbeiten, zusammen mehr erreichen: ein neuer Rahmen für die offene Koordinierung der Sozialschutzpolitik und der Eingliederungspolitik in der Europäischen Union, KOM (2005) 706 endg., S. 7.

493 Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM (2009) 567 endg., S. 10 f.

494 Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM (2009) 567 endg., S. 5.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ansätze zur Gesundheitsförderung und Verringerung gesundheitlicher Ungleichheiten weiter auszubauen. Weiterhin sollte die EU aus Sicht der Kommission vermehrt den Fortschritt bei der Umsetzung gesundheitsförderpolitischer Strategien überwachen und bewerten.[495]

III. Deutschland

Insgesamt lässt sich festhalten, dass vor allem die WHO, aber auch die EU-Kommission viele Maßnahmen und Programme zur Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention entwickeln und vorschlagen, jedoch immer wieder die fehlende oder mangelhafte Umsetzung dieser Vorschläge bemängelt wird. Es zeigt sich damit deutlich, dass die internationale und die EU-Ebene zwar eine tragende Rolle beim Agenda-Setting, der konzeptionellen Ausarbeitung sowie der Information und Koordinierung innehaben, es letztlich bei der konkreten Umsetzung aber vor allem auf die Mitgliedsstaaten ankommt.

1. Kernanliegen und Leitlinien

Die Leitlinien nationaler Gesundheitsförderpolitik lassen sich am besten an den nationalen Gesundheitszielen ablesen. Das Projekt „gesundheitsziele.de“ wurde im Jahr 2000 auf Initiative des Bundesministeriums für Gesundheit zusammen mit den Ländern ins Leben gerufen.[496] Die Gesundheitsziele dienen als ein „ergänzendes Steuerungsinstrument im Gesundheitswesen“ und streben die Verbesserung der Gesundheit Einzelner und bestimmter Gruppen in definierten Bereichen an.[497] Zudem setzen sie sich auch für eine Stärkung von gesundheitsfördernden Strukturen ein. Seit 2007 ist „gesundheitsziele.de“ ein auf Dauer angelegter Kooperationsverbund zwischen über 120 verschiedenen Organisationen aus gesund-

---

495 Mitteilung der Kommission, Solidarität im Gesundheitswesen: Abbau gesundheitlicher Ungleichheit in der EU, KOM (2009) 567 endg., S. 6 ff.

496 Vgl. umfassend zu den nationalen Gesundheitszielen http://www.bundesgesundheitsministerium.de/ themen/gesundheitswesen/gesundheitsziele.html (Stand: 6.4.2017).

497 http://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitsziele.htmlv (Stand: 6.4.2017).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitlicher Praxis, Politik und Wissenschaft.[498] Grundlage für die Zusammenarbeit im Kooperationsverbund ist die 2007 beschlossene und 2010 aktualisierte „Gemeinsame Erklärung", in derer die Kooperationsträger und -partner erklären, sich gemeinsam für die Erreichung der Gesundheitsziele stark zu machen und ihre Zuständigkeiten und Aktivitäten an ihnen auszurichten.[499]

Unter Mitwirkung von Bund, Ländern, gesetzlicher Kranken- und Rentenversicherung, privater Krankenversicherung und weiteren gesellschaftlichen Akteuren wurden bisher acht nationale Gesundheitsziele beschlossen und teilweise bereits aktualisiert.[500] Die Gesundheitsziele richten sich dabei einerseits auf bestimmte Krankheitsbilder: „Diabetes mellitus Typ 2: Erkrankungsrisiko senken, Erkrankte früh erkennen und behandeln (2003)"; „Brustkrebs: Mortalität vermindern, Lebensqualität erhöhen (2003; Aktualisierung 2011 und 2014)" sowie „Depressive Erkrankungen: verhindern, früh erkennen, nachhaltig behandeln (2006)". Andererseits zielen sie auf die Stärkung von Gesundheitsressourcen und die Bekämpfung von Risikofaktoren: „Gesund aufwachsen: Lebenskompetenz, Bewegung, Ernährung (2003; Aktualisierung 2010)"; „Gesundheitliche Kompetenz erhöhen, Patient(inn)ensouveränität stärken (2003; Aktualisierung 2011)"; „Gesund älter werden (2012)"; „Tabakkonsum reduzieren (2003, Aktualisierung 2015)" und „Alkoholkonsum reduzieren (2015)".[501]

Die nationalen Gesundheitsziele haben zudem Eingang in das Präventionsgesetz 2015[502] gefunden und sind jetzt in § 20 Abs. 3 S. 1 SGB V niedergelegt. Neben den nationalen Gesundheitszielen existieren eine Reihe unterschiedlicher Gesundheitsziele in einzelnen Bundesländern und auch

---

498 Siehe die ausführliche Übersicht der Kooperationsträger und Partner bei Gemeinsame Erklärung des Kooperationsverbundes zur Weiterentwicklung des nationalen Gesundheitszieleprozesses, 14.12.2010, S. 4 ff., abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/ fileadmin/Dateien/3_Downloads/G/Gesundheitsziele/Gemeinsame_Erklaerung_des_Kooperationsverbundes.pdf (Stand: 6.4.2017).

499 Gemeinsame Erklärung des Kooperationsverbundes zur Weiterentwicklung des nationalen Gesundheitszieleprozesses, 14.12.2010, S. 2.

500 http://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitsziele.html (Stand: 6.4.2017).

501 http://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitsziele.html (Stand: 6.4.2017); vgl. auch die Bekanntmachung über die Gesundheitsziele und Teilziele im Bereich der Prävention und Gesundheitsförderung vom 27.4.2015, BAnz AT 19.05.2015 B3.

502 Dazu sogleich unter 2.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kommunen.[503] Diese sind jedoch von unterschiedlichen Vorgehensweisen bei der Auswahl von Gesundheitszielen und ihrer Weiterentwicklung und Umsetzung geprägt. Das Spektrum reicht hier von präventiven Themen wie etwa Kinderunfällen, Sucht und Drogen, Ernährung, Impfen, betriebliche Gesundheitsförderung über versorgungsorientierte Themen wie Krebs und Schlaganfall bis hin zu bürgerorientierten Themen wie Gesundheitsinformation.[504]

Gesetzgeberische Maßnahmen, welche sich direkt auf die Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention beziehen, richten sich verstärkt auf die Normierung und Kontrolle des individuellen Gesundheitsverhaltens.[505] Der Maßnahmenkatalog umfasst dabei eine Kombination aus Verboten, finanziellen Anreizen und erweiterten Informationspflichten, welche insgesamt die Bürger zu einer gesünderen Lebensweise animieren sollen.[506] Dazu zählen etwa Rauchverbote in öffentlichen Einrichtungen, Tabak- und Genussmittelsteuern, Werbeverbote und Verkaufsbeschränkungen für Alkohol und Tabak oder auch Möglichkeiten für Krankenkassen, präventives Verhalten ihrer Versicherten mittels Bonussystemen zu belohnen.[507] Diese Maßnahmen werden dabei durch entsprechende staatliche Informationskampagnen und -programme sowie durch vielerlei Selbstverpflichtungserklärungen (vor allem Nationale Aktionspläne) begleitet.[508] Im Fokus staatlicher Bemühungen steht die Bekämpfung von ungesunden Ernährungsweisen und Adipositas sowie Suchtmittelkonsum (hier vor allem Alkohol und Tabak).[509]

Beispiele aus jüngerer Zeit bilden etwa der *Nationale Aktionsplan der Bundesregierung zur Prävention von Fehlernährung, Bewegungsmangel,*

503 *Angele*, Bundesgesundheitsblatt 2003, 109 m. w. N.
504 *Angele*, Bundesgesundheitsblatt 2003, 109 f.
505 Im weiteren Sinne besitzen auch Gesetze zum Arbeitsschutz, Immissionsschutz, Umweltschutz, Grenzwerte für die Industrie etc. eine Schutzfunktion für die Bevölkerungsgesundheit.
506 *Gerlinger/Schmucker*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 69 (72 ff.); vgl. auch die Übersicht bei *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (5).
507 S. dazu ausführlich Kap. 2 A.
508 Vgl. den Überblick bei *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (5 ff.).
509 Zum Ganzen *Gerlinger/Schmucker*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 69 (72 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Übergewicht und damit zusammenhängende Krankheiten „IN FORM"[510], welcher zum Ziel hat, das Ernährungs- und Bewegungsverhalten in Deutschland nachhaltig zu verbessern, der *Aktionsplan zur Umsetzung der HIV/AIDS-Bekämpfungsstrategie der Bundesregierung,* welcher sich der Aufklärung und Präventionsarbeit in diesem Bereich widmet[511] sowie der *Nationale Krebsplan*, welcher als Koordinierungs- und Kooperationsprogramm zur Weiterentwicklung und Verbesserung sowohl der Früherkennung von Krebs als auch der Versorgung von krebskranken Menschen dient.[512] Neben den Nationalen Aktionsplänen sind eine Vielzahl anderer Formen von Selbstverpflichtungen und Absichtserklärungen erarbeitet worden.[513] Ein Beispiel hierfür ist die *Strategie der Bundesregierung zur Förderung der Kindergesundheit* (2008).[514] Zu beachten ist hierbei jedoch, dass Selbstverpflichtungserklärungen und Aktionspläne in erster Linie die Arbeitsroutinen der beteiligten Ministerien systematisieren und zunächst nur als Anregung für Projekte von Bund, Ländern und Kommunen dienen. Ihre finanzielle Reichweite und damit ihr Wirkungsradius sind zudem in der Regel sehr beschränkt.[515] Aufgrund ihres „Appellcharakters" an Institutionen und Individuen stehen diese Strategien in Verdacht, als bloße politische Symbolpolitik zwar nicht abgelehnt, aber auch nicht nachhaltig beachtet zu werden.[516]

Ein weiteres Themenfeld der Gesundheitsförderpolitik ist die *Ungleichheit von Gesundheitschancen*. Die politischen Akteure sind sich hier einig, dass der Einfluss der sozialen Lage auf den Gesundheitszustand hinreichend wissenschaftlich belegt ist.[517] Die individuellen Teilhabe- und Entwicklungschancen in der Gesellschaft erweisen sich als stark vom sozialen Status abhängig. Die nachgewiesene Ungleichheit in den Gesundheitszu-

---

510 Abrufbar unter http://www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Broschueren/AktionsplanINFORM.pdf?__blob=publicationFile (Stand: 3.4.2017).

511 Abrufbar unter http://www.bmg.bund.de/fileadmin/redaktion/pdf_broschueren/Aktionsplan-HIV_Aktionsplan-HIV-Aids-deutsch.pdf (Stand: 3.4.2017).

512 Abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Praevention/Broschueren/Broschuere_Nationaler_Krebsplan.pdf (Stand: 21.10.2018); zum Ganzen auch *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (6).

513 Vgl. *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (6).

514 Abrufbar unter http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/redaktion/pdf_misc/psychische-Gesundheit_01.pdf (Stand: 6.4.2017).

515 *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (6).

516 *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (6).

517 *Kilian/Lehmann/Richter-Kornweitz u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2016, 266.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ständen und auch in den Gesundheitschancen wird als nicht akzeptabel und interventionsbedürftig anerkannt.[518] Federführend auf der bundespolitischen Ebene ist hier die *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)*, welche allen voran die beiden Projekte „www.gesundheitliche-chancengleichheit.de“ und „www.health-inequalities.eu“ mit nationalen und internationalen Kooperationspartnern zusammen koordiniert und im Jahr 2003 den Kooperationsverband „Gesundheitliche Chancengleichheit“ initiiert hat.[519] Dem Kooperationsverbund gehören 66 Organisationen aus dem Bereich Gesundheitswesen, Politik und Praxis (Verbände, Krankenkassen, Landesministerien etc.) an.[520] Schwerpunktthemen des Verbundes sind die Gesundheitsförderung bei Kindern und Jugendlichen, bei Arbeitslosen, bei Älteren und im Quartier. Der Verbund versucht, trotz föderaler Strukturen das Handeln der verschiedenen Akteure zu koordinieren. Angesichts dieser Herausforderungen setzen die zentralen Aktivitäten in erster Linie auf kommunaler Ebene an (sog. *kommunaler Partnerprozess* „Gesundheit für alle"[521]).[522] So wurden diverse Arbeitshilfen ausgearbeitet, welche sich ausdrücklich an kommunale Akteure außerhalb des Gesundheitsbereiches wenden und Wege und Methoden aufzeigen, wie kommunale Bedingungen für gesundheitliche Chancengleichheit gestaltet werden können.[523] Das gemeinsame Ziel ist es dabei, allen Menschen, insbesondere auch den sozial benachteiligten, in der Kommune möglichst günstige Rahmenbedingungen für ein Leben in Wohlergehen zu schaffen.[524] Gesetzlich schlägt sich das Thema Verringerung sozial bedingter Ungleichheit von Gesundheitschancen in Form eines entsprechenden Auftrages an die gesetzlichen Krankenkassen in § 20 Abs. 1 S. 2 SGB V nieder.

---

518 *Kilian/Lehmann/Richter-Kornweitz u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2016, 266.
519 http://www.bzga.de/themenschwerpunkte/gesundheitlichechancengleichheit/ (Stand: 30.6.2016).
520 http://www.gesundheitliche-chancengleichheit.de/kooperationsverbund/struktur/kooperationspart-ner/ (Stand: 30.6.2016).
521 http://www.gesundheitliche-chancengleichheit.de/ (Stand: 30.6.2016).
522 *Gerlinger/Schmucker*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 69 (270 f.).
523 *Kilian/Lehmann/Richter-Kornweitz u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2016, 266 (270 f.) m. w. N.
524 *Kilian/Lehmann/Richter-Kornweitz u. a.*, Bundesgesundheitsblatt 2016, 266 (270).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In der gesundheitswissenschaftlichen Literatur werden die Bemühungen in diesem Bereich jedoch grundsätzlich als unzureichend bewertet.[525] So sei das Thema der sozial bedingten Ungleichheit zwar inzwischen in die breite Öffentlichkeit gelangt und besitze auch auf der gesundheitspolitischen Agenda einen festen Platz, allerdings sei hier noch kein wirksames Konzept erkennbar, welches den Trend der weiterhin ansteigenden sozial bedingten gesundheitlichen Ungleichheiten aufzuhalten vermöge.[526] Aus Sicht nicht weniger Wissenschaftler bleibe Deutschland in der rechtlichen Ausgestaltung und tatsächlichen Umsetzung deutlich hinter den internationalen Standards zurück.[527] So kam auch die *Bioethik Kommission des Landes Rheinland-Pfalz* im Jahr 2010 zu dem Schluss, dass zur Realisierung von Gesundheitsgerechtigkeit besonders Impulse des Gesetzgebers zu Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention gefordert seien und gesetzliche Möglichkeiten stärker genutzt werden sollten.[528]

2. Das Präventionsgesetz

Zentrum jüngster gesetzgeberischer Tätigkeit auf dem Gebiet der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz – PrävG) vom 17. Juli 2015.[529] Das Artikelgesetz ergänzt und fasst verschiedene Vorschriften der SGB V, VI, VII, VIII und XI neu – allen voran die

525 Vgl. etwa die grundlegende Kritik bei *Gerlinger/Schmucker*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 69 ff.

526 *Gerlinger/Schmucker*, in: *Schott/Hornberg* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 2011, S. 69 (75).

527 Vgl. etwa das „Bielefelder Memorandum", abrufbar unter: https://www.uni-bielefeld.de/gesundhw/ health-inequalities/downloads/memorandum_bi.pdf (Stand: 30.6.2016).

528 *Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz*, Gesundheit und Gerechtigkeit, 2010, S. 13, 111 ff.

529 BGBl. I 2015 S. 1368; ausführlich zu Kompetenz- und Organisations- sowie Finanzierungsfragen *Schuler-Harms*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 13 ff.; vgl. auch *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 ff.; zur Entwicklung der Präventionsgesetzgebung in Deutschland vgl. *Meierjürgen/Becker/Warnke*, Prävention und Gesundheitsförderung 2016, 206 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

§§ 20a-g, 25, 26 und 65a SGB V. Daneben wurden noch vereinzelt andere Gesetze geringfügig ergänzt, so etwa das Infektionsschutzgesetz (IfSG)[530].

a) Grundlegende Ziele und Strukturen

Ausweislich des Gesetzentwurfs ist Ziel des Präventionsgesetzes, „unter Einbeziehung aller Sozialversicherungsträger sowie der privaten Krankenversicherung und der privaten Pflegeversicherung die Gesundheitsförderung und Prävention insbesondere in den Lebenswelten der Bürgerinnen und Bürger auch unter Nutzung bewährter Strukturen und Angeboten zu stärken, die Leistungen der Krankenkassen zur Früherkennung von Krankheiten weiterzuentwickeln und das Zusammenwirken von betrieblicher Gesundheitsförderung und Arbeitsschutz zu verbessern."[531] Das Gesetz soll insbesondere die „strukturellen Voraussetzungen" dafür schaffen und die Zusammenarbeit der Akteure auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene verbessern.[532] Es wird damit zum Ausdruck gebracht, dass Gesundheitsförderung und Gesundheitsprävention grundsätzlich gesamtgesellschaftliche Aufgaben darstellen und über den gesamten Lebensverlauf von Bedeutung sind.[533]

Hauptadressat der Aufgabenzuweisung und damit Hauptakteur der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sind weiterhin die gesetzlichen Krankenkassen sowie der GKV-Spitzenverband. Die allgemeine Aufgabe der Krankenversicherung zum Erhalt und zur Wiederherstellung und Verbesserung der Gesundheit nach § 1 Abs. 1 S. 1 SGB V wird dazu durch einen Satz 2 ergänzt. Danach gehört nun auch die Förderung der gesundheitlichen Eigenkompetenz und Eigenverantwortung der Versicherten zum Aufgabenspektrum. Konkretisiert wird diese Aufgabenzuweisung durch die §§ 20 ff. SGB V. Nach § 20 Abs. 1 S. 1 SGB V besteht nun eine Pflicht der Krankenkassen, in der Satzung Leistungen zur Verhinderung und Verminderung von Krankheitsrisiken (primäre Prävention) sowie zur Förderung des selbstbestimmten gesundheitsorientierten Handelns der Versicherten (Gesundheitsförderung) vorzusehen. Nach S. 2 sollen die Leistun-

530 Infektionsschutzgesetz v. 20.7.2000, BGBl. I S. 1045, zul. geänd. d. Art. 70 d. V. v. 31.8.2015, BGBl. I S. 1474.
531 BT-Drucks. 18/4282, S. 1.
532 BT-Drucks. 18/4282, S. 1.
533 *Petersen-Ewert/Wehowsky*, MedR 2015, 867.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gen insbesondere auch zur Verminderung sozial bedingter sowie geschlechtsbezogener Ungleichheit von Gesundheitschancen beitragen. Für die Festlegung der Leistungen der Krankenkassen ist nach § 20 Abs. 2 SGB V wie bisher der GKV-Spitzenverband verantwortlich, indem er einheitliche Handlungsfelder und Kriterien insbesondere hinsichtlich Bedarf, Zielgruppen, Zugangswegen und Methodik sowie nun auch hinsichtlich Qualität, intersektoraler Zusammenarbeit, wissenschaftlicher Evaluation und der Messung der Erreichung der mit den Leistungen verfolgten Ziele aufstellt.[534] § 20 Abs. 6 SGB V verpflichtet die Kassen konkret dazu, für jeden Versicherten einen bestimmten Betrag an Präventionsleistungen aufzuwenden.[535]

Gemäß § 20 Abs. 4 SGB V wird die Leistungserbringung nach drei Arten unterschieden: erstens die Leistungen zur Verhaltensprävention nach § 20 Abs. 5, zweitens die Leistungen zur Gesundheitsförderung und Prävention in Lebenswelten nach § 20a SGB V sowie drittens die betriebliche Gesundheitsförderung nach § 20b SGB V. Die verhaltensbezogene Prävention kann als der unmittelbar vom Gesetz oder von den durch das Gesetz hierzu ermächtigten Krankenkassen an den Versicherten „ausgesendete Impuls zu einem gesünderen Leben" verstanden werden.[536] Die betriebliche Gesundheitsförderung dient hingegen dem Aufbau gesundheitsfördernder Strukturen am Arbeitsplatz. Als „echte Neuerung" werden durch das Präventionsgesetz die Lebenswelten als zentrales Handlungsfeld festgelegt.[537] Die Prävention in den Lebenswelten soll insbesondere bewirken, dass die Menschen dort erreicht werden, wo sie leben, lernen und arbeiten.[538] Als Lebenswelten definiert § 20a Abs. 1 S. 1 SGB V für die Gesundheit bedeutsame, abgrenzbare soziale Systeme insbesondere des Wohnens, des Lernens, des Studierens, der medizinischen und pflegerischen Versorgung sowie der Freizeitgestaltung einschließlich des Sports. Grundvoraussetzung der Prävention in den Lebenswelten ist jedoch, dass die für die Lebenswelt Verantwortlichen bereit sind, Vorschläge der Krankenkas-

534 *Welti*, GuP 2015, 211 (213).
535 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (111).
536 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (109 f.).
537 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (110).
538 *Petersen-Ewert/Wehowsky*, MedR 2015, 867.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

se umzusetzen (§ 20a Abs. 2 SGB V). Dies betont abermals den gesamtgesellschaftlichen Charakter der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention.[539]

Die Normierung des Begriffs der Lebenswelten wird im Schrifttum nicht unkritisch aufgenommen. So bezeichnet *Welti* etwa die Verbindung der Begriffe der Lebenswelt und des sozialen Systems zumindest als „bemerkenswert".[540] *Klement* bewertet den Begriff als „ausgesprochen weit" und sieht dessen Normierung vielmehr als „Zeichen einer technokratischen Entfremdung des Gesetzgebers von eben jener Lebenswelt".[541] Ebenso bemängelt er die durch das Gesetz bedingte Verantwortungsdiffusion zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Akteuren.[542]

b) Schwerpunkt Verhaltensprävention

Neben der Prävention in den Lebenswelten zeigt das Präventionsgesetz weiterhin einen starken Fokus auf die Verhaltensprävention.[543] So richten sich die gesundheitsfördernden und primärpräventiven Maßnahmen zwar sowohl an das Verhalten des Einzelnen als auch an die Gestaltung eines gesundheitsförderlichen Lebensumfeldes. Ziel ist es jedoch, vor allem die *lebensstilbedingten* Krankheiten gar nicht erst entstehen zu lassen oder diese zumindest positiv in ihrem Verlauf zu beeinflussen. Beeinflusst werden sollen daher insbesondere die mit dem persönlichen Lebensstil verbundenen Risikofaktoren mangelnde Bewegung, unausgewogene Ernährung, Übergewicht, Rauchen, übermäßiger Alkoholkonsum und chronische Stressbelastungen.[544] Dieser Grundsatz spiegelt sich auch bei den Gesundheitszielen wieder, welche nach § 20 Abs. 3 S. 1 SGB V im Bereich der Gesundheitsförderung und Prävention seitens des GKV-Spitzen-

539 *Welti*, GuP 2015, 211.
540 *Welti*, GuP 2015, 211 (212).
541 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (110).
542 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (112).
543 So auch *Welti*, GuP 2015, 211 u. *Petersen-Ewert/Wehowsky*, MedR 2015, 867; einen allgemeinen Erklärungsansatz für die Dominanz der Verhaltensprävention bieten *Kühn/Rosenbrock*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 47 (57 ff.).
544 Zum Ganzen BT-Drucks. 18/4282, S. 21.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbandes bei der Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen sind. Umfasst sind auch hier vor allem lebensstilbedingte Erkrankungen und Risikofaktoren wie Diabetes mellitus Typ 2 (Nr. 1), Tabakkonsum (Nr. 3), mangelnde Bewegung und unausgewogene Ernährung (Nr. 4), depressive Erkrankungen (Nr. 6) und Alkoholkonsum (Nr. 8). Die nach § 20 Abs. 1 SGB V zu erbringenden Leistungen sind damit vor allem Gesundheitsleistungen, welche im Wesentlichen an den einzelnen Versicherten und ihrem Verhalten ausgerichtet sind.[545] Ergänzt werden diese Leistungen mit der grundsätzlichen Pflicht der Krankenkassen nach § 65a SGB V einen Bonus für gesundheitsbewusstes Verhalten zu gewähren. Der Fokus auf verhaltensbedingte Risikofaktoren spiegelt sich letztlich auch in den Ausgaben der Krankenkassen wieder, da der größte Anteil der Ausgaben der Krankkassen im Bereich Prävention mit ca. 164 Mio. Euro auf Bonusprogramme für gesundheitsbewusstes Verhalten entfällt, und nicht etwa auf Angebote in den „Alltagswelten" (nur ca. 28 Mio. Euro).[546] *Klement* konstatiert zugespitzt, dass durch das Präventionsgesetz nun endgültig die Ideale und Zeile der „Lebensreformbewegung" normiert worden seien.[547] Das gesetzliche Leitbild entspreche dem einer „Fitnessgesellschaft".[548] Das Ausbrechen einer Krankheit werde hier als letzter „dramatischer Akt" eines schleichenden Prozesses verstanden. Gesundheit sei dabei nicht mehr nur als Abwesenheit von Krankheit zu verstehen, sondern gelte vielmehr als „Ideal der Wellness", um dessen Erreichung der Mensch stets strebend bemüht sei.[549] Auch könne das Präventionsgesetz als ein deutlicher Schritt hin zu einer vermehrt staatlich gelenkten und verwalteten Gesundheitsvorsorge gesehen werden.[550]

Der dann faktisch doch enge Zuschnitt auf verhaltens- und lebensstilbedingte Leistungen trotz starker Betonung der Bedeutsamkeit von Verhält-

---

545 *Welti*, GuP 2015, 211.

546 Antrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN, Gesundheit für alle ermöglichen – Gerechtigkeit und Teilhabe durch ein modernes Gesundheitsförderungsgesetz, BT-Drucks. 18/4327.

547 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (109).

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

549 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (109).

550 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (117).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nisprävention verwundert jedoch nicht. Wie bereits im Rahmen der Definition von Gesundheit und Krankheit beschrieben, übersetzt ein Krankenversicherungsgesetz die Ideen und Konzepte von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention in seine Systematik von Leistungsanspruch und Leistungsausschluss.[551] Das Präventionsgesetz leistet insgesamt damit hauptsächlich das, was man wohl von einem auf die Festschreibung individueller Ansprüche gerichtetem Krankenversicherungsgesetz vernünftigerweise erwarten kann – die Leistungen und Strukturen der Krankenversicherung an dem Präventionsziel auszurichten und entsprechend zu modifizieren.[552] Darüber hinaus werden oftmals der *Kassenwettbewerb* und die damit verbundene Selektion „guter Risiken" als Grund für eine Verengung der Präventionsleistungen auf weder sonderlich wirksame noch auf besonders Bedürftige zielende verhaltenspräventive Maßnahmen angeführt.[553] Eine wirkliche Verhältnisprävention ist, wie betont, eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe und vermag nicht von einem einzelnen Akteur, hier der gesetzlichen Krankenkasse, umfassend umgesetzt zu werden. Die eigentlichen wirksamen, da an den Verhältnissen („den Ursachen der Ursachen") ansetzenden Präventionsgesetze sind vielmehr im Bereich der Bildungs- und Arbeitsmarktpolitik, der Infrastruktur- und Umweltpolitik sowie der Grundsicherung und des Steuerrechts zu verorten.[554] Gleichwohl verdeutlicht das Präventionsgesetz den allgemeinen Trend, dass sich insgesamt insbesondere die gesetzlichen Versicherten einer vermehrten Verhaltensbeeinflussung durch Leistungsangebote und einer zielgerichteten Umgestaltung ihrer äußeren Alltagsbedingungen (in den Lebenswelten) ausgesetzt sehen werden.[555]

---

551 S. oben A II 1.

552 *Welti*, GuP 2015, 211 (213); die Aufgaben- und Leistungsbeschreibung in der Abgrenzung von staatlicher Daseinsvorsorge und sozialversicherungsrechtlicher Aufgabe als unscharf bezeichnend *Schuler-Harms*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 13 (17).

553 So schon *Heinen-Kammerer*, Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1999, S. 117 ff.; jüngst auch *Huster*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn,* Gesundheitsrecht, 2015, § 20 SGB V Rn. 3 u. *Welti*, GuP 2015, 211 (213).

554 Vgl. *Welti*, GuP 2015, 211 (212).

555 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (117), sieht zudem eine „Lawine" neuer Informationskampagnen auf die Bürger zurollen.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

E. Zwischenfazit des ersten Kapitels

Zusammenfassend sind folgende Erkenntnisse für die weitere verfassungsrechtliche Bearbeitung nochmals hervorzuheben:

- Gesundheit kann vor allem als ein extrinsisches also instrumentelles Gut angesehen werden. Gesundheit mit Blick auf die Krankheitsvermeidung zu fördern, erscheint als plausibles Ziel. Dies gibt jedoch nicht per se darüber Auskunft, ob dieses Ziel in öffentlicher oder privater, individueller Verantwortung liegt. Wie die Ausführungen gezeigt haben, ist grundsätzlich von einer geteilten Verantwortung zwischen Öffentlichkeit und dem Individuum auszugehen. Ein genaueres Austarieren dieser beiden Verantwortlichkeitssphären und den daraus resultierenden Implikationen für Rechte und Pflichten kann erst in der verfassungsrechtlichen Identifikation und Abwägung der Individualinteressen auf der einen und der Gemeinschaftsinteressen auf der anderen Seite erfolgen.
- Konzepte über Gesundheit und Krankheit und Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention mögen sich oft unter dem Deckmantel der wissenschaftlichen Argumentation verstecken, sie unterliegen jedoch grundsätzlich immer moralischen Wertungen, die nicht die Fragen, sondern das Ergebnis der Arbeit bestimmen. Es ist daher von Bedeutung, sich dieser moralischen Implikationen bewusst zu sein und diese offenzulegen, bevor entsprechende Konzepte und wissenschaftliche Studien etc. in die verfassungsrechtliche Argumentation Eingang finden. Auch ist ein genaues Augenmerk auf die Evidenz entsprechender Theorien zu legen.
- Die Wertgeladenheit der Begriffe Krankheit und Gesundheit hat mit Blick auf Verhaltenssteuerung und -normierung unterschiedlichen Einfluss. Im Rahmen der Heilbehandlung wird mit der Unterscheidung krank und gesund nur der Rahmen für die Kostenübernahme durch die Solidargemeinschaft festgelegt. Der Einzelne wird jedoch strukturell nicht dazu bewegt, einem bestimmten Krankheitsverständnis zu folgen und sich als krank oder gesund zu fühlen und sich diesem staatlich vorgegebenen Normenbild entsprechend zu verhalten. Im Rahmen der Prävention von Krankheit und der damit verbundenen Förderung von Gesundheit geht es dem hingegen darum, bestimmte körperliche oder psychische Zustände und bestimmte Verhaltensweisen als gesundheitsfördernd (und damit als gut) und als krankheitsrisikoerhöhend (und damit als schlecht) zu qualifizieren. Gesundheitsförderung aus rechtspoli-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tischer Sicht tendiert dazu, den Einzelnen als hauptverantwortlich für seinen Gesundheitszustand anzusehen und entsprechend verhaltenssteuernde Maßnahmen solchen Maßnahmen vorzuziehen, welche die zugrundeliegenden sozialen Determinanten von Gesundheit angreifen. Der Staat neigt hierbei dazu, ein positives Leitbild zu schaffen und damit ein bestimmtes Menschenbild zu propagieren. Infolgedessen wird versucht, dem Bürger ein dieser Leitnorm entsprechendes Verhalten nahe zu legen und ihn zur Verfolgung dieses Verhaltens zu bewegen. Im Rahmen von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention gerät damit die Freiheit des Einzelnen über sein Leben selbstbestimmt zu entscheiden in Bedrängnis.

– Die Gesundheit des Einzelnen ist gebunden an die gesellschaftlichen Einflüsse und Umstände. Es ist hierbei zunächst im gesamtgesellschaftlichen Kontext von einer grundsätzlich eingeschränkten Autonomie des Individuums hinsichtlich des Einflusses über seine Gesundheit auszugehen. Autonome Entscheidungen können mithin nur innerhalb des vorgegebenen gesellschaftlichen Rahmens getroffen werden. Der Einzelne ist damit bereits in diesem Rahmen als in seiner Freiheit eingeschränkt anzusehen. Inwieweit bestimmtes gesundheitsschädliches Verhalten jedoch dann aus verfassungsrechtlicher Sicht als Freiheitsausübung oder gerade als Ausdruck der Unfreiheit gewertet werden kann, bedarf genauerer Bestimmung. Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sollen grundsätzlich zu größerer Selbstbestimmung und Autonomie über gesundheitsrelevante Entscheidungen verhelfen. Wenn sie jedoch in der Gestalt von Freiheitsbeschränkungen daherkommen, ergibt sich hier ein Widerspruch.
– Die Kategorisierung und Systematisierung der Interventionsmaßnahmen nach Phasen und Arten ist für die Gesundheitswissenschaften in erster Linie aus konzeptioneller und theoretischer Sicht von Bedeutung. Doch bereits in der wissenschaftlichen Diskussion wird die Kategorisierung und Zuordnung spezifischer Maßnahmen zu den jeweiligen Präventionsphasen und -arten nicht einheitlich gehandhabt und insgesamt oftmals kritisiert. Vor allem aber in der praktischen Umsetzung scheinen die Maßnahmen sowieso verschiedene Konzepte miteinander zu vereinen. Strategien der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention verfolgen nämlich allermeist kombinierte Ansätze. Es kann

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dann von „verhältnisgestützter Verhaltensprävention“[556] gesprochen werden. Denn grundsätzlich wird bei den praktisch angewandten Maßnahmen letztlich zumindest als Fernziel oftmals eine *Verhaltensbeeinflussung* bezweckt. Je nach stärkerem Fokus auf das Verhalten selbst oder die das Verhalten beeinflussenden Umstände wirkt die Verhaltensbeeinflussung dann entweder vorrangig unmittelbar oder mittelbar und tritt dem Individuum entsprechend mehr weniger offen gegenüber.

– Schließlich erscheint es vor allem mit Blick auf diese Arbeit sinnvoll, eine Unterscheidung in primäre Ansätze der Prävention, die vor dem Auftreten einer Krankheit greifen, und sekundäre Ansätze, die nach der Krankheitsmanifestation greifen, vorzunehmen.[557] Die besondere Problemkonstellation präventiver staatlicher Tätigkeit scheint sich nämlich vor allem im Rahmen der Primärprävention zu entfalten, und hierbei bei solchen Maßnahmen, welche gezielt versuchen, das Gesundheitsverhalten des Einzelnen (vor dem Auftreten von Krankheitssymptomen) zu beeinflussen.

556 *Rosenbrock*, Primärprävention - Was ist das und was soll das?, 2008, S. 21.

557 In diesem Sinne auch *Hurrelmann/Laaser/Richter*, in: *Hurrelmann/Razum* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 2012, S. 661 (669).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zweites Kapitel: Die Grundrechtsrelevanz von Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

Zielen Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention auf eine Verhaltenssteuerung des Individuums zu „gesundem" Verhalten, stehen diese Zwecke in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis zur Freiheit des Einzelnen. Der gesundheitsfördernde Sozialstaat steht hier in der Tendenz, das Ziel einer besseren Gesundheit aller und damit das Ziel des sozialen Wohls zu vergemeinschaften und auch Risiken sowie Entscheidungen zum Umgang mit diesen Risiken zu kollektivieren. Er begibt sich damit auf den ersten Blick in Widerspruch zu den grundrechtlich geschützten Individualrechten zur freien Entfaltung der Persönlichkeit und damit dem verbundenen Recht zur Selbstbestimmung der Bürger über ihre Lebensziele und Lebensführung.[558] Viele Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention bewegen sich noch auf der Ebene von Information, Beratung und Aufklärung. Doch schon seit längerer Zeit, teilweise Jahrzehnten, wird diese Art der Maßnahmen aus Public Health Perspektive als unzureichend und ineffektiv kritisiert.[559] Neue Erkenntnisse der Informationstechnologie und der Verhaltensforschung haben eine Vielzahl neuer Maßnahmen und Methoden zu Tage gefördert, Gesundheitsverhalten effektiver steuern und beeinflussen zu können. Die Entwicklung geht dabei zunehmend in die Richtung, komplexere und vor allem den Entscheidungs- und Verhaltenskontext der Menschen verändernde Maßnahmen zu implementieren, mit dem Ziel, ein immer engmaschigeres Netz der Verhaltenssteuerung um den Einzelnen zu spinnen. Auch hat angesichts des steigenden Kostendrucks das Thema Eigenverantwortung im System der Gesundheitsversorgung zurzeit wieder Konjunktur. Dies führt dazu, dass Forderungen lauter werden, bestimmte gesundheitsgefährdende Verhal-

558 Vgl. *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 53; *Müller-Dietz*, JZ 2011, 85 (93); *Baier*, in: *Seewald/Schoefer* (Hrsg.), Zum Wert unserer Gesundheit, 2008, S. 111 (113).

559 Statt vieler hier nur *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2007. Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, 2008, S. 233 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tensweisen zu sanktionieren.[560] Ob der Grundsatz, dass aus Selbstbestimmung auch Verantwortung folgt, so auch im Rahmen von Gesundheit und Krankheit gelten kann, ist jedoch höchst fraglich.[561] Darüber hinaus zeigt der Blick in die USA, dass es nur eine Frage der Zeit zu sein scheint, wann aus jahrzehntelanger Public-Health-Forschung und zunehmender Gefährdung der Bevölkerung durch lebensstilbedingte Krankheiten konkrete gesetzgeberische Maßnahmen folgen. Wie die weitere Bearbeitung noch zeigen wird, lässt sich hier in einigen Bundesstaaten oder Kommunen eine rege gesetzgeberische Aktivität bezüglich das Gesundheitsverhalten regulierender Maßnahmen feststellen – eine internationale Tendenz, die auch vor Deutschland nicht Halt machen wird.

A. Verhaltensbeeinflussende Instrumente der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention

I. Systematisierungskriterien

Zunächst werden im Folgenden die möglichen Instrumente der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention systematisiert. Die in der gesundheitswissenschaftlichen Literatur gängige Unterscheidung in Verhaltens- und Verhältnisprävention wird im Rahmen der rechtlichen Systematisierung nicht vorgenommen. Nicht nur erscheint eine Abgrenzung bei vielerlei Maßnahmen sehr schwierig, auch ist eine solche Unterscheidung für die verfassungsrechtliche Betrachtung nicht sonderlich fruchtbar. Im Fokus steht unstrittig die Verhaltenssteuerung des Individuums, ob diese nun eher beim Verhalten des Einzelnen oder bei den dieses Verhalten beeinflussenden Verhältnissen ansetzt. Nicht zuletzt verbinden Maßnahmen oftmals auch beide Elemente. Zielführender erscheint es daher, sich auf den Aspekt der Verhaltenssteuerung zu konzentrieren und die möglichen Maßnahmen zunächst nach den klassischen Kategorien der Steuerungstheorie zu systematisieren. Es wird dabei vor allem auf die Funktionsweise des jeweiligen Instruments eingegangen und, soweit erforderlich, werden auch verhaltenspsychologische Grundlagen bestimmter Instrumente aufgezeigt. Dies soll eine bessere Bewertung der Grundrechtsbeeinträchtigung dieser Maßnahmen anhand ihrer Wirkmechanismen ermöglichen. Im Fo-

560 Vgl. dazu unten Kap. 3 C IV 2.
561 Vgl. *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 17 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kus steht dabei der Staat als Steuerungsakteur, welcher sich einer Vielzahl staatlicher Steuerungssubjekte bedient.[562] Im Bereich der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention sind dies etwa die Gesundheitsministerien von Bund und Ländern, die Bundesinstitute wie das Robert-Koch-Institut, die *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA)*, Einrichtungen des Öffentlichen Gesundheitsdienstes und insbesondere auch die gesetzliche Krankenversicherung.[563] Normadressaten sind in einem korporatistisch organisierten Gesundheitssystem demzufolge zunächst die Akteure des Gesundheitswesens, aber auch private Wirtschaftssubjekte, soweit ihre Produkte und Dienstleistungen gesundheitliche Implikationen aufweisen.[564] Im Rahmen dieser Arbeit wird sich jedoch auf das Individuum als Steuerungsobjekt konzertiert. Auch wenn eine Vielzahl von Public-Health-Maßnahmen strukturelle Veränderungen in der Gesellschaft hervorrufen sollen, stellen sich gerade bei denjenigen Maßnahmen, die das Verhalten des Einzelnen ansprechen und verändern wollen, die Fragen der Grundrechtsbeeinträchtigung. Der Fokus liegt im Folgenden dementsprechend auf der Beziehung zwischen Staat und Individuum und das in diesem Verhältnis eingesetzte Steuerungsinstrumentarium.[565]

II. Verbote und Gebote

Verbote und Gebote sollen mittels verbindlicher Regeln Einfluss auf die Steuerungsobjekte, hier die Individuen ausüben. Verstöße gegen solche

562 In Anlehnung an *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 101 ff.

563 Einen ausführlichen Überblick über die Akteure im Bereich Gesundheitsförderung bieten *Walter/Schwartz/Plaumann*, in: *Schwartz/Walter/Siegrist u. a.* (Hrsg.), Public Health, 3. Aufl. 2012, S. 271 ff. und *Blümel*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, 2011, S. 14 ff.; ausführlich zur gesetzlichen Krankenversicherung *Simon*, Das Gesundheitssystem in Deutschland, 4. Aufl. 2013, S. 165 ff.

564 *Mosebach/Walter*, Jahrbuch für Kritische Medizin 2006, 8 (16).

565 Einen ausführlichen Überblick zu möglichen Klassifizierungsansätzen des staatlichen Steuerungsinstrumentariums bietet *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 106 ff.; zur steuerungstheorethischen Einordnung der Instrumente staatlicher Gesundheitssteuerung vgl. auch *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 27 ff. u. 105 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ver- und Gebote sind regelmäßig sanktionsbewährt.[566] Entsprechende verbindliche Regeln im Gesundheitsbereich fallen meist in das Feld der Krankheitsprävention. Hier soll ein die Gesundheit schädigendes Verhalten unterbunden oder ein vor Krankheitsgefahren schützendes Verhalten erzwungen werden. Wie bereits erwähnt, treffen Verbote und Gebote der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention in erster Linie die Akteure des Gesundheitswesens und der Privatwirtschaft, hier insbesondere die Arbeitgeber im Rahmen der Unfallverhütung. Normen, die ein bestimmtes Verhalten des Einzelnen untersagen oder erzwingen, sind grundsätzlich nur vereinzelt oder nur sehr bereichsspezifisch zu finden.[567]

Zunächst sei als zentrale Vorschrift des Krankenversicherungsrechts § 1 S. 2 und 3 SGB V genannt, welche den Grundsatz der Eigenverantwortung der Versicherten statuiert. Nach S. 3 sind die Versicherten für ihre Gesundheit mitverantwortlich und sollen dazu durch eine gesundheitsbewusste Lebensführung, die frühzeitige Beteiligung an Vorsorgemaßnahmen und eine aktive Mitwirkung an der Krankenbehandlung und Rehabilitation beitragen. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass diese Vorschrift keine *rechtlichen* Obliegenheiten der Versicherten statuiert.[568] Vielmehr sei diese Aufforderung im Sinne eines „philosophisch-ethischen Appells" zu verstehen, dass die Versicherten trotz der grundsätzlichen Zwangsversicherung für ihre Gesundheit weiterhin „mit" verantwortlich seien und eben keine Alleinzuständigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung bestehe.[569] Eine Konkretisierung des Grundsatzes der Eigenverantwortung fin-

566 *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 113 ff.

567 Vgl. auch *Bieback*, ZSR 2003, 403 (411), mit Verweis auf die in beiden Fällen an Dritte gerichteten hoheitlichen Maßnahmen der Unfallversicherung und Jugendhilfe zur Prävention der Risiken der Betroffenen selbst, §§ 15 ff., 19 SGB VII bzw. §§ 42 f. SGB VIII.

568 *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 7 f.; *Berchtold*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn,* Gesundheitsrecht, 2015, § 1 SGB V Rn. 8; a. A. wohl *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (113), der es als methodisch möglich und naheliegend sieht, aus §§ 1 S. 2, 2 Abs. 1 S. 1 SGB V eine gesetzesunmittelbare Pflicht zur Gesunderhaltung und eine Ermächtigung zu einer Leistungsbeschränkung der Krankenkassen bei ungesunder Lebensweise herauszulesen.

569 *Berchtold*, in: *Berchtold/Huster/Rehborn,* Gesundheitsrecht, 2015, § 1 SGB V Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

det vielmehr später in vereinzelten Vorschriften des SGB V statt.[570] Gesetzlich verbindliche Mitwirkungspflichten in Hinblick auf persönliches Gesundheitsverhalten sind im SGB V jedoch nicht statuiert.[571] Allerdings gibt es Stimmen in der Literatur, welche vermehrt Gesunderhaltungspflichten fordern, die gar mittels elektronischer Überwachung durch Armbanduhren oder „smart shirts" durchgesetzt werden könnten.[572]

Daneben können als wichtige und viel diskutierte Maßnahmen der Krankheitsprävention die Nichtraucherschutzgesetze von Bund und Ländern genannt werden. Kern dieser Gesetze ist regelmäßig ein Rauchverbot in Innenräumen öffentlicher Gebäude und in öffentlichen Verkehrsmitteln, in Einrichtungen der Erwachsenenbildung und des Gesundheitswesens sowie vor allem in Gaststätten und weiteren Gebäuden zur Nutzung der Allgemeinheit (beispielsweise Sportstätten oder Verkehrsflughäfen).[573] Zunächst trifft hier den Betreiber der jeweiligen Einrichtung die Verantwortlichkeit zur Einhaltung und Sicherstellung des Rauchverbotes.[574] Personen, die gegen das Rauchverbot verstoßen, begehen jedoch eine Ordnungswidrigkeit und können mit einer Geldbuße belegt werden.[575] In jüngerer Zeit wurde in diesem Zusammenhang vor allem diskutiert, ob auch die E-Zigarette unter das Rauchverbot fällt[576] und wie insbesondere Kinder- und Jugendliche vor Passivrauch im eigenen Zuhause geschützt werden können[577].[578] Ähnliche Maßnahmen wie im Bereich des Nichtraucherschutzes werden in der gesundheitswissenschaftlichen Literatur häufig

---

570 Vgl. etwa die §§ 52, 55, 62 Abs. 1 S. 3 SGB V.

571 *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (348 f.).

572 Vgl. etwa *Eberbach*, MedR 2010, 756 (768 f.), der diese Möglichkeiten in seiner „Territion" aufzeigt.

573 Siehe etwa das Bundesnichtraucherschutzgesetz vom 20. Juli 2007, BGBl. I S. 1595; das Bayrische Gesetz zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz - GSG) vom 23. Juli 2010, GVBl 2010, S. 314 oder das Berliner Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Nichtraucherschutzgesetz – NRSG) vom 16. November 2007, GVBl. 2007, S. 578.

574 Vgl. etwa § 4 BNichtrSchG, Art. 7 GSG Bayern; § 6 NRSG Berlin.

575 Vgl. etwa § 5 BNichtrSchG, Art. 9 GSG Bayern; § 7 NRSG Berlin.

576 Bejahend etwa die Bundesregierung, BT-Drucks. 17/8772, S. 15 f.; *Stollmann*, NVwZ 2012, 401 (405); verneinend hingegen *Müller*, PharmR 2012, 137 (140 f.) sowie VG Köln, Urt. v. 25.2.2014 – 7 K 4612/13, PharmR 2014, 192 ff., bestätigt durch OVG Münster, Urt. v. 4.11.2014 – 4 A 775/14, NVwZ-RR 2015, 211 ff.

577 *Breitkopf/Stollmann*, Nichtraucherschutzrecht, 3. Aufl. 2013, S. 48.

578 Einen Überblick über gesetzliche Maßnahmen zur Tabakprävention bieten *Mons/Pötschke-Langer*, Bundesgesundheitsblatt 2010, 144 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auch im Rahmen der Alkoholprävention gefordert.[579] Auch hier wären etwaige Verbote des Alkoholkonsums im öffentlichen Raum, insbesondere in Gaststätten, zumindest denkbar. Als weiteres Feld der „Suchmittelprävention" lassen sich noch die Verbote des Betäubungsmittelgesetzes[580] anführen. Hier ist zuletzt das Für und Wider einer Cannabis-Legalisierung Gegenstand öffentlicher Debatte gewesen.[581]

Aus dem Bereich des Infektionsschutzes kann etwa die Impfpflicht zur Seuchenbekämpfung erwähnt werden, welche sich nach den Maßgaben des § 20 Abs. 6 und 7 IfSG richtet. Eine gesetzliche Impfpflicht war dabei früher vor allem für die Pocken relevant, wurde in letzter Zeit jedoch wieder im Zusammenhang mit terroristischen Bedrohungsszenarien[582] und gestiegenen Masern-Fällen diskutiert[583]. Eine deutlich abgeschwächte Form des Infektionsschutzes stellen zudem die Nachweispflicht der Personensorgenberechtigten über einen ausreichenden Impfschutz des Kindes vor Erstaufnahme in eine Kindertageseinrichtung sowie die bei Nichtnachweis obliegende Pflichtberatung nach § 34 Abs. 10a IfSG dar.

Aus dem Straßenverkehrsrecht lassen sich noch die Pflichten anführen, von Schutzmaßnahmen zur Minderung oder gar Vermeidung von Unfallfolgen Gebrauch zu machen. So etwa die Pflicht nach § 21a StVO[584] Sicherheitsgurte und Schutzhelme im Straßenverkehr zu benutzen. Immer wieder diskutiert wird in diesem Zusammenhang eine Helmpflicht auch für Radfahrer.[585] Allerdings ist die Schutzwirkung des Fahrradhelms deutlich umstrittener als die des Sicherheitsgurtes.[586] Die Bundesregierung und

---

579 *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (7).

580 §§ 29 ff. BtMG; Betäubungsmittelgesetz i.d.F.d.B. v. 1.3.1994, BGBl. I S. 358, zul. geänd. d. Art. 1 der V. v. 11. 11.2015, BGBl. I S. 1992.

581 Vgl. etwa ZEIT Online v. 22.10.2015, http://www.zeit.de/2015/41/marihuana-legalisierung-kreuzberg-coffeeshop (Stand: 6.4.2017); Deutschlandfunk v. 22.10.2015, http://www.deutschland-funk.de/cannabis-freigabe-kiffen-fuer-die-staatskasse.724.de.html?dram:article_id=334536 (Stand: 6.4.2017); vgl. auch BVerfGE 90, 145.

582 *Stebner/Bothe*, MedR 2003, 287 f.

583 *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 ff.; LTO v. 10.7.2013 ‚http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/masern-impfzwang-bahr/ (Stand: 6.4.2017) und FAZ Online v. 12.4.2015, http://www.faz.net/-guw-822sx (Stand: 6.4.2017).

584 Straßenverkehrs-Ordnung v. 6.3.2013, BGBl. I S. 367, zul. geänd. d. Art. 2 d. V. v. 15.9.2015, BGBl. I S. 1573.

585 Vgl. etwa *Huber*, NZV 2014, 489 ff. u. *Schaks/Szymanski*, NVwZ 2015, 1108 ff.

586 *Schaks/Szymanski*, NVwZ 2015, 1108 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

andere öffentliche Stellen regen jedoch das freiwillige Helmtragen über Kommunikationskampagnen an.[587]

III. Anreize

Mit Anreizen oder Anreizprogrammen sollen die Steuerungsadressaten nicht zu einem bestimmten Verhalten oder Unterlassen gezwungen, sondern dazu gebracht werden, das staatlich gewünschte Verhalten auf *freiwilliger* Basis zu verfolgen. Die Gestaltung und Wirkungsweise von Anreizprogrammen ist grundsätzlich sehr komplex. Sie bieten eine besondere Vielfalt an Steuerungsoptionen. Anreizprogramme können sich auf einfache oder komplexere Verhaltensweisen beziehen, einzelne Individuen oder ganze Bevölkerungsgruppen ansprechen, finanziell oder in sonstiger Weise belohnen oder sanktionieren und dabei zeitnah, mittelfristig oder zeitferner an das entsprechende Verhalten gebunden sein.[588] Die Abgrenzung von negativen zu positiven Anreizen ist nicht ganz trennscharf, da das Nicht-Erhalten eines positiven Anreizes durchaus auch als ökonomische Sanktion, als Bestrafung gesehen werden kann.[589] Nichtdestotrotz sollen diese beiden Anreizarten zunächst getrennt betrachtet werden, um eine genauere grundrechtliche Bewertung zu ermöglichen. Inhaltlich beziehen sich Anreize in erster Linie auf ökonomische Vor- oder Nachteile, können aber auch auf alle anderen Faktoren Bezug nehmen, die einen Einfluss auf das Handeln von Menschen haben können. So können Anreize etwa auch mit einem Gewinn an Macht, Einfluss, Status sowie strategischen oder sozialen Vorteilen verbunden sein.[590] Bereits hier kann sich ein gesundheitsfördernder Staat die Wirkungen eines gezielt erzeugten Leitbildes eines „gesunden" Menschen zunutze machen, indem dieses zu erreichen als besonders erstrebenswert und damit als sozialer Vorteil dargestellt wird.

---

587 Vgl. etwa BT-Drucks. 17/8516, S. 13; https://ich-trag-helm.de/ (Stand: 18.4.2016) u. http://www.polizei-dein-partner.de/themen/verkehrssicherheit/privater-strassenverkehr/detailansicht -privater-strassenverkehr/artikel/ja-zum-fahrradhelm-nein-zur-helmpflicht.html (Stand: 18.4.2016).

588 Vgl. zum Ganzen etwa *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (186 ff.).

589 So etwa auch *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (186 f.); *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 5, findet die Unterscheidung gar „unerheblich".

590 *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Ausgangspunkt – der Mensch als rationales Wesen

Als zugrunde liegendes analytisches Verhaltensmodell der Anreizsteuerung kann das auch in rechtswissenschaftlichen Abhandlungen vorzufindende Modell des rational handelnden Menschen dienen.[591] Die verhaltenssteuernde Wirkung von (ökonomischen) Anreizen, aber auch ganz allgemein von Ge- und Verboten, lässt sich plausibel damit erklären, dass die erwarteten Kosten entsprechender monetärer Vorteile oder abschreckender Sanktionen das Entscheidungskalkül eines rational handelnden Menschen beeinflussen.[592] In der Ökonomik entsprechen diese Grundannahmen dem inzwischen wohl als überholt geltenden Bild des *homo oeconomicus*.[593] Im Kern kennzeichnet den *homo oeconomicus*, dass dieser stets eine *rationale Auswahl* aus verschiedenen Alternativen unter der Bedingung der Knappheit tätigt. Entscheidungssituationen des Individuums werden im Wesentlichen durch Präferenzen (innere Motive) und Restriktionen (äußere Anreize) bestimmt.[594] Grundthese ist, dass der *homo oeconomicus* über ein vollständiges, nicht-widersprüchliches und stabiles Präferenzsystem verfügt.[595] Diese Präferenzen enthalten Wertvorstellungen des Individuums, die sich im Sozialisationsprozess entwickelt haben und grundsätzlich unabhängig von aktuellen Handlungsmöglichkeiten sind. Die einem Individuum zur Verfügung stehenden Wahlmöglichkeiten bewertet es dann entsprechend seiner Präferenzen hinschlich Vor- und Nachteilen sowie

591 Vgl. *van Aaken*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 70 (78 ff.); *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 29 ff.; *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 47 ff.; *Kifmann*, Public Health Ethics 2015, 31 ff.

592 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (218).

593 Vgl. *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 29 ff.; zum *Homo Oeconomicus* vgl. *Franz*, Grundlagen des ökonomischen Ansatzes: Das Erklärungskonzept des Homo Oeconomicus, S. 4 ff.; zur dessen Überholung durch die Erkenntnisse der Verhaltensökonomik, vgl. *Robertson/Cohen/Fernandez Lynch*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 3 (5) m. w. N.

594 Vgl. *Franz*, Grundlagen des ökonomischen Ansatzes: Das Erklärungskonzept des Homo Oeconomicus, S. 7 f.

595 Vgl. *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (80).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kosten und Nutzen einzelner Handlungsalternativen.[596] In rationalem Handeln ist immer ein instrumentell vernünftiges Vorgehen zu sehen, welches mit der Aufnahme und korrekten Verarbeitung aller relevanten Informationen beginnt und in der Wahl derjenigen Handlungsalternative endet, die bei einer Zweck-Mittel-Relation gemessen an den eigenen Präferenzen am vorteilhaftesten ist.[597] Insbesondere mit Blick auf die angenommene Stabilität der Präferenzen werden Verhaltensänderungen grundsätzlich als Reaktion auf äußere Anreize, also auf Restriktionsänderungen verstanden.[598] Diese Restriktionen beschränken oder steuern den Raum möglicher Wahlhandlungen.[599] Der Einfluss rechtlicher Normen auf das individuelle Verhalten geschieht durch eine Änderung der Kosten und Nutzen einer bestimmten Verhaltensweise. Durch entsprechende Anreize werden damit der Wert einer bestimmten Verhaltensalternative beziehungsweise deren „Kosten" gesteigert oder verringert und damit eine direkte Verhaltensänderung erreicht.[600] Eine solche Veränderung der „relativen Preise" eines bestimmten Verhaltens erscheint zumindest kurzfristig effektiver als eine systematische Beeinflussung der individuellen Präferenzen.[601]

2. Ökonomische Sanktionen und sonstige Negativanreize

Die Steuerung mittels ökonomischer Sanktionen stützt sich auf das In-Aussicht-Stellen geldwerter Nachteile bei Vornahme eines von staatlicher Seite unerwünschten Verhaltens oder bei Nicht-Einhalten eines gewünschten Verhaltens. Steuerungsrelevante Anreize, welche nicht mit materiellen Nachteilen verbunden sind, können beispielsweise in einer Verringerung des gesellschaftlichen Ansehens liegen.[602]

---

596 Zum Ganzen *Franz*, Grundlagen des ökonomischen Ansatzes: Das Erklärungskonzept des Homo Oeconomicus, S. 4 ff.
597 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (217).
598 *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (80).
599 Vgl. *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 31.
600 Zum Ganzen *van Aaken*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 70 (78).
601 *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (81).
602 *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 120 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zu den ökonomischen Negativanreizen auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes zählen klassischerweise die besondere steuerliche Belastung von Konsum- und Genussgütern wie etwa Tabakerzeugnissen[603] und Alkohol[604]. Die Erhebung der Steuern erfolgt hier (zumeist zusätzlich) in Form der Lenkungssteuer, welche grundsätzlich eine Verbrauchsminderung des entsprechenden Produkts bezwecken soll.[605] Insbesondere die Besteuerung von Alkohol unterliegt in Deutschland jedoch so stark unterschiedlichen Regelungen, dass ihr jeweiliger Regelungszweck kaum nachvollziehbar erscheint.[606] So gelten die Steuersätze weder für alle Alkoholika noch beziehen sie sich auf den Alkoholgehalt in der jeweiligen Getränkeart.[607] Deutlich seltener anzutreffen und auch wissenschaftlich umstrittener ist hingegen die zusätzliche Besteuerung von zuckerhaltigen sowie natrium- oder kalorienreichen Nahrungsmitteln.[608] Die Einführung einer entsprechenden „Gesundheitssteuer" ist allerdings immer wieder Gegenstand öffentlicher Debatte.[609] In England wurde etwa von der staatlichen Agentur *Public Health England* die Verteuerung von hoch zuckerhaltigen Produkten um 10 bis 20 Prozent durch Steuererhebung vorgeschlagen.[610] In New York wurde die Einführung einer Limonadensteuer („Soda Tax") diskutiert[611] und in der Stadt Berkeley im Jahr 2014 gar eine solche Steuer

603 Vgl. Tabaksteuergesetz v. 15.7.2009, BGBl. I S. 1870, zul. geänd. d. Art. 23 d. G. v. 25.7.2014, BGBl. I S. 1266.

604 Branntweinmonopolgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 612-7, veröffentlichten bereinigten Fassung, zul. geänd. d. Art. 238 d. V. v. 31.8.2015, BGBl. I S. 1474; Biersteuergesetz v. 15.7.2009, BGBl. I S. 1870, 1908, zul. geänd. d. Art. 1 d. G. v. 16.6.2011, BGBl. I S. 1090; Schaumwein- und Zwischenerzeugnissteuergesetz v. 15.7.2009, BGBl. I S. 1870, 1896, zul. geänd. d. Art. 4 d. G. v. 16. 6.2011, BGBl. I S. 1090; Alkopopsteuergesetz v. 23.7.2004, BGBl. I S. 1857, zul. geänd. d. Art. 6 d. G. v. 21.12.2010, BGBl. I S. 2221.

605 So insbesondere die Tabaksteuer, vgl. *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3660) und die Alkopopsteuer, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 AlkopopStG.

606 *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (7).

607 *Altgeld*, Gesundheitswesen 2010, 3 (7).

608 S. den Überblick bei *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 306 ff. und *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3660).

609 Vgl. etwa FAZ Online v. 19.3.2012, http://www.faz.net/-gqp-6yk2l (Stand: 3.4.2017).

610 *Public Health England*, Sugar Reduction, 2015, S. 8.

611 New York Times Online v. 23.5.2012, http://www.nytimes.com/2012/05/31/nyregion/bloomberg-plans-a-ban-on-large-sugared-drinks.html (Stand: 3.4.2017).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

auf zuckerhaltige Getränke („Sugar-Sweetened Beverage Product Tax") eingeführt[612].[613]

Vorschriften des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts, die direkte ökonomische Konsequenzen an ein nicht gewünschtes „ungesundes" Verhalten knüpfen, sind rar. So stellt § 1 SGB V zwar den Grundsatz der Eigenverantwortung der Versicherten auf, wie schon erwähnt, werden jedoch allein dadurch keine rechtlichen Obliegenheiten statuiert.[614] § 52 SGB V, welcher Leistungsbeschränkungen bei „Selbstverschulden" regelt, kann als gesetzgeberischer Versuch gesehen werden, den Grundsatz gesundheitlicher Eigenverantwortung zu konkretisieren.[615] Nach Absatz 2 dieser Vorschrift wird Versicherten eine Kostenbeteiligungspflicht auferlegt, für den Fall, dass sie sich durch eine medizinisch nicht indizierte Maßnahme (ästhetische Operation, Tätowierung oder Piercing) eine Krankheit zugezogen haben. Mittels des In-Aussichtstellens eines geldwerten Nachteils sollen die Versicherten also von bestimmten, risikoträchtigen Verhaltensweisen abgehalten werden. Begründet wurde diese Leistungsbeschränkung durch den Gesetzgeber damit, dass der betreffende Versicherte sich aus eigenem Entschluss einem gesundheitlichen Risiko ausgesetzt habe und es daher nicht sachgerecht sei, diese Risiken durch die Versichertengemeinschaft abzudecken. Von dem Betroffenen sei daher gesundheitliche Eigenverantwortung einzufordern.[616] Fraglich erscheint jedoch, ob hier tatsächlich die gesundheitliche Gefährdung oder aber eine bloße ästhetische Erziehung der Menschen im Vordergrund steht.[617]

Eine wohl bedeutsamere ökonomische Sanktion ergibt sich aus der Obliegenheit zur Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen nach § 62 Abs. 1

---

612 USA Today Online v. 5.11.2014, http://www.usatoday.com/story/news/nation-now/2014/11/05/berkeley-passes-soda-tax/18521923/ (Stand: 3.4.2017).

613 Vgl. auch den Überblick bei *Studdert/Flanders/Mello*, PLoS Medicine 2015, 1 ff.

614 Statt vieler *Becker/Kingreen*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 8.

615 Diesen Versuch als „offenkundig mißlungenes Beispiel" bezeichnend *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (290); *Eberbach*, MedR 2010, 756 (765), spricht von „perfider" gesundheitlicher Disziplinierung.

616 BT-Drucks. 16/3100, S. 108.

617 In diesem Sinne auch *Huster*, JZ 2008, 859 (865 Fn. 55) und *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (291); allgemein kritisch gegenüber Malus-Regeln zumindest für Risikosportarten: *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 315.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

SGB V. Die Belastungsgrenze chronisch Kranker, welche vor der Erkrankung Vorsorgeuntersuchungen nach § 25 Abs. 1 SGB V nicht regelmäßig in Anspruch genommen haben, erhöht sich von 1 auf 2 vom Hundert der jährlichen Bruttoeinnahmen zum Lebensunterhalt. Auch wenn dies gewissermaßen eine Rückausnahme von der reduzierten Belastungsgrenze für chronisch Kranke darstellt und daher eine Ähnlichkeit mit einem Bonusprogramm aufweist, handelt es sich bei dieser Regelung im Kern jedoch um ein Modell „kostenüberwälzender retrospektiver Rechenschaftsverantwortung“[618], welche letztlich die Nichtteilnahme an Vorsorgeuntersuchungen ökonomisch sanktioniert.

3. Positive (ökonomische) Anreize/Zurverfügungstellung von Leistungen

Positive Anreize wirken genauso wie Negativanreize, nur ist grundsätzlich kein ökonomischer Nachteil, sondern ein Vorteil in Aussicht gestellt. Anreize immaterieller Natur könnten etwa ein höheres gesellschaftliches Ansehen sein. Insbesondere bei positiven Anreizen kann zudem der Effekt der Übererfüllung des gewünschten Verhaltens eintreten.[619] Die bloße Zurverfügungstellung bestimmter Leistungen bietet den Vorteil, dass die Kosten für diese Leistung vollständig oder zumindest anteilig übernommen werden und nicht zunächst vom Patienten selbst verauslagt werden müssen. Der Übergang zu einem positiven, zusätzlichen ökonomischen Anreiz ist hier fließend. So kann der Vorteil allein schon in der Kostenübernahme und mithin in der Kostenersparnis für den Leistungsberechtigten zu sehen sein. Oftmals werden die zur Verfügung gestellten Leistungen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention mit einem Bonussystem kombiniert und verstärkt.

§ 20 Abs. 1 S. 1 SGB V verpflichtet die gesetzlichen Krankenkassen in ihren Satzungen Leistungen zur Verhinderung und Verminderung von Krankheitsrisiken (primäre Prävention) sowie zur Förderung des selbstbestimmten gesundheitsorientierten Handelns der Versicherten (Gesundheitsförderung) vorzusehen. Gemäß Abs. 2 S. 1 der Vorschrift legt der GKV-Spitzenverband einheitliche Handlungsfelder und Kriterien für diese Leistungen fest. Nach dem Verständnis des GKV-Spitzenverbandes handelt es

618 *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (292).

619 *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 120.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sich bei diesen Leistungen um Maßnahmen, die die Versicherten zur „regelmäßigen Ausübung positiver gesundheitsbezogener Verhaltensweisen anregen und befähigen sollen".[620] Bei der Aufgabenwahrnehmung hat der GKV-Spitzenverband auch die in Absatz 3 genannten Gesundheitsziele (Diabetes Typ 2, Brustkrebs, Tabakkonsum, gesund aufwachsen, gesundheitliche Kompetenz, depressive Erkrankungen, gesund älter werden, Alkoholkonsum) zu beachten. Nach Absatz 4 werden die Leistungen im Sinne des Absatz 1 als Leistungen zur verhaltensbezogenen Prävention nach Absatz 5 (Nr. 1), als Leistungen zur Gesundheitsförderung und Prävention in den Lebenswelten für in der GKV Versicherte nach § 20a SGB V (Nr. 2) und als Leistungen zur Gesundheitsförderung in Betrieben nach § 20b SGB V (Nr. 3) erbracht. Die Umsetzung der verhaltensbezogenen Prävention erfolgt dabei in der Regel durch Zurverfügungstellung oder (anteiliger) Kostenübernahme für Gesundheitskurse aus den Bereichen Bewegung, Ernährung, Stressbewältigung und Entspannung sowie Suchtprävention.[621] Methodisch umfassen diese Gesundheitskurse regelmäßig kognitiv-verhaltensorientiere Einzel- oder Gruppenberatungen, praktische Übungen und Methoden des Motivationsaufbaus.[622] Andere denkbare Maßnahmen, die vor allem in einer medikamentösen Unterstützung entsprechender Maßnahmen der Gesundheitsförderung liegen und vor allem der Suchtprävention dienen, sind grundsätzlich nicht Bestandteil des Leistungsspektrums. So sind etwa aus dem Bereich Tabakentwöhnung die Medikation mittels nikotinhaltiger Präparate oder anderer Mittel zur Raucherentwöhnung sowie die Medikation zur Zügelung des Appetits und zur Regulierung des Körpergewichts gemäß § 34 SGB V von der gesetzlichen Heilmittelversorgung ausgeschlossen. Ein Einbezug entsprechender Mittel und Maßnahmen wird jedoch gelegentlich gefordert.[623]

Ein in der Versicherungsbranche häufig angewandtes Mittel, um Versicherten positive (ökonomische) Anreize für ein „gesünderes Verhalten" zu

620 *GKV-Spitzenverband*, Leitfaden Prävention, 2014, S. 43.

621 Stellvertretend für viele Kassen etwa das Angebot der Techniker Krankenkasse, http://www.tk.de/tk/vorsorge-und-frueherkennen/tk-gesundheitskurse/kursinhalte-im-ueberblick/38 230 (Stand: 6.11.2015); ganz ähnlich auch das Angebot der AOK, https://www.aok.de/bayern/gesundheit/gesundheit-80753.php (Stand: 6.11.2015).

622 *GKV-Spitzenverband*, Leitfaden Prävention, 2014, S. 49 ff.

623 Kritisch gegenüber den ansonsten bestehenden „finanziellen Hürden" *Kröger/Gradl*, Bundesgesundheitsblatt 2010, 201 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bieten[624], sind Bonusprogramme, welche sich sowohl in der privaten als auch gesetzlichen Krankenversicherung finden lassen.[625] Diese Programme umfassen dabei zunächst vor allem Rückvergütungen oder Prämienzahlungen bei Inanspruchnahme bestimmter Maßnahmen beispielsweise aus den Bereichen Früherkennung und Vorsorge (Krebsfrüherkennung, Zahnvorsorge), Gesundheitskurse nach § 20 SGB V (Bewegung, Gesunde Ernährung, Suchtmittelkonsum) sowie Sport und Gesundheit (Aktive Mitgliedschaft in einem Sportverein oder Fitnessstudio, Schutzimpfung).[626] Für die gesetzlichen Krankenkassen wird das Vorhalten von Bonusprogrammen durch § 65a SGB V vorgeschrieben.[627] Danach „soll" die Krankenkasse einen Bonus gewähren für die regelmäßige Inanspruchnahme von Gesundheitsuntersuchungen nach §§ 25 und 26 SGB V, von Schutzimpfungen nach § 20i SGB V sowie von regelmäßigen Präventionsleistungen nach § 20 Abs. 5 SGB V oder „vergleichbaren, qualitätsgesicherten Angeboten zur Förderung gesundheitsbewussten Verhaltens". Die Teilnahme an solchen Leistungen muss grundsätzlich nachgewiesen werden.[628] Teile der Versicherungsbranche planen hierbei, Prämien und Rabatte nicht nur daran zu knüpfen, dass die „gesunde Lebensführung" über eine Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen und Gesundheitskursen, sondern mittels Datenübertragung nachgewiesen wird.[629] Dies soll mittels einer App

624 Auf die Anreizfunktion von Bonifizierungen für gesundheitsbewusstes Verhalten explizit bezugnehmend BT-Drucks. 18/4282, S. 24 u. 43; vgl. auch *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (350 ff.).

625 Stellvertretend für viele etwa das Bonusprogramm der Techniker Krankenkasse, der größten deutschen Krankenkasse, https://www.tk.de/tk/leistungen-und-services/bonusprogramm/140656 (Stand: 20.10.2015); *Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen*, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen, 2005, S. 315 ff.

626 So etwa das Angebot bei der Techniker Krankenkasse, http://www.tk.de/tk/bonusprogramm/tk-bonusprogramm/massnahmen/140976 (Stand: 20.10.2015).

627 Zur Schaffung ökonomischer Anreize zu gesundheitsbewusstem Verhalten als Normzweck des § 65a SGB V vgl. auch *Scholz*, in: Beck-OK Sozialrecht, 43. Ed. (2016), SGB V § 65a Rn. 1.

628 *Welti*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 65a Rn. 5 mit Verweis auf LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 19.5.2009, L 11 KR 3718/08 KL.

629 So die Pläne der Generali Gruppe, die sich zunächst auf die Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung beziehen, aber auch auf die Krankenversicherung ausgedehnt werden könnten, vgl. http://www.generali-deutschland.de/online/portal/gdinternet/de/content/311198/1150478 (Stand: 21. 10.2015) und SZ Online v. 19.8.2015, http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/generali-eine-frage-des-lebensstils-1.2613325 (Stand: 3.4.2017).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

geschehen, die regelmäßig Daten zum Lebensstil (etwa die Einhaltung von Vorsorgeterminen, Schrittzähler, Kalorienzähler) und zum Zustand des Körpers sammelt und an den Versicherer übermittelt.[630] Ebenso soll es Punkte geben für den Einkauf von Lebensmitteln in vermeintlich gesünderen Bio-Läden.[631]

Auch wenn diese Entwicklung vor allem von Privatversicherern vorangetrieben wird, lässt es sich nicht von der Hand weisen, dass auch die gesetzlichen Krankenversicherer ihre Bonusprogramme weiter ausbauen und auch angesichts des Auftrages aus § 20 Abs. 1 SGB V immer wieder neue Methoden suchen, ihre Versicherten zu einem „gesünderen Verhalten" zu bewegen und dieses Verhalten auch entsprechend zu überwachen.[632] Einige gesetzliche Krankenkassen nutzen Gesundheits-Apps bereits als Bestandteil ihrer Bonusprogramme im Sinne des § 65a SGB V.[633] So bietet einer der größten gesetzlichen Krankenkassen Deutschlands etwa bereits eine App an, die „Bewegt-Minuten" des Nutzers speichert und an den Versicherer zur Gutschrift von Bonuspunkten übermittelt.[634] Ein andere große gesetzliche Krankenversicherung plant derzeit ihre Gesundheits-App in das Bonusprogramm zu integrieren und leistet bereits jetzt Zuschüsse für digitale „Health-Angebote" und „Fitnesstracker" bzw. „Wearables", also Geräte, die am Körper getragen werden und verschiedenste Arten von „Fitnessdaten" zunächst einmal sammeln und speichern, jedoch (noch)

630 FAZ Online v. 28.11.2014, http://www.faz.net/-gqz-7wt2v (Stand: 3.4.2017).

631 FAZ Online v. 17.10.2015, http://www.faz.net/-hbv-893t9 (Stand: 3.4.2017); bereits hier zeichnet sich ab, dass Verhaltensweisen mitunter als „gesund" befördert werden, obgleich die Datenlage dazu unklar ist, wenn nicht gar das Gegenteil nahelegt. So kommt etwa eine Metastudie der Universität Stanford zu dem Ergebnis, dass sich kaum Anhaltspunkte für die These finden ließen, dass Bio-Lebensmittel „gesünder" als konventionelle Lebensmittel seien, vgl. http://med.stanford.edu/news/all-news/2012/09/little-evidence-of-health-benefits-from-organic-foods-study-finds.html (Stand: 3.4.2017).

632 Vgl. etwa das Programm „Gesünder leben mit Web und App", http://www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/mediathek/gg/spezial/gg_spezial_03_12_ansicht.pdf (Stand: 29.10.2015).

633 *Brönneke/Kipker*, GesR 2015, 211 (212).

634 So die „FIT2GO"-App der Barmer GEK, https://www.barmer-gek.de/barmer/web/Portale/Versich-erte/Rundum-gutversichert/In-Bewegung/Bewegungsappfit2go/Bonusprogramm/Bonuspro-gramm.html (Stand: 21.10.2015).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nicht weitergeben.[635] Dies geschehe mit dem ausdrücklichen Willen, das noch junge und „zunehmend wichtige" Themenfeld der „digitalen Prävention" voranzutreiben und aktiv mitzugestalten.[636] In den nächsten Jahren schon werde es Präventionsassistenten geben, die mit kleinsten Messsensoren in der Armbanduhr oder Unterwäsche wichtige Vitaldaten messen können, mit denen der digitale Gesundheitscoach dann ein individuelles Ernährungs- und Fitnessprogramm erstellen kann.[637] In Zukunft werde damit jeder „seinen Arzt, Fitnesstrainer und Ernährungsberater im Taschenformat" dabeihaben und jederzeit „gute Tipps, um möglichst gesund zu leben", erhalten.[638] Solche Pläne seien bei weitem keine „visionäre Spinnerei", sondern längst Realität, mit der neue Zielgruppen erschlossen werden könnten. Internationale Studien würden belegen, dass die digitale Prävention ein großes Potenzial habe, die Palette der gesundheitlichen Vorsorge zu bereichern.[639]

Die Möglichkeit der Krankenkassen, Daten über die Lebensführung ihrer Versicherten zu erheben und zu verarbeiten, wird zurzeit noch restriktiv gesehen. So führt die Gesetzesbegründung zu § 65a SGB V aus, dass die Erhebung von über die bloße Teilnahmebescheinigung hinausgehender Daten, z.B. über die Lebensführung, nicht als Voraussetzung für die Teilnahme an den Bonusprogrammen vorgesehen werden darf.[640] Wie lange eine solche Abstinenz der Krankenkassen vor den immer größer werdenden potenziellen Datenmengen über Lebensführung und Gesundheitszustand der Versicherten anhalten wird, ist jedoch fraglich. Bereits jetzt lassen sich Stimmen finden, die eine umfangreichere Datenerhebung und Datenverarbeitung der durch Fitness-Apps gewonnen Daten seitens der gesetzlichen Krankenversicherung als rechtlich möglich einschätzen.[641] So könnten hier die Ausnahmen nach § 284 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 Alt. 1

635 So die AOK Nordost, https://www.aok.de/nordost/presse/Neue-Handlungsfelder-mit-viel-Potenzial-04-08-2015/detail/439/lastAction/list/page/2 (Stand: 21.10.2015) und https://www.aok.de/nordost/presse/Neue-Handlungsfelder-mit-viel-Potenzial-04-08-2015/detail/439/lastAction/list/page/2 (Stand: 21.10.2015).

636 AOK Nordost, https://www.aok.de/nordost/presse/Neue-Handlungsfelder-mit-viel-Potenzial-04-08-2015/detail/439/lastAction/list/page/2 (Stand: 21.10.2015).

637 *Albayrak*, Gesundheit und Gesellschaft 2012, 14.

638 *Albayrak*, Gesundheit und Gesellschaft 2012, 14.

639 AOK Bundesverband, http://www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/mediathek/gg/spezial/gg_spezial_ 03_12_ansicht.pdf (Stand: 6.4.2017).

640 BT-Drucks. 15/1525, S. 95.

641 *Brönneke/Kipker*, GesR 2015, 211 (214 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Nr. 9 SGB V greifen, wonach die Krankenkasse Sozialdaten erheben darf, soweit dies für Zwecke der Prüfung der Leistungserbringung (Nr. 4) und zur Überwachung der Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots (Nr. 9) erforderlich ist. Die Datenverarbeitung wäre entsprechend § 284 Abs. 3 S. 1 i.V.m. Abs. 1 SGB V zulässig. Dies würde es den Krankenkassen dann erleichtern, die Anforderungen des Leitfadens Prävention einzuhalten.[642] Darüber hinaus erscheint es perspektivisch nicht ausgeschlossen, dass bei zunehmender Digitalisierung und Sammlung von Gesundheitsdaten diese nicht nur zugunsten, sondern auch zum Nachteil des Patienten genutzt werden könnten – nämlich dann, wenn aus Vorteilen und Boni „Strafzahlungen" in Form höherer Tarife oder geringerer Leistungsumfänge werden. Die Debatte um eine höhere Eigenverantwortung in Form einer Selbstbeteiligung bei gesundheitsschädlichem Verhalten weist bereits in diese Richtung.[643]

Ein klassischer ökonomischer Verhaltensanreiz ist darüber hinaus der ebenfalls unter dem Stichwort „Bonusheft" bekannte Zuschuss zum Zahnersatz. Nach § 55 Abs. 1 S. 3 SGB V erhöhen sich die Festzuschüsse zum Zahnersatz nach S. 2 um 20 Prozent für „eigene Bemühungen zur Gesunderhaltung der Zähne", also für einen lückenlosen Nachweis der Inanspruchnahme von Vorsorgeuntersuchungen in den letzten fünf Jahren vor Beginn der Behandlung. Nach S. 5 erhöhen sich die Festzuschüsse um weitere 10 Prozent, wenn der Versicherte „seine Zähne regelmäßig gepflegt" und die entsprechenden Vorsorgeuntersuchungen in den letzten zehn Jahren vor Beginn der Behandlung in Anspruch genommen hat. S. 4 stellt hingegen klar, dass bereits die Erhöhung nach S. 3 entfällt, wenn der Gebisszustand „regelmäßige Zahnpflege nicht erkennen lässt" und nicht entsprechend an den Vorsorgeuntersuchungen teilgenommen wurde. Ähnlich wie schon bei der Belastungsgrenze nach § 62 Abs. 1 SGB V wird letztlich die Nicht-Teilnahme an den Vorsorgeuntersuchungen sanktioniert. Dies zeigt, dass die Abgrenzung von positiven und negativen Anreizen oftmals eine bloße Frage der Perspektive ist.

Eine weitere Regelung, welche versucht, mittels ökonomischer Anreize die Versicherten zu mehr gesundheitlicher „Eigenverantwortung" zu be-

642 Zum Ganzen *Brönneke/Kipker*, GesR 2015, 211 ff.
643 S. unten Kap. 3 C IV 2.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wegen, stellt § 53 SGB V dar.[644] Nach dieser Vorschrift können die gesetzlichen Krankenkassen Wahltarife für ihre Versicherten vorsehen. Diese Wahltarife können für die Versicherten einerseits satzungsmäßige Leistungsbeschränkungen unter gleichzeitiger Gewährung eines finanziellen Ausgleiches in Form von Prämien vorsehen. Andererseits kann mittels der Wahltarife auch der Leistungskatalog der GKV ausgeweitet werden. In diesen Tarifen müssen die Mitglieder dann jedoch auch zusätzliche Prämien an die Krankenkasse zahlen.[645] Aufgrund der Struktur dieser Vorschrift können Vorteile dabei wohl vor allem von jungen, gesunden und besser verdienenden Versicherten erzielt werden.[646]

IV. Geführte Entscheidungsfindung (Nudging)

Ein in letzter Zeit häufig diskutiertes Instrument der Gesundheitsförderung und Prävention ist das der geführten Entscheidungsfindung, dem sog. *Nudging*. Der Begriff des *Nudging* geht auf *Richard H. Thaler* und *Cass R. Sunstein* zurück.[647] Man mag über den Neuwert dieser Kategorisierung wohl trefflich streiten können, befinden sich die vorgebrachten Maßnahmen doch oft an der Schnittstelle zwischen Anreiz und Informationsarbeit.[648] Nichtdestotrotz werden Maßnahmen der geführten Entscheidungsfindung von der Public Health Literatur und teilweise auch vom rechtswis-

644 *Nolte*, in: *Körner/Leitherer/Mutschler,* KassKomm, 89. EL (März 2016), SGB V § 53 Rn. 3; *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 53 SGB V Rn. 1.

645 *Nebendahl*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 53 SGB V Rn. 3.

646 So *Lang*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 53 Rn. 2 mit Verweis auf *Isensee*, NZS 2007, 449 (453); vgl. auch *Preisner*, Wahltarife im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2012, S. 262.

647 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009.

648 Vgl. den Überblick zur Begriffsverwirrung bei *Sibony/Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 1 (5 ff.); hinsichtlich eindeutiger Abgrenzbarkeit kritisch *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (192 ff. u. 199); die „Theorie" des *Nudging* als „Hype" bezeichnend *Wagner*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 97; ähnlich *Volkmann*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 (157 ff.); *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 f., meint, dass zwar *Nudging* selbst nichts Neues sei, die Begründung aufgrund latenter Irrationalität allerdings schon.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

senschaftlichen Schrifttum als ein eigenständiges und vor allem zukünftig an Bedeutung gewinnendes, potenziell sehr effektives Steuerungsmittel aufgenommen.[649] So könnten *Nudges* vor allem einen Beitrag dazu leisten, bestehende Regulierungsinstrumente wirksamer auszugestalten und sinnvoll zu ergänzen. Dies sei insbesondere dort der Fall, wo bisherige Instrumente als zu starker Freiheitseingriff (Verbote oder Gebote) oder als zu ineffektiv (Anreize) wahrgenommen werden.[650] Der interessante Kern dieses Konzepts liegt vor allem in der auf den Erkenntnissen der Verhaltensökonomik oder besser Verhaltenswissenschaft[651] basierenden Argumentation, welche grundlegende verfassungsrechtliche Fragen aufwirft.[652] Regulatorischer Ansatz ist es nämlich, den Menschen als Steuerungsadressaten nicht mehr als rationales, sondern als irrational denkendes und sich verhaltendes Wesen wahrzunehmen. Genau dieser Fokus auf die sich aus verhaltenswissenschaftlich erforschten Denkprozessen und Verhaltensmustern ergebende Irrationalität menschlichen Verhaltens rechtfertigt es, diese Steuerungsmaßnahmen einer eigenständigen Kategorie zuzuordnen und entsprechend zu analysieren und zu bewerten.[653] Dabei sei jedoch angemerkt, dass sich verhaltenswissenschaftlich informierte Regulierungsinstrumente nicht in den Maßnahmen, welche gemeinhin unter der Kategorie *Nudging* zusammengefasst werden, erschöpfen. Dennoch hat sich die Debatte um diesen Begriff entbrannt, er wird deswegen auch hier primär verwendet. Die im Rahmen dieser Arbeit als *Nudges* verstandenen Maßnahmen führen den Steuerungsadressaten nämlich mehr in eine bestimmte Richtung als bloße kommunikative Maßnahmen und versuchen stärker auf

649 Vgl. etwa *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015; *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015; *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 ff.; *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 ff.; *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 ff.; *Wolff*, RW 2015, 194 ff.

650 Zum Ganzen *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015, S. 22.

651 Zum Unterschied *Sibony/Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 1 (9).

652 Hierin ebenso den Neuigkeitswert des *Nudging* erkennend *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (115).

653 *Wolff*, RW 2015, 194 (206).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die kognitiven Prozesse, welche zur Entscheidungsfindung führen, einzuwirken als „simple“ finanzielle Anreize.

1. Grundkonzept

Das Konzept des *Nudging* geht von der Idee aus, dass Menschen ihre Entscheidungen teilweise rein aufgrund des Kontextes, in dem ihr Entscheidungsprozess stattfindet, treffen. Ob sich jemand für Option A oder B entscheidet, kann also allein aufgrund der Gestaltung oder Anordnung der Optionen beeinflusst werden. Wird etwa in einer Cafeteria der Salat deutlich prominenter platziert als das ungesunde Essen, so greifen deutlich mehr Konsumenten zum Salat. Allein durch die Anordnung des Essens könne der Konsum bestimmter Produkte bis zu 25 Prozent gesteigert oder verringert werden.[654] Diese Entscheidungsbeeinflussung durch die Kontextgestaltung bezeichnen die Autoren dabei als „choice architecture“[655], also Entscheidungsarchitektur oder „Architektur der Wahl“[656]. Wie traditionelle Architektur könne auch die Entscheidungsarchitektur niemals neutral sein. Da der Lebensraum, Produktanordnungen, Wahlzettel etc. ja immer irgendwie angeordnet werden müssten, beeinflusse man damit automatisch auch die Entscheidungsprozesse.[657] Konkret wird dabei wohl hauptsächlich das *bewusste und gezielte* Steuern einer Entscheidung mittels Gestaltung des Entscheidungskontextes als *Nudging* bezeichnet. *Thaler* und *Sunstein* umschreiben es mit: „to nudge is to push mildly or poke gently in the ribs, especially with the elbow”.[658] Im Deutschen ist „to nudge“ wohl am zutreffendsten mit anstoßen, anschubsen oder -stupsen zu übersetzen. *Reisch/Sandrini* definieren *Nudges* als „transparente Gestaltungselemente von Entscheidungssituationen und Verhaltenskontexten, gewählt in Kenntnis der menschlichen Verhaltenstendenzen und Heuristiken, jeweils abgestimmt auf das anvisierte Ziel, die zu erreichenden Zielgruppen sowie die jeweilige Situation.“[659] Auch ist die Unterscheidung und

654 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 1; *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (209).
655 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 3.
656 *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015, S. 19.
657 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 3 f.
658 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 4.
659 *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015, S. 19 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Abgrenzung zu (ökonomischen) Anreizen sowie zur klassischen Informations- und Öffentlichkeitsarbeit wohl nicht ganz trennscharf zu gestalten, wenngleich *Sunstein* grundsätzlich davon auszugehen scheint.[660] Das grundlegende für einen *Nudge* ist, dass die Entscheidung von Personen durch die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur in vorhersehbarer Weise beeinflusst wird, ohne jedoch Entscheidungsoptionen zu verbieten oder ökonomische Anreize in *bedeutsamer* Weise zu ändern. Um als *Nudge* zählen zu können, müsse die intendierte Entscheidung einfach und günstig zu vermeiden sein.[661] Hervorzuheben ist jedoch, dass es klares Ziel eines *Nudges* ist, die Entscheidungsoptionen des Individuums nicht zu vergrößern oder neutral zu gestalten, sondern in eine bestimmte Richtung zu steuern, die dezidiert *vorteilhaft* für den Betroffenen ist und ihm zu einem besseren Leben verhilft.[662] Im Unterschied zu ökonomischen Anreizen und kommunikativen Maßnahmen, welche grundsätzlich den mündigen Bürger bewusst ansprechen, wählt *Nudging* das Instrument einer „subtilen, scheinbar unmerklichen und verdeckten politischen Verhaltenslenkung".[663] *Nudges* setzen damit auf einer psychologisch tieferen Wirkungsebene an, auf der ein erwünschtes, vermeintlich „rationaleres" Entscheidungs- und Auswahlergebnis des Steuerungsadressaten durch das Ausnutzen des Spieltriebes oder der „situativen Aufmerksamkeitsstruktur" erreicht werden soll.[664]

2. Verhaltensökonomische Grundannahmen – der Mensch als irrationales Wesen

Die Wurzel des *Nudging*-Ansatzes lässt sich in der modernen Verhaltensökonomik verorten. Die Argumentation basiert wesentlich auf dem Vorhandensein von Rationalitätsdefiziten menschlichen Handelns, Urteilens und Entscheidens. Der Ansatz ordnet sich damit in die Reihe der an dem herkömmlichen Modell des rational handelnden *homo oeconomicus* geübten Kritik ein. Anders als etwa im Rahmen der finanziellen Anreizsteue-

660 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583.
661 Zum Ganzen *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 6.
662 „To improve people's lives" und „to make people better off", *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 9 f.
663 *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (193).
664 *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (193).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rung ist Grundannahme des *Nudging*, dass sich der Mensch irrational verhält und damit entgegen seinen eigenen Interessen handelt.[665] Ausgangspunkt der Überlegungen ist, dass menschliche Denkprozesse grundsätzlich in zwei unterschiedliche Systeme eingeteilt werden können.[666] So lässt sich zwischen dem intuitiven, automatischen System (System 1) und dem reflektierenden, rationalen System (System 2) unterscheiden (*dual process theory*).[667] Entscheidungsprozesse im automatischen System finden grundsätzlich unkontrolliert, schnell, stereotypisierend, emotional und damit unterbewusst statt.[668] Nach *Thaler* und *Sunstein* würde man diese Art von Entscheidungsprozessen gemeinhin nicht mit „Denken" assoziieren.[669] Die Entscheidungsprozesse des reflektierenden Systems hingegen finden grundsätzlich langsam, logisch, berechnend und vor allem bewusst statt. Sie sind die „wahren" überlegten Entscheidungen. Die beiden Denksysteme interagieren in aller Regel zu einem gewissen Grad miteinander.[670] Entscheidend ist jedoch, dass ein bestimmtes Verhalten grundsätzlich Ausdruck eines dieser beiden Denksysteme sein kann, bzw. dominant von einem der Systeme geprägt wird.[671]

Die Vernünftigkeit und Rationalität menschlichen Handelns wird vor allem dadurch in Frage gestellt, dass die Denk- und Entscheidungsprozesse grundsätzlich von *kognitiven Beschränkungen und Wahrnehmungsverzerrungen* gekennzeichnet werden.[672] Diese zeichnen sich einerseits durch eine verzerrte oder voreingenommene Informations*aufnahme*, die sog. Biases und eine vereinfachte Informations*verarbeitung* aus. Menschen neigen etwa dazu, die Realität oft nur selektiv wahrzunehmen und Informationen, welche den eigenen Interessen, Wünschen oder Glaubenssätzen

665 Auch die Annahmen der Irrationalität und Nachtaligkeit entsprechenden Verhaltens sind allerdings nicht unumstritten, vgl. die grundlegende Kritik bei *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 ff.; *Mitchell*, William & Mary Law Review 2002, 1907 ff. sowie *House of Lords Science and Technology Select Committee*, 2nd Report of Session 2010–12: Behaviour Change, 2011, S. 5 ff.; s. auch unten Kap. 3 E I.

666 Zum Folgenden *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 21 ff.

667 Grundlegend dazu *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2011, S. 20 ff.

668 *Kahneman*, Thinking, Fast and Slow, 2011, S. 20 ff.

669 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 21.

670 *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (14).

671 *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (13).

672 Vgl. den ausgezeichneten Überblick über „Verhaltensanomalien" bei *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 178 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

widersprechen und damit kognitive Dissonanzen auslösen würden, zu ignorieren. Auch orientieren wir uns selektiv nur an bestimmten Informationen allein deswegen, weil sie gerade verfügbar sind (*availability bias*), unseren eigennützigen Interessen entsprechen (*self-serving bias*) oder weil wir unsere Leistungsfähigkeit zu optimistisch einschätzen (*over-confidence bias*).[673] Der daraus resultierende unrealistische Optimismus (*over-optimism*) führt dann dazu, dass Menschen die Wahrscheinlichkeit positiver Ereignisse systematisch als zu hoch und das Eintreten negativer Ereignisse systematisch als zu niedrig einschätzen.[674] So konnte man etwa bei Rauchern feststellen, dass diese trotz Kenntnis der Risikoträchtigkeit ihres Verhaltens glauben, dass die Wahrscheinlichkeit eine Lungen- oder Herzkrankheit zu bekommen nicht höher oder sogar niedriger ist als bei Nichtrauchern.[675]

Daneben werden dann auch noch als Heuristiken oder „Daumenregeln" (*rules of thumb*[676]) bezeichnete Vereinfachungsregeln eingesetzt, welche zum Ziel haben, Entscheidungen einfacher zu machen oder überhaupt erst zu ermöglichen.[677] So tendieren Menschen dazu, kurzfristige kleine Freuden gegenüber Entscheidungen, die erst langfristig einen Gewinn oder Nutzen versprechen, zu bevorzugen, da diese kurzfristigen Entscheidungen oft die einfacheren, weniger anstrengenden (da grundsätzlich weniger Denkprozesse voraussetzenden und weniger kognitive Dissonanzen auslösende) Handlungsalternativen darstellen.[678] Auch wird den Konsequenzen gegenwärtiger Entscheidungen, die erst in entfernter Zukunft eintreten, generell ein (zu) geringes Gewicht beigemessen (*hyperbolisches Diskontieren*).[679] So sind etwa die Vorteile einer billigen und „wohlschmeckenden" (kalorienreichen) Mahlzeit unmittelbar ersichtlich, die Nachteile jedoch, die sich etwa langfristig in schlechter Gesundheit niederschlagen können,

673 *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (218) m. w. N.
674 *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (84 f.); *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 34 ff.
675 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 36.
676 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 24 f.
677 Zum Ganzen *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 179.
678 *Wikler/Eyal*, Public Health Ethics 2013, 233 f.
679 *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (85).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

werden unter Umständen erst Jahre später hervortreten und finden damit im Rahmen des Entscheidungsprozesses kaum oder keine Beachtung.[680]

3. Nudges zur Beeinflussung von Gesundheitsverhalten

Nudges sind aufgrund ihrer weiten Definition in ihrer Ausgestaltung grundsätzlich sehr vielseitig und können in verschiedensten Lebensbereichen eingesetzt werden. Kerneinsatzgebiet von *Nudges* ist jedoch im weitesten Sinne die Verbraucherpolitik auf den Gebieten Umwelt, Ressourcen, Energie und Finanzen. Hierfür wurden bereits ausführlich besonders effektive Nudges und Einsatzmethoden ausgearbeitet.[681] Im Fokus der folgenden Beispiele sind jedoch die Einsatzmöglichkeiten auf dem gleichermaßen bedeutsamen Gebiet des Gesundheitsverhaltens.[682]

a) Standardoptionen

Das prominenteste Beispiel eines *Nudges* unter Ausnutzung kognitiver Verzerrungen ist die Gestaltung von *default options*, der Standardoptionen.[683] Einer der typischen menschlichen kognitiven Verzerrungen ist nämlich die Tendenz, den *status quo* beibehalten zu wollen. Das Setzen von gezielten Standardvorgaben macht es damit wahrscheinlicher, dass vom Steuerungsadressaten ein bestimmtes Verhalten verfolgt wird. Es bedarf dazu auch keiner aktiven Entscheidung des Bürgers zur Erreichung des Steuerungsziels. Dieser Umstand macht dieses Steuerungsmittel daher zu einem sehr wirkmächtigen und wohl effektivsten *Nudge* zur Verhaltenssteuerung.[684] Klassisches Beispiel hierfür ist die Gestaltung von Organspenderegeln. Wird als Standardoption festgelegt, dass grundsätzlich jeder Bürger als Organspender geführt wird, solange er nicht widerspricht, so

---

680 *Borden*, Hastings Center Report 2014, 6.

681 S. dazu den ausführlichen Überblick bei *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583 ff. sowie darauf bezugnehmend *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015, S. 28 f.

682 Zu den verschiedenen Einsatzmöglichkeiten s. *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016.

683 Zum Folgenden *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 8 f.

684 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583 (585); darauf bezugnehmend *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015, S. 28.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

soll dies zu einer viel höheren Anzahl von Organspendern führen als bei einer Gestaltung, welche eine aktive Entscheidung des Bürgers zur Organspendebereitschaft voraussetzt.[685] Interessanterweise kann man aber auch schon mit der Herstellung einer neutralen Entscheidungssituation ähnliche Zahlen erhalten wie mit einer Opt-out Lösung.[686] Neben der Organspende bestehen jedoch grundsätzlich Einsatzmöglichkeiten in allen Lebensbereichen, insbesondere im alltäglichen Gesundheitsverhalten. In allen Situationen, in denen Entscheidungen getroffen werden müssen, von der Essensauswahl über die Auswahl der Fortbewegungsart bis hin zur Frage der Teilnahme an Bonusprogrammen samt automatischer Übermittlung von Gesundheitsdaten, kann die Standardvorgabe die Entscheidungssituation entscheidend beeinflussen. So können etwa zur Bekämpfung von Übergewicht Standardoptionen den Zugang zu gesünderen Produkten fördern und zu ungesünderen Lebensmitteln unattraktiver machen.[687] Das enorme Steuerungspotenzial von Standardoptionen kann sich dabei sowohl in solchen Situationen, wo keine Entscheidung getroffen wird, als auch in Situationen, in denen die Entscheidung nicht bewusst getroffen wird, entfalten.

b) Framing-Effekte

Mit den Standardoptionen verbunden sind die sog. *Framing-Effekte*. Hierbei geht es darum, dass bei der Prognose von Chance und Risiko, von Gewinn und Verlust die Art der Darstellung und Aufbereitung der Informationen einen starken Einfluss auf die Entscheidung für oder gegen eine Option haben kann.[688] Der Mensch neige zu einem unrealistischen Optimismus (*over-confidence bias*) und ist von einer tiefen Verlustangst (*Verlustaversion*) geprägt. So ist es bedeutsam, ob beispielsweise die Erfolgsaussichten einer Operation mit „es überleben 90 von 100 Patienten" oder mit „es sterben 10 von 100 Patienten" angegeben werden. Im Zusammenspiel mit der Risikoaversion und der Überschätzung der eigenen Erfolgsaussichten neigen Patienten eher zu der Operation, wenn diese mit den Erfolgsaussichten, dass 90 von 100 Patienten überleben, verbunden wird. Gegen diesen Effekt soll selbst medizinisches Fachpersonal nicht gefeit

685 *Johnson/Goldstein*, Science 2003, 1338 f.; *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 37 f.
686 *Johnson/Goldstein*, Science 2003, 1338.
687 *Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 235 (237).
688 S. dazu auch *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (219).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein.[689] Je nach Gebiet erreicht man also mittels positiver, auf die Erfolge und Gewinne hinweisender Informationsaufbereitung andere Ergebnisse als mittels negativer, verlustaufzeigender Darstellung. So sollen auch Informationen aus dem Bereich Gesundheitsförderung und Prävention erfolgreicher sein, wenn diese mit Fokus auf die positiven Folgen und nicht mit Hervorheben der Verlustmöglichkeiten bei Nichteinhaltung der Verhaltensregeln einhergehen.[690] Liegt der Fokus jedoch darauf, dass ein bestimmtes Risikoverhalten verringert werden soll, wird der Aufbau eines „Verlust-Rahmens" als effektiver angesehen.[691] Eine rasch abrufbare und eindringliche Darstellung der negativen Eigenschaften kann nämlich die Effekte unrealistischen Optimismus und auch den *availability bias* eindämmen. Dies gilt beispielsweise für die teilweise drastische Aufbereitung und Darstellung von Fakten im Rahmen von Warnungen auf Zigarettenpackungen.[692]

c) Ausnutzung von Konformitätsverhalten (Soziale Nudges)

Eine weitere Dimension des *Nudging* die Ausnutzung des Konformitäts-Verhaltens von Menschen. Werden Informationen so aufbereitet oder dargestellt, dass sie zu erkennen geben, dass die Mehrheit der Bürger etwa Organspender sei oder an Fitnesskursen teilnehme, dann soll dies dazu führen, dass sich viele Personen auch wie die Mehrheit entscheiden werden. Die bloße Beschreibung der Einhaltung einer Norm durch andere Akteure erlangt damit häufig schon Verhaltensrelevanz.[693] Andere Beispiele sind etwa der Alkohol- oder Zigarettenkonsum unter Schülern und Studierenden. Hier können Informationskampagnen mit Umfragen oder Aussagen unterlegt werden, welche bezeugen, dass ein Großteil der entsprechenden Bezugsgruppe etwa wenig bis gar kein Alkohol zu sich nehme oder wenig bis gar nicht rauche.[694] Die Ursache liegt darin, dass der Mensch anscheinend ein starkes Bedürfnis dazu hat, konform mit der Mehrheit zu

689 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 39 m. w. N.
690 *Rothman/Salovey*, Psychological Bulletin 1997, 3 ff.
691 *Rothman/Salovey*, Psychological Bulletin 1997, 3 (13).
692 *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (92).
693 *Neumann*, Libertärer Paternalismus, 2013, S. 52.
694 Zu den Beispielen *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 57 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sein. So ist die Sorge um die eigene Reputation eng mit der Befolgung sozialer Normen verbunden.[695] Die Erzeugung und Ausnutzung eines entsprechenden Leitbild-Effekts gilt dabei ebenfalls ein wirkmächtiger *Nudge*.[696] Sie lassen sich aufgrund der Ausnutzung dieses Effekts auch als „soziale Nudges" bezeichnen.[697] Diese *sozialen Nudges* weisen eine große Nähe zu kommunikativen Maßnahmen auf. Sie werden im Rahmen dieser Arbeit daher eher den Maßnahmen der noch vorzustellenden manipulativen Kommunikation zugeordnet.

d) Sonstige Nudges

Zahlreiche weitere Beispiele für Maßnahmen, welche als *Nudge* verstanden werden können, lassen sich bei der Steuerung von Nahrungs- und Genussmittelkonsum sowie Bewegungsgewohnheiten finden.[698] So könnte man die bereits erwähnten Gesundheits-Apps dazu nutzen, täglich über die Kalorienzufuhr zu berichten und den Benutzer damit anzuhalten, nicht zu viel Kalorien zuzuführen.[699] Gemäß einer Studie konnte in einer Krankenhauskantine durch Etikettierung von Lebensmitteln (rot = ungesund, gün = gesund) eine Verringerung der Auswahl ungesunder und eine deutliche Steigerung der Auswahl gesunder Nahrungsmittel festgestellt werden.[700] Eine gewisse Vorreiterrolle bei der Implementierung entsprechender *Nudges* zur Reduzierung von Risikofaktoren zum Zwecke der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention nahm in jüngerer Zeit die Stadt New York unter Bürgermeister *Bloomberg* ein.[701] So wurde im Jahr 2012 eine Obergrenze von 0,5 Liter für die Größe von zuckerhaltigen Getränken für den Verkauf in Restaurants, Theatern und Sportstadien sowie kleineren

695 *Reisch/Sandrini*, Nudging in der Verbraucherpolitik, 2015, S. 27.
696 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 57 ff.
697 So *Wolff*, RW 2015, 194 (201).
698 Als Überblick für die USA *Studdert/Flanders/Mello*, PLoS Medicine 2015, 1 ff.; s. a. *Mello/Studdert*, Hastings Center Report 2014, 8.
699 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583.
700 *Thorndike/Riis/Sonnenberg u. a.*, American Journal of Preventive Medicine 2014, 143 ff.; *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (91).
701 Einen Überblick zu den verschiedenen Maßnahmen bietet etwa *Gostin*, Hastings Center Report 2013, 19 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Feinkostgeschäften und Speisewägen verabschiedet.[702] Die Regelung wurde jedoch bereits vor Inkrafttreten aufgrund fehlender Zuständigkeit für ungültig erklärt.[703] Im Jahr 2013 wurde eine Verwaltungsanweisung herausgegeben, die städtische Behörden anwies, die Nutzung von Treppen zu fördern und auf „smartes" Architekturdesign für alle Neubauten und grundlegenden Sanierungen Wert zu legen.[704] Auch wurden zwei Gesetzentwürfe vorgelegt, welche die Sichtbarkeit und den Zugang zu Treppenhäusern im Rahmen von Neubauten, etwa mittels Anbringen von auf die Vorteile der Treppennutzung hinweisenden Schildern neben den Fahrstühlen, befördern sollten.[705] Im Rahmen des Ernährungsverhaltens gibt es diverse Studien über die Beeinflussbarkeit von Portionsgrößen und damit der Gesamtkalorienzufuhr durch die Veränderung der Begleitumstände der Nahrungsaufnahme. So haben das Vorhandensein oder Fehlen von Tabletts[706], die Größe von Essgeschirr und Servierbesteck[707], die Anordnung, Beschilderung und Darstellung der Lebensmittel Einfluss auf die Auswahl bezüglich des Inhalts und der Menge[708]. Im Bereich des Genussmittelkonsums dient eine Mindestgröße für Zigarettenpackungen dazu, insbesondere Jugendlichen den Kauf von „teuren" Zigarettenpackungen unattraktiv zu machen[709], sie also in die Richtung eines Vermeidungsverhaltens, eines Nichtkaufs zu „schubsen". Ähnliche Überlegungen lassen sich bei der Einführung generischer – und damit reizloser und unattrakti-

---

702 Section 81.53 of the New York City Health Code.

703 New York Statewide Coalition of Hispanic Chambers of Commerce v. New York City Dept. of Health, 23 N.Y.3d 681 (2014).

704 New York Times Online v. 17.7.2013, http://www.nytimes.com/2013/07/18/nyregion/next-steps-in-bloombergs-obesity-fight-up-the-stairs.html?_r=0 (Stand: 3.4.2017).

705 *Center for Active Design*, http://centerforactivedesign.org/holdopenstairbill (Stand: 3.4.2017).

706 *Wansink/Just/Shimizu*, Journal of Nutrition Education and Behavior 2011, 1 ff.

707 *Wansink/Ittersum/Painter*, American Journal of Preventive Medicine 2006, 240 ff.

708 *Thorndike/Riis/Sonnenberg u. a.*, American Journal of Preventive Medicine 2014, 143 ff.

709 Zurzeit noch 19 Stück, nun 20 Stück erforderlich nach Art. 14 der Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl. L 127/1.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ver – Packungen (*Plain Packaging*) finden.[710] Eine entsprechende Regulierung wurde nach Australien[711] im Jahr 2015 auch in Irland[712] und Großbritannien[713] erlassen.

Eine weitere interessante Erkenntnis ist zudem, dass anscheinend bereits die Erhebung bestimmter Informationen über zukünftige Verhaltensabsichten mittels Fragebögen die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass die Befragten das sozial erwünschte Verhalten tatsächlich an den Tag legen oder sozial unerwünschtes Verhalten vermeiden werden.[714] Dieser Effekt kann wohl damit erklärt werden, dass zum einen die in Aussicht gestellte Verhaltensoption verfügbarer erscheint als andere Möglichkeiten. Zum anderen wirkt wohl eine sog. *Simulations-Heuristik*. Dadurch, dass die Aufmerksamkeit der Befragten auf ein bestimmtes Verhalten gelenkt wird, spielt man im Gehirn automatisch Möglichkeiten und Umstände durch, das entsprechende Verhalten zu verfolgen oder zu vermeiden.[715] Dies kann so einfache Tätigkeiten umfassen wie etwa die Absicht sich innerhalb der nächsten Woche die Zähne mit Zahnseide zu reinigen oder aber auch den Konsum fetthaltiger Nahrungsmittel zu vermeiden. So griffen Studienteilnehmer, die ausschließlich nach ihrer Absicht gefragt wurden, in der nächsten Woche den Konsum fettiger Nahrung zu vermeiden[716] statistisch signifikant öfter zur nach dem Experiment bereit gestellten Reiswaffel (und nicht zum Schokoladenkeks) als die Kontrollgruppe, die eine andere Frage gestellt bekam.[717]

---

710 ZEIT Online v. 11.3.2015, http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-03/plain-packaging-zigaretten-grossbritannien (Stand: 3.4.2017).

711 Tobacco Plain Packaging Act 2011, No. 148, 2011.

712 Public Health (Standardised Packaging of Tobacco) Act 2015, No. 4 of 2015.

713 Standardised Packaging of Tobacco Products Regulations 2015 No. 829.

714 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 76 mit Verweis auf *Levav/Fitzsimons*, Psychological Science 2006, 207 ff.

715 *Levav/Fitzsimons*, Psychological Science 2006, 207 (208).

716 Allein die Art der Fragestellung „Vermeidung des Verhaltens" gibt hier wiederum schon die soziale Unerwünschtheit des Verhaltens implizit, aber wirksam zum Ausdruck.

717 Zum Ganzen *Levav/Fitzsimons*, Psychological Science 2006, 207 (208 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

V. Staatliche Kommunikation (Erziehung, Aufklärung und Information)

Informationsbasierte Steuerungsinstrumente zielen auf den Abbau von Wissensdefiziten und auf Überzeugung der Steuerungssubjekte, Verhaltensweisen an den Tag zu legen, die dem intendierten Steuerungsziel förderlich sind.[718] Es wird dabei sowohl Problemwissen als auch Handlungswissen vermittelt.[719] Die Information hat in der Regel damit nicht nur orientierenden und rein wissensvermittelnden, sondern oftmals auch empfehlenden bis hin zu appellativen und erzieherischen Charakter.[720] Generell sollte daher allgemein von staatlicher Kommunikation und nicht nur von staatlicher Informationstätigkeit gesprochen werden.[721] Für den modernen Staat tritt die Kommunikation und die damit verbundene Wissenskundgabe als wirkmächtiges Steuerungsmedium neben die klassische rechtsförmliche Machtausübung und Beeinflussung durch Geldzuweisung beziehungsweise Anreizsteuerung.[722] Der steuernde Staat ist heute auch der informierende, ermahnende und warnende Staat.[723] Der durch eine solche Kommunikation ermöglichte Zugriff auf individuelle Einstellungen, Wertpräferenzen und moralische Maßstäbe gibt dem Staat ein ebenso brisantes wie in seinen Wirkungen mitunter unvorhersehbares Mittel an die Hand, gehen doch mittels kommunikativer Steuerung auch neue vorsorgende und umsorgende Zwecksetzungen einher.[724] So neigt der informierende Staat hier tendenziell dazu, sich in die Rolle des besorgten, ermahnenden und erziehenden „pater familias" zu begeben.[725]

Auf der anderen Seite dient staatliche Kommunikation auch dazu, „kognitive" und „sekuritative" Bedürfnisse der Bürger zu erfüllen und damit öffentliche Aufgaben wahrzunehmen.[726] So ist Ausgangspunkt dieses Steuerungsinstrumentariums zunächst die Annahme, dass „Gesundheits-

718 *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 118.
719 *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 68 ff.
720 Vgl. *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (381).
721 *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 87.
722 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690).
723 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690), spricht hier vom „präzeptoralen Staat".
724 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690 f.); anhand von Anti-Tabakmaßnahmen veranschaulichend *Verweij*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 179 (181 ff.).
725 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (691).
726 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (690).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mündigkeit“ ein nicht von vornherein vorhandener, sondern ein erst zu erreichender Zustand des Menschen ist.[727] Ökonomisch gewendet, sollen entsprechende Maßnahmen den Abbau von Informationsdefiziten bewirken, welche anderenfalls optimale, also an den eigenen Präferenzen ausgerichtete Entscheidungen behindern könnten.[728] Das Kommunikationsinstrumentarium reicht daher von bloßer Aufklärung über persönliche und bevölkerungsbezogene Fragen der Krankheitsentstehung und -prävention sowie den Möglichkeiten der Gesundheitsförderung bis hin zur Vermittlung spezifisch normativer Lerninhalte.[729] Positiver Aspekt, aber zugleich auch größter Schwachpunkt dieses Steuerungsinstrumentariums, ist jedoch der Umstand, dass die Effektivität der Maßnahme von einem rationalen Entscheidungshandeln des zu beeinflussenden Individuums abhängt. Die Steuerungsobjekte müssen die Informationen also verstehen, richtig auswerten und ihr Handeln entsprechend ausrichten können. Dieser Prozess ist aufgrund der Komplexität und Kontextabhängigkeit individueller Entscheidungen jedoch oftmals fehlerbehaftet. Ein bedeutsamer Punkt ist zudem, dass die Überzeugungskraft und damit die Steuerungswirkung informationsbasierter Instrumente nicht allein durch die vermittelten Inhalte selbst, sondern auch maßgeblich durch die Autorität des Informationsverfassers beeinflusst wird.[730] Maßnahmen können hier etwa Ernährungskunde in Schulen, Gesundheitsinformationskampagnen oder etwa Kennzeichnung von Energie- und Nährwertangaben von Lebensmitteln sein.[731] So wurde in jüngerer Zeit die Kennzeichnungspflicht von Lebensmitteln mittels einer Lebensmittelampel, welche Auskunft über die Gesundheitsverträglichkeit der Inhaltsstoffe des entsprechenden Produkts geben sollte, diskutiert.[732] Gemeinhin bekanntestes Beispiel ist hier die Pflicht zu Warn-

727 *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (186 f.).

728 *Führ/Feindt/Bizer*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 9 (21).

729 *Schnabel*, Gesundheit fördern und Krankheit prävenieren, 2007, S. 109; einen umfassenden Überblick zur bevölkerungsbezogenen Gesundheitskommunikation bieten *Loss/Nagel*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 502 ff.

730 Zum Ganzen *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 118 f.; vgl. auch *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19) m. w. N.

731 *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (186); eine Übersicht für die USA bieten etwa *Studdert/Flanders/Mello*, PLoS Medicine 2015, 1 (3 f.).

732 Vgl. *Natz/Zumdick/Heck*, LMuR 2010, 118 ff.; *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (381).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hinweisen auf Tabakerzeugnissen entsprechend der Tabakproduktverordnung[733] in Umsetzung der Tabakproduktrichtlinie 2001[734], welche jüngst durch die neue Tabakproduktrichtlinie 2014[735] überarbeitet und erweitert wurde.

Informationskampagnen basieren oft auf sozial-kognitiven Gesundheitsverhaltenstheorien und Modellen überzeugender Kommunikation und anderer sozialkognitiver Theorien.[736] Es geht hierbei darum, mittels Beeinflussung kognitiver Prozesse einen *Einstellungswandel* bei den Zielpersonen zu erreichen, mithin individuelle als auch kollektive Bewusstseins- und Willensbildungsprozesse staatlich zu steuern.[737] Ziel ist die Beeinflussung gesundheitsrelevanten Verhaltens, sei es die Verringerung des Tabak- oder Alkoholkonsums, die Verbesserung der Ernährung, der körperlichen Aktivität, die Vermeidung ungeschützten Geschlechtsverkehrs und die Benutzung von Verhütungsmitteln, insbesondere Kondomen, aber auch die Einwirkung auf das Verkehrsverhalten, vom vorsichtigeren Fahren bis hin zur Benutzung von Schutzhelmen für Fahrradfahrer.[738] Je intensiver die staatlichen Maßnahmen hier jedoch auf einen Einstellungswandel hin ausgerichtet sind, desto eher bewegen sie sich von rein informativen, wissensvermittelnden hin zu erzieherischen, gesinnungssteuernden Maßnahmen. Wie bereits erwähnt, macht sich die Kommunikation, je nach Ausgestaltung, vor allem Persuasion, Suggestion und Manipulation zu Nutze. Der Wirkmechanismus solcher Mittel kann dabei in der Erzeugung von (diffuser) Angst, in der Ausnutzung kognitiver Wahrnehmungsdefizite oder in der Erzeugung emotionalen, moralischen oder sozialen Drucks sowie in

733 Tabakprodukt-Verordnung vom 20.11.2002 (BGBl. I S. 4434), zul. geänd. d. Art. 63 d. V. v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474).

734 Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 5.6.2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen, ABl. L194/26.

735 Richtlinie 2014/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3.4.2014 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG, ABl. L 127/1.

736 So etwa die AIDS-Kampagne der BZgA, vgl. *Pott*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 422 (423 f.); allgemein *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (142) m. w. N.

737 Vgl. *Gramm*, NJW 1989, 2917; *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (142).

738 *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (141) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Wahl von Motiven, Personen und Vorbildern liegen.[739] Ein bestimmtes Gesundheitsverhalten (Nichtrauchen, gesunde Ernährung, Teilnahme an Vorsorgemaßnahmen) soll damit als attraktiv und wünschenswert dargestellt und auf diese Weise regelrecht „vermarktet" werden.[740] Eine Verbindung sachfremder Motive ist dabei nicht ausgeschlossen. So kommen hier solche Maßnahmen in Betracht, welche versuchen, durch Bezugnahme auf Sexualität und Attraktivität auf Gesundheits- oder Vorsorgeverhalten einzuwirken.[741] Insbesondere mit Blick auf die Ausnutzung kognitiver Defizite bei der Informationsaufnahme und Verarbeitung bestehen in diesem umfassenderen Verständnis von staatlicher Kommunikation und nicht bloßer Information sowohl inhaltlich als auch vom Wirkmechanismus her starke Überschneidungen zu den soeben charakterisierten Maßnahmen der geführten Entscheidungsfindung (*Nudging*).[742] Der Großteil dieser *sozialen Nudges* geht dementsprechend in den hier beschriebenen Maßnahmen staatlicher Kommunikation auf.[743]

Der Staat verlässt im Rahmen der persuasiven, suggestiven und manipulativen Kommunikation die Ebene bloßer Information und macht sich eine moralische *Sollensordnung* zu Nutze, um seine Bürger zu bestimmten moralischen Tugenden und Werten zu erziehen, damit diese das gewünschte Regelungsziel ohne großen staatlichen Zwang von sich heraus verfolgen.[744] Anstelle von konkreten Handlungsanweisungen versucht der Staat hier mittels *Kommunikation moralischer Regeln* menschliches Verhalten zu steuern.[745] Eine solche moralische Gesinnungssteuerung verlässt den klassischen Kanon des steuerungstheoretischen Handlungsinstrumentariums und wirft steuerungstheoretische sowie insbesondere verfassungsrechtliche Fragen auf.[746] So werden gesundheitsfördernde Maßnahmen gerade auch in Bezug auf die Erzeugung und Ausnutzung des Leitbildes ei-

739 *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (142); *Loss/Nagel*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 502 (507).
740 *Loss/Nagel*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 502 (507).
741 Vgl. etwa *Loss/Nagel*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 502 (506 f.).
742 *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (208).
743 Dies anerkennend *Wolff*, RW 2015, 194 (209).
744 Dies als „edukatorisches Staatshandeln" bezeichnend *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 17.
745 *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 53.
746 Vgl. etwa *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012; *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005; *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 24 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nes „Gesundheitsmenschen“ und die damit verbundene Erziehung zu einer bestimmten Gesundheitsmoral kritisiert.[747]

Eine der meistbeachteten und wohl auch als am erfolgreichsten geltenden, umfassenden Aufklärungs- und Informationskampagnen stellt die AIDS-Prävention dar.[748] Unter Federführung der BZgA wurde eine nationale AIDS-Präventionskampagne entwickelt, welche vor allem massenmediale als auch personalkommunikative Kampagnenteile unter Verwendung verschiedenster Kommunikationskanäle enthält. Die Informationsverbreitung erfolgt dabei multi-kanal über Rundfunk, Fernsehen, Kino, Zeitschriften, Plakaten und Hauswurfsendungen.[749] Die Kampagne verfolgt dabei das Ziel, sowohl der gesamten Bevölkerung als auch den spezifischen Risikogruppen ein Aufklärungs- und Lernangebot zur Verfügung zu stellen, welches etwa *stabile* Informationen über Ansteckungsrisiken und Nichtrisiken sowie Schutzmöglichkeiten enthält und auch zum Schutzverhalten motivierend und animierend wirken soll. Wichtiger Eckpfeiler ist dabei die Durchführung und Veröffentlichung wissenschaftlicher Studien und die Bewertung von Ergebnissen und Maßnahmen durch die Fachöffentlichkeit. Begleitet werden die Informationskampagnen von aktiver Aufklärungsarbeit etwa bei Jugendlichen, Möglichkeiten der Testung und anonymer (Telefon-)Beratung.[750] Eine Besonderheit dieser Kampagne ist des Weiteren, dass sie unter Einbeziehung der vom Risiko besonders Betroffenen versucht, ein gesellschaftliches Klima des Respekts und Vertrauens zu schaffen. Dies gilt aus sozialpsychologischer Sicht als eine unverzichtbare Voraussetzung für auf Gemeinsinn basierende, kollektive Lernprozesse. Ebenso gilt es als für den Erfolg bedeutsam, dass die gesellschaftliche Lernstrategie keine Ergänzung durch Elemente der Repression (zwangsweise Testung verschiedener Bevölkerungsgruppen und damit

747 Vgl. etwa *Trojan*, in: *Trojan/Stumm* (Hrsg.), Gesundheit fördern statt kontrollieren, 1992, S. 9 ff.

748 *Mosebach/Walter*, Jahrbuch für Kritische Medizin 2006, 8 (16); ausführlich auch *Gramm*, NJW 1989, 2917 ff.; *Rosenbrock*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 432 ff., sieht das „Erfolgsmodell“ jedoch in eine Krise geraten.

749 *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2918).

750 Zum Ganzen etwa *Pott*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 422 ff. und *Töppich/Christiansen/Müller W.*, Bundesgesundheitsblatt 2001, 788 ff. sowie *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*, https://www.gib-aids-keine-chance.de/ (Stand: 6.4.2017).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

verbundene, erzwungene Identifikation)[751] erfahren hat, da dies die Gesamtwirkung erheblich mindern würde.[752] Insgesamt legt es der Erfolg der AIDS-Prävention und die dabei gesammelten Erfahrungen aus gesundheitswissenschaftlicher Sicht nahe, ein entsprechendes Vorgehen auch auf andere Gesundheitsprobleme zu übertragen.[753]

Weitere Maßnahmen umfassen etwa Kampagnen, Aufklärungs- und Beratungsaktivitäten zum Thema Ernährung, Bewegung, Suchtmittelkonsum oder etwa die Förderung allgemeiner Lebenskompetenz insbesondere im schulischen Bereich.[754] Im Rahmen der Raucherentwöhnung umfasst das Maßnahmenspektrum beispielsweise Selbsthilfeprogramme in Form von Broschüren, Büchern, Internetauftritten bis hin zu Telefon- und Einzelberatungen.[755]

VI. Zurverfügungstellung gesundheitsförderlicher Strukturen

Schließlich bietet auch die Zurverfügungstellung gesundheitsförderlicher Strukturen die Möglichkeit, das Verhalten von Individuen zu beeinflussen.[756] Der Unterschied zu den bereits oben skizzierten individuellen Leistungen besteht hier in der strukturellen Natur. Strukturelle Maßnahmen richten sich nicht gezielt an einzeln identifizierbare Individuen, sondern knüpfen an die Gestaltung „sozialer Verhaltensarrangements“[757] an. Im Fokus stehen damit Maßnahmen, die sich auf die gesundheitsbeeinflussenden allgemeinen Lebensumstände beziehen und grundsätzlich nicht an im Kern gesundheitsrelevantes Individualverhalten anknüpfen und dieses konkret zu ändern versuchen. Gemeint sind also Maßnahmen, die in der gesundheitswissenschaftlichen Literatur grundsätzlich der *reinen* Verhält-

751 Einen Überblick über in anderen Ländern angewandte Zwangsmaßnahmen bietet *Marcus*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 412 ff.
752 *Rosenbrock*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 432 (433 f.).
753 *Töppich/Christiansen/Müller W.*, Bundesgesundheitsblatt 2001, 788 ff.
754 *Abel/Kolip*, in: *Egger/Razum* (Hrsg.), Public Health, 2. Aufl. 2014, S. 132 f.
755 Einen ausführlichen Überblick bieten *Kröger/Gradl*, Bundesgesundheitsblatt 2010, 201 ff.
756 Einen Überblick bieten *Gostin/Stone*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 59 (71 f.).
757 *Görlitz*, Politische Steuerung, 1995, S. 132.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nisprävention zugeordnet würden.[758] Auch § 20a Abs. 1 S. 2 SGB V spricht davon, dass die Gesundheitsförderung und Prävention in den Lebenswelten *insbesondere* den „Aufbau und die Stärkung gesundheitsförderlicher Strukturen" umfassen sollen. Darunter können etwa Maßnahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung und des Arbeitsschutzes (§§ 20b und 20c SGB V; § 1 ArbSchG[759]) und wohl auch die Förderung von Selbsthilfegruppen und -organisationen (vgl. § 20h SGB V) gefasst werden. Die Abgrenzung ist auch hier sehr fließend. So haben Maßnahmen in den Lebenswelten „Kindertagesstätte und Schule" wiederum den Fokus, „gesundheitsförderliche Erlebens- und Verhaltensweisen" zu prägen[760], sodass strukturelle Maßnahmen wieder stärker mit Elementen der Verhaltensprävention vermischt werden. Auch ist zu beachten, dass sich Verhältnisprävention und die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur im Rahmen des *Nudging* ähneln und überschneiden können. Da die Wirkung hoheitlicher Steuerung jedoch immer auch von ihrer Umgebung und Steuerungswirklichkeit abhängig ist, wäre nicht viel gewonnen dieses Phänomen nun generell unter dem Aspekt des *Nudging* zu betrachten.[761] Die Abgrenzung ist – wie bereits beschrieben – darin zu sehen, dass *Nudges* im Kern auf der *gezielten* Neutralisierung oder Ausnutzung der vermeintlichen Rationalitätsdefizite des Steuerungsadressaten basieren.

Andere Maßnahmen können beispielsweise infrastruktureller Art sein, welche oft allgemeine städteplanerische Konzepte umfassen. Es kann sich dabei etwa um den Bau eines Sportplatzes, die Schaffung öffentlicher Parkanlagen oder die fußgänger- und radfahrerfreundliche Gestaltung von Städten handeln. Die Abgrenzung zu Anreizen und zu *Nudges* kann hier wohl darin gesehen werden, dass durch strukturelle Maßnahmen lediglich recht allgemein die Möglichkeit zur Wahrnehmung des entsprechenden Verhaltens (z.B. Steigerung der physischen Aktivität) überhaupt erst ermöglicht und vereinfachen.

---

758 Zur Unterscheidung von Verhaltens- und Verhältnisprävention s. oben Kap. 1 C V.

759 Arbeitsschutzgesetz vom 7.8.1996, BGBl. I S. 1246, zul. geänd. d. Art. 427 d. V. v. 31.8.2015, BGBl. I S. 1474.

760 BT-Drucks 18/4282, S. 35.

761 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (114).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

VII. Zusammenfassende Charakterisierung der Maßnahmen

Die vorgestellten Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention lassen sich mit Blick auf die Art und Weise der Verhaltensbeeinflussung sowie dem zugrundeliegenden Freiheitsverständnis wie folgt charakterisieren:

1. Zwei Ansätze zur Verhaltensbeeinflussung
Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention versuchen die Verhaltensbeeinflussung beim Einzelnen grundsätzlich auf zwei verschiedene Arten zu bewirken. Maßnahmen in Form von Ge- und Verboten setzen einen äußeren Handlungsrahmen, sie versuchen unmittelbar ein bestimmtes Verhalten oftmals mittels Sanktionsandrohung zu erzwingen. Viele andere Maßnahmen bewirken den Steuerungseffekt jedoch vermittelt über eine Willensbeeinflussung. Der Mensch soll seine innere Einstellung ändern oder unbewusst dazu bewegt werden, das staatlich gewünschte Gesundheitsverhalten zu verfolgen. Ziel dieser subtilen, gleichwohl unter Umständen sehr effektiven Maßnahmen ist es, dass der Bürger den staatlich angestoßenen Entscheidungsprozess als eigenen wahrnimmt und sich der fremden Beeinflussung der Willensbildung nicht gewahr wird.

2. Leitbilderzeugung
Zumindest in ihrer Gesamtheit erzeugen die Maßnahmen das Leitbild eines vermeintlich objektiv bestimmbaren gesunden Lebens und bauen damit einen zusätzlichen Druck auf das Individuum zur Verhaltensanpassung und Konformität auf. Es wird als für jedermann erstrebenswert dargestellt, einen körperlichen und geistigen Idealzustand zu erreichen, welcher wiederum ein möglichst langes Leben ermöglichen soll. Eine Diversifizierung der Regelungsadressaten bzw. Zielgruppen findet durch die Setting-Ansätze zwar statt, doch diese bezieht sich eher auf die Methodenwahl als auf die Frage einer unterschiedlichen Zielerreichung. Das Ziel des gesünderen Lebens trifft inhaltlich alle Adressaten in gleichem Maße. Diese „Mitbelastung aller Mitbürger“ kann grundsätzlich dazu führen, dass eine Einwirkung zwar individuell verspürt, nicht aber als individuelle Last empfunden

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wird.[762] Dies erschwert dem Individuum die kritische Reflektion des staatlich erzeugten Konformitätsdrucks.

3. Orientierung am Bild des beschränkt rational handelnden Menschen
Aus der Grundannahme eines allgemein gültigen Gesundheitsideals folgt im Zusammentreffen mit Erkenntnissen über die lebensstilbedingten Risikofaktoren und Krankheiten eine besondere Ausrichtung des Regelungsansatzes. Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention liegt oftmals ein bestimmtes Menschenbild zugrunde, welches den Menschen als ein aufgrund kognitiver Beschränkungen nur bedingt zum rationalen Handeln fähiges, „phlegmatisches" Wesen wahrnimmt.[763] Dieser „phlegmatische" Mensch kümmere sich um viele seiner Angelegenheiten nur lustlos und mit möglichst geringem Aufwand oder gar nicht und treffe in der Konsequenz viele Entscheidungen, die er so bei umfassender Information und unbegrenzten kognitiven Fähigkeiten sowie absoluter Selbstkontrolle nicht getroffen hätte.[764] Dieses Grundverständnis tritt vor allem bei solchen Ansätzen zu Tage, welche versuchen, das Verhalten des Individuums nicht durch direkte Ansprache, sondern indirekt durch Anreize, *Nudges* und auch durch erzieherische oder manipulative Kommunikation zu beeinflussen. Die darin enthaltene Abkehr von der Idealvorstellung des grundsätzlich zu selbstbestimmtem Handeln fähigen Individuums wird dann auch als normatives Argument herangezogen. So sollen die entsprechenden Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention dem Einzelnen erst seine freiheitliche Entscheidung zu Gesundheitsverhalten und Lebensstil ermöglichen. Da der Einzelne ohne diese staatliche „Unterstützung" nicht wirklich frei und autonom entscheiden könne, sei in diesen Maßnahmen damit erst recht auch keine Freiheitsbeschränkung zu erblicken.

4. Unbestimmtheit von Adressat und Erfolg psychologischen Einwirkens
Die Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention stellen insbesondere in Form der Anreizsteuerung, des *Nudging* und der kommunikativen Beeinflussung komplexe Interventionen dar.[765] Der Wir-

762 *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 48.
763 *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (377).
764 *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (377).
765 Vgl. *Schmidt*, ZEFQ 2012, 185 (188); *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 72 (75 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kungsablauf einer solchen auf die Psyche und Willensbildung zielenden, staatlichen Verhaltensbeeinflussung bleibt stark im Subjektiven verborgen. Damit bleibt oft unklar, in welchem Maße ein Verhalten tatsächlich eher fremd- oder doch selbstbestimmt ist. Teilweise ist die Beeinflussung selbst für den Steuerungsadressaten nicht spür- oder erkennbar.[766] Auch dies führt grundsätzlich zur Tendenz, dem Einzelnen die rechtliche Betroffenheit abzusprechen. Darüber hinaus bedingt die fehlende Erkennbarkeit der Wirkungsweise der Maßnahme für den Einzelnen auch eine Verkürzung seiner Abwehr- und Rechtsschutzmöglichkeiten.

5. Divergenz von Norm- und Steuerungsadressat

Innerhalb des gesetzgeberischen Rahmens sind es mehrheitlich Akteure des Gesundheitswesens, insbesondere die gesetzliche Krankenversicherung, welche Normadressaten der gesundheitspolitischen Interventionen sind. Die eigentlichen Steuerungsadressaten und Steuerungsinstrumente werden durch das Gesetz nicht oder nur sehr grob vorgezeichnet. Die Umsetzung vieler Programme verbleibt im Detail bei den nachgeordneten oder nicht-staatlichen Akteuren. Bei einer Vielzahl von Akteuren führt dies zu einer Vielzahl verschiedener Regelungen auf unterschiedlichen Ebenen und in unterschiedlichen Lebensbereichen. Die Konzentration auf den einzelnen Akteur und die einzelne Maßnahme erschwert jedoch den Blick für die Gesamtbelastung des Bürgers. Bei isolierter Betrachtung der einzelnen Maßnahme erscheint es zunächst auch naheliegend, dem Einzelnen die individuelle rechtliche Betroffenheit abzusprechen. Dabei können die neuen Steuerungsinstrumente auch einen Zugewinn an Handlungsfähigkeit und Entscheidungskompetenz, und damit auch an „Direktionsmacht" des Staates bedeuten. So steht der „lange Arm" des Gesetzgebers weiterhin hinter all den Zielvorgaben, Aufklärungsmaßnahmen, *Nudges* und Anreizmodellen. Er leitet damit an, „setzt Orientierungsmarken, gibt Richtungen vor – dezenter, aber vielleicht umso raffinierter".[767]

766 *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 47 ff.
767 Zum Ganzen *Volkmann*, JuS 2001, 521 (526 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

B. Grundrechtlicher Schutz vor staatlicher Verhaltensbeeinflussung

Im nächsten Schritt gilt es herauszuarbeiten, ob und in welchem Umfang die Grundrechte einen Schutz vor den soeben charakterisierten Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention bieten. Um der Annahme begegnen zu können, dass der Mensch nicht zur Verfolgung seiner eigenen Interessen in der Lage sei, ist zu erörtern, ob das Grundgesetz Rationalitätsanforderungen an den Grundrechtsschutz stellt und ob es dabei einem bestimmten Idealbild des Menschen folgt. Maßnahmen, welche versuchen das Verhalten indirekt durch Beeinflussung der inneren Einstellung und unter Ausnutzung unbewusster Willensbildungsprozesse zu steuern, geben Anlass, sich mit dem Autonomieschutz auseinanderzusetzen. Insbesondere stellt sich dabei die Frage, in welchem Maße die Grundrechte neben der äußeren Verhaltensfreiheit auch die innere Willensfreiheit zu schützen vermögen. In Betracht kommen dabei die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 GG) sowie insbesondere das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und womöglich ein Recht auf Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 GG). Da bestimmte Maßnahmen faktisch einige Bevölkerungsgruppen stärker belasten oder bevorzugen können als andere, stellt sich auch die Frage einer Beeinträchtigung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG. Des Weiteren erscheint es möglich, dass einige der anvisierten Settings bzw. Lebenswelten einen besonderen grundrechtlichen Schutz genießen und daher berührt sein können. Dies gilt insbesondere wohl für Religionsgemeinschaften (Art. 4 GG), die Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 und 2 S. 1 GG) oder die Schule (Art. 7 GG).

I. Menschenbilder und Verfassungsinterpretation

1. Menschenbilder und Verhaltensmodelle

Für die verfassungsrechtliche Bewertung der vorgestellten Public Health Maßnahmen ist es zunächst bedeutsam, auf das Menschenbild des Grundgesetzes einzugehen. Wie bereits erwähnt, liegen vielen der neuen gesundheitsfördernden Maßnahmen verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse zugrunde. Um menschliches Verhalten besser verstehen und vorhersagen zu können, versuchen Verhaltensmodelle die Eigenschaften und Wesenszüge

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Menschen zu ergründen. Sie zeichnen dabei in aller Regel ein bestimmtes *Bild des Menschen*.[768] Vor allem moderne verhaltenswissenschaftlich informierte Steuerungsansätze kreieren durch ihre Irrationalitätsannahmen ein für Recht und Gesetzgebung neuartiges Bild vom willensschwachen, seinen eigenen Interessen zuwiderhandelnden Entscheider.[769] Sie versuchen so auf den Befund zu reagieren, dass sich Menschen in konkreten Entscheidungssituationen häufig nicht modellhaft verhalten haben.[770] Verhaltensmodelle sind damit zunächst als heuristische Instrumente zur Erklärung von Verhalten überall dort nützlich, wo Juristen versuchen, Verhalten und vor allem die Wirkung von Steuerung und Verhaltensbeeinflussung beim Steuerungsadressaten zu erklären oder zu prognostizieren.[771]

Finden Verhaltensmodelle jedoch Eingang in die rechtliche Argumentation, bleibt es zumeist nicht nur bei der Fruchtbarmachung zu deskriptiven Zwecken, oftmals folgen auch normative Aussagen. Die Beschreibung des Menschen als irrational handelndes Wesen ist etwa im Rahmen des *Nudging*-Ansatzes Grundlage einer Reihe rechtlicher Schlussfolgerungen. Auf Grundlage der Irrationalitätsannahmen wird üblicherweise der Wert individueller Entscheidungen und Handlungen relativiert und damit die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes der Selbstbestimmung in Frage gestellt. So wird vielfach verneint, dass staatliche Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention insbesondere in Form des *Nudging* geeignet sind, die Schutzwirkungen der Freiheits- und Gleichheitsrechte auszulösen. Manche meinen vielmehr, dass diese die Freiheit und die Autonomie von Entscheidungen gar vergrößern würden. Zumindest aber würden die verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse staatliches Handeln zur Korrektur menschlicher Willensdefizite rechtfertigen.[772] Es stellt sich also die Frage, ob neue verhaltenswissenschaftliche Erkenntnisse in der Lage sind, auf die Grundrechtsinterpretation einzuwirken. Zunächst ist dafür jedoch zu klären, ob der Verfassung selbst ein bestimmtes

768 Vgl. *Cancik*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 52 (57).
769 Vgl. *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (376 f.).
770 Vgl. *Cancik*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 52.
771 *Cancik*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 52 (53).
772 Zum Ganzen unten Kap. 3 B.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschenbild zugrunde liegt. Denn nur, wenn dies bejaht werden kann, können neue Erkenntnisse über den Menschen überhaupt Einfluss auf das verfassungsrechtliche Menschenbild ausüben.

2. Das Menschenbild des Grundgesetzes

Das *Bundesverfassungsgericht* ging früh von einem „Menschenbild des Grundgesetzes" aus.[773] Es entwickelt seine Menschenbildformel aus einer Gesamtschau der Art. 1, 2, 12, 14, 15, 19 und 20 GG[774], wobei der Schwerpunkt in späteren Entscheidungen deutlich auf Art. 1 Abs. 1 GG liegt.[775] Grundsätzlich verfolgt das Gericht allerdings nicht das Ziel, die Natur des Menschen an sich, sondern das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft[776] und damit dem der Verfassung zugrundeliegenden Freiheitsbegriff zu umschreiben.[777] So führt es zwar aus, dass es den Menschen als eine mit der „Fähigkeit zu eigenverantwortlicher Lebensgestaltung begabte Persönlichkeit" sieht[778] und der Mensch geradezu darauf angelegt sei, „in Freiheit sich selbst zu bestimmen".[779] Vor allem aber betont das Gericht, dass das Menschenbild des Grundgesetzes „nicht das eines isolierten souveränen Individuums" sei, sondern das Grundgesetz „die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden" habe.[780] Neben dem Selbststand des Menschen wird also insbesondere seine Sozialbezogenheit hervorgehoben.[781] Das Gericht zog die Menschenbildformel

773 BVerfGE 4, 7 (15).
774 BVerfGE 4, 7 (16); krit. dieser Aufzählung ggü. *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 92 ff.
775 *Schmitt Glaeser*, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 1213, mit Verweis auf BVerfGE 50, 166 (175).
776 BVerfGE 4, 7 (15).
777 Vgl. *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 83.
778 BVerfGE 5, 85 (204).
779 BVerfGE 45, 187 (227); 115, 118 (158 f.).
780 BVerfGE 4, 7 (15 f.).
781 Vgl. *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 34; die soziale Verantwortlichkeit betonend auch *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 11; *Volkmann*, Solidarität, 1998, S. 219 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

daher auch zur Beschränkung grundrechtlicher Schutzbereiche oder zur Rechtfertigung staatlicher Grundrechtseingriffe heran.[782] Darüber hinaus konstruiert es aus dieser Gemeinschaftsgebundenheit teilweise auch eine *Pflichtigkeit* des Menschen in der Gemeinschaft, ohne aber mögliche Facetten dieser Pflichtigkeit zu beleuchten.[783]

Auch in der Literatur wird oftmals die Idee eines grundgesetzlichen Menschenbildes verfolgt.[784] Es wird dabei mitunter als fester Bestandteil der Verfassungsinterpretation, als „zentraler Begriff des deutschen Rechts" angesehen, dem alles Recht zu- und untergeordnet ist und das als „verbindliche Richtschnur" für die Auslegung und Anwendung auch des einfachen Rechts gilt.[785] Ausgangspunkt ist auch hier die Menschenwürde und die Bedeutung der in den einzelnen Grundrechtsbestimmungen zum Ausdruck gebrachten Individualinteressen.[786] Im Gegensatz zum Bundesverfassungsgericht wird jedoch vor allem die freiheitssichernde Funktion des

782 BVerfGE 8, 274 (329); 12, 45 (50 f.); dazu ausführlich *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 101 ff.; *Sachs*, in: *Stern* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 541; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 293 ff.

783 So am Beispiel der Wehrpflicht erläuternd BVerfGE 12, 45 (51); darauf bezugnehmend BVerfGE 28, 175 (189) u. 33, 1 (10f.); *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 42 f.; ebenso *Kopp*, in: *Bartlsperger/Ehlers/Hofmann u. a.* (Hrsg.), FS Obermayer, 1986, S. 53 (62), der jedoch auch nur die Steuer- und die Wehrpflicht zu nennen vermag.

784 Vgl. etwa *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (169), der bereits in der Präambel des GG einen deutlichen Ausdruck eines individualistischen Menschenbildes erblickt; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 31 ff.; *Kopp*, in: *Bartlsperger/Ehlers/Hofmann u. a.* (Hrsg.), FS Obermayer, 1986, S. 53 ff.; *Geiger*, in: *Zeidler/Maunz/Roellecke* (Hrsg.), FS Faller, 1984, S. 3 ff.; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Rn. 28; *Kirchhof*, in: *Grote/Härtel/Hain u. a.* (Hrsg.), FS Starck, 2007, S. 275 (276); *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (376 f.); einen Überblick bietet auch *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 162 ff.

785 Vgl. *Schmitt Glaeser*, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 1213 (1214) sowie *Kopp*, in: *Bartlsperger/Ehlers/Hofmann u. a.* (Hrsg.), FS Obermayer, 1986, S. 53 (55).

786 Vgl. *Kopp*, in: *Bartlsperger/Ehlers/Hofmann u. a.* (Hrsg.), FS Obermayer, 1986, S. 53 (55 ff.); *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 62, der u.a. auf die Belange der körperlichen Existenz, der geistig-seelischen Persönlichkeit so-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Menschenbildes hervorgehoben, welche auf individuelle Autonomie und die damit verbundene Verschiedenheit und Pluralität der Menschen ausgerichtet ist.[787] Dabei finden dann durchaus auch inhaltliche Wesenszuschreibungen statt. Der Mensch wird etwa als vernunftbegabtes, sittliches, religiöses, soziales und politisches Wesen beschrieben.[788] Andere betonen, dass die Vorstellung des Grundgesetzes vom Menschen nicht „heroisierend" oder rein idealistisch sei.[789] Die Verfassung nehme den Menschen auch realistisch an, also mit all seinen Fehlern und Schwächen, welche die demokratische Verfassung erst mit Leben zu füllen vermögen.[790]

Die Idee eines grundgesetzlichen Menschenbildes und insbesondere die Menschenbildformel des Bundesverfassungsgerichts haben jedoch auch deutliche Kritik erfahren.[791] Gegen die Menschenbildthese spricht zunächst, dass eine Bestimmung eines Begriffsbildes notwendigerweise eine Konkretisierung und damit eine Begrenzung bedingt.[792] Die Menschenbildformel erweist sich damit als ideologieanfällig und es besteht die Gefahr, dass mit Hilfe „irgendeines" Menschenbildes die Grundrechte und andere Verfassungsbestimmungen „unterfüttert und überwölbt" werden.[793] Eine (stillschweigende) Festlegung auf den einen „Normmenschen" würde mit dem Sinn der Menschenwürdegarantie geradezu kollidieren.[794] Die „Blässe des grundgesetzlichen Menschenbildes" wird demnach gerade als

---

wie Freiheit und Selbstbestimmung allgemein verweist; *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 91 ff.

787 Vgl. *Kirchhof*, in: *Grote/Härtel/Hain u. a.* (Hrsg.), FS Starck, 2007, S. 275 (276).

788 Vgl. *Geiger*, in: *Zeidler/Maunz/Roellecke* (Hrsg.), FS Faller, 1984, S. 3 (8 ff.); *Kopp*, in: *Bartlsperger/Ehlers/Hofmann u. a.* (Hrsg.), FS Obermayer, 1986, S. 53 (60 f.).

789 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 55 Rn. 3.

790 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 55 Rn. 3.

791 Vgl. den Überblick bei *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 74 ff.

792 Vgl. *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 167; auf die Menschenwürde beziehend *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 183 ff. m. w. N. sowie *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 89 ff.

793 Vgl. *Schmitt Glaeser*, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 1213 (1214); *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, S. 63; *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 55 Rn. 3.

794 *Cancik*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 52 (57); ähnlich auch *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesver-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Ausdruck der Offenheit der Verfassung für völlig unterschiedliche Lebensperspektiven wahrgenommen.[795] *Höfling* spricht hier von einem „offenen Menschenbild" des Grundgesetzes, welches den Menschen als freies, offenes und vor allem undefinierbares Wesen versteht.[796] Nach ihm verbietet sich von Verfassungs wegen daher jeglicher Bestimmungsversuch von Wesensmerkmalen des Menschen. Das Grundgesetz gewähre vielmehr jedem Einzelnen das Recht auf das je eigene Menschenbild.[797]

Bei genauer Betrachtung sind die verschiedenen Ansichten zur Existenz und zum Inhalt des grundgesetzlichen Menschenbildes gar nicht so weit voneinander entfernt. Die Betonung der Unbestimmbarkeit, der Offenheit des Menschenbildes will vor allem vor einer etwaigen Beschränkung des Menschenwürdeschutzes durch die Kolportage vermeintlicher Wesensmerkmale schützen.[798] Doch auch die Zuschreibung konkreter Charakteristika muss nicht zwangsläufig dazu führen, das Individuum in ein bestimmtes Bild „zu pressen".[799] So werden insbesondere das Bild eines zur Selbstbestimmung fähigen Menschen und die damit verbundene Achtung eines selbstbestimmten Lebensentwurfes als zentral hervorgehoben.[800] Die Zuschreibung erschöpft sich hier also in freiheitlichen Merkmalen, welche die zentrale Bedeutung des Menschen im Grundgesetz sowie für die gesamte staatliche Ordnung unterstreichen. Das Menschenbild wird damit nicht aufgrund irgendeines „anthropologische[n] Vorverständnisse[s]", sondern nur aus den grundrechtlichen Bestimmungen selbst gewonnen.[801] Da die Grundrechte nun mal vielfältige Verhaltensformen schützen, kann

---

fassungsgerichts, 1996, S. 99 f., nach dem die Menschenbildformel des BVerfG dadurch, dass sie die bloße Verfassungserwartung eines gemeinschaftsbezogenen Bürgers in Gestalt normativer Verbindlichkeit kleidet, in Widerspruch zum Verfassungsprinzip der Freiheit steht.

795 So *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Rn. 28.

796 *Höfling*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 38.

797 *Höfling*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 38 f.

798 Vgl. *Höfling*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 38; einen guten Überblick über den Diskussionsstand bietet *Becker*, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1996, S. 74 ff. ff.

799 Diese Gefahr sieht *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 167.

800 Vgl. etwa *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 11; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 1 ff.; *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 B III.

801 So *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 62 und *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 160 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dies nur zu einem freiheitlichen und pluralistischen Menschenbild führen.[802] Ein so verstandenes, freiheitliches Menschenbild vermag gerade aufgrund der Vielfalt und Offenheit jedweder verengenden Fixierung bei der Grundrechtsinterpretation entgegenzuwirken.[803]

Anderseits ist zuzugeben, dass die Freiheit und Eigenverantwortlichkeit des Menschen sowie auch seine soziale Gebundenheit hinreichend durch die Grundrechte selbst zum Ausdruck kommen. Es bleibt daher unklar, welchen Mehrwert eine Menschenbildformel bieten soll, wenn sie nur eine verfassungsrechtliche „Selbstverständlichkeit"[804] beschreibt.[805] Der regelmäßige Rekurs auf die Freiheitsrechte macht jedoch eines deutlich. Keinesfalls darf die Berufung auf ein bestimmtes Menschenbild dazu dienen, den Menschen zu instrumentalisieren, umzuschreiben, ihn bessern oder neu schaffen zu wollen.[806] Ziel der Heranziehung kann nicht sein, irgendein bestimmtes Menschenbild von Staats wegen zu privilegieren oder gar vorzuschreiben, sondern allein die Bildung des individuellen Lebensentwurfs zu sichern und zu unterstützen.[807] Der Mensch ist als autonome Person zu begreifen.[808] Aufgabe staatlicher Gewalt ist es dabei, eine Infrastruktur zu schaffen und zu erhalten, die ganz auf den Respekt vor der Ei-

802 *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (169 f.).

803 Vgl. *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 61.

804 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 55 Rn. 3.

805 Vgl. auch *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 168, der die Menschenbildformel als im Grunde genommen überflüssig und irreführend beschreibt; nach *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 293, ist die Menschenbildformel entweder trivial und damit ebenfalls überflüssig, oder sie ist sachhaltig und daher aber auch problematisch; ähnlich auch *Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 161 f., nach dem die Menschenbildformel des BVerfG zwar methodologisch unbedenklich, jedoch von einer solchen Allgemeinheit und Abstraktionshöhe ist, dass sie zur Lösung einzelner Interpretationsfragen kaum etwas beitragen kann.

806 Vgl. *Schmitt Glaeser*, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 1213 (1215); *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, S. 37 f.

807 Vgl. *Schmitt Glaeser*, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 1213 (1216); *Kirchhof*, in: *Grote/Härtel/Hain u. a.* (Hrsg.), FS Starck, 2007, S. 275 (276), bezeichnet die rechtliche Garantie der Freiheit als wichtigste Folge des Menschenbildes.

808 Vgl. *Kirchhof*, in: *Grote/Härtel/Hain u. a.* (Hrsg.), FS Starck, 2007, S. 275 (286).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

genständigkeit der Person angelegt ist und ihre individuelle Gestaltungskraft gewährleistet und fördert.[809]

3. Fazit – Der Mensch als unbestimmbares Wesen

Die Idee, aufgrund bestimmter Wesenszuschreibungen leitbildhafte normative Aussagen über die Reichweite grundrechtlichen Schutzes treffen zu können, widerspricht der freiheitlichen Konstruktion des Grundgesetzes und der durch die Grundrechte zum Ausdruck kommenden zentralen Stellung individueller Selbstbestimmung. Wenn man von einem grundgesetzlichen Menschenbild ausgehen möchte, dann kann es nur ein pluralistisches, freiheitssicherndes sein, welches nicht auf den Einzelfall subsumierbar ist.[810] Handlungstheoretische Ansätze und ökonomische Modelle menschlichen Verhaltens können damit von vornherein nicht mit *dem* „Menschenbild des Grundgesetzes" korrespondieren. Die Verfassung beschreibt den Menschen weder als rationalen *homo oeconomicus* noch als irrationales Wesen.[811] Das verfassungsrechtliche Postulat des in Freiheit selbstbestimmten Menschen trifft weder eine Aussage darüber, nach welchen Zielen er sein Handeln inhaltlich ausrichtet, noch, dass er seine Ziele auch immer logisch folgerichtig, konsequent und auch optimal, also nutzenmaximierend verfolgt. Auf der anderen Seite kann damit auch irrationales, vermeintlich nachteiliges Handeln nicht das Leitbild eines grundsätzlich schutzbedürftigen Individuums kreieren. Der Mensch im Sinne des Grundgesetzes handelt und darf vielmehr auch irrational, unlogisch und inkonsequent handeln.[812] Es obliegt ihm allein, das Ziel des Lebens und die Maßstäbe des Handelns in Selbstbestimmung und Selbstverant-

809 Vgl. *Schmitt Glaeser*, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), FS Maurer, 2001, S. 1213 (1216); *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 B III.; *Cserne*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (295).

810 Vgl. *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (169).

811 Vgl. auch *Häberle*, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl. 2008, S. 66 ff.; *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (174).

812 In Anlehnung an *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 55 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wortung eigenständig zu bestimmen.[813] Der Beitrag von Verhaltensmodellen bei der Frage nach dem Menschenbild des Grundgesetzes und dessen interpretatorischer Leitfunktion bleibt damit auf die Realanalyse beschränkt.[814] Sollen Verhaltensmodelle eine rechtliche Umsetzung finden, müssen sie vielmehr selbst den „normativen Test" bestehen, in Einklang mit der grundrechtlich gewährleisteten individuellen Verhaltensfreiheit zu stehen.[815]

II. Schutz von Autonomie, Selbstbestimmung und Freiheit

1. Grundlagen des Autonomieschutzes

Die Reichweite des verfassungsrechtlichen Autonomieschutzes ist Dreh- und Angelpunkt der verfassungsrechtlichen Bewertung der in Frage stehenden staatlichen Steuerungsmaßnahmen. Es ist daher zunächst auf den konkreten Begriffsinhalt einzugehen und nach den Voraussetzungen zu fragen, unter denen autonomes Handeln und Entscheiden idealerweise stattfindet.[816] Auch werden typische Beeinträchtigungsmöglichkeiten beleuchtet. Im nächsten Schritt ist dann auf die einzelnen Ausprägungen des verfassungsrechtlichen Autonomieschutzes einzugehen. Vordergründig geht es dabei um den Schutz der individuellen Lebensgestaltung. Da der Begriff der Lebensgestaltung stark von Aktivität geprägt ist, werden Autonomie- und Freiheitsbeeinträchtigungen oft im Sinne von Verhaltenseinschränkungen verstanden. Viele der vorgestellten Maßnahmen versuchen

---

813 *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 B.

814 Diese Realanalyse kann insbesondere bei der Interpretation konkreter grundrechtlicher Schutzbereiche oder etwa bei der Bewertung der Geeignetheit und Erforderlichkeit bestimmter Maßnahmen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung Bedeutung erlangen, vgl. etwa *Cancik*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 52 (53); *van Aaken*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 70 (75).

815 *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (174).

816 Vgl. für eine Zusammenfassung verschiedener Ansätze zur Feststellung von Autonomiedefiziten mit Blick auf die rechtsphilosophische Diskussion des weichen Paternalismus auch *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 130 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

jedoch das Gesundheitsverhalten durch eine Einwirkung auf innere Willensbildungs- und Entscheidungsfindungsprozesse zu steuern. Von besonderer Bedeutung ist daher die Betrachtung des grundrechtlichen Schutzes der inneren Sphäre der Selbstbestimmung.

a) Autonomie und Selbstgesetzgebung

Der Begriff der Autonomie bedeutete ursprünglich politische Freiheit im Gegensatz zur Fremdherrschaft.[817] Er wurde seit jeher auch auf Individuen übertragen. Als begrifflicher Kern der Autonomie lässt sich grundsätzlich die Selbstbestimmung oder Selbstgesetzgebung ausmachen.[818] Selbstbestimmung bedeutet, dass das autonome Individuum „über das Gesetz, über das Richtmaß eigenen Handelns, bestimmen, über seine personale Identität verfügen und sein nach außen in Erscheinung tretendes Persönlichkeitsbild formen“ kann.[819] Für eine darüber hinausgehende Konkretisierung der Konzepte trifft man in der Literatur auf ein umfangreiches Meinungsbild.[820] Der Begriff der Autonomie findet in vielen Kontexten Verwendung. Die Begriffsbestimmung variiert stark gemäß den grundlegenden Ausgangsprämissen jedes Autors und auch gemäß der jeweiligen argumentativen Funktion, welche der Begriff der Autonomie zu erfüllen hat.[821] Unabhängig von einer trennscharfen Abgrenzung wird jedoch eines deutlich: Spricht man von Freiheit in Verbindung mit Autonomie und Selbstbestimmung, so muss damit mehr gemeint sein als die bloße Freiheit zum Handeln oder Nicht-Handeln. Vielmehr umfasst Selbstbestimmung

817 Vgl. *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 A; *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 101.

818 Vgl. *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 u. 303 ff.; *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 A; *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 95; krit. demgegenüber *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 6.

819 *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 A.

820 Vgl. den Überblick bei *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 99 ff.; s. a. *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 3 ff.

821 Vgl. *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 99; *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 5 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

eben auch den Maßstab seines Handelns, den Grund und die Grenzen selbst, d.h. grundsätzlich ohne Eimischung anderer, festzulegen.[822] Der Autonomiebegriff ist damit im Kern individualistisch; es soll jeder so leben, wie er leben *will*.[823] Die Fähigkeit der Individuen, ihren Weg zum Glück selbst zu entwerfen und zu beschreiten, ist entscheidende Grundlage für das Verständnis des Menschen.[824] Die *freie Willensbildung* als unabdingbare Voraussetzung einer freien Handlung ist als Kern eines jeden autonomen, selbstbestimmten Lebens anzusehen.

Darüber hinaus ist es sehr umstritten, ob Autonomie von weiteren Voraussetzungen abhängig ist. Dies ist vor allem für die Frage der Reichweite des Autonomieschutzes vor staatlicher Beeinflussung relevant. Je anspruchsvoller ein Autonomiebegriff ist, desto leichter sind Beschränkungen des Handelns zu rechtfertigen.[825] In Anknüpfung an die Idee der Autonomie als Ausdruck des eigenen freien Willens werden in aller Regel bestimmte Mindestanforderungen an die geistig-kognitiven Fähigkeiten gestellt.[826] So muss eine autonome Entscheidung grundsätzlich Ausdruck eines aus dem freien Willen hervorgegangenen *Akts des Wollens* sein.[827] Die Willentlichkeit kann in Fällen nicht gewollter, reflexartiger Handlungen oder durch äußere, willensbrechende Zwangsmaßnahmen geprägte Entscheidungen beeinträchtigt sein.[828] Darüber hinaus wird teilweise vorausgesetzt, dass die betreffende Person die Entscheidungsgrundlagen und Entscheidungsfolgen angemessen verstehen kann.[829] Die Anforderungen an ein Verstehen sind jedoch nicht allzu hoch anzusetzen, es geht vielmehr um ein absolutes Mindestmaß geistiger Fähigkeit und Begreifbarkeit. Um-

822 *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 f.; *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 101.

823 *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327.

824 *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 (297).

825 Vgl. *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (73).

826 Vgl. *Anderson*, Nordic Journal of Philosophy 2008, 7 (8 f.); *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (78 f.), spricht von einer minimalen Form von Rationalität.

827 Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 104 sowie den Überblick bei *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 103 ff.

828 *Mappes/Zembaty*, Biomedical Ethics, 3. Aufl. 1991, S. 25.

829 *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 104.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stände, welche das Verständnis der Person beschränken sind daher eher im Falle geistiger Krankheit oder Behinderung sowie mangelnder Geistesreife zu sehen. Eine autonome Entscheidung setzt damit grundsätzlich nicht voraus, dass sie unter vollständiger Kenntnis aller denkbaren Entscheidungsfaktoren und Implikationen getroffen wird. Auch eine grundsätzlich mangelhaft informierte Entscheidung kann als autonome Entscheidung qualifiziert werden.[830]

b) Autonomie und Bewusstsein

Des Weiteren lässt sich fragen, ob der Mensch ein bestimmtes Bewusstsein über seine Motive, Wünsche und Handlungen haben muss. So werden Konzepte von Autonomie vertreten, welche autonomes Handeln nur dann annehmen, wenn die Person die Kapazität besitzt, kurzfristige (Grund-)Bedürfnisse und Entscheidungen reflektiert mit ihren langfristigen, höheren Bedürfnissen und Wünschen zu kontrastieren und im Einklang mit diesen entsprechend zu handeln.[831] Ausgangspunkt sind hier hierarchische Modelle von Autonomie nach *Harry Frankfurt*[832] und *Gerald Dworkin*[833].

Für *Frankfurt* ist der entscheidende Unterschied zwischen Menschen und anderen Lebewesen in der Struktur des Willens zu erblicken.[834] Neben der allgemeinen Fähigkeit, Handlungswünsche zu formen und diese zu verfolgen (Wünsche erster Ordnung), ist der Mensch auch in der Lage, einen über diese einfachen Wünsche hinausgehenden Willen zu bilden. Diese Wünsche beziehen sich auf die Wünsche erster Ordnung, *Frankfurt* bezeichnet sie als Wünsche zweiter Ordnung. Erst sie offenbaren den „wirklichen" Willen des Einzelnen, nur sie sind Ausdruck des „wahren

830 Eine möglichst vollumfänglich informierte und in ihren Implikationen vorhersehbare Entscheidung kann natürlich als Idealtypus einer autonomen Entscheidung verstanden werden, zum Ganzen *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 104.

831 Einen Überblick dazu bieten etwa *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 102 ff.; *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 115 ff.; *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 (327).

832 *Frankfurt*, The Journal of Philosophy 1971, 5 ff.

833 *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988.

834 *Frankfurt*, The Journal of Philosophy 1971, 5 (6).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Selbst".[835] Den Menschen zeichnet also aus, dass er über sein Handeln und sein Verlangen nachdenken kann und auch den höheren Wunsch bilden kann, bestimmte Wünsche erster Ordnung haben oder nicht haben zu wollen.[836] Die bloße Fähigkeit des Menschen, sich Ziele zu setzen und diese zu verwirklichen, ist damit zwar notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung autonomen Verhaltens.[837] Den Unterschied beschreibt *Frankfurt* anhand des Beispiels zweier Drogenabhängiger. Beide können grundsätzlich miteinander konkurrierende Wünsche haben, dem Drogenverlangen nachzugeben oder ihm zu widerstehen. Der entscheidende Unterschied ist jedoch, ob der Abhängige sein Verlangen reflektiert und ob er diese Wünsche erster Ordnung bewertet. Erst wenn einer von beiden eine höhere Präferenz zweiter Ordnung darüber formt, ob er grundsätzlich lieber dem Verlangen nachgeben oder ihm widerstehen möchte, kann er als autonome Person wahrgenommen werden, auch wenn er es dann nicht schafft, seinem Verlangen erster Ordnung zu widerstehen. Für die autonome Person ist es demnach entscheidend, dass sie nicht gleichgültig handelt.[838]

Auch nach *Dworkin* bildet der Mensch grundsätzlich Wünsche verschiedener Ordnung.[839] Autonomie zeichnet für ihn aus, dass der Mensch die Fähigkeit besitzt, seine Präferenzen, Wünsche, sein Verlangen erster Ordnung kritisch anhand seiner Wünsche zweiter Ordnung zu reflektieren und auch die Kapazität aufweist, sich mit diesen Wünschen erster Ordnung zu identifizieren oder sie angesichts höherer Werte und Präferenzen zu ändern oder zu verwerfen. Entscheidend ist für *Dworkin* also nicht nur die Fähigkeit zur Reflexion, sondern auch die Fähigkeit seinen höheren Präferenzen Geltung zu verschaffen.[840] Erst durch die Ausübung dieser Fähigkeiten könne der Mensch sich selbst definieren, seinem Leben einen Sinn und Stimmigkeit geben sowie Verantwortung übernehmen.[841]

Viele weitere Ansätze folgen dieser grundlegenden Idee, dass von autonomem Handeln nur gesprochen werden kann, wenn dieses Handeln eben Ausdruck einer bestimmten Lebensauffassung, einer bestimmten Haltung

---

835 Vgl. *Anderson*, Nordic Journal of Philosophy 2008, 7 (10).
836 *Frankfurt*, The Journal of Philosophy 1971, 5 (7 ff.).
837 Vgl. *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 116.
838 Zum Ganzen *Frankfurt*, The Journal of Philosophy 1971, 5 (12 f.).
839 *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 15.
840 *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 17 u. 20.
841 *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu sich selbst, und nicht bloß beliebig oder grundlos ist.[842] Reflexion und Evaluation sind für viele wesentliche Voraussetzungen von Autonomie.[843] Ein autonomes Leben ist danach also eines, „für das wir uns selbst (gute) Gründe geben können; man würde eine Person, die einfachhin ohne Nachdenken auch wichtige Entscheidungen trifft, ohne sich dabei die Frage zu stellen, wie sie leben möchte, nicht unfrei nennen, wohl aber nicht autonom."[844]

Darüber hinaus werden in der Literatur weitere Anforderungen an den Reflexionsprozess gestellt. Zum einen betrifft das die Frage, ob die Gründe, mit denen sich die Person mit bestimmten Wünschen als den eigenen identifiziert, ein bestimmtes Maß an Vernunft oder Rationalität aufweisen müssen. *Dworkin* lehnt dies grundsätzlich ab. Nach ihm könne man an den Inhalt der Wünsche und Entscheidungen keine weiteren Anforderungen stellen.[845] Andere hingegen verlangen ein Mindestmaß an Wahrheitsorientierung der Person. Anders könne man sonst nicht mehr zwischen „guten Gründen" für die Person einerseits und einem Abgleiten in „*wishful thinking*, in Illusionen und Selbstbetrug" unterscheiden.[846] Zum anderen wird aus der Unterscheidung in Wünsche und Ziele höherer Ordnung teilweise geschlussfolgert, dass der Mensch nur dann autonom handelt, wenn seine Wünsche erster Ordnung auch denen zweiter Ordnung entsprechen.[847] Der Alkoholiker, welcher eigentlich das langfristige Ziel der Abstinenz hat und

---

842 Vgl. *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 (328) sowie den Überblick bei *Buss*, Personal Autonomy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/personal-autonomy/ (Stand: 26.1.2017).

843 Vgl. *Buss*, Personal Autonomy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/personal-autonomy/ (Stand: 26.1.2017).

844 *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 (328).

845 *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 108.

846 *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 (334 f.).

847 Vgl. *Buss*, Personal Autonomy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/personal-autonomy/ (Stand: 26.1.2017); so früher auch *Dworkin* selbst, vgl. *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 15; i. E. auch *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 5 ff., welche die Verfolgung langfristiger Interessen mit Rationalität gleichsetzen; vgl. dazu *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

trotzdem trinkt, handelt nach diesem Ansatz ebenso nicht autonom, wie der „*Workaholic*“, der trotz des langfristigen und höheren Wunsches nach Freizeit, wieder einmal bis spät in die Nacht arbeitet.[848] Wir werden diesem Verständnis von Autonomie in der Arbeit noch mehrfach begegnen, wenn etwa zur Rechtfertigung bestimmter staatlicher Maßnahmen argumentiert wird, dass kurzfristige und spontane Entscheidungen über die (ungesunde) Essensauswahl oder das (mangelhafte) Bewegungsverhalten nicht mit dem eigentlich langfristig angestrebten Ziel des gesunden Lebens übereinstimmen würden und deshalb nicht als autonom angesehen werden könnten.[849]

Insgesamt ist der Versuch, Wünsche, Ziele und Verlangen des Menschen zu bewerten und in eine Rangfolge zu bringen jedoch kritisch zu bewerten. Zunächst bleibt offen, wie genau die Wünsche erster und zweiter Ordnung unterschieden werden können. Letztlich müsste unterstellt werden, dass der Mensch zunächst langfristige, allgemeingültige Wünsche höherer Ordnung formt, denen er dann die Wünsche niederer Ordnung gegenüberstellen kann.[850] Beide scheinen sich jedoch vielmehr zu bedingen. So kann man Wünsche zweiter Ordnung auch als bloßes Resultat der bereits vorgeformten, mitunter starken Präferenzen erster Ordnung wahrnehmen. Die Präferenzen darüber, wie man sich zu einer Drogenabhängigkeit verhalten möchte, können auch maßgeblich davon beeinflusst sein, wie stark das Verlangen nach diesen Drogen ist. Dann ist es jedoch wenig plausibel, wieso erst das In-Bezug-Setzen beider Ebenen Ausdruck von Autonomie sein soll.[851]

Viel grundsätzlicher ist jedoch einzuwenden, dass entsprechende Ansätze letztlich mit normativen Unterstellungen über die individuellen Präferenzen und Ziele arbeiten.[852] An die inneren Wünsche und Überzeugungen und auch an den Selbsterkennungs- und Selbstbestimmungsprozess werden dadurch externe Maßstäbe gesetzt.[853] Letztlich kann sich eine Dif-

---

848 Dies als Beispiel aufzeigend *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 103.

849 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 9 ff.

850 Die Frage nach dem wirklichen Willen würde letztlich in einem endlosen Regress enden, vgl. *Anderson*, Nordic Journal of Philosophy 2008, 7 (10).

851 Vgl. *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 103.

852 So etwa auch *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (76 ff.).

853 Vgl. *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 48 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ferenzierung von Lebenszielen und -entscheidungen anhand ihrer Bedeutsamkeit nur auf vage und willkürliche Kriterien stützen. So impliziert etwa der oben beschriebene Ansatz, dass die langfristigen Interessen immer auch die „besseren" oder vorzugswürdigeren Entscheidungen hervorrufen würden. Es ist jedoch weder plausibel noch zwingend, dass ein langfristiges Interesse grundsätzlich höher zu bewerten ist als kurzfristige, spontane Wünsche. Menschen können auch gerade im Verfolgen ihrer Spontaneität ihr höchstes Ziel erblicken.[854] Unterschiedliche Charaktermerkmale und Präferenzen führen vielmehr zu den verschiedensten Interessenaufteilungen und -bewertungen.[855] Wird von außen bestimmt, welche Präferenzen und Bedürfnisse Vorrang gegenüber anderen haben sollen, wird gefordert, dass der Mensch überhaupt höhere Lebensziele verfolgen muss, so missachtet dies den Kern der Autonomie, die *Selbstbestimmung* über seine Handlungsmaximen. Autonomie des Einzelnen zu respektieren, bedeutet auch vermeintlich widersprüchliche oder schädlich erscheinende Entscheidungen als Ausdruck eines freien Willens zu verstehen.[856] Dafür muss die Individualität und Vielseitigkeit der Menschen anerkannt werden. Nur wenige Personen und wenige Entscheidungen würden wohl als wirklich autonom gelten können, wenn sie an einem vermeintlich „objektiven Standard" eines höheren, langfristigen Werteideals gemessen würden.[857] Autonomie ist vielmehr als neutraler Wert anzuerkennen, welcher sich auf die tatsächliche Fähigkeit des Individuums bezieht, sein Leben zu steuern, und nicht auf die Art und Weise, nach der dieser Vorgang geschieht.[858]

c) Autonomie und Freiheit

Ein weiterer wichtiger Ansatz ist es, Autonomie als einen Aspekt von Freiheit zu verstehen. Beide Begriffe sind eng miteinander verbunden,

---

854 Vgl. *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (73); *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (84).

855 Vgl. zum Ganzen *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 128 ff.

856 *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 103 f.; *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (73), fragt hier, ob es nicht auch zur Autonomie des Subjekts gehöre, selbst darüber entscheiden zu dürfen, wie viel Rationalität es seinen Handlungen zugrunde legen wolle.

857 *Beauchamp/Childress*, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl. 2013, S. 104.

858 *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 132.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freiheit ist eine Grundbedingung von Autonomie, denn ohne sie wäre eine Bestimmung des Selbst durch sich nicht möglich.[859] Im Gegensatz zur Selbstbestimmung besteht zwischen den Begriffen der Autonomie und der Freiheit jedoch keine vollständige Kongruenz. Allgemein bedeutet Freiheit zunächst Unabhängigkeit von der Gewalt eines Dritten und die Möglichkeit, sich im Rahmen der Gesetze nach Belieben zu verhalten. Es geht um die individuelle Gestaltung des Lebens in seinen *sozialen* Bezügen. Bei der Autonomie hingegen steht der Kernbereich der sittlich-geistigen Persönlichkeitsentfaltung im Vordergrund.[860] Man kann Freiheit aber auch weiter fassen und innere und äußere Freiheit unterscheiden.[861] Selbstbestimmung lässt sich dann als Teil der inneren Freiheit verstehen. So führte etwa *Carl von Rotteck* aus: „Unter der Freiheit im *allgemeinsten Sinne*, oder bloß als Gegensatz von *Zwang* oder *Nötigung* oder *Hemmung* betrachtet, verstehen wir teils das Vermögen der *Selbstbestimmung*, d. h. das Vermögen, unabhängig von irgendeinem fremden Willen oder einer fremden Kraft zu *wollen*, teils das Vermögen, solchen selbsteigenen Willen auch zu *vollziehen*, d. h. das Selbstgewollte auch wirklich zu tun, zu erstreben oder sich anzueignen.“[862]

Isaiah Berlin legt der Autonomiebestimmung in seinem vielbeachteten Werk eine negative und positive Freiheitskonzeption zugrunde.[863] *Negative Freiheit* bedeutet, dass der Mensch zunächst einen Freiraum braucht, in dem er ohne Einfluss anderer sein und tun kann, wie es ihm beliebt.[864] Die Grenzen der negativen Freiheit bestimmen dabei in welchem Maß der Staat sich in die „inneren“ Angelegenheiten des Einzelnen einmischen darf.[865] Aus diesem negativen Freiheitsaspekt lässt sich folgern, dass ein selbstbestimmtes Leben nur dann möglich ist, wenn der freie Wille des Menschen von äußeren Faktoren nicht auf unzulässige Weise beeinträch-

859 Vgl. *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (67); *Sellers*, in: *Sellers* (Hrsg.), Autonomy in the Law, 2007, S. 1 f.

860 Zum Ganzen *Würtenberger*, in: *Wilhelm* (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, 30. EL (Januar 1988), Autonomie 2/40 A.

861 *Isensee*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 269 (274 ff.).

862 *von Rotteck*, Freiheit, in: *von Rotteck/Welcker* (Hrsg.), Staats-Lexikon, Bd. 6, 1838, S. 60, zitiert nach *Isensee*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 269 (270 f.).

863 *Berlin*, Four Essays on Liberty, 1971, S. 118 ff.

864 *Berlin*, Four Essays on Liberty, 1971, S. 121 ff.

865 *Berlin*, Four Essays on Liberty, 1971, S. 130.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tigt wird.[866] Kern der *positiven Freiheit* ist dann der eigentliche, aktive Akt der Selbstbestimmung. Das Individuum soll „Bei-Sich-Selbst-Sein"[867], es soll Urheber seiner Wünsche und Ziele sein.[868] Autonomie ist danach vor allem ein Aspekt positiver Freiheit, ihre Realisierung setzt aber negative Freiheit voraus.[869]

Diese dualistische Freiheitskonzeption ermöglicht es, den Blick weg von einer inhaltlichen Bestimmung der Autonomie hin zur Grundbedingung jeglicher Selbstbestimmung wenden zu können: Die Unabhängigkeit von der Einmischung anderer bei der Ausbildung seines Selbstverständnisses.[870] Autonomie kann damit im Wesentlichen auch als *prozeduraler Begriff* verstanden werden.[871] Die Inhalte der selbstbestimmten Lebenspläne sind nicht relevant dafür, ob jemand als autonom bezeichnet werden kann.[872] Vielmehr muss der Einzelne in der Lage sein, ein nicht in unzulässiger Weise beeinflusstes Selbstverständnis herausbilden zu können, denn erst dann ist er wirklicher Urheber seiner Wünsche und Ziele. Unabhängigkeit bedeutet also auch, dass der Wunsch über ein Handeln, mithin der zur Entscheidung führende Willensbildungsprozess, in gleichsam autonomer Weise zustande gekommen ist.[873] Aus dem Anspruch der Selbstgesetzgebung und Selbstständigkeit des Einzelnen leitet sich folglich auch ein grundsätzlicher Schutzanspruch vor „Übergriffen" Dritter ab.[874]

866 *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 110.
867 *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (67).
868 Vgl. *Berlin*, Four Essays on Liberty, 1971, S. 131 ff.
869 Vgl. *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (67).
870 Vgl. *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 f.
871 *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (77).
872 *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (77).
873 So bereits *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 20; vgl. auch *Anderson*, Nordic Journal of Philosophy 2008, 7 (15); *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (209).
874 Vgl. *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 (298).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

d) Autonomiebeeinträchtigung durch Manipulation und Suggestion

Auf die Frage, welche Einflüsse als autonomiebeeinträchtigend – und damit als unzulässiger Eingriff – eingestuft werden können und welche nicht, gibt es keine eindeutige und allgemeingültige Antwort. Die Grenzen sind auch hier fließend.[875] Vor allem im Kontext gesellschaftlichen Wandels und des Fortschreitens wissenschaftlicher Erkenntnis ist stets aufs Neue zu erörtern, durch welche Maßnahmen das Prinzip der freien Entscheidung des Einzelnen gefährdet werden kann.[876] Es können jedoch Grundsätze typischer Beeinträchtigungsszenarien ausgemacht werden.

Ausgangspunkt ist, dass der Mensch, welcher nicht in einem sozialen Vakuum, sondern in einer Gemeinschaft lebt, vergangenen, gegenwärtigen und zukünftigen Einflüssen ausgesetzt ist und von diesen permanent beeinflusst wird. Jeder Willensbildungsprozess, jedes Handeln ist immer auch eine Antwort auf die vom Einzelnen nicht beeinflussbaren Umwelteinflüsse und -bedingungen.[877] Die Fähigkeit zur Selbstbestimmung schließt nicht jedwede Beeinflussung durch andere aus, sie bildet sich vielmehr in einem Prozess der Interaktion, indem äußere Einflüsse angenommen oder verworfen werden.[878] Es gilt daher zu unterscheiden in Einflüsse und Maßnahmen, die in zulässiger Weise auf den Selbstwerdungsprozess einwirken und solche, die in unzulässiger Weise die Selbstbestimmung geradezu unterminieren.[879] Grundsätzlich können dabei solche Bedingungen als autonomiehindernd gesehen werden, bei denen der Mensch *systematisch* oder *zielgerichtet* über seine Möglichkeiten, Handlungen, Erwartungen, Wünsche und Ziele getäuscht oder manipuliert wird.[880]

---

875 Vgl. *Anderson*, Nordic Journal of Philosophy 2008, 7 (15 ff.) sowie *Buss*, Personal Autonomy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, https://plato.stanford.edu/archives/win2016/ entries/personal-autonomy/ (Stand: 26.1.2017).

876 Vgl. *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 (298).

877 *Buss*, Personal Autonomy, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/personal-autonomy/ (Stand: 26.1.2017).

878 *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 53; so auch *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 (194).

879 Vgl. dazu etwa *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (342).

880 Vgl. *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 (344 f.); *Gutwald*, in: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 73 (85 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Für viele ist der Begriff der Manipulation zentrales Merkmal zur Bewertung der autonomiebeschränkenden Wirkung externer Einflüsse auf den Selbstbestimmungsprozess.[881] Die Charakterisierung bestimmter Steuerungstechniken als manipulativ ist damit auch ein wesentlicher Indikator für einen Grundrechtseingriff. Als Kern von Manipulation lässt sich das „Pervertieren" oder Verfälschen eines Entscheidungsfindungsprozesses ausmachen.[882] Im Gegensatz zu Zwang schränkt Manipulation keine Handlungsoptionen ein, sondern versucht *bewusst* und *zielgerichtet* den Willensbildungsprozess einer Person zu beeinflussen.[883] Dabei soll die Fähigkeit zur Vernunft und Rationalität des Einzelnen umgangen werden, indem etwa kognitive Beschränkungen ausgenutzt oder durch verdeckte und damit für das Gegenüber nicht erkennbare Mechanismen angewendet werden.[884] Entsprechend manipulative Techniken zielen folglich in erster Linie auf die Beeinflussung unbewusster Gedankenprozesse und Automatismen.[885] Manipulation ist insbesondere auch mit *Intransparenz* verbunden.[886] Es ist durchaus möglich, dass eine Person trotz Wissens um die zielgerichtete Erzeugung bestimmter Handlungs- und Verhaltensideale oder Leitbilder diese gutheißt und sich mit ihnen identifiziert. Entscheidend ist hier der Punkt des *Bewusstseins* über die beeinflussenden Faktoren und die damit verbundene abstrakte Möglichkeit der Abwehr der äußeren Beeinflussung.[887] Je intransparenter auf solche Vorstellungen eingewirkt wird, desto manipulativer ist die Einwirkung und desto geringer kann das Bewusstsein über die Manipulation sein. Eine manipulierte Entscheidung kann damit als *fremdbestimmte* Entscheidung kein Ausdruck autonomen Wollens sein.

Eng verbunden mit dem Begriff der Manipulation ist der Begriff der *Suggestion*. Auch die Suggestion beschreibt eine planmäßige oder zielgerichtete Beeinflussung einer Vorstellung oder Empfindung dergestalt, dass

881 Vgl. etwa *Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 20; *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (344 ff.); *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (13 ff.).
882 *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (345).
883 Vgl. *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (344 f.).
884 *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 (193 f.); insb. für die Zielgerichtetheit *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (345 ff.).
885 *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (209).
886 *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (344).
887 So im Ergebnis auch *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 117 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die Beeinflussung vom Adressaten nicht wahrgenommen wird und entsprechend einer bewussten Auseinandersetzung entzogen ist.[888] Ähnlich wie bei der Manipulation ist das Ergebnis der Suggestion, dass der Betroffene glaubt, von sich aus eine Wertentscheidung gewonnen oder seinen Willensentschluss aus persönlicher Motivation heraus erarbeitet zu haben, während er in Wirklichkeit nur Übernehmer und Nachahmer der Ansichten und Stellungnahmen eines Anderen ist.[889] Auch die Suggestion wirkt damit nicht unmittelbar zwingend, gleichwohl seelisch beeinflussend auf bewusste wie unbewusste geistige Prozesse des Menschen.[890] Eine weitere Möglichkeit, wie die Autonomie individueller Entscheidungen beeinflusst werden kann, stellt die Überredung oder auch Persuasion dar.[891] *Persuasion* ist dadurch gekennzeichnet, dass die Person zu einer bestimmten Ansicht oder Überzeugung maßgeblich durch den Einfluss und die Argumentation eines anderen gebracht wird.[892] Ziel der Kommunikation ist jedoch nicht eine Verständigung oder ein (befähigender) Informationsaustausch zur Herbeiführung einer besseren Entscheidungsgrundlage des Kommunikationsempfängers, sondern das gezielte Erreichen einer Einstellungsänderung.[893] Auch die Persuasion rückt damit nahe an die Manipulation heran, ist jedoch vor allem dadurch zu unterscheiden, dass die Überzeugung oder Überredung zu einer bestimmten Einstellung offenkundig und die Beeinflussung damit grundsätzlich weniger verdeckt erfolgt. Persuasion soll also vor allem mit der Kraft des Arguments überzeugen und spricht damit gerade die rationale Seite des Gegenübers an. Je mehr jedoch persuasive Kommunikation versucht, mit kognitiven Rationalitätsbeschränkungen des Gegenübers zu arbeiten (etwa durch gezielte Darstellung eines Arguments unter Ausnutzung von *Framing-Effekten*[894]), desto stärker rückt sie in die Richtung der Manipulation, weil dann wieder unterbewusste Willensbildungsprozesse angesprochen und ausgenutzt werden sollen.

---

888 Ausführlich zum Begriff der Suggestion *Stern*, Allgemeine Psychologie auf personalistischer Grundlage, 1935, S. 625 ff.

889 *Stern*, Allgemeine Psychologie auf personalistischer Grundlage, 1935, S. 626 f.

890 Vgl. die ausführliche Erörterung bei *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 24 ff.

891 *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 ff.

892 *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 (193).

893 Vgl. *Dahme/Grunow*, in: *Mayntz* (Hrsg.), Implementation politischer Programme, 1983, S. 117 ff.

894 Zu den *Framing-Effekten* s. oben A IV 3 b).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Autonomie vor allem dann bedroht ist, wenn auf die Person gezielt kontrollierend und beherrschend eingewirkt wird. Eine solche beherrschende Einwirkung ist insbesondere bei Zwang, Überredung, Manipulation oder Suggestion zu sehen. Die Anwendung solcher Techniken bietet mithin ein starkes Indiz für eine autonomiebeschränkende und damit grundrechtsverkürzende Wirkung der entsprechenden staatlichen Maßnahmen.

2. Autonomieprinzip und Verfassung

Der Schutz des Autonomieprinzips findet seine zentrale verfassungsrechtliche Verankerung in der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG.[895] Der Begriff der menschlichen Würde ist untrennbar mit dem der Autonomie verbunden.[896] Wie bereits in der Diskussion um das Menschenbild des Grundgesetzes aufgezeigt, zentriert sich das Wesen menschlicher Würde um die Vorstellung, dass der Einzelne aus seiner Natur heraus das inhärente Vermögen zu freier Selbstbestimmung und aktiver Identitätsbildung besitzt.[897] Autonomie ist also der Grund der Würde der menschlichen Natur.[898] Der zentrale Wert der menschlichen Würde, welcher in Art. 1 Abs. 1 GG zum Ausdruck gebracht wird, bekundet damit zugleich die fundamentale Bedeutung, welche der Autonomie innerhalb der Ordnung des Grundgesetzes zukommt.[899]

---

895 Vgl. *Unruh*, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes, 2002, S. 342 ff.; *Gutmann*, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics 2010, 1 (16).

896 Vgl. *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 167 mit Verweis auf *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, S. 31, welcher die Autonomie als Herzstück der Menschenwürde bezeichnet.

897 S. oben B I; vgl. auch BVerfGE 4, 7 (15 ff.); 12, 45 (53); *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 28; *Höfling*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 37 ff.; *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 1 Rn. 52 ff.

898 *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 12; vgl. auch *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 166 f., welcher die Selbstbestimmung als konstitutiven Bestandteil der menschlichen Würde bezeichnet.

899 Vgl. *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 167.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Logische Konsequenz des Würde- und Autonomieschutzes als verfassungsrechtlichen Basiswert[900] ist, dass alle Individuen über einen rechtlich verbürgten Freiraum verfügen müssen, da sie sonst ihre Kompetenz zur Selbstgesetzgebung und zu selbstbestimmtem Handeln nicht ausüben können.[901] Der Schutz dieses Freiraums wird insbesondere durch die dem Würdeschutz folgenden Grundrechte sichergestellt und konturiert.[902] Diese verbürgen den Belang persönlicher Autonomie grundsätzlich auf zwei unterschiedlichen, jedoch eng miteinander verbundenen Ebenen.[903] Während die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) die Wahrnehmung der Selbstbestimmung nach außen (*forum externum*) sicherstellt, wird die Selbstbestimmung nach innen (*forum internum*) insbesondere durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gewährleistet. Ausgehend von diesem Grundsatz, stellt sich die Frage, in welchem konkreten Maße das individuelle Verhalten bzw. die mit dem individuellen Verhalten verbundenen Denk- und Entscheidungsprozesse (Willensbildungsprozesse) grundrechtlichem Schutz unterliegen und ob an den Schutz bestimmte qualitative Anforderungen gestellt werden.

3. Schutz des Verhaltens und der Integrität (forum externum)

Unstrittig gewährleisten die Grundrechte zunächst sowohl die Freiheit zu selbstbestimmtem Handeln als auch die Integrität von Zuständen (wie etwa des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit – Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG).[904] Mangels spezialgrundrechtlichen Schutzes fallen gesundheitsrelevante Verhaltensweisen grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG. Als zentraler Gewährleistungsgehalt des Art. 2 Abs. 1 GG gilt

900 Vgl. *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 4; BVerfGE 109, 279 (311).

901 Vgl. *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 (311 ff.); *Gutmann*, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics 2010, 1 (16).

902 Vgl. allg. *Kirste*, ARSP 142 (2015), 65 (83), nach dem das positive Recht die drei „Momente" der Autonomie „Nomos, Selbst und Bestimmung" in juristische Geltung transformiert.

903 Vgl. *Gkountis*, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, 2011, S. 170 f. sowie *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 188 ff.

904 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 76 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gemeinhin die allgemeine Handlungsfreiheit, welche regelmäßig als Freiheit zu jedem beliebigen Tun und Unterlassen beschrieben wird.[905] Genauer, ist dabei nicht nur die Freiheit zu einem bestimmten, positiv definierten Verhalten, sondern Wahlfreiheit im Hinblick auf das Tun oder Unterlassen gewährleistet. Der Schutzgehalt von Art. 2 Abs. 1 GG kann auch als Gewährleistung von Entscheidungs- oder Entschlussfreiheit beschrieben werden.[906] Im Kern nimmt Art. 2 Abs. 1 GG damit auf einen *aktiven Handlungsprozess*, die Manifestation des Willens nach außen durch Tun oder Unterlassen, Bezug. Die allgemeine Handlungsfreiheit ist eindeutig *tätigkeitsbezogen*.[907] Eine Aufteilung in den inneren Willensbildungsprozess und die Manifestation des Willens nach außen wird oft nicht vorgenommen. Es wird schlicht nur von der Freiheit zum Handeln und zum Unterlassen[908], vom Schutz „aller menschlichen *Verhaltensweisen*"[909] oder ausdrücklich nur von der „äußeren Freiheit" als Schutzobjekt des Art. 2 Abs. 1 GG[910] gesprochen. Vom Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit ist damit grundsätzlich die Ausübung oder das Unterlassen gesundheitlich relevanten Verhaltens umfasst.

a) Grundsatz: Kein Mindestmaß an Persönlichkeitsbezug

Über die tatbestandliche Reichweite des Art. 2 Abs. 1 GG bestand vor allem früher Streit. Vielen Interpreten schien der Schutzbereich bedenklich weit, gar uferlos. Lange wurde vertreten, dass nur solche Verhaltensweisen geschützt werden sollten, welche zum Kernbereich der Persönlichkeitsentwicklung gehören.[911] Das Bundesverfassungsgericht betont jedoch seit dem *Elfes*-Urteil aus dem Jahre 1957 in ständiger Rechtsprechung, dass an

905 *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn 43.
906 *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 9 f. u. 29.
907 Vgl. *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 36; *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 29, spricht von „Aktivitätsschutz".
908 So etwa *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 22 ff.
909 Hervorhebung v. Verf., *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 12.
910 *Schulz-Schaeffer*, Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, 1971, S. 20.
911 Vgl. den Überblick zur Debatte bei *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 12 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein Tun oder Unterlassen keine bestimmten qualitativen Anforderungen gestellt werden dürfen, um Schutzwürdigkeit zu begründen.[912] Dieser Auffassung hat sich heute auch ein stark überwiegender Teil des Schrifttums angeschlossen.[913] Auch hier geht es um ähnliche Fragen wie im Rahmen der allgemeinen Diskussion zum Autonomiebegriff: Können an den Autonomie- und Freiheitsschutz inhaltlich qualifizierte Anforderungen gestellt werden? Muss der Mensch, muss sein Handeln bestimmten moralischen oder anderen Anforderungen genügen um schutzwürdig zu sein? Letztlich ist die Frage auch im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG gleichlaufend zu beantworten. Im Kern der Persönlichkeits*entfaltung* als Ausdruck persönlicher Autonomie ist die Selbstbestimmung anstelle von (staatlicher) Fremdbestimmung zu verorten.[914] Das Recht auf Selbstbestimmung ist gerade dadurch gefährdet, dass der Staat verbindlich definiert, was für die Persönlichkeitsentfaltung und die eigene Selbstverwirklichung relevant ist und was nicht.[915] Gleiches muss auch für die Frage nach dem erforderlichen Bewusstseinsgrad des Handelns gelten. Dementsprechend ist es für den Schutz des Verhaltens irrelevant, ob das Handeln nach reiflicher Überlegung oder als Spontanreaktion erfolgt.[916] Im Grundsatz ist jegliches gesundheitsrelevantes Verhalten, ob es nun der Gesundheit zuträglich ist oder sie schädigt, vom Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG umfasst.[917] Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt demnach die „Freiheit des Lebens- und Genussmittelkonsums“[918], welche das sich ungesund Ernähren, den Griff zum Schokoriegel im Supermarktregal oder das tägliche Verzehren der Currywurst in der Kantine genauso wie den Tabak-[919], Alkohol-[920] oder gar Rauschmittelkonsum[921] mit einschließt. Gleichermaßen ist die

912 BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 54, 143 (146); 80, 137 (152 ff.); vgl. dazu auch *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 41 ff.

913 Vgl. nur *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art, 2 Rn. 9 ff.; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 1 u. 12 m. w. N.

914 *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 45.

915 *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 78. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 49.

916 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 78.

917 So auch *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 193 f.

918 *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 32.

919 BGHZ 79, 111 (115).

920 BVerwGE 86, 349 (351).

921 BVerfGE 90, 145 (171) – jedoch ausdrücklich betonend, dass es ein vorbehaltslos gewährleistetes Recht auf Rausch nicht gebe.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freiheit geschützt, sich unzureichend zu bewegen, bis zur Erschöpfung zu arbeiten oder (gefährliche) Sportarten zu betreiben. Auch wenn man diese Verhaltensweisen mit Blick auf die „Krankheitskosten" gegenüber der Solidargemeinschaft als sozialschädlich qualifizieren möchte[922], so ist darauf zu verweisen, dass die Schutzrichtung des Art. 2 Abs. 1 GG *wertneutral* ist und somit auch vermeintlich sozialschädliche Verhaltensweisen zunächst dem Schutzbereich unterfallen.[923] Wird also die *Ausübung* eines entsprechenden gesundheitsrelevanten Verhaltens staatlich beeinträchtigt, so löst dies in aller Regel eine Rechtfertigungspflicht seitens des Staates aus.

b) Gesteigerte Persönlichkeitsrelevanz als Frage der Verhältnismäßigkeit

Der Spannungsausgleich zwischen den konkurrierenden Positionen findet somit nicht bereits auf der Schutzbereichsebene, sondern bei der Frage der Rechtfertigung des staatlichen Grundrechtseingriffs statt.[924] Die Erörterung der Persönlichkeitsrelevanz im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ermöglicht es, die verschiedenen Aspekte der Bedeutsamkeit oder Unbedeutsamkeit menschlichen Handelns auf der einen und das staatliche Interesse an der Beschränkung ebendieser Handlung auf der anderen Seite in einer strukturierten Prüfung und anhand einer konkreten Konfliktsituation gegeneinander abzuwägen.

Um den unterschiedlichen Gewichtungen verschiedener Handlungen angemessene Bedeutung beizumessen, kann unter anderem nach den Gründen für diese Handlung, nach der Handlungsorientierung, differenziert werden.[925] Dabei wird grundsätzlich zwischen pragmatischen, ethischen und moralischen Handlungsorientierungen unterschieden.[926] Pragmatische Fragestellungen sind geprägt durch Zweckmäßigkeitserwägungen und berühren vor allem Entscheidungsfragen des täglichen Lebens.

---

922 S. dazu unten Kap. 3 C IV.

923 *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 53; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 16.

924 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 13.

925 Vgl. *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 75 ff.; sich auf diesen beziehend *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 63 ff.

926 Vgl. *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 75 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darunter könnte man solche Fragen wie etwa die der Essensauswahl, wie man einer Erkältung am besten begegnet oder ob und wann man den nächsten Vorsorgetermin in Anspruch nehmen sollte, fassen. Während die Präferenzen und Handlungsziele also schon feststehen oder unreflektiert bleiben, rücken die pragmatischen Erwägungen über die Art und Weise der Zielerreichung und die Handlungsauswahl in den Vordergrund. Bei ethischen Handlungsorientierungen hingegen rückt die Frage nach den Präferenzen und Zielen ins Zentrum der Überlegung. Bei diesen Entscheidungen geht es auch um Fragen darüber, wie man sein Leben führen, wer man ist und wer man sein möchte. Beantwortet werden solche ethischen Fragen mit *unbedingten Imperativen*; handlungsanleitend sind also solche Entscheidungen die für den Betreffenden auf lange Sicht im Ganzen „gut" sind.[927] Sie sind damit eng verknüpft mit der Persönlichkeitsentwicklung im engeren Sinne. Bei der moralischen Handlungsorientierung ist dann nicht entscheidend, was für den Einzelnen als „gut" anzusehen wäre, sondern vielmehr, ob die Entscheidung eine für alle „gerechte" ist. Es geht damit um Fragen, die sich in die Kategorien „gut" und „böse" einteilen lassen.[928] Die Frage für den Einzelnen ist dann nicht mehr nur, was *er*, sondern was *man* in der Situation tun sollte.[929] Solche Fragestellungen können sich etwa im Rahmen der Organspende oder auch dann stellen, wenn sich der Einzelne eigene Handlungsverpflichtungen oder -verbote auferlegt (nicht rauchen, gesund ernähren, ausreichend bewegen), weil er diese generell als Ausdruck eines guten Lebens empfindet oder weil er es als eine für alle verallgemeinerbare Pflicht hält, sich nicht auf Kosten der Solidargemeinschaft gesundheitsschädigend zu verhalten. Je näher also Entscheidungen und Verhaltensweisen in die Nähe ethischer und moralischer Handlungsorientierung rücken, desto bedeutsamer und schutzwürdiger erscheinen sie auch für die Persönlichkeitsentwicklung und freie Selbstbestimmung des Einzelnen. Je mehr sie aufgrund bloßer Zweckmäßigkeitser-

927 *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 64 f.

928 Insgesamt kann damit die Qualifikation einer Verhaltensweise oder Entscheidung anhand unterschiedlicher Handlungsziele schon Auswirkungen im Rahmen der Zuordnung zu einem grundrechtlichen Schutzbereich haben, indem ethisch motivierte Handlungen in die Nähe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und moralisch motivierte Handlungen in die Nähe der Gewissensentscheidung im Sinne von Art. 4 GG rücken, vgl. *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 63 ff.

929 *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 66.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wägungen getroffen werden, desto weniger scheinen sie Ausdruck des Persönlichkeitskerns des Menschen zu sein.

Im Rahmen solcher Erwägungen ist jedoch grundlegend zu beachten, dass der Grundrechtsträger zunächst selbst über die Frage des Ausmaßes der ethischen und moralischen Betroffenheit zu entscheiden hat. Die gesundheitliche Lebensgestaltung erscheint mit all ihren ethisch-moralischen Implikationen als ein durchaus sensibler Bereich individueller Würde und Selbstbestimmung, welcher durch zunehmende staatliche Regulierbarkeit gefährdet werden kann.[930] Verhalten, welches Ausdruck des eigenen Verständnisses von Gesundheit und persönlichem Wohlbefinden ist, hat grundsätzlich das Potenzial zum Kernbereich der Persönlichkeitsentwicklung gerechnet zu werden, mag es isoliert betrachtet noch so profan wirken.[931] Auch zunächst rein pragmatisch erscheinende Gesundheitsentscheidungen und -verhaltensweisen etwa zur Ernährung und Bewegung, zur Inanspruchnahme an Vorsorgeuntersuchungen und Impfleistungen oder über die Sammlung und Weitergabe von Gesundheitsdaten zur Teilnahme an Bonusprogrammen können durchaus auch in einen größeren ethisch-moralischen Kontext gesetzt und bewertet werden. Darüber hinaus kann auch bei der Regulierung bloß „unbedeutender" oder rein pragmatischer Angelegenheiten das dahinter stehende Prinzip der staatlichen Bevormundung (*Paternalismus*) in den Vordergrund treten und die oberflächlich unbedeutend erscheinende Beeinträchtigung dadurch zu einer ethisch-existenziellen Persönlichkeitsbetroffenheit erstarken.[932]

4. Schutz der freien Willensbildung (forum internum)

Komplexer ist die Frage, inwieweit die einem Verhalten vorgelagerten Denk- und Entscheidungsprozesse (*Willensbildungsprozesse*) grundrechtlichem Schutz unterfallen und wann staatliche Maßnahmen der Willensbeeinflussung die Schwelle zum Grundrechtseingriff überschreiten. Dabei

930 In Anspielung auf *Grimm*, Sondervotum, BVerfGE 80, 137 (169); vgl. auch *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 72 (75 ff.).

931 Vgl. *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 72 (75 ff.); *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (37 ff.).

932 In diese Richtung auch *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 95 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

interessiert nicht nur, ob der Staat an die innere Einstellung, die persönliche Gesinnung irgendwelche Rechtsfolgen knüpfen darf, sondern insbesondere, in welchem Maß auch der Prozess der Willensbildung selbst frei von staatlicher Beeinflussung zu halten ist. Ausprägung des menschlichen Willens ist zunächst die Bildung eines (einfachen) *Handlungswillens*, also der Wille, eine bestimmte Handlung zu begehen oder zu unterlassen, ein bestimmtes Verhalten zu verfolgen oder nicht. Ein solcher Handlungswille kann aufgrund reflektierter oder auch unreflektierter Prozesse (spontanes, impulsives Handeln) gebildet werden. Eine weitere Ausprägung sind die geistigen Prozesse, die zur Bildung von *Einstellungen, moralischen Ansichten, Vorstellungen oder Ideen etc.* führen. Hier geht es etwa um die Herausbildung von Grundeinstellungen eines jeden Menschen über sein Verhältnis zu sich selbst, seinen Mitmenschen und dem Leben allgemein. Auch diese in der Tendenz ethisch-moralischen Willensbildungsprozesse können mit sehr unterschiedlichen Bewusstheitsgraden entstehen, geändert oder verfestigt werden. Sie können handlungsanleitende Grundlage eines jeden Verhaltens sein.

a) Grundsätzliche Schutzbedürftigkeit des forum internum

Auf den ersten Blick schweigen die Grundrechte bezüglich eines ausdrücklichen und umfassenden Schutzes bewusster und unbewusster Willensbildungsprozesse vor staatlicher Einflussnahme. Ansätze lassen sich nur sporadisch im Rahmen der Meinungsbildung oder im Rahmen der Glaubens- und Gewissensfreiheit erkennen. Es scheint, als mangele es sowohl im Grundgesetz als auch in der (Verfassungs-)Rechtswissenschaft an einem Verständnis oder Problembewusstsein für die Anfälligkeit geistiger Prozesse gegenüber suggestiven und manipulativen Einflüssen.[933] So wird entweder davon ausgegangen, dass die innere Gedankenwelt schon faktisch unangreifbar sei, oder aber, dass sich Denkprozesse als innere Phänomene generell einer Normierung entziehen würden.[934] In diesem Zusammenhang wird etwa mit Verweis auf die reine Innerlichkeit der Meinungs-

933 Vgl. *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 44 ff.; am Beispiel der Eingriffsqualität staatlicher Kommunikationstätigkeit erläuternd *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 95 ff.

934 Zu den verschiedenen Argumenten *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 47 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bildung vertreten, dass es schon gar keines besonderen Grundrechtsschutzes bedürfe, da dieser immer nur dann notwendig sei, wenn menschliche Tätigkeiten von außen bedrohbar sind.[935] Ähnliche Ausführungen lassen sich allgemein zum Freiheitsschutz finden, so etwa, dass die „innere Freiheit der Impulse und Motive" kein Thema für das Recht sei, da dieses lediglich Legalität und nicht auch Moralität einfordere.[936] Der Rechtszwang greife nicht zu auf die Gesinnung.[937] Ebenfalls wird vorgebracht, dass es unmöglich sei, zwischen einem tatsächlich autonomen Willen und einem durch Suggestion beeinflussten und erzeugten rechtlich abzugrenzen und zu unterscheiden.[938]

Solche Auffassungen verkennen jedoch die vorliegende grundrechtliche Gefährdungslage und die grundsätzliche Reichweite des Grundrechtsschutzes. Natürlich fordert das Recht in einem modernen, vorrangig wertneutralen Verfassungsstaat grundsätzlich nicht ein, dass man es auch mit moralischer Billigung befolgt.[939] Die innere Geisteshaltung, die Gesinnung, die jemanden zu einer bestimmten Handlung veranlasst, ist empirisch auch gar nicht erfassbar.[940] Insofern entzieht sich die innere Gedankenwelt des Einzelnen tatsächlich einer rechtlichen Regulierbarkeit. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der verhaltenssteuernde Staat kein Interesse daran hätte, auf das *forum internum*, die Willens- und Meinungsbildung des einzelnen Bürgers, zuzugreifen. Eine Rechtsordnung kann schon deshalb nicht auf die Einwirkung auf das Bewusstsein der Normadressaten verzichten, „weil im Werben um Akzeptanz durch den Einzelnen und um Rezeption in den individuellen Wertvorstellungen die Staatsordnung mit anderen sozialen Gruppierungen und Verbänden konkurriert, die mit ihren eigenen Verhaltensmaximen unterschiedliche Rollenerwartungen an den Einzelnen herantragen."[941] Aus der Steuerungsperspektive ist es sogar ef-

935 *Starck/Paulus*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 99.

936 *Isensee*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 269 (274).

937 Vgl. *Isensee*, in: *Schliesky/Ernst/Schulz* (Hrsg.), FS Schmidt-Jortzig, 2011, S. 269 (274); *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, 1978, S. 25.

938 Vgl. *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 56.

939 *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 (314 f.).

940 *Nagl-Docekal*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 296 (314).

941 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 1.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fektiver, wenn der Regelungsadressat aus eigener Überzeugung das staatlich gewünschte Verhalten befolgt, da mit wachsender Anerkennung der Verbindlichkeit der Rechtsordnung auch die Wahrscheinlichkeit des Rechtsgehorsams innerhalb der Gemeinschaft wächst.[942] Dieser Zugriff erfolgt wiederum durch Regulierung, zwar nicht durch Regulierung des Willens selbst, aber durch Regulierung von Maßnahmen, die den Willen beeinflussen sollen.

Auch der innere Vorgang der Willensbildung steht damit potenziell unter staatlichem Zugriff. Die oben aufgeführte Bandbreite möglicher suggestiver und manipulativer Steuerungstechniken bezeugt dies eindrücklich.[943] Eine solche willensbeeinflussende Wirkung ist vor allem in der erwähnten Leitbild-Problematik staatlicher Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention zu erblicken. Ein Großteil der informativen, aufklärenden und anreizsetzenden Maßnahmen wirkt nicht unmittelbar zwingend, sie erzeugen jedoch ein als erstrebenswert dargestelltes Leitbild des „gesunden" Menschen. Das Steuerungsziel wird also mittels staatlicher Förderung einer Gesundheitsmoral verfolgt. Die Programme setzen dabei dezidiert darauf, dass sich der Mensch mit diesem Leitbild identifiziert und entsprechend seine Präferenzen mit diesem in Einklang zu bringen versucht, um am Ende „von sich selbst heraus" das staatlich als positiv vorgegebene Bild zu erreichen.[944] Dies ist zwar kein neues Phänomen[945], es erscheint jedoch im Rahmen staatlicher Gesundheitsförderung besonders aktuell und virulent. Daneben sind vor allem auch solche Maßnahmen umfasst, die gemeinhin dem *Nudging* zugeordnet werden. Hier versucht der verhaltenssteuernde Staat unbewusste kognitive „Anomalien" auszunutzen, um die Entscheidung des Individuums in eine bestimmte Richtung zu lenken. Gerade im Lichte der modernen Verhaltenswissenschaft und Regulierungsansätze kann die These, dass innere Überzeugungen keinerlei staatlichem Zugriff unterliegen, nicht aufrechterhalten werden.[946]

942 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 10.
943 S. oben A III-V.
944 Vgl. etwa *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 106.
945 Siehe etwa *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 25.
946 So auch *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 112.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Diesen Befund stützen auch die wenigen Arbeiten, die sich mit der Schutzbedürftigkeit innerer Willensbildungsprozesse befasst haben.[947] *Cremer* spricht in diesem Zusammenhang etwa von einer staatlichen Beeinflussung der „Willensentschließungsfreiheit", des „souveränen Wollens", welches als unmittelbare Vorstufe des menschlichen Handelns integraler Bestandteil der „natürlichen Freiheit" des Menschen sei.[948] Zutreffend zeigt er auf, dass der Staat insbesondere mittels „Druck" – beispielsweise durch Warnungen – Einfluss auf den Willensbildungsprozess nehmen und den Einzelnen dadurch daran hindern kann, sich mit bestimmten Grundpositionen und Überzeugungen zu identifizieren oder diese überhaupt erst zu bilden.[949] Dies ist insbesondere auch deswegen problematisch, da diese inneren Grundpositionen und Überzeugungen potenziell eine handlungsanleitende Funktion[950] besitzen und somit das spätere Verhalten beeinflussen. Auch der Umstand, dass der Staat je nach Art und Weise seines Eingreifens nicht nur die Willensbildung im Einzelfall, sondern ganz generell die Bildung der Präferenzstruktur des Individuums beeinflussen kann[951], muss grundrechtliche Beachtung finden. Die freie Willens*bildung* als unabdingbare Voraussetzung für die freie Willens*betätigung* zu schützen, fügt sich dabei nicht nur als logisches Glied in die Kette des aufeinander aufbauenden Grundrechtsschutzes ein, sie erweist sich geradezu als stillschweigende Voraussetzung eines jeden Grundrechts.[952] Es erscheint inkonsequent, wenn ein bestimmtes gesundheitsrelevantes Verhalten wie etwa das Rauchen zunächst grundrechtlichem Schutz unterliegt, der innere Vorgang, sich seinen Willen über das Wollen oder nicht Wollen und seine Meinung über den Sinn und Unsinn dieses Verhaltens zu bilden,

947 Vgl. *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968; *Gramm*, NJW 1989, 2917 ff.; *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004; *Volkmann*, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, 2012; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 78 f.

948 Unter „natürlicher" Freiheit versteht er dabei in erster Linie „staatsunabhängige" Freiheit, *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 76 u. 78 f.

949 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 79.

950 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 79.

951 Vgl. *Führ/Feindt/Bizer*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 9 (22); *van Aaken*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 70 (78).

952 *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 58 f.; in diese Richtung auch *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 111.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dagegen keinerlei Schutz gegenüber staatlicher Beeinflussung genießen soll. *Faber* führt dazu treffend aus: „Wenn die Betätigung des Individuums in der Außenwelt geschützt ist, die Betätigung aber vom autonomen Willen des Individuums abhängt, und wenn ferner die äußere Betätigung gerade um der inneren Autonomie willen frei von Zwang sein soll – dann muß der autonome Wille erst recht geschützt sein."[953]

Die Grundrechte müssen demzufolge nicht nur vor sichtbaren, klassischen Steuerungsmaßnahmen der Verhaltensbeeinflussung, sondern auch vor nicht sichtbarer, im Verborgenen ablaufender Beeinflussung und Manipulation der Willensbildung schützen.[954] Es liegt auf der Hand, dass auch die menschliche Willens- und Einstellungsbildung durch nicht unmittelbar offensichtliche Vorgänge beeinflusst werden kann, ja beeinflusst werden muss.[955] Nur durch die kommunikative, also von außen kommende Beeinflussung, kann überhaupt erst auf die Willensbildung des Anderen Einfluss genommen werden. Gerade deswegen ist auch der Schutz des freien Meinungsaustausches und öffentlichen Willensbildungsprozesses von so immenser Bedeutung. Von einer grundsätzlichen Schutzbedürftigkeit von Willensbildungsprozessen ausgehend, muss „nur noch" der geeignete verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkt gefunden werden. Thematisch einschlägig erscheinen dazu allen voran die Schutzausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG und möglicherweise auch Aspekte der Gewissensfreiheit aus Art. 4 I GG sowie der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Ebenso kommt eine bestimmte Ausprägung eines noch zu konkretisierenden „Rechts auf Gesundheit" in Frage.

953 *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 60; ähnlich *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 111.

954 Vgl. *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19). Zumindest für den Schutz der Gedankenfreiheit in Gewissensfragen betont auch *Betghe*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 24, dass die Schutzbedürftigkeit sich nicht als rechtlich irrelevant oder auch nur als unschädliche Innerlichkeit abtun lassen kann.

955 So schon *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 51.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

b) Meinungsfreiheit

Zunächst lässt ein Blick auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG fragen, ob Ansichten etwa über die Bedeutung und den Wert von Gesundheit oder über die Bewertung eines bestimmten Lebensstils als gesund oder ungesund als Meinungen über das „gute Leben" vor staatlicher Beeinflussung geschützt werden. Ob solche Vorstellungsbilder über bestimmte Lebensweisen tatsächlich als Meinung qualifiziert werden können, ist jedoch fragwürdig.[956] Der Fokus des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG liegt zuvörderst darauf, die *Äußerung* der Meinung zu schützen. Der durch die Idee des Meinungsaustausches geprägte *aktive Charakter* der Meinungsfreiheit spiegelt sich auch schon in der Definition der Meinung wider, welche höchstrichterlich als durch das „Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens" geprägte *Äußerung* definiert wird.[957] Beeinträchtigungen sind danach zunächst in der Behinderung oder Beeinträchtigung der Möglichkeiten oder Modalitäten der Meinungsäußerung selbst zu sehen.[958] Auch die Kehrseite, die negative Meinungsäußerungsfreiheit schützt damit zunächst davor, sich zu einer bestimmten Meinung bekennen zu müssen.[959]

Hieran schließt sich nun die Frage an, ob es eine weitere Ausprägung der (negativen) Meinungsfreiheit gibt. Diese könnte etwa in einem Recht des Einzelnen zu sehen sein, vom öffentlichen Meinungsaustausch „in Ruhe gelassen zu werden" – ein Recht also, nichts hören und auch nichts sehen zu müssen.[960] Dagegen spricht jedoch, dass das Anerkenntnis einer solchen negativen Freiheit die Bedeutung der Freiheitlichkeit als *aktive* Entfaltungskategorie ins Gegenteil verkehren würde.[961] Für die Meinungsfreiheit ist es unerlässlich, eine Meinung auch nach außen kundtun zu kön-

956 *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 27.
957 BVerfGE 7, 198 (210); 124, 300 (320).
958 *Wendt*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 18.
959 So etwa diskutiert bei der Pflicht der Hersteller zur Anbringung von Warnhinweisen auf Tabakerzeugnissen, vgl. *Wendt*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 18, mit Verweis auf BVerfGE 95, 173 (182).
960 In Hinblick auf staatliche Aids-Aufklärung erörternd *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2921 ff.); vgl. auch *Spaeth*, Grundrechtseingriff durch Information, 1995, S. 79 ff. m. w. N. sowie *Kimminich*, Der Staat 1964, 61 (77 ff.).
961 *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2922); dieses Argument als wenig stichhaltig bezeichnend *Kloepfer*, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S. 64 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen. Das Bundesverfassungsgericht führt dazu aus, das es gerade der Sinn von Meinungsäußerungen sei, eine „geistige Wirkung auf die Umwelt" auszuüben, meinungsbildend und überzeugend auf die Öffentlichkeit zu wirken.[962] Die Freiheiten des Art. 5 GG, welche auf Kommunikation und damit auf Aktivität gerichtet sind, besitzen insgesamt einen überragenden Stellenwert für einen pluralistisch-demokratischen Verfassungsstaat.[963] Sie sind für eine freiheitliche Demokratie „schlechthin konstituierend".[964] Ein Recht mit Meinungen nicht in Berührung kommen zu müssen, würde geradezu zu einer „Vernichtung der Meinungsfreiheit für das gesprochene Wort"[965] und damit zur Vernichtung eines die freiheitliche demokratische Staatsordnung konstituierenden Freiheitsrechts[966] führen. Ein Freisein von anderen Meinungen überhaupt ist damit schon nicht Schutzinhalt der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.[967] Dann kann es zunächst auch keinen Unterschied machen, ob Meinungen und Ansichten von privater oder staatlicher Stelle kundgetan und verbreitet werden.[968]

Geht man nun davon aus, dass die Meinungsfreiheit grundsätzlich nicht davor schützt, generell mit anderen Meinungen, also externen Einflüssen, konfrontiert zu werden, so stellt sich die Frage, ob die freie Meinungs*bildung* damit generell vom Schutz durch Art. 5 Abs. 1 GG ausgeschlossen ist. Wie bereits erwähnt, wird dies teilweise ausdrücklich bejaht.[969] Dem ist jedoch nicht zu folgen. Trotz ihrer Innerlichkeit unterliegt die Meinungsbildung grundsätzlich der Beeinflussbarkeit von außen. Die Meinungsbildung ist untrennbare Voraussetzung der Meinungsäußerungsfreiheit und verdient gleichermaßen besonderen grundrechtlichen Schutz. In-

962 BVerfGE 7, 198 (210); 61, 1 (7).

963 BVerfGE 7, 198 (208); *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 43.

964 BVerfGE 7, 198 (208); 62, 230 (247); 76, 196 (208 f.).

965 *Kimminich*, Der Staat 1964, 61 (73).

966 *Bethge*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 5 Rn. 22.

967 *Wendt*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 18; a. A. *Kloepfer*, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S. 65 ff., für den Fall „unentrinnbaren Aufdrängens" staatlicher Kommunikation.

968 Nach *Müller-Franken*, AfP 2016, 301 (302 ff.), verlangt allerdings das Demokratieprinzip nach einem freien Prozess der Meinungs- und Willensbildung, welcher grundsätzlich staatsfrei bleiben muss. Doch auch dieses vorausgesetzte Freisein von staatlicher Einwirkung könne jedoch nicht völlige staatliche Abstinenz bedeuten.

969 „Soweit sie sich im forum internum abspielt", *Starck/Paulus*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 5 Abs. 1 Rn. 99.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

folgedessen ist auch sie grundsätzlich von manipulativer staatlicher Einflussnahme freizuhalten. Die Grenze zur Auslösung des grundrechtlichen Schutzes wird hier in der Regel jedoch erst beim Erreichen eines *indoktrinierenden Effekts* staatlicher Einflussnahme gesehen.[970] Eine auf Indoktrinierungsschutz zielende Gewährleistung des inneren Vorgangs der Meinungsbildung lässt sich zudem auch in Art. 10 Abs. 1 EMRK finden.[971] Die spezifische Schutzrichtung des Art. 5 Abs. 1 GG, welche die freie und individuelle *öffentliche* Meinungsbildung zu gewährleisten versucht, kommt damit insbesondere dort zum Tragen, wo die Gefahr einer *einseitigen* Beeinflussung des Einzelnen im Kontext des äußeren Kommunikationsprozesses besteht – somit vor allem im Bereich der Informations-, Presse- und Rundfunkorganisations- sowie Filmfreiheit.[972]

Nicht alle Public Health Maßnahmen versuchen auf Werturteile und Meinungen über das „gesunde Leben" einzuwirken und überschreiten wohl eher selten die Grenze zur Indoktrination. Angriffspunkte sind vielmehr allgemeinere Willensbildungsprozesse über tagtägliches Verhalten wie Bewegung und Ernährung oder die Teilnahme an Bonusprogrammen und Gesundheitskursen. Und gerade hier vermag der Begriff der Meinung nicht ganz zu passen. Im Fokus steht vielmehr die Willensbildung allgemein. Der äußere Akt, die Willensbildung in ein bestimmtes Verhalten umzusetzen, wird man wohl kaum als Meinungsäußerung verstehen können.[973] Möchte man aber untersuchen, ob die Willensbildung allgemein als Vorstufe einer Willenshandlung vor zu starker staatlicher Beeinflussung geschützt ist, erscheint der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 GG mit seinem spezifischen Fokus auf Werturteile (Moralvorstellungen), und vor allem auf die *Äußerung* dieser, als zu eng oder zumindest nicht deckungsgleich.

970 *Grabenwarter*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 68. EL (Januar 2013), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 75.
971 *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 10 EMRK Rn. 12.
972 *Grabenwarter*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 68. EL (Januar 2013), Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 75; *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 107.
973 *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 28 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit

Als nächster Anknüpfungspunkt zum Schutz freier Willensbildung kommen die zusammengefassten Freiheitsrechte des Art. 4 GG in Betracht, welche neben der religiösen und weltanschaulichen auch die moralische, sinnhafte Orientierung des Menschen an eigenen Selbst- und Weltvorstellungen gewährleisten.[974] Der Fokus liegt also zunächst auf der freien Selbstbestimmung und bringt die Einsicht zum Ausdruck, dass die Persönlichkeitsentwicklung auch innere Elemente, namentlich Werte, Wünsche und Erwartungen beinhaltet, welche das „charakteristische Verhalten eines Individuums" bestimmen.[975] Art. 4 GG wird in diesem Zusammenhang auch als „Grundrecht der Sinn- oder auch Selbstorientierung" verstanden.[976] Die Freiheitsrechte des Artikel 4 GG enthalten damit wichtige Elemente des Persönlichkeitsschutzes und spezifizieren die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG.[977] Die eigenständige Schutzbedürftigkeit der inneren Vorstellungen und der damit verbundenen Freiheit zur Bildung einer Glaubens- oder Gewissensentscheidung wird teilweise auch ausdrücklich hervorgehoben.[978] In der Gesamtbetrachtung ist jedoch wie schon bei der Meinungsfreiheit zu beachten, dass der Prozess der Internalisierung von Wertvorstellungen notwendigerweise Gegenstand eines *langwierigen Sozialisierungsprozesses* ist.[979] Die Einwirkung äußerer Instanzen auf das Bewusstseinsbild des Einzelnen kann durchaus als „natürliches Element" in der Bildung von Gewissensinhalten verstanden werden.[980] Nicht jede Einflussnahme, welche auf die Verinnerlichung einzelner Werte und Verhaltensstandards zielt, lässt sich damit als illegitime Fremdsteuerung verstehen.[981] Auch dem Staat kann es dann nicht per se untersagt sein, auf die Meinungs- und Bewusstseinsbildung Einfluss zu

974 *Morlok*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn 43.
975 *Morlok*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 45.
976 *Morlok*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 45 m. w. N.
977 *Morlok*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 43.
978 Morlok, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 63 f.; *Betghe*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 24.
979 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 180.
980 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 152.
981 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 180.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nehmen.[982] Der Schutz erstreckt sich auch hier in erster Linie auf ein Verbot staatlicher *Zwangseinwirkung*, die auf eine Veränderung, Manipulation oder Unterwerfung ausgerichtet ist.[983] Solch eine unerlaubte staatliche Beeinflussung ist etwa in einem Glaubenszwang, der Indoktrination oder im Rahmen der Anwendung von Gehirnwäsche, Hypnose, Narkoanalyse oder Drogengabe zu sehen.[984]

Wie bereits bei der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG ist auch im Rahmen des Art. 4 GG der Schwerpunkt der Schutzrichtung jedoch darin zu sehen, dem „Drang nach Ausdruck" dieser inneren Vorstellungen gerecht zu werden.[985] Bei Art. 4 GG geht es regelmäßig um den Schutz der verschiedensten Ausübungsformen und Handlungen religiöser und weltanschaulicher Freiheiten (*forum externum*)[986], erst dann wird die Schutzfunktion dieses Grundrechts wirklich relevant[987]. Mit Bezug auf die Gewissensfreiheit wird teilweise gar vertreten, dass die innere Freiheit ein Gewissen zu bilden „angesichts des vielschichtigen Prozesses der Bildung einer inneren moralischen Instanz konturenlos" sei und dass ein entsprechendes Schutzverständnis die grundsätzliche Kompetenz des Staates, das Zusammenleben rechtsverbindlich zu ordnen, in Frage stellen würde.[988] Auch sei die ansonsten entstehende Schrankendivergenz im Verhältnis zur Meinungsfreiheit und zur allgemeinen Handlungsfreiheit nicht nachvollziehbar.[989] Es zeigt sich bereits jetzt, dass die Schutzrichtung des Art. 4 GG für einen umfassenden Schutz der Willensbildung als inneren Vorgang unter gleichzeitiger Beachtung der Vielschichtigkeit der willensbildenden Einflüsse nicht geeignet erscheint.

Noch deutlicher wird die eingeschränkte Tauglichkeit bei einem genaueren Blick auf die Begriffsbestimmung der durch Art. 4 GG geschützten Freiheiten. So wird unter Religion oder Weltanschauung eine „mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Le-

982 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 152.
983 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 60 Rn. 36.
984 *Morlok*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 63; *Betghe*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 24.
985 *Morlok*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 59.
986 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth,* GG, 13. Aufl. 2014, Art. 4 Rn. 10 ff.
987 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 60 Rn. 36.
988 *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 52.
989 *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 52.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bens“ verstanden.[990] Auch wenn im Rahmen von Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention Gesundheit teilweise in den Stand einer „Ersatzreligion“ gehoben wird[991], so muss dies natürlich untechnisch verstanden werden und soll eher den Eifer und den moralisch mitschwingenden Impetus einiger Gesundheitsverfechter kritisieren. Bei Lichte betrachtet können Fragen über das „gesunde“ Leben zwar viele moralische Implikationen enthalten, sehr selten werden sie wohl jedoch auf Aussagen zum Weltganzen und zur Herkunft und zum Ziel menschlichen Lebens hinauslaufen.

Am ehesten erscheinen sie Fragen des Gewissens zu berühren.[992] Unter Gewissen ist „ein (wie immer begründbares, jedenfalls aber) real erfahrbares seelisches Phänomen zu verstehen, dessen Forderungen, Mahnungen und Warnungen für den Menschen unmittelbar evidente Gebote unbedingten Sollens sind“.[993] Als Gewissensentscheidung versteht man „jede ernste sittliche, d.h. an den Kategorien von ‚Gut‘ und ‚Böse‘ orientierte Entscheidung, die der Einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend innerlich erfährt, so dass er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte“.[994] Für die Gewissensentscheidung charakterisierend sind somit die Empfindung der unbedingten Verpflichtung der infrage stehenden Situation[995] und der damit verbundene innere Konflikt, die drohende „Zerrissenheit“, wenn der Betroffene unter Missachtung seines Gewissens handeln müsste.[996] So zeigt die Nähe zur Religionsfreiheit, dass in dem Maße, wie bei einem religiösen Verständnis des Gewissens die besondere Verbindlichkeit der verinnerlichten religiösen Wertordnung aus der Bindung der ganzen Person an den Glauben resultiert, der formale Gewissensbegriff diejenigen verinnerlichten Werte und Normen erfasst, die für den Grundrechtsträger von identitätstragender Be-

990 BVerwGE 90, 112 (115); einen Überblick zu den verschiedenen Definitionsansätzen bietet etwa *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 60 Rn. 20.

991 Vgl. etwa ZEIT Online v. 17.4.2008, http://www.zeit.de/2008/17/Gesundheitswahn (Stand: 3.4.2017).

992 Ausführlich zur Gewissensfreiheit *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989.

993 BVerfGE 12, 45 (54); s. ausführlich zum Gewissensbegriff *Horn*, Das normative Gewissensverständnis im Grundrecht der Gewissensfreiheit, 2012.

994 BVerfGE 12, 45 (55).

995 *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 51.

996 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 60 Rn. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

deutung sind.[997] Gewissensrelevant sind demnach nur solche Angelegenheiten, welche die Integrität und Identität der Persönlichkeit *existenziell* betreffen.[998] Hierbei liegt es zwar beim grundsätzlich Einzelnen die Ernsthaftigkeit seines Gewissenskonflikts plausibel darzulegen[999], die entsprechenden Anforderungen im Rahmen von gesundheitsrelevanten (tagtäglichen) Verhaltensweisen zu erreichen, erscheint jedoch schwierig.[1000] Auch wenn die Gesundheitsdebatte sehr grundsätzlich und mitunter auch äußerst emotional geführt wird und intime, höchstpersönliche Fragen der individuellen Lebenseinstellung und Lebensführung berührt werden, so erscheinen die vorgestellten Maßnahmen eher selten dazu geeignet, einen ernsten und unbedingten Gewissenskonflikt hervorzurufen. Sehr oft erlegen entsprechende Maßnahmen keine bestimmte Rechtspflicht auf, sondern versuchen, auf die Überzeugungen verändernd einzuwirken. Ein entsprechender direkter Konflikt von Gewissenspflicht und unmittelbarer Rechtspflicht taucht daher außerhalb von zwingenden Maßnahmen selten auf. Es wäre zwar denkbar, den Begriff Gewissen umfassender zu verstehen und darunter jegliche Sollenssätze oder moralische Haltungen zu subsumieren, die sich der Einzelne selbstbestimmt als Handlungsmaxime auferlegt. Ein solch umfassendes Verständnis würde nicht nur zu der bereits erwähnten Konturlosigkeit führen, sondern auch den systematischen Zusammenhang mit den besonderen inhaltlichen Anforderungen der anderen durch Art. 4 GG geschützten Freiheiten missachten.[1001] Zudem würde auch solch ein weites Verständnis immer noch den reflexiven Charakter der Gewissens-

997 *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 51.

998 *Betghe*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 21.

999 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 60 Rn. 28; vgl. jedoch *Betghe*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 158 Rn. 17, der darauf hinweist, dass das individuelle Selbstverständnis zwar indizierenden Aussagewert für das Ausmaß der Freiheit habe, keinesfalls aber die Rechtsmacht gewähre, „authentisch und definitiv" die Reichweite seiner Freiheit selbst zu bestimmen; die verfassungsjuristische Definitionskompetenz komme vielmehr allein dem Staate zu.

1000 Vgl. auch *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 5, die darauf hinweist, dass der demokratisch gewählte und damit in der Regel mit den Wertvorstellungen der Mehrheit übereinstimmende, außerdem grundrechtgebundene Gesetzgeber gewöhnlich Rechtsnormen erlasse, die nur ausnahmeweise Gewissensnot erzeugen dürften.

1001 Mit anderer methodischer Begründung, aber im Ergebnis ebenso *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 109 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

entscheidung einfordern. So können nur solche moralischen Einsichten, Willensbildungsprozesse und Entscheidungen überhaupt erst als Gewissensentscheidung verstanden werden, die im Rahmen einer vernunftgeleiten Güterabwägung zustande kommen und nicht bloßer Ausdruck von bestimmten Neigungen, Leidenschaften oder praktischen Sachzwängen sind.[1002] Auch dieser reflexive Charakter der Gewissensentscheidung führt damit dazu, dass ein Großteil der gesundheitsrelevanten Alltagsentscheidungen nur sehr schwer unter den Gewissensbegriff subsumiert werden können.

Im internationalen Recht lässt sich wie schon in Art. 10 EMRK ein staatliches Indoktrinierungsverbot auch im Schutz der Glaubens-, Gewissens-, und Gedankenfreiheit durch Art. 9 EMRK erkennen, welcher sich in seiner Schutzrichtung wohl stark mit der Meinungsbildungsfreiheit überschneidet.[1003] Art. 9 EMRK schützt gleichermaßen wie Art. 4 GG vor staatlichem Zwang bei Gewissensentscheidungen.[1004] *Herdegen* hebt hier nochmals deutlich den Schutz auch der freien Überzeugungs*bildung* (*forum internum*) als unabdingbare Voraussetzung für die Umsetzung individueller Wertentscheidungen hervor.[1005] Strikt verboten sind auch hier alle Bestrebungen durch staatliche Maßnahmen, auf den inneren Überzeugungsbildungsprozess physisch oder durch mit der Neutralitätspflicht des Staates nicht vereinbare Propaganda einzuwirken.[1006] Dies deckt sich mit den Ausführungen zu Art. 4 GG.

Im Ergebnis ist die durch Art. 4 GG gewährleistete Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht zum Schutze der Willensfreiheit im umfassenden

---

1002 *Horn*, Das normative Gewissensverständnis im Grundrecht der Gewissensfreiheit, 2012, S. 118 f.

1003 *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 9 EMRK Rn. 3; sehr ähnlich in der Schutzrichtung ist auch Art. 10 EU-GRCh, vgl. *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 8.

1004 *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 9 EMRK Rn. 4; *Mager*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 4 Rn. 8, betont, dass sich ein weitergehender Schutz sich trotz des zusätzlichen Einbezugs der Gedankenfreiheit jedoch nicht erkennen ließe.

1005 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 127.

1006 *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 127.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sinn einschlägig.[1007] Zumindest wird durch die Betrachtung des Art. 4 GG deutlich, dass innere Vorgänge der Überzeugungsbildung durchaus anfällig für staatliche Beeinflussung sein können und damit eines grundrechtlichen Schutzes bedürfen. Schwieriger und deutlich umstrittener ist jedoch die präzise Ermittlung der Grenzen, welche dem hoheitlichen Zugriff auf das „seelische Innenleben" des Einzelnen und der Einwirkung auf das individuelle Bewusstsein gezogen sein sollen.[1008] Thematisch sind diese Überzeugungsbildungsprozesse im Rahmen von Art. 4 GG jedoch nur mit Bezug auf eine bestimmte Glaubensrichtung oder Weltanschauung sowie auf eine Gewissensentscheidung geschützt. Die allgemeine Grenzziehung staatlicher Einwirkung auf die Innensphäre gilt es daher im Rahmen eines weitergehenden Schutzes von Willensbildungsprozessen zu diskutieren.

d) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

Zielführender erscheint es, einen allgemeinen Anknüpfungspunkt für den umfassenden Schutz von Willensbildungsvorgängen im allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu suchen. Dogmatischer Ausgangspunkt dieses Rechts ist Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Es lässt sich damit als besondere Ausprägung der von Art. 2 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit verstehen, welche sich jedoch aufgrund zunehmender Nähe zum absolut geschützten Bereich des Art. 1 Abs. 1 GG verstärkt aus der Perspektive der Menschenwürde definiert.[1009] Durch diesen Bezug zu Art. 1 Abs. 1 GG betont das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Element der „freien Entfaltung der Persönlichkeit" und hebt sich damit als Recht auf Respektierung der Privatsphäre von dem „aktivem Element" der Persönlichkeitsentfaltung, welches sich in der allgemeinen Handlungsfreiheit widerspiegelt, ab.[1010] Das Grundrecht dient dazu, Elemente der Persönlichkeit zu gewährleisten, die nicht bereits Gegenstand besonderer Frei-

1007 So im Ergebnis auch *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 34, der dies jedoch mit dem Fokus auf die *Betätigung* des Glaubens/Gewissens begründet.

1008 Vgl. dazu *Herdegen*, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, 1989, S. 270 ff.

1009 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 128 ff.

1010 *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 14, mit Verweis auf BVerfGE 54, 148 (152 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

heitsgarantien sind.[1011] Die Notwendigkeit einer solchen lückenschließenden Gewährleistung besteht insbesondere angesichts neuartiger Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung, welche als Begleiterscheinung „moderner Entwicklungen" und des „wissenschaftlich-technischen Fortschritts" auftauchen können.[1012] Die zunehmend durch Erkenntnisse der Verhaltensforschung informierten staatlichen Regulierungsversuche menschlichen Denkens und Verhaltens können dabei durchaus als eine derartige neue Gefährdung angesehen werden, welche sich nur unzureichend mit der gegenwärtigen Grundrechtsdogmatik begegnen lässt.

aa) Grundsatz entwicklungsoffener Schutzgewährleistung

Die Schutzgewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wird üblicherweise in der Garantie der *Selbstentfaltung* und der *Selbstdarstellung* sowie in dem Schutz der den beiden Komponenten vorgelagerten *Grundbedingungen* freier Persönlichkeitsentfaltung gesehen.[1013] Entsprechend der Entwicklung im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung erfolgt die Darstellung der Schutzausprägungen in aller Regel kasuistisch. Umfasst wird hier zunächst die engere persönliche Lebenssphäre[1014], welche dem Einzelnen einen abgeschirmten Bereich persönlicher Entfaltung zur Verfügung stellt, in dem er sich nicht öffentlicher Beeinflussung und Kontrolle unterwerfen muss und den er selbst frei gestalten kann.[1015] Räumlich sind dabei grundsätzlich alle Örtlichkeiten erfasst, an denen der Einzelne eine Situation vorfindet oder schafft, in der er erkennbar davon ausgehen darf, den Blicken der Öffentlichkeit nicht ausgesetzt zu sein.[1016] Neben dem privaten Rückzugsbereich wird auch die Selbstdarstellung des Einzelnen in der Öffentlichkeit und damit die von ihm selbst gewählte soziale Identität gewährleistet.[1017]

1011 BVerfGE 54, 148 (153); 79, 256 (268); 99, 185 (193), 101, 361 (380).
1012 BVerfGE 54, 148 (153); 65, 1 (41); 79, 256 (268); 101, 361 (380).
1013 *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 70.
1014 BVerfGE 54, 148 (153).
1015 *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 69.
1016 BVerfGE 27, 1 (6); 101, 361 (382 ff.).
1017 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 36 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Darüber hinaus ist der Schutzbereich jedoch *entwicklungsoffen*.[1018] Eine Engführung auf punktuelle Einzelausprägungen ist zu vermeiden.[1019] Es sind auch solche Schutzgüter als umfasst anzusehen, welche sich nicht eindeutig den erwähnten Kategorien zuordnen lassen.[1020] Neben dem Schutz von handlungsbezogenen und vor allem zustandsbezogenen Rechten (öffentliche Selbstdarstellung, Integrität des privaten Rückzugsbereichs, Informationelle Selbstbestimmung, Ehre) werden auch *emotional-psychische Aspekte* der privaten Lebensgestaltung (etwa die Willensentschließungsfreiheit als Ausdruck des „souveränen Wollens"[1021]) als Grundvoraussetzung personaler Autonomie umfasst.[1022] Zugespitzt formuliert, schützt das allgemeine Persönlichkeitsrecht damit insgesamt die für die moderne Freiheitsidee konstitutive *Differenz zwischen Öffentlichkeit und Privatheit* als Grundbedingung einer selbstbestimmten Persönlichkeitsentfaltung.[1023] Anhand dieser grundsätzlichen Trennlinie zwischen Öffentlichem und Privatem erfolgt auch die Bewertung der Schutzbedürftigkeit einer Entscheidung, eines Zustands oder eines Verhaltens.[1024] Der Leitgedanke ist dabei, dass jedem Menschen ein letzter unantastbarer Bereich individueller Freiheit gewährleistet werden muss, um ihn vor einem völligen Aufgehen in der staatlichen Gemeinschaft zu schützen.[1025] Ziel ist es, dem Einzelnen die *Autonomie*, die umfassende Selbstbestimmung über bestimmte Bereiche privater Lebensgestaltung zu bewahren und die-

1018 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 147, mit Verweis auf die Rspr. des BVerfG, s. etwa BVerfGE 54, 148 (153 f.); 79, 256 (268).

1019 *Horn*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rn. 17.

1020 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 37.

1021 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 78 f.

1022 Vgl. *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2012, S. 90.

1023 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 127; *Horn*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 149 Rn. 16 f.

1024 Zu diesem allgemeinen Grundsatz *Coggon*, What Makes Health Public?, 2012, S. 32 f.

1025 *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2012, S. 13.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

se zu respektieren.[1026] Teilweise wird diese Ausprägung auch als „Freiheit, über die eigene Lebensführung entscheiden zu können", benannt.[1027]

Geschützt sind als Teil dieser Privatsphäre vor allem der Privat-, Geheim-, Intim- und Sexualbereich sowie auch der Gesundheitszustand des Menschen.[1028] Dies gilt auch in Bezug auf „sozial abweichendes" Verhalten.[1029] Mit Blick auf die Sexualität zielt der Schutz etwa darauf, dass der Mensch seine Einstellung zum Geschlechtlichen selbst bestimmen und sein Verständnis zur Sexualität selbst einrichten kann. Gleichermaßen steht zur individuellen Disposition, in welchen Grenzen und mit welchen Zielen die Einwirkung Dritter auf diese Einstellungen hingenommen werden sollen.[1030] Mitunter wird in dieser Gewährleistung ein eigenständiges *Recht auf personale Integrität* gesehen.[1031] Das Recht auf personale Integrität trägt dabei dem Umstand Rechnung, dass die Selbstachtung und Identität des Einzelnen die Freiheit voraussetzt, über eine von Dritten unangreifbare Sphäre des privaten Lebens zu verfügen.[1032] Dieses Schutzbedürfnis führt jedoch nicht dazu, dass die Sozialgebundenheit des Einzelnen völlig untergeordnet wird, in einem Sinne, dass jeder in isolierter und selbstherrlicher Weise beliebig über Art und Maß der Einbindung in das gesellschaftliche Zusammenleben entscheiden könne. Vielmehr müssen aber gewichtige Gründe verlangt werden, wenn der Staat auf Entscheidungen und Vorstellungen, die mit dieser privaten Sphäre verbunden sind, Einfluss nehmen möchte.[1033]

Führt man sich nochmals die ethisch-moralischen Implikationen vor Augen, die mit der Frage nach einem „gesunden" Leben, nach „vollständi-

---

1026 *Barrot*, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2012, S. 27; *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 28 ff.; *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 22.

1027 Vgl. *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 38.

1028 BVerfGE 32, 373 (379 f.); 47, 46 (73); 60, 123 (134 f.); 75, 369 (380); 101, 361 (382); *Hoffmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 41.

1029 So haben auch Suchtkranke und Suchtgefährdete Anspruch auf Achtung ihrer Intim- und Privatsphäre, vgl. BVerfGE 44, 353 (372); 101, 361 (382).

1030 BVerfGE 47, 46 (73); *Hoffmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 41.

1031 *Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, C Rn. 35; *Hoffmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke,* GG, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 41.

1032 *Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, C Rn. 35.

1033 *Badura*, Staatsrecht, 5. Aufl. 2012, C Rn. 35.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gem Wohlbefinden“ verbunden sein können[1034], so scheint dieser Themenkomplex hinsichtlich der Bedeutsamkeit für die Persönlichkeitsentfaltung eine Nähe zur sexuellen Selbstbestimmung aufzuweisen. Auch bezüglich vom Geschlechtlichen losgelöster „bioethischer“[1035] Fragen über den eigenen Körper und das eigene Verständnis darüber, was ein „gesundes“ Leben ausmacht, gibt es ein schutzwürdiges Bedürfnis des Einzelnen, seine Einstellung zum Gesundheitlichen zunächst selbst zu bestimmen und sein Verhältnis dazu selbst einzurichten.[1036] Die persönliche Entscheidung, sich gesund oder ungesund zu verhalten, bestimmte Genussmittel zu sich zu nehmen oder dies zu unterlassen, körperlich aktiv zu sein oder nicht, eine gesunde und ausgewogene Ernährung zu entwickeln oder nicht zu entwickeln und entsprechende Daten über dieses Verhalten zu sammeln und weiterzugeben oder für sich zu behalten, sind wesentliche Bereiche der persönlichen Lebensführung.[1037] Auch hier sollte es in der Disposition des Einzelnen liegen, die Grenzen und Ziele, mit welchen Dritte auf das gesundheitliche Selbstverständnis einwirken können, selbst zu bestimmen. Der Themenkomplex der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention tangiert damit insbesondere die Frage nach der Schutzbedürftigkeit des Einzelnen, über einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung zu verfügen, in der er seine Individualität entwickeln und wahren kann. Als Teil dieser selbstbestimmten Individualitätsentwicklung ist die Fähigkeit zur freien Willensbildung von eminenter Bedeutung. Ohne auch den inneren Prozess der Bildung von Präferenzen und Zielen im Leben sowie ethisch-moralischen Einstellungen insgesamt zu erfassen, scheint ein Persönlichkeitsschutz, welcher die freie Selbstverwirklichung zu gewährleisten versucht, nur unvollständig.[1038] Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist damit gerade mit seinen Bezügen zur Autonomie und Individualitätsentwicklung als geeigneter Anknüpfungspunkt für einen Schutz der freien

1034 S. oben B II 3.

1035 Zum Begriff *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 13 ff.

1036 In diese Richtung wohl auch *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 218, der Fragen hinsichtlich der Aufnahme von Nahrungs- und Genussmitteln dem „Persönlichkeits-Kernbereich“ zuordnet.

1037 Vgl. etwa *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (355).

1038 *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 83.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Willensbildung, der „inneren Geistesfreiheit“[1039] insgesamt anzusehen.[1040] Die Abgrenzung zur allgemeinen Handlungsfreiheit ist dabei nicht trennscharf zu verstehen. Vielmehr bestehen zwischen beiden Schutzgegenständen vielfältige enge Bezüge. Genauso wenig wie ein Verhalten vollständig isoliert von dem dazugehörigen Willensbildungsprozess betrachtet werden kann, ist der Integritätsschutz vom Aktivitätsschutz zu trennen. Schließlich zielen auch beide Schutzgegenstände auf die Selbstbestimmung des Menschen als Voraussetzung der Identitätsbildung und -entfaltung.[1041] Die Zuordnung der freien Willensbildung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht soll daher in erster Linie der Erfassung und Konkretisierung des Schutzgegenstandes dienen, nicht jedoch der Begründung eines pauschal stärkeren Grundrechtsschutzes und höherer Eingriffsresistenz.[1042]

bb) Differenzierung nach Bewusstseinsgrad der Willensbildung?

Um solche Konzepte grundrechtsdogmatisch aufgreifen zu können, die bestimmte Entscheidungen menschlichen Handelns nur begrenzt oder gar nicht als Ausdruck autonomer Selbstbestimmung wahrnehmen wollen[1043], ist danach zu fragen, ob der Autonomieschutz im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach dem Bewusstseinsgrad der Willensbildung differenziert.

1039 *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, entwickelt ein eigenständiges Grundrecht auf innere Geistesfreiheit.

1040 So auch *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 110 ff. sowie *Kirste*, JZ 2011, 805 (813) u. *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (18 f.); a. A. *Goos*, Innere Freiheit, 2011, S. 139 ff., der den Schutz der inneren Freiheit als Geistesfreiheit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG zuordnet.

1041 Zum Ganzen *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 30.

1042 Zur Binnensystematik des Art. 2 Abs. 1 GG *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 27 ff.

1043 S. dazu oben die verhaltensökonomischen Grundannahmen des *Nudging*, A IV 2.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Bewusste Willensbildung als Prototyp der Selbstbestimmung

Als Prototyp individueller Selbstbestimmung können die reflektierten, bewussten Willensbildungsprozesse gelten, welche gemeinhin mit logischem oder rationalem Denken assoziiert werden. Dies umfasst insbesondere die Ausbildung bestimmter Einstellungen und wohlüberlegter Handlungswünsche wie etwa die oben beschriebenen Ansichten zur Organspende, zu Ess- und Bewegungsgewohnheiten, zum Gesundheitsverhalten generell. Sind Entscheidungen und Handlungen des Einzelnen Ausdruck eines solchen bewussten Wollens, sind sie unstrittig schützenswert. Damit der individuelle Wille auch tatsächlich Ausdruck eines Selbstbestimmungsprozesses und nicht von Fremdbestimmung sein kann, ist es erforderlich, dass sich der Einzelne über die seine Entscheidung beeinflussenden Faktoren grundsätzlich *bewusst* ist. Für die selbstbestimmte Auseinandersetzung mit sich und seiner Umwelt ist es daher unerlässlich, dass man die erforderlichen Informationen über die Umwelt sammeln kann und nicht daran gehindert wird „seine Sinnesorgane zur Wahrnehmung des äußeren Geschehens" einzusetzen.[1044] Soll der Einzelne tatsächlich Herr über seine psychischen Prozesse sein, dann bedrohen ihn insbesondere solche Einwirkungen auf die Willensbildung, die sich seiner Beherrschbarkeit und damit auch Abwehrmöglichkeit entziehen.[1045]

Wie bereits im Rahmen der Meinungsfreiheit erwähnt, erscheint es ausgeschlossen, dass der Einzelne in einer auf Kommunikation angewiesenen, demokratischen Gesellschaft grundsätzlich und in einem umfassenden Maße vor jeglichen (Umwelt-)Ein-flüssen auf die Willensbildung geschützt sein soll. Auch Art. 2 Abs. 1 (i. V. m. Art. 1 Abs. 1) GG kann nicht bereits davor schützen, überhaupt mit privater oder staatlicher Äußerung, Information oder Aufklärung in Kontakt kommen zu müssen.[1046] Ähnlich wie bei der im Rahmen der Meinungsbildung geforderten Schwelle der Indoktrination, muss auch im Falle des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

1044 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (135).

1045 *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 69.

1046 So auch *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2922); *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 (137), sieht zumindest im Privatbereich grundsätzlich ein Recht des Menschen, in Ruhe gelassen zu werden. Die öffentliche Hand habe daher zu respektieren, dass der Bürger beim Candle-Light-Dinner nicht über die Kalorien des Menüs informiert werden wolle.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

die staatliche Willensbeeinflussung eine besondere Qualität besitzen, um die Schutzbedürftigkeit des Individuums zu begründen. Die Schwelle ist jedoch bei der Willensbildung niedriger anzusetzen als bei der Meinungsbildung. Während die Meinungsäußerungsfreiheit gerade zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung dient, reicht die Willensbildung in Bereiche hinein, die vor allem solche Fragen berühren, die im besonderen Maße der Verantwortungssphäre des Einzelnen zugeordnet sind. Das Interesse des Bürgers, vor staatlicher Beeinflussung „in Ruhe gelassen zu werden", frei in seiner autonomen Selbstbestimmung sein zu können, tritt im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts deutlich stärker zum Vorschein. Eine Beeinflussung des Staates auf der Ebene höchstpersönlicher Fragen muss damit aus schutzbereichsbetrachtender Sicht deutlich sensibler aufgenommen werden. Der Staat, welcher der Pluralität verpflichtet ist, hat die Freiheit des Einzelnen zu achten, sein Verhältnis zum „Gesundheitlichen" zunächst selbst zu bestimmen und sein Leben danach auszurichten. Versuchen staatliche Maßnahmen bereits Einfluss auf die Bildung von Wertvorstellungen und Präferenzen oder auf die Bewusstheit einer Entscheidung zu nehmen, geraten sie potenziell in Konflikt mit dem Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dessen innewohnender Achtung der freien Selbstbestimmung.

(2) Schutzwürdigkeit auch unbewusster Willensbildungsprozesse

Nach Ansicht einiger sollen vom Schutz der Selbstbestimmung solche Willensbildungsprozesse ausgenommen sein, die nach kognitionswissenschaftlicher Erkenntnis vor allem durch *unbewusst* ablaufende Wahrnehmungs- und Entscheidungsautomatismen (den sog. kognitiven Wahrnehmungsstörungen) geprägt werden.[1047] So wird insbesondere im Rahmen der *Nudging*-Debatte argumentiert, dass viele der tagtäglichen gesundheitsbeeinträchtigenden Verhaltensweisen, wie etwa der Griff zum Schokoriegel im Regal oder die Benutzung des Aufzuges anstelle der Treppen, der Verzehr zu großer Portionen etc. nicht aufgrund eines aktiven Denkprozesses, sondern aufgrund automatisierter und von kognitiven Fehlern beeinflussten, intuitiven Entscheidungsprozessen gesteuert werden. Da das

1047 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 79 ff.; *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (329 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gezeigte Verhalten damit kein Ergebnis einer bewussten Entscheidung sei, könne der Staat nach Belieben, wie die Privatwirtschaft auch, auf diese Entscheidungsprozesse durch entsprechende Gestaltung der Entscheidungsarchitektur Einfluss nehmen und den Bürger sanft in die „richtige", also staatlich gewünschte Richtung schubsen.[1048] Nach *Alemanno* und *Sibony* sind für eine realistische Bewertung darüber, was als Beschränkung individueller Autonomie gelten kann, die Umstände der konkreten Entscheidung im Einzelfall zu betrachten.[1049] So sei danach zu fragen, was in einem bestimmten Entscheidungskontext *vernünftigerweise* von einem Menschen verlangt werden könne.[1050] Die Bewertung darüber, in welchem Maße eine Beschränkung der Autonomie vorliege, richte sich danach, wie autonom die infrage stehende Entscheidung *wahrscheinlich* ausgeübt werde.[1051] Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse gleichermaßen gegen staatliche Beschränkungen geschützt ansehen zu wollen, unabhängig davon, ob reflektiertes oder unreflektiertes (automatisches) Entscheiden in Frage steht, wäre nach *Alemmano* und *Sibony* geradezu paradox. Denn dies würde bedeuten, dass es auch als Teil von Autonomie anerkannt werden müsse, in der *gedankenlosen oder unbekümmerten* Festlegung der eigenen Handlungsziele völlig frei zu sein – und zwar ohne Unterscheidung danach, ob es sich um kurzfristige oder höherrangige, langfristige Ziele handele.[1052] „Intuitiv" würden eben bestimmte Entscheidungen mehr Schutz verdienen als andere.[1053] Wer in einer bestimmten Situation nicht autonom handele, könne auch nicht durch eine staatlich gesteuerte Entscheidungsbeeinflussung in seiner Selbstbestimmung beeinträchtigt werden.[1054]

1048 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 79 ff.
1049 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (329).
1050 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (329).
1051 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (329).
1052 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (330).
1053 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (330).
1054 *Alemanno/Sibony*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 325 (329 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auffällig ist die Ähnlichkeit einer solchen Argumentation mit der früher im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit diskutierten Frage des Persönlichkeitsbezuges.[1055] Wurde damals vermehrt verlangt, dass eine Handlung, um schutzwürdig zu sein, einen besonderen Wert für die Persönlichkeitsentwicklung aufweisen muss, wird heute für den Autonomieschutz gefordert, dass die Willensbildung Ausdruck eines bewussten, reflektierten oder rationalen Denk- und Entscheidungsprozesses ist. Entsprechende Ansichten verfolgen damit ein inhaltlich angereichertes Autonomiekonzept. Dass der prinzipielle Schutz der Selbstbestimmung unter dem Grundgesetz jedoch nur ein umfassender, nicht nach inhaltlichen Anforderungen differenzierender sein kann, ergibt sich aus folgenden Überlegungen[1056]:

Wie bereits aufgezeigt wurde, ist Kern der Autonomie die individuelle Selbstbestimmung. Jedem Einzelnen wird damit die Fähigkeit zugesprochen, *für sich selbst* festzulegen, wie und anhand welcher Prinzipien Entscheidungen getroffen werden sollen. An diesen Selbstbestimmungsprozess jedoch fremdbestimmte Anforderungen zu stellen, läuft der grundlegenden Idee der Selbstbestimmung zu wider. Sie ist gerade vor der Fremdbestimmung zu bewahren. Aufgabe staatlicher Gewalt ist es, in Anbetracht von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, dem Einzelnen diesen Freiraum zu bewahren, ihn vor unzulässiger Beeinflussung von außen zu schützen. Vor diesem Grundsatz wird ein weiterer Widerspruch in der nach Bewusstseinsgrad differenzierenden Argumentation offensichtlich. Steht auf der einen Seite das Ideal möglichst bewusster, reflektierter Willensbildung, wie kann dann aus der Unbewusstheit bestimmter Entscheidungen gefolgert werden, dass der Staat sich diese zu Steuerungszwecken zu Nutze machen darf? Vielmehr wird durch die Ausnutzung unbewusster Einflussfaktoren der Effekt der Unbeherrschbarkeit verstärkt. Wenn es doch aber dezidierte Aufgabe des Staates ist, die Autonomie zu achten und den Bürgern die Voraussetzungen zur Autonomie, zum selbstbestimmten Leben zu verschaffen und diese zu gewährleisten[1057], dann verletzt es das Recht auf freie Selbstbestimmung im besonderen Maße, wenn der Staat unreflektierte, kognitiven Automatismen folgende Willensbildungsprozesse gezielt zur Verhaltenssteuerung der Bürger ausnutzt. Dass insbesondere auch die der willentlichen Steuerung entzogenen physiologischen oder ve-

1055 Vgl. dazu oben B II 3.
1056 Vgl. auch *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (196 f.).
1057 Vgl. dazu die Ausführungen oben unter B I u. II.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

getativen Abläufe als Teil der freien Selbstbestimmung geschützt werden müssen, zeigt ein Vergleich zum Einsatz von Lügendetektoren oder Brechmitteln. Auch hier wird nicht der Willen beeinflusst oder gar gebrochen, sondern vom Willen grundsätzlich unabhängig und nicht steuerbare Mechanismen des Körpers ausgenutzt, um ein staatlich gewünschtes Verhalten zu erzielen.[1058] Solche Maßnahmen werden dabei allgemein als den Würdekern des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im besonderen Maße verletzend qualifiziert.[1059] Die Ausnutzung unbewusster Prozesse raubt dem Einzelnen die Möglichkeit, sich gegen diese Beeinflussung zur Wehr zu setzen und Herr über sich selbst zu bleiben.

Darüber hinaus ist es dem Staat schlichtweg unmöglich, im konkreten Einzelfall zu erheben, wie reflektiert oder unreflektiert, wie prinzipiengeleitet oder willkürlich bestimmte Willensbildungsprozesse stattfinden und mit welchem Grad tatsächlicher Selbstbestimmtheit ein konkretes Verhalten ausgeübt wird. Sosehr es etwa an bloßer Trägheit liegen kann, dass Versicherte nicht an einem Bonusprogramm und den damit verbundenen Gesundheitskursen teilnehmen, so sehr kann es auch Ausdruck einer bestimmten Lebensphilosophie, eines eigenständigen Verständnisses von Gesundheit sein, das sich anders oder weit komplexer definiert als über bloße körperliche Fitness.[1060] Gleiches gilt für alle anderen denkbaren Verhaltensweisen, die gesundheitliche Implikationen haben können – sei es die Entscheidung über ein bestimmtes Ernährungs- und Bewegungsverhalten, über die Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen, Impfungen oder das Sammeln und die Preisgabe von Gesundheitsdaten. Auch ist zu betonen, dass Selbstbestimmung selbst nach den gehaltvolleren Autonomiekonzepten nicht voraussetzt, dass jede noch so kleine Entscheidung in der Perspektive einer im konkreten Einzelfall reflektierten Lebensentscheidung gesehen werden muss. Es geht vielmehr darum, dass der Einzelne *hypothetisch* in

1058 Zum Schutz vor Willensbeugung und Kontrolle des Unwillkürlichen *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 85.

1059 Statt vieler *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 55. EL (Mai 2009), Art. 1 Abs. 1 Rn. 85 m. w. N.; das BVerfG hat sich hierzu jedoch zurückhaltend bzw. offenlassend geäußert, vgl. etwa Beschl. 18.8.1981 – 2 BvR 166/81 (Lügendetektor) oder Beschl. v. 15.9.1999 – 2 BvR 2360/95 (Brechmitteleinsatz); das Verbot körperlichen und seelischen Überzeugungszwangs dem Art. 1 Abs. GG zuordnend *Goos*, Innere Freiheit, 2011, S. 173 ff.

1060 So auch *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 72 (75 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der Lage ist, reflektiert handeln zu können.[1061] Im Zweifel sollte der Staat deshalb auch hier von der für den Grundrechtsträger positivsten Interpretation ausgehen. Und dies bedeutet im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG eben grundsätzlich die Selbstbestimmtheit des Einzelnen und damit seines Denken und Handelns zu unterstellen. Dies entspricht auch dem Menschenbild des Grundgesetzes, welches dem Menschen allein aufgrund des Menschseins die Achtung eigenverantwortlicher Lebensgestaltung gewährt. Genauso wenig, wie man geistig Behinderten den prinzipiellen Autonomieanspruch absprechen würde, scheint dies im Fall kognitiver Defizite legitim.[1062] Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgt ein grundsätzlicher Achtungsanspruch individueller Selbstbestimmung.[1063] Grundrechtlicher Schutz kann sich dann nicht danach bemessen, ob die in Frage stehende Entscheidung eine reflektierte oder unreflektierte ist, ob lang überlegt oder spontan entschieden wurde.[1064]

1061 *Rössler*, in: *Pauer-Studer/Nagl-Docekal* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, 2003, S. 327 (331).

1062 Vgl. allg. dazu auch *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 21 f.

1063 *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 95 ff., entwickelt aus diesem Gedanken ein „Recht gegen Paternalismus". Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nach danach immer dann berührt, wenn die staatliche Maßnahme die grundlegende Kompetenz und Zuständigkeit des Einzelnen für den entsprechenden Regelungsbereich und damit dessen Autonomie in Frage stellt.

1064 So auch *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (197). Dies soll nicht in Abrede stellen, dass es Entscheidungen oder Verhaltensweisen gibt, die unter dem Grundgesetz stärker geschützt sind als andere. Dies ist jedoch keine Frage über die grundsätzliche Reichweite des Autonomieschutzes an sich. Hier geht es zunächst darum, ob und wieweit ein bestimmter Willensbildungs- oder Entscheidungsprozess überhaupt vor staatlicher Einflussnahme geschützt ist. Eine Bewertung des Grades der Schutzwürdigkeit im konkreten Einzelfall erfolgt erst in der Verhältnismäßigkeitsprüfung, hier insbesondere bei der Frage der Angemessenheit. Bewertungskriterium ist dann jedoch nicht der Prozess der Willensbildung selbst, sondern der thematische Inhalt der Entscheidung und die Frage, wie stark ihr Bezug zur Persönlichkeitsentwicklung und zum Kern des menschlichen Daseins (Intimsphäre, sexuelle Selbstbestimmung, Religion, Ehe- und Familie, Beruf etc.) ist. Die Frage, ob ein bestimmtes Gesundheitsverhalten besonders schutzwürdig ist oder nicht, kann sich demnach nur danach richten, wie stark sie *inhaltlich-thematisch* von der Verfassung geschützt wird. Unter den Autonomieschutz fällt sie allemal.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Recht auf Gesundheit (Gesundheitliche Selbstbestimmung)

Zur vollständigen Betrachtung etwaig einschlägiger Grundrechte zum Schutze individueller Selbstbestimmung darf, insbesondere mit Blick auf die Gesundheit, ein mögliches Grundrecht auf Gesundheit nicht außer Betracht bleiben. Bereits die Existenz eines Rechts auf Gesundheit ist jedoch unklar – zumindest wenn es im Sinne eines spezifischen und umfassenden Grundrechts verstanden wird. Nicht nur das Grundgesetz schweigt zum Grundrechtschutz der Gesundheit, auch in der rechtswissenschaftlichen Erörterung scheint es ein stiefmütterliches Dasein zu fristen. So lassen sich als grundlegende Monographien nur die Werke von *Seewald*[1065] und *Jung*[1066] aus den Jahren 1981 bzw. 1982 ausmachen. Diese werden komplementiert durch vereinzelte Ausführungen in Handbuchbeiträgen, Aufsätzen, Kommentierungen und Dissertationen.[1067] Dies mag angesichts der Bedeutung von Gesundheit und der komplexen Fragestellungen, die sich bei der Regulierung alles Gesundheitlichen ergeben, verwundern. Es lohnt sich deshalb der Blick auf die internationale Ebene. Im Gegenteil zur deutschen Forschungslandschaft hat die Literatur zum Recht auf Gesundheit im internationalen Zusammenhang ein kaum mehr überschaubares Ausmaß angenommen.[1068] Es lässt sich jedoch ein Trend erkennen. Bei der Erörterung tritt vor allem der programmatische und anspruchsgewährende Charakter eines etwaigen Rechts auf Gesundheit hervor. Kerninhalt ist die grundsätzliche und unter Umständen auch im Einzelfall bestehende Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer angemessenen Gesundheitsversorgung. Dieser Fokus des Rechts auf Gesundheit kann zwar als zusätzliche Argumentation für das staatliche Engagement in der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention dienen, ist für die Frage der Schutzrechte

---

1065 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981; *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, 1982.

1066 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982.

1067 Vgl. etwa *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987; *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 64 ff.; *Kirchhof*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Volkskrankheiten, 2009, S. 33 ff.; *Pestalozza*, Bundesgesundheitsblatt 2007, 1113 ff.; *Ramm*, VSSR 2008, 203 ff.; *Kreß*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2004, 211 ff.

1068 Vgl. etwa *Yamin*, Human Rights Quarterly 2013, 509 ff; *Tobin*, The Right to Health in International Law, 2012; *Wolff*, The Human Right to Health, 2012; *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011; *Meier/Mori*, Columbia Human Rights Law Review 2005, 101 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

des Bürgers vor dem Staat aber nur von begrenztem Interesse. Der Schwerpunkt der Betrachtung soll daher im Folgenden darauf liegen, inwieweit dem Recht auf Gesundheit auch eine Schutzkomponente im Sinne eines klassischen Abwehrrechts zukommt.

a) Das Recht auf Gesundheit im internationalen Recht

Ein Recht auf Gesundheit wird zunächst in vielen verschiedenen internationalen Instrumenten erwähnt und anerkannt.[1069] Es kann damit insgesamt – wenn auch nicht unumstritten[1070] – als etablierter Bestandteil des internationalen Rechts angesehen werden.[1071] Allerdings ergeben die verschiedenen Ansätze ein sehr facettenreiches Bild bezüglich des Inhalts und der Reichweite eines Rechts auf Gesundheit.[1072] Insbesondere mit Blick auf die Kernbestandteile dieses Rechts und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen für die Staaten, gibt es noch keine einheitliche Linie.[1073] Es lässt sich zumindest ein Trend erkennen, der ein Recht auf Gesundheit irgendwo in der Mitte zwischen einem Recht auf Gesundheitsversorgung als Mindestmaß und einem Recht auf Gesundsein (als nicht zu erreichendes Idealziel) verortet. Jeder Konkretisierungsversuch begegnet der Schwierigkeit, dem Recht auf Gesundheit auf der einen Seite einen bedeutsamen Kerninhalt zu verschaffen, auf der anderen Seite jedoch keine normative Überfrachtung zu bewirken, welche die rechtliche Handhabbarkeit und tatsächliche Durchsetzbarkeit eines solchen Rechts behindern würde.[1074] Auch geht es im Rahmen von Gesundheit insbesondere mit Blick auf die sozialen Determinanten von Gesundheit im hohen Maße um Verteilungskonflikte und Fragen der Ungleichverteilung von Gesundheitschancen. Eine starke Verrechtlichung konkreter Individualansprüche kann jedoch dem Ziel einer Verringerung von Ungleichheit zuwiderlaufen. So wird gerade der Fokus auf den Einzelnen und nicht auf die Bevölkerung in

1069 Vgl. etwa den Überblick bei *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 10 f.
1070 Gegen die Existenz eines Individualrechts auf Gesundheit, vgl. etwa *Goodman*, Journal of Medicine and Philosophy 2005, 643 ff.; vgl. auch den allgemeinen Überblick zur Kritik bei *Austin*, Nursing Ethics 2001, 183 ff.
1071 *Wolff*, The Human Right to Health, 2012, S. 12; *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 9.
1072 *Gostin*, Hastings Center Report 2001, 29.
1073 So auch *Wolff*, The Human Right to Health, 2012, S. 12.
1074 *Gostin*, Hastings Center Report 2001, 29.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ihrer Gesamtheit von wissenschaftlicher Seite kritisiert.[1075] Die Formulierung eines Rechts auf Gesundheit muss sich daher all diesen Schwierigkeiten stellen, um Akzeptanz zu erlangen.[1076]

Als Ausgangspunkt einer Konkretisierung lohnt sich ein Blick auf die bedeutsamsten internationalen Instrumente. Prominent ist zunächst das in der Satzung der WHO festgelegte „*Right to the highest attainable standard of health*“[1077], welches jedoch aufgrund seiner Konturlosigkeit und vor allem aufgrund des Umstandes, dass es einen (nicht) zu erreichenden Idealzustand beschreibt[1078] deutlicher Kritik ausgesetzt ist.[1079] Die WHO-Satzung wurde mittels des Gesetzes über die Bekanntmachung der Satzung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Januar 1974[1080] in die innerstaatliche Rechtsordnung implementiert und hat damit den Geltungsrang einfachen Rechts erhalten. Die Beschlüsse der WHO und der von ihr einberufenen internationalen Konferenzen zur Gesundheitsförderung entfalten hingegen keinerlei formale rechtliche Geltung.[1081] So ist die WHO und innerhalb Europas das europäische WHO-Regionalbüro auch mit Blick auf das progressive Rahmenkonzept „Gesundheit 2020“ allein auf partnerschaftliche Zusammenarbeit mit den Mitgliedsländern angewiesen, da das „Ob“ und das „Wie“ der Umsetzung dieses Rahmenkonzeptes allein bei den Mitgliedsstaaten liegt.[1082] Der Bericht zu diesem Rahmenkonzept führt jedoch an, dass die Länder in der gesamten Region – und damit auch die Bundesrepublik Deutschland – das Recht auf Gesundheit anerkennen.[1083]

Ein Recht auf Gesundheit und Wohlbefinden sowie Sicherheit im Falle von Krankheit ist in Art. 25 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung für Men-

---

1075 Vgl. etwa *Parmet*, Populations, Public Health, and the Law, 2009.
1076 So auch *Austin*, Nursing Ethics 2001, 183 ff.
1077 Constitution of the World Health Organization, New York 1946; s. die deutsche Übersetzung bei *Franzowiak/Luetkens/Sabo* (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, 2013, S. 14.
1078 “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“.
1079 Vgl. etwa *Yamin*, Human Rights Quarterly 2013, 509 (512 f.); *Venkatapuram*, Health justice, 2011, S. 65 f. sowie *Krennerich*, in: *Frewer/Bielefeldt* (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Gesundheit, 2016, S. 57 (58).
1080 BGBl. 1974 II, S. 43 ff.
1081 *Mühlenbruch*, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 2001, S. 224.
1082 Vgl. *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 3.
1083 Vgl. *WHO-Regionalbüro für Europa*, Gesundheit 2020, 2013, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schenrechte (AEMR) niedergelegt. Hier findet bereits eine erste Konkretisierung dahingehend statt, dass einige wesentliche Elemente eines Anspruchs auf eine Lebenshaltung, welche Gesundheit und Wohlbefinden gewährleistet, aufgezählt werden. Diese umfassen Nahrung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Betreuung und notwendige Leistungen der sozialen Fürsorge. Insgesamt scheint die Bedeutung des Art. 25 AEMR jedoch angesichts konkreterer Instrumente gering. Ein pragmatischerer und völkerrechtsverbindlicher Ansatz lässt sich in Artikel 12 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte finden (IPwskR).[1084] Der Pakt verzichtet bewusst auf eine ausdifferenzierte Definition von Gesundheit[1085] und beschreibt vielmehr notwendige Schritte, welche die Vertragsparteien auf dem Weg zur Erreichung eines „Höchstmaß[es] an körperlicher und geistiger Gesundheit" einzuhalten haben. Konkret umfassen die Ziele des Art. 12 Abs. 2 IPwskR die „erforderlichen Maßnahmen" zur (a) Senkung der Zahl der Todgeburten und der Kindersterblichkeit sowie zur gesunden Entwicklung des Kindes; (b) zur Verbesserung aller Aspekte der Umwelt- und Arbeitshygiene; (c) zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten; sowie (d) zur Schaffung der Voraussetzungen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen. Auch wenn der Pakt nicht der umfassenden Definition der WHO folgt, so wird jedoch hervorgehoben, dass dieser nicht nur auf ein Recht auf Gesundheitsversorgung („*Right to health care*") beschränkt ist und anerkannt, dass ein Recht auf Gesundheit auch sozio-ökonomische Faktoren und damit die sozialen Determinanten von Gesundheit mit umfasst.[1086] Dies hebt die enge Verbindung eines Rechts auf Gesundheit mit anderen Menschenrechten wie etwa den Rechten auf Nahrung, Bildung, Würde etc. hervor und betont damit die starke Kontextbezogenheit von Gesundheit.[1087]

Das *General Comment No. 14:* „*The Right to the Highest Attainable Standard of Health*" des UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und

1084 Gesetz zu dem internationalen Pakt vom 19. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte v. 23.11.1973, BGBl. 1973 II S. 1569.

1085 Vgl. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000), Rn. 4.

1086 CESCR General Comment No. 14, Rn. 4.

1087 CESCR General Comment No. 14, Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kulturelle Rechte bietet – wenn auch in seiner rechtlichen Wirkung umstritten[1088] – eine sehr detaillierte Beschreibung der Kerninhalte des Rechts aus Art. 12 IPwskR. Das *Comment* wird teilweise sogar als die autoritativste Ausführung zum Recht auf Gesundheit im internationalen Recht beschrieben.[1089] Im Kern des Rechts auf Gesundheit aus Art. 12 IPwskR steht die Verpflichtung der Vertragsstaaten vor allem mittels struktureller Maßnahmen dem Recht auf Gesundheit zur Realisierung zu verhelfen, indem sie das Recht auf Gesundheit ihrer Bürger respektieren, es schützen und fördern. Bedeutsam sind hier vor allem die Faktoren (1) Verfügbarkeit, (2) Zugang, (3) Akzeptanz sowie (4) Qualität.[1090] Die Pflicht zur Förderung von Gesundheit bezieht sich vor allem auf bevölkerungsbezogene Maßnahmen wie etwa die Pflicht zur Erforschung und Information und Aufklärung über gesunde Lebensstile sowie vor allem die Förderung der Fähigkeit des Einzelnen, aufgeklärt über die eigene Gesundheit zu entscheiden.[1091] Das *General Comment No. 14 des CESCR* betont zugleich, dass die Art und Weise zur Erreichung dieses Ziels im hohen Maße im Ermessen der Vertragsstaaten liegt. Die Verpflichtungen der Vertragsstaaten haben zentral den Schutz der Rechte des Einzelnen im Blick und sind nicht als besondere Legitimation für die Beschränkung von Menschenrechten bestimmt.[1092]

Darüber hinaus wird auch ausdrücklich hervorgehoben, dass das Recht auf Gesundheit auch bestimmte Komponenten enthält, welche rechtlich durchsetzbar sind. Das Recht auf Gesundheit kann dabei nicht als Recht auf ein Gesundsein („*Right to be healthy*“) verstanden werden, es enthält jedoch bestimmte Ansprüche und auch Freiheiten, welche die Realisierung eines bestmöglichen Gesundheitszustandes sicherstellen sollen. Als zentral wird dabei das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu den Gesundheitseinrichtungen und zur Gesundheitsversorgung insgesamt genannt.[1093] Zu den Freiheiten zählt dabei insbesondere das *Recht auf Selbstbestim-*

1088 Vgl. dazu auch *Wolff*, The Human Right to Health, 2012, S. 31.
1089 So etwa *Gostin*, Hastings Center Report 2001, 29.
1090 CESCR General Comment No. 14, Rn. 12.
1091 CESCR General Comment No. 14, Rn. 37.
1092 CESCR General Comment No. 14, Rn. 28: “Issues of public health are sometimes used by States as grounds for limiting the exercise of other fundamental rights. The Committee wishes to emphasize that the Covenant’s limitation clause, article 4, is primarily intended to protect the rights of individuals rather than to permit the imposition of limitations by States”.
1093 CESCR General Comment No. 14, Rn. 1 – Fn. 1, Rn. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mung über seine Gesundheit und seinen Körper („Right to control one's health and body").[1094] Ein Recht auf Gesundheit scheint sich damit vor allem auf ein Recht zum Schutz vor gesundheitsbeeinträchtigenden Umständen und Gefahren zu verdichten.[1095] Das *General Comment No. 14* führt dabei solche Umstände und Gefahren näher aus, vor denen jedermann geschützt werden sollte.[1096]

Daneben werden Ausprägungen eines Rechts auf Gesundheit noch in Art. 5 e (iv) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Recht auf öffentliche Gesundheitsfürsorge und ärztliche Betreuung), Art. 11 Abs. 1 (f) und Art. 12 der Frauenrechtskonvention (Recht auf Schutz der Gesundheit und Diskriminierungsfreiheit im Gesundheitswesen) sowie Art. 24 der Kinderrechtskonvention (Recht auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit sowie auf Inanspruchnahme von Einrichtungen zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit) deutlich. Hinzu treten noch eine Reihe regionaler Menschenrechtskonventionen, so etwa Art. 11 der Europäischen Sozialrechtscharta, welche ein Recht auf Schutz der Gesundheit statuiert. Die Vertragsparteien verpflichten sich hierbei „geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die u.a. darauf abzielen: soweit wie möglich die Ursachen von Gesundheitsschäden zu beseitigen; Beratungs- und Schulungsmöglichkeiten zu schaffen zur Verbesserung der Gesundheit und zur Entwicklung des persönlichen Verantwortungsbewußtseins in Fragen der Gesundheit; soweit wie möglich epidemischen, endemischen und anderen Krankheiten vorzubeugen." Art. 35 der EU-Grundrechte-charta misst jeder Person das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Vorschriften zu. Auch hier wird die eher strukturelle Verpflichtung der Vertragsstaaten deutlich. Subjektivrechtliche Ausprägungen beziehen sich vor allem auf einen diskriminierungsfreien Zugang zur Gesundheitsversorgung.

Neben dieser vor allem positiven Ausprägung eines Rechts auf Gesundheit, sollen auch mögliche abwehrrechtliche Dimensionen hervorgehoben werden. Die generelle Fixierung auf mögliche positive Ansprüche des Einzelnen gegenüber dem Staat scheint dabei aus dem Blick zu verlieren, dass Ausgangspunkt eines jeden Menschenrechts zunächst die Achtung der Würde eines jeden Menschen und ein daraus folgender Anspruch auf

1094 CESCR General Comment No. 14, Rn. 8.
1095 *Wolff*, The Human Right to Health, 2012, S. 27.
1096 *Wolff*, The Human Right to Health, 2012, S. 27.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nichteinmischung („*non-interference*“) ist.[1097] Dieser Anspruch konkretisiert sich dabei in drei Dimensionen. Zunächst bedeutet er, dass der Rechtsverpflichtete von solchen Maßnahmen und Handlungen Abstand zu nehmen hat, welche den Gesundheitszustand beziehungsweise die Determinanten von Gesundheit in negativer Weise beeinflussen und verschlechtern.[1098] Darüber hinaus ist die Selbstbestimmung über die eigene Gesundheit und die Lebensführung zu achten und zu gewährleisten. Diesen Punkt betont auch das *General Comment No. 14*. Eng damit verbunden bedeutet dies, dass selbst wenn man von einer moralischen Pflicht des Einzelnen, ein gesundes Leben zu führen, ausgehen wollte, der Staat die Ausübung dieser Pflicht nicht zu beeinflussen hat.[1099] Das Recht auf Gesundheit ist (auch) ein *Freiheitsrecht*.[1100]

b) Das Recht auf Gesundheit im Grundgesetz

Ausgangspunkt des Schutzes der Gesundheit im Grundgesetz ist zunächst der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Vom Schutz umfasst sind grundlegende Teilgewährleistungen der menschlichen Freiheit[1101], allen voran die biologisch-physische Unversehrtheit und Existenz des Menschen.[1102] Über die körperliche Integrität hinaus ist auch der geistig-seelische Bereich, welcher das „psychische Wohlbefinden“ umfasst, mit in den Schutzbereich einzubeziehen, soweit die Einwirkung zu körperlichen Schmerzen oder mit anderen körperlichen Beeinträchtigungen vergleichbaren Wirkungen führt.[1103] Das „bloße Wohlbefinden“, insbesondere das „soziale Wohlbefinden“, wird mit Ver-

1097 Vgl. etwa *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 297 f., der gar davon ausgeht, dass der einzige Inhalt von Menschenrechten im engeren Sinne nur Abwehrrechte sein können.
1098 In Anlehnung an *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 327.
1099 *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 327.
1100 Vgl. *Ramm*, VSSR 2008, 203 (210 f.); *Erk*, Health, Rights and Dignity, 2011, S. 328, führt dazu aus: „Essentially, it is a right to be left alone and cannot be used to demand any positive welfarist action on the part of the corresponding duty-bearer”.
1101 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 1.
1102 *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 25.
1103 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 55.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

weis auf die Grundreferenz des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zum menschlichen Körper als nicht geschützt angesehen.[1104] Ebenso wenig schütze Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG vor „Willensbeeinträchtigungen".[1105] Insgesamt kommt dem Recht auf körperliche Unversehrtheit aufgrund seiner Verbindung zum Recht auf Leben, zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und damit letztlich auch zur Würdegarantie gleichwohl eine herausgehobene Bedeutung zu, sodass hohe Anforderungen an die einen staatlichen Eingriff legitimierenden öffentlichen und privaten Interessen zu stellen sind.[1106]

Der klassische *abwehrrechtliche Schutzgehalt* dieses Grundrechts bezieht sich auf individuelle Ansprüche auf Unterlassen von Verletzungen oder ernsthaften Gefährdungen der Gesundheit durch den Staat.[1107] Auf dem Gebiet der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention schützt Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG damit beispielsweise vor einem Impfzwang oder Blut- und Liquorentnahmen, aber auch schon vor Gesundheitsgefährdungen durch Lärmentwicklung öffentlicher Einrichtungen.[1108]

Neben der abwehrrechtlichen Komponente lassen sich – wie bereits im internationalen Recht – vor allem eine Vielzahl von *positiven Schutzverpflichtungen* des Staates erkennen.[1109] Mit Blick auf das Recht auf Leben wurde hier etwa intensiv die Verpflichtung des Staates diskutiert, das Lebensrecht des Embryo vor Abtreibung zu schützen oder aber auch, ob es eine staatliche Schutzpflicht vor Selbsttötung gibt.[1110] Hinsichtlich der körperlichen Unversehrtheit sind individuelle Schutzansprüche in aller Regel beschränkt auf bestimmte Konstellationen, in denen der Einzelne in

---

1104 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 56; *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 193.

1105 *Müller-Terpitz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 44.

1106 *Müller-Terpitz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 67.

1107 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 65; ausführlich zum Verhältnis der Begriffe „körperliche Unversehrtheit" und „Gesundheit" *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 54 ff.

1108 *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 47 m. w. N.

1109 Einen Überblick bieten etwa *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 65 ff. sowie *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 208 ff.; ausführlich *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 43 ff.

1110 Statt aller *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 44 f. u. 47 f. m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

besonderer Weise der staatlichen Hilfe oder des staatlichen Schutzes bedarf.[1111] Der Schutz beginnt jedoch nicht erst bei Beeinträchtigung der körperlichen Integrität selbst, sondern umfasst auch solche Zustände, bei denen eine nachweisbare signifikante Wahrscheinlichkeit besteht, später zu erkranken. Der für die Gefährdung maßgebliche Grad der Wahrscheinlichkeit richtet sich nach Art, Nähe sowie Ausmaß möglicher Gefahren, Art und Rang des geschützten Verfassungsrechtsgutes und nach der Irreversibilität von Verletzungen.[1112] Umfasst sind hier typischerweise Risiken durch Schadstoffbelastung.[1113] Die daraus folgende staatliche Schutzverpflichtung zeigt sich deutlich im Falle des Nichtraucherschutzes im öffentlichen Raum. Die Existenz weiterer Ansprüche im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention ist unklar[1114] und unmittelbar mit der Frage verbunden, inwieweit Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG auch die Gesundheit im umfassenden Sinne zu schützen vermag.

Ob sich ein über den ausdrücklichen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit hinausgehender Schutz der Gesundheit im Sinne eines Grundrechts auf Gesundheit im Grundgesetz verorten lässt, ist zweifelhaft.[1115] Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG greift die Gesundheitsdefinition der WHO nicht auf.[1116] Es ist fraglich, ob und inwieweit eine entsprechend weitgehende Definition in den Schutzbereich hineininterpretiert werden kann.[1117] Eindeutig scheint jedoch, dass die Begriffe Gesundheit und kör-

---

1111 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 51.

1112 *Schulze-Fielitz* , in; *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 43 m. w. N.

1113 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 63.

1114 Vgl. *Habersack*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 163 (174); auf den weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers verweisend *Dederer*, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2004, 193 (200 f.).

1115 Vgl. insbesondere *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982; *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, 1982; *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987.

1116 *Habersack*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 163 (173); *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck,* GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 193 m. w. N.

1117 Dagegen *Habersack*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 163 (173) sowie *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 57 u. *Starck*, in: *v. Man-*

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

perliche Unversehrtheit nicht gleichzusetzen sind.[1118] Mag die Abgrenzung im Detail zwar schwierig sein, so weist etwa *Di Fabio* darauf hin, dass der Begriff der körperlichen Unversehrtheit grundsätzlich eine klare und gut nachvollziehbare „bilanzierende Zustandsbetrachtung" zwischen zwei Zeitpunkten erlaube.[1119] So ließe sich bestimmen, in welchem Zustand der Körper vor einer bestimmten Ursache und in welchem er danach war. Gesundheit dagegen sei als positiver Begriff mit rationalen Parametern nicht zu beschreiben.[1120] Ein umfassender Schutz der Gesundheit im Sinne internationaler Konzeptionen (wie etwa die der WHO) wäre in hohem Maße konkretisierungsbedürftig und würde die Schutzpflichtendimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG überdehnen.[1121]

Insgesamt wird ein „Recht auf Gesundheit" vielmehr als zusammenfassender Überbegriff für die verschiedenen Ausprägungen der die Gesundheit schützenden Grundrechte verwendet.[1122] So führt auch *Jung* in seiner Arbeit „Das Recht auf Gesundheit" aus, dass aufgrund der Fülle unterschiedlicher Aspekte, welche in internationalen, ausländischen und nationalen Verlautbarungen, Rechtstexten etc. zu finden sind, eine juristische Definition dieses Rechts aus sich heraus von vornherein scheitern müs-

---

goldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 2 Rn. 193, die auch auf das historische Argument hinweisen, dass das Grundgesetz den Begriff der körperlichen Unversehrtheit verwende, obgleich der Gesundheitsbegriff der WHO seit 1949 bekannt gewesen sei.

1118 Statt vieler *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 37; *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 54 ff., weist hingegen darauf hin, dass der Begriff der „körperlichen Unversehrtheit" andererseits auch mehr umfasse als der Begriff „Gesundheit"; ebenso *Müller-Terpitz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 42.

1119 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 57.

1120 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 57.

1121 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 43. EL (Februar 2004), Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 57.

1122 So ist auch das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit unzweifelhaft dem Schutz der Gesundheit zu dienen bestimmt, allerdings nicht mit ihr deckungsgleich, so *Müller-Terpitz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 147 Rn. 105; anders wohl *Welti*, GesR 2015, 1 (2), der ein „Recht auf bestmögliche Gesundheit" zwar zuvörderst als ein verfassungsrechtliches Prinzip bezeichnet, welches sich allerdings zu einem Leistungsrecht verdichten könne, wenn es ins Verhältnis zu gesellschaftlichen Möglichkeiten gesetzt werde.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

se.[1123] Ein „Recht auf Gesundheit" sei vielmehr eine das „Gesundheitsrecht" prägende Leitidee im Sinne eines „ethisch-moralischen Prinzips".[1124] Zur Behandlung konkreter rechtlicher Fragen bleibe deshalb nur eine „Auflösung einzelner Postulate", welche in die „Wiederherstellung der Gesundheit", den „vorbeugenden Gesundheitsschutz" und den „Ausgleich für Dauerschäden" unterteilt werden.[1125] Dem „Grundrecht auf Gesundheit" komme aufgrund seiner Funktion als „ethisch-moralisches" Prinzip damit kein eigenständiger materiell-rechtlicher Gehalt zu.[1126] Doch auch ohne rechtliche Bindungswirkung könne einem Recht auf Gesundheit eine dirigierende und richtungsweisende Funktion gegenüber der Politik und Gesetzgebung zukommen.[1127] Für den „Vorbeugenden Gesundheitsschutz", also der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, ließen sich vor allem zwei Ausprägungen des „Rechts auf Gesundheit" erkennen. Zunächst bestehe die vorrangige Zuständigkeit des Individuums, allerdings nur „soweit dessen Kräfte reichen". Der individuelle Entscheidungsbereich solle zudem durch „Gesundheitserziehung" möglichst weit gehalten werden.[1128] Zentral sei also die „Subjektstellung" des Individuums und seine daraus folgende grundsätzliche Entscheidungsbefugnis.[1129] Darüber hinaus ergebe sich, dass das Gesundheitsrecht an den Lebensbedürfnissen des einzelnen Bürgers ausgerichtet werden müsse.[1130]

Ohne einem „Recht auf Gesundheit" ein übergeordnetes normatives Leitprinzip zu entnehmen, gliedert auch *Seewald* das „Recht auf Gesundheit" nach verschiedenen Grundrechten und verschiedenen Grundrechtsdimensionen. Nach ihm sind für den verfassungsrechtlichen Schutz der Gesundheit mehrere Grundrechte und grundrechtsähnliche Bestimmungen (Art. 2 Abs. 2 S. 1, Art. 1 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG) einschlä-

---

1123 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 93 u. 103.
1124 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 4.
1125 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 4 f.
1126 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 95 f.
1127 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 96.
1128 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 105.
1129 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 207; wenngleich dieser „aus dem unzureichenden Gesundheitszustand der Bevölkerung" den Schluss zieht, dass im Rahmen des freiwilligen individuellen Gesundheitsverhaltens die Kräfte des Individuums überfordert seien und deshalb „zur Sicherung der Subjektstellung" überindividuelle Regelungen nötig wären, welche eine „erzwungene Prävention" zum Inhalt hätten.
1130 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 105 f. u. 207.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gig.[1131] Diese würden neben den üblichen Abwehransprüchen vor körperlichen Verletzungen und Gesundheitsgefährdungen[1132] auch als Grundlage von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen dienen[1133]. Dies umfasse zunächst solche gesundheitsschützenden und -fördernden Maßnahmen, bei denen eine unmittelbar lebensbedrohende Gesundheitsgefahr bestehe.[1134] Insbesondere in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ergebe sich aus dem „Recht auf Abwehr von Körperversehrungen" auch eine staatliche Verpflichtung zur *vorsorglichen Verhinderung* von gesundheitsgefährdenden Situationen.[1135]

Ähnlich meint *Huster*, dass der Idee eines „Rechts auf Gesundheit" lediglich das Postulat entnommen werden könne, dass der Staat seinen Bürgern die zur Erhaltung und Wiederherstellung ihrer Gesundheit notwendigen, aber dafür gewiss nicht immer hinreichenden materiellen Voraussetzungen gewährleisten müsse. In diesem Sinne gebe es tatsächlich überzeugende Gründe, den Sozialstaat „auch und sogar vorrangig" auf den Schutz und die Förderung der Gesundheit seiner Bürger zu verpflichten.[1136] Ein individuelles Recht auf Gesundheit selbst könne es „sinnvollerweise" jedoch nicht geben, da Gesundheit von vielen Faktoren abhinge, auf die der Staat keinen Einfluss habe oder die er nur „unter Aufgabe seiner Freiheitlichkeit" kontrollieren könne.[1137]

c) Das Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung

Die Gesamtbetrachtung der Debatte zum Bestehen eines „Grundrechts auf Gesundheit" zeigt, dass ein solches Grundrecht zumindest unter dem Grundgesetz als zunächst nur normative Leitidee seine konkrete Ausprägung erst in den *Einzelgewährleistungen* findet. Oftmals stehen hier die Schutzverpflichtungen des Staates und entsprechende Leistungsansprüche im Zentrum der rechtlichen Debatte. Dies verdeutlicht, wie stark der Ein-

1131 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 47 ff.
1132 *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, 1982, S. 59 ff. u. 70 ff.
1133 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 64 ff.
1134 *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, 1981, S. 158 ff.
1135 *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, 1982, S. 65 f.
1136 *Huster*, in: *Masuch/Spellbrink/Becker u. a.* (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, 2015, S. 223 (224 f.).
1137 *Huster*, in: *Masuch/Spellbrink/Becker u. a.* (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, 2015, S. 223 (224).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zelne und die Bevölkerung als Ganze auf die staatliche Unterstützung zur Verwirklichung eines „Rechts auf Gesundheit" angewiesen sind. Nichtsdestotrotz darf dies nicht dazu führen, den personalen Gehalt der Grundrechte aus den Augen zu verlieren.[1138] Der Einzelne ist eben nicht nur auf staatliche Hilfe angewiesen, sondern bedarf vor staatlichen und gesellschaftlichen Gefährdungen grundrechtlichen Schutzes.[1139] Diese Schutzbedürftigkeit nur bei „Gesundheitsgefährdungen" zu sehen, wäre zu kurz gegriffen. So ist bereits deutlich geworden, dass der Einzelne auch vor staatlich autoritativer Bestimmung des „Gesunden" und damit vor der Statuierung und Durchsetzung etwaiger „Gesunderhaltungspflichten" schutzbedürftig erscheint. Auch die Selbstbestimmung und Befähigung des Einzelnen zu eigenverantwortlichem Handeln erweist sich als Teilgewährleistung eines „Rechts auf Gesundheit" als schützenswert. Unter der Leitidee des „Rechts auf Gesundheit" kann somit in Verbindung mit dem Schutz der Autonomie durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch ein *Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung* konstruiert werden.[1140]

Zur genaueren Bestimmung eines solchen Rechts lässt sich an die Ausführungen zum Schutz der Selbstbestimmung im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anknüpfen. Hier soll nur die besondere Bedeutung des Schutzes der Selbstbestimmung auch im Bereich des Gesundheitlichen hervorgehoben werden. Es ist dabei zu betonen, dass die gesundheitliche Selbstbestimmung keinesfalls nur – wie oft verkürzt dargestellt – den Verzicht auf Gesundheit und die damit verbundene Freiheit zu selbstgefährdendem und selbstschädigendem Verhalten erfasst.[1141] Hinterfragenswert sind vor allem auch die Grenzen eines „Aufzwingens von Gesundheit"[1142]. Die Schutzbedürftigkeit des Einzelnen beginnt demnach bereits schon bei der Frage darüber, was überhaupt als „gesund" und damit auch als „selbst-

1138 *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 197 ff. u. 228.

1139 Vgl. *Ramm*, VSSR 2008, 203 (210 f.).

1140 Vgl. auch *Ramm*, VSSR 2008, 203 (215 ff.) sowie *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 228, der den aus seiner Sicht wohl enger verstandenen Schutz der Selbstbestimmung über die „eigene körperlich-seelische" Integrität in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verortet; nach *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 119, sucht die staatliche Gesundheitsaufklärung Individualentscheidungen nach Art. 2 Abs. 2 GG zu lenken.

1141 So etwa *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 71 ff.

1142 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 72.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gefährdendes“ Verhalten verstanden werden kann. Hierbei muss klar sein, dass dies keine rein objektivierbare Fragestellung ist.[1143] Gesundheit ist ein gleichermaßen objektiv wie auch subjektiv bestimmbarer und zu bestimmender Zustand und Prozess zugleich. Es ist damit nicht nur ein staatliches Fördern (Aufzwingen) von Gesundheit als grundrechtsrelevant zu verstehen, sondern bereits der gesamte Impetus des durchaus einseitigen (durch die moderne westliche Medizin geprägten) Verständnisses von Gesundheit, welche als objektiv gegebene Definition wahrgenommen und verbreitet wird. Ein Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung damit nur unter dem Gesichtspunkt eines Rechts auf Kranksein oder einer Freiheit zur Selbstschädigung zu verstehen, würde damit einem richtig verstandenen Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung schon einen Großteil seines Inhaltes rauben. Kern ist vielmehr die umfassende Befugnis über sich, seinen Körper und Geist und damit sein Verhältnis zum „Gesunden“ selbst zu bestimmen.[1144] Das Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung schützt damit grundsätzlich auch vor der Statuierung gesundheitsbezogener Mitwirkungspflichten etwa durch sozialversicherungsrechtliche Vorschriften.[1145]

In eine ähnliche Richtung der Begründung eines Rechts auf gesundheitliche Selbstbestimmung gehen Ansichten, welche aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht im Zusammenhang mit Art. 2 Abs. 2 GG ein „Verfügungsrecht über den eigenen Körper“[1146] oder auch etwas weitergehender

---

1143 Darauf hinweisend *Schmidt-Assmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, 2001, S. 16, welcher Gesundheit und Krankheit als „soziale Konstrukte“ bezeichnet; vgl. auch oben Kap. 1 A II 1.

1144 Im Ansatz bereits BVerfGE 52, 131 (175), Sondervotum *Hirsch, Niebler, Steinberger*: „Die Bestimmung über seine leiblich-seelische Integrität gehört zum ureigensten Bereich der Personalität des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetztes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden.“; ähnlich BVerfGE 89, 120 (130); vgl. auch *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 197 ff.

1145 Vgl. *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 81; der prinzipielle Schutz bedeutet jedoch nicht, dass die Statuierung etwaiger Pflichten generell unzulässig wäre, siehe dazu ausführlich unten Kap. 3 C IV 3.

1146 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 204 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein „Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung“[1147] ableiten.[1148] Der Schutzgehalt ist in diesem Rahmen zunächst auf die bei medizinischen Eingriffen auftretenden Fragen zugeschnitten (Zwangstherapie, Aufklärungspflichten, Datenschutz, Dokumentation und Rechenschaftspflicht etc.).[1149] Gleichwohl sind dies nur Konkretisierungen des Grundgedanken, dass durch individuelle Einstellungen geprägte Grundentscheidungen, die mit der eigenen Gesundheit verbunden sind, einen besonderen grundrechtlichen Schutz genießen. *Koppernock* sieht etwa seine Arbeit zur Begründung eines „Grundrechts auf bioethische Selbstbestimmung“ dezidiert auch als eine Reaktion „auf den Gesamteindruck aus der bisherigen Debatte, wonach die Würde des Menschen nicht mehr als Anerkennung seiner Autonomie verstanden wird, sondern als Freibrief für oktroyierte Werte eines Schutz- und Präventionsstaates“.[1150] Die Leitidee eines „Rechts auf Gesundheit“ und die damit verbundene zentrale Subjektstellung des Einzelnen[1151] machen dabei zumindest deutlich, dass Fragen gesundheitsbezogener Autonomie keineswegs geringfügige Fragen ethisch-existenzieller Selbstbestimmung sind, wenngleich sie nicht immer ein moralisch-religiöses Gewicht im Sinne des Art. 4 GG in sich zu tragen vermögen. Der Bedeutung für die Persönlichkeitsentwicklung Rechnung tragend, ist tendenziell auch von einer Gewährleistungspflicht des Staates auszugehen, dergestalt, dass dieser nicht nur die freie Selbstbestimmung seiner Bürger zu wahren, sondern durch staatlich oder staatlich initiierte Information eine selbstbestimmte Willensentscheidung des Einzelnen zu ermöglichen und sicherzustellen hat.[1152]

1147 *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 63 ff. u. 84 ff.

1148 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 82, versteht die Selbstbestimmung über den eigenen Körper als speziellere Ausprägung der gesundheitlichen Selbstbestimmung.

1149 So vor allem bei *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 204 ff.

1150 *Koppernock*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997, S. 17.

1151 *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, 1982, S. 207.

1152 Vgl. *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 206.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

III. Gleichheitsbeeinträchtigungen – Art. 3 Abs. 1 GG

Neben den Freiheitsbeeinträchtigungen bergen insbesondere solche Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention das Potential einer Ungleichbehandlung, welche gewisse Vor- oder Nachteile an bestimmte Gesundheitsverhalten knüpfen. Die Schwierigkeit in der Erfassung entsprechender Ungleichbehandlungen liegt darin, dass nur in Ausnahmefällen eine formelle Ungleichbehandlung durch die gesetzliche Regelung selbst erfolgt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine Vorschrift, etwa der Sozialversicherung (so bspw. § 52 Abs. 2 SGB V), eine Kostenbeteiligungspflicht für vereinzelte, abschließend definierte „gesundheitsgefährdende" Verhaltensweisen statuiert, ohne überzeugend begründen zu können, wieso nicht auch ähnlich „schädliche" Verhaltensweisen umfasst werden.[1153] Häufiger scheint die Ungleichbehandlung jedoch darin zu liegen, dass aufgrund einer einheitlichen gesetzlichen Regelung bestimmte Personen oder Personengruppen stärker belastet oder bevorzugt werden als andere. Vor allem mit Blick auf finanzielle Anreizregelungen (Bonusprogramme/Kostenbeteiligungspflichten) wird befürchtet, dass hierdurch Angehörige sozial schwacher Gruppen stärker belastet würden, da es ihnen aufgrund ihrer sozialen Lage bereits schwerer falle, sich gesund zu verhalten.[1154] Angehörige oberer Schichten hingegen würden dafür, dass sie sich in der Tendenz bereits gesünder verhalten, auch noch finanziell besser gestellt. So geben beispielweise *Gerlinger/Stegmüller* zu bedenken, dass Zuzahlungsregelungen erst dann eine Reduzierung der Leistungsinanspruchnahme bewirken würden, wenn sie finanziell deutlich spürbar seien. Da die Spürbarkeit von Kosten mit sinkendem Einkommen steige, träfen Zuzahlungen in erster Linie finanziell schwache Bevölkerungsgruppen.[1155] Eine Verstärkung erfahre dieser Effekt noch durch die höhere Behandlungsbedürftigkeit aufgrund höheren Krankheitsrisikos unterer sozialer Schichten.[1156] Finanzielle Anreizinstrumente sehen sie damit

1153 Ausführlich zur verfassungsrechtlichen Bewertung *Prehn*, NZS 2010, 260 (264 ff.).

1154 Vgl. *Götze/Salomon*, ZSR 2009, 71 f.

1155 *Gerlinger/Stegmüller*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 135 (145).

1156 *Gerlinger/Stegmüller*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 135 (145).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

potenziell im Widerspruch zur Sozialverträglichkeit und zum Solidarprinzip.[1157]

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, alle Menschen in ihren Gemeinsamkeiten und in ihrer Einzigartigkeit vor dem Gesetz zu respektieren und gleich zu behandeln.[1158] Dies bedeutet jedoch nicht, dass dem Gesetzgeber jegliche Differenzierung verwehrt ist. Nach der Willkürformel ist der Gleichheitssatz erst dann verletzt, wenn „sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt".[1159] Nach der „neuen" Formel liegt eine Verletzung vor allem dann vor, wenn „eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten".[1160] Die genaue Anwendung des Gleichheitssatzes unterliegt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sach- und regelungsbereichsspezifischen Abwägungen mit sehr variablen Differenzierungen der jeweiligen Kontrollmaßstäbe und der korrespondieren Kontrolldichte.[1161] Insgesamt wird dem Gesetzgeber eine weite Gestaltungsfreiheit zugesprochen. Es ist grundsätzlich ihm überlassen, die Merkmale zu bestimmen, nach denen Sachverhalte als hinreichend gleich oder ungleich anzusehen sind.[1162] Die Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen sind jedoch tendenziell höher, wenn die Unterscheidungskriterien an die Person des Regelungsadressaten anknüpfen.[1163] Vorschriften der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention knüpfen in aller Regel an ein individuell zurechenbares, risikoerhöhendes Verhalten an.[1164] Hierbei ist zu beachten, dass im Bereich vielseitiger Risikoerhöhungen der Gesetzgeber zunächst bestimmte Risikoerhöhungsgruppen herausheben darf, um schrittweise vorgehen zu können.[1165] Ebenso sind zur Ordnung

1157 *Gerlinger/Stegmüller*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 135 (145 u. 147).
1158 *Nußberger*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 3.
1159 BVerfGE 1, 14 (52).
1160 BVerfGE 55, 72 (88).
1161 *Nußberger*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 37.
1162 BVerfGE 49, 148 (165).
1163 *Prehn*, NZS 2010, 260 (265), mit Verweis auf BVerfGE 95, 267 (316 f.).
1164 So etwa im Rahmen von § 52 SGB V, vgl. *Prehn*, NZS 2010, 260 (265).
1165 *Prehn*, NZS 2010, 260 (265).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

von Massenerscheinungen wie im Sozialrecht Generalisierungen, Typisierungen und Pauschalisierungen erlaubt.[1166] Eine zulässige Typisierung setzt allerdings voraus, dass sie lediglich eine verhältnismäßig kleine Zahl von Personen betreffen und der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht sehr intensiv ist.[1167]

Dem Gleichheitssatz ist jedoch nicht allein dann genügt, wenn die Betroffenen nach dem Gesetzeswortlaut gleich behandelt werden. Entscheidend sind vielmehr der sachliche Gehalt der Vorschrift und ihre Wirkung.[1168] Eine grundrechtlich erhebliche Ungleichbehandlung kann somit auch aus einer zunächst formellen Gleichbehandlung folgen.[1169] Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich aus der praktischen Auswirkung einer Norm eine sachlich nicht mehr zu rechtfertigende Ungleichheit ergibt und diese ungleiche Auswirkung gerade auf die rechtliche Gestaltung der Norm zurückzuführen ist.[1170] Solche in der sachlichen Wirkung Ungleichheit hervorrufende oder verstärkende Vorschriften können potenziell in solchen Vorschriften der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention erblickt werden, welche breitenwirksam ausgerichtet sind. Hier können sich je nach sozialer Gruppe nämlich starke Unterschiede in der Wirkung ergeben. Zu denken wäre dabei neben der bereits erwähnten potenzierten Bevorzugung besser gestellter, gesünderer sozialer Schichten durch Bonusprogramme und Wahltarife auch an die potenzielle Verstärkung gesundheitlicher Ungleichheiten aufgrund Unterschiede bei der Informationsaufnahme und -verarbeitung nicht zielgruppenspezifischer Gesundheitskommunikation[1171].

1166 BverfGE 100, 59 (90); 126, 233 (263); *Jarass*, in; *Jarass/Pieroth,* GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 30 f.; *Prehn*, NZS 2010, 260 (265); *Schulin*, in: *Braun* (Hrsg.), Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft, 1981, S. 77 ff.

1167 BVerfGE 100, 59 (90); 126, 233 (263 f.).

1168 BVerfGE 49, 148 (165).

1169 *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth,* GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 7, mit Verweis auf BVerfGE 24, 300 (358); 49, 148 (165); 72, 141 (150).

1170 BVerfGE 49, 148 (165).

1171 Vgl. *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (143).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

IV. Beeinträchtigungen geschützter Lebenswelten (Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 7 GG)

Viele der durchgeführten oder geplanten Fördermaßnahmen sollen oder werden bereits in den sogenannten Settings, also den sozialen Lebenswelten, durchgeführt. Dies kann dazu führen, dass die grundrechtliche Gemengelage durch die Einbeziehung weiterer Betroffener oder durch die Berührung eines besonders geschützten Lebensbereichs noch an Komplexität gewinnt. Über die allgemeine Handlungsfreiheit und den Persönlichkeitsschutz hinaus schützen die Grundrechte auch besondere Lebenswelten vor staatlicher Einflussnahme.[1172] Schutzgegenstand ist auch hier die Bewahrung des Prozesses der Persönlichkeitsentfaltung, welche etwa die Entscheidung des Einzelnen, sich in bestimmte Lebenswelten zu begeben, in ihnen zu verbleiben und – vorliegend von Bedeutung – sich von ihnen beeinflussen zu lassen und sie zugleich selbst für andere zu gestalten, umfasst.[1173] Auch im Rahmen von Gesundheitsprävention in „Settings" ist damit stets zu fragen, ob ein vom Staat auf die Lebenswelt ausgeübter Einfluss diese „in der ihr normativ zugedachten Funktion als Speicher individueller Persönlichkeitsentfaltung oder als Ermöglichungsstruktur zukünftiger Persönlichkeitsentfaltung beeinträchtigt".[1174]

Da die gesundheitsfördernden Maßnahmen in aller Regel bereits möglichst früh in der individuellen Entwicklung angreifen sollen, sind Beeinträchtigungen wohl insbesondere für Lebenswelten von Kindern und Jugendlichen, also vor allem innerhalb des familiären Schutzraums und in staatlichen Bildungseinrichtungen, vorstellbar. Wenngleich hier der Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates deutlich ausgeprägter ist[1175] als gegenüber dem Erwachsenen, so berührt eine staatliche Gesundheitserziehung nicht nur das Persönlichkeitsrecht der Kinder (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), sondern auch das Erziehungsrecht der Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG). Auch wenn sich damit an der grundsätzlichen Problemkon-

---

1172 Eingehend dazu *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (138 ff.).

1173 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (138).

1174 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (139).

1175 Als dem Art. 7 Abs. 1 GG innewohnende Voraussetzung, vgl. etwa BVerfGE 47, 46 (74).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stellation allgemein, also der Frage, inwieweit Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention überhaupt Persönlichkeitsrechte berühren, nichts ändert, so entsteht hier gleichwohl ein ganz besonders intensives Spannungsfeld.[1176] Die in diesem Spannungsfeld bestehende gemeinsame Erziehungsaufgabe von Eltern und Schule, welche die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes zum Ziel hat, bedarf damit besonderer Beachtung in der verfassungsrechtlichen Bewertung, insbesondere in der Verhältnismäßigkeitsprüfung entsprechender Maßnahmen in den Lebenswelten Kindertagesstätte, Schule etc. Allgemein gilt auch hier der Grundsatz, dass der Staat in Bildungs- und Erziehungsfragen offen für die „Vielfalt der Anschauungen" zu sein hat, solange es sich mit einem geordneten staatlichen Schulsystem verträgt.[1177] Auch können sich prozedurale Anforderungen ergeben. So kann etwa eine nicht mit den Erziehungsberechtigten abgestimmte Gesundheitsprävention in einer Kindertagesstätte oder Schule einen Eingriff in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG darstellen.[1178]

C. Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention als Grundrechtseingriff

I. Die Begründung eines Grundrechtseingriffs

Ausgangspunkt zur Bewertung individueller grundrechtlicher Betroffenheit ist der Eingriffsbegriff.[1179] Die Kriterien des klassischen Eingriffsbegriffs wie etwa die Rechtsförmigkeit, die Imperativität sowie die Unmittelbarkeit[1180] helfen bei der Bewertung der vorliegenden Maßnahmen nur bedingt weiter. Wie bereits beschrieben, findet staatliche Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention nicht nur in Form von Ge- und Verboten, sondern vor allem auch durch (ökonomische) Anreize, *Nudges* sowie Informations- und Aufklärungsmaßnahmen statt. Viele dieser Maßnahmen versuchen, die staatlich gewünschte Verhaltensänderung durch mittelbares Einwirken auf die innere Sphäre des Bürgers zu erreichen. Die Unbe-

1176 Auf die Sexualerziehung beziehend BVerfGE 47, 46 (74).
1177 BVerfGE 47, 46 (75).
1178 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (139 f.).
1179 Ausführlich zum Eingriffsbegriff *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 136 ff.
1180 *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn 124.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

stimmtheit von Adressat und Erfolg eines solchen psychologischen Einwirkens sowie die Distanz zwischen staatlicher Bewirkenshandlung und Wirkungseintritt beim Betroffenen erschweren die Begründung einer individualisierbaren Grundrechtsbetroffenheit.[1181] Dies ist insbesondere dadurch begründet, dass der Wirkungsablauf der Verhaltensbeeinflussung weitgehend im Subjektiven verborgen bleibt und nicht immer feststellbar ist, ob und inwieweit die staatliche Willensbeeinflussung tatsächlich zu einer Verhaltensänderung geführt hat.[1182] Teilweise, insbesondere bei vielen Formen des *Nudging*, ist der Staatseinfluss nicht einmal für den Adressaten selbst spürbar.[1183] Auch findet die Einflussnahme oftmals ohne eine ausdifferenzierte gesetzliche Formung und Begleitung statt. Die Adressaten und die Wirkungsweise der staatlichen Einflussnahme sind gesetzlich kaum vorgezeichnet (so etwa bei Bonusprogrammen).[1184] Die gesetzliche Programmierung lässt vielmehr der Exekutive und insbesondere den mittelbaren staatlichen Akteuren einen weiten Umsetzungsspielraum. Diese Akteure treten jedoch seltener in imperativer oder klassisch rechtsförmiger Weise in Beziehung zum Bürger. Infrage stehen damit die Kriterien, anhand derer die faktische Betroffenheit des Einzelnen auch ohne Vermittlung durch das Gesetz an der Verfassung gemessen werden kann.[1185]

Es ist allgemein anerkannt, dass die Grundrechte nicht allein Schutz gegen formelle Rechtsakte, sondern auch gegen Realakte sowie mittelbare Beeinträchtigungen bieten.[1186] Stellt sich eine Maßnahme nach der Zielsetzung und ihren Wirkungen als Ersatz für eine staatliche Maßnahme dar, die als Grundrechtseingriff im herkömmlichen Sinne zu qualifizieren ist, kann das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Grundlage nicht durch Wahl eines solchen funktionalen Eingriffsäquivalents umgangen werden.[1187] Nach dem modernen Eingriffsbegriff ist ein Eingriff in jedem staatlichen Handeln zu sehen, „das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder teilweise unmöglich macht oder wesentlich erschwert".[1188] In der Sache genügen „nicht uner-

1181 Vgl. *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 47 ff.
1182 Vgl. *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 48.
1183 Vgl. *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 48.
1184 Vgl. *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 48.
1185 Vgl. *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 48.
1186 *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 125.
1187 *Bethge*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 58 Rn. 22; BVerfGE 105, 279 (303).
1188 *Bethge*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 58 Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hebliche Einwirkungen des Staates in ein grundrechtliches Schutzgut gegen den Willen des Grundrechtsträgers."[1189] So kann eine faktische Freiheitsverkürzung einen Grundrechtseingriff darstellen, wenn der Grundrechtsverpflichtete etwa an das geschützte Verhalten eine für den Grundrechtsträger nachteilige Folge anknüpft oder dies zumindest glaubhaft ankündigt.[1190] Auch unter Fortentwicklung des engen klassischen Eingriffsverständnisses kann jedoch im Grundsatz nicht jedwede faktische Betroffenheit ausreichen, um den Abwehranspruch eines Grundrechts auszulösen.[1191] Die Frage, inwieweit Grundrechtsschutz jenseits von Befehl und Zwang besteht, unterliegt in der Rechtsprechung und Literatur kasuistischer Betrachtung.[1192] Die einzelnen Fragen sind noch ungeklärt oder kontrovers.[1193] Verallgemeinerbare Grundsätze lassen sich daher noch nicht erkennen.[1194] Anknüpfungspunkt für die Grundrechtsbeeinträchtigung können sowohl die Art und Weise der staatlichen Handlung selbst als auch der Beeinträchtigungserfolg sein.[1195] So ist es grundsätzlich anerkannt, dass die Fragen grundrechtlicher Relevanz staatlichen Handelns nicht zwingend allein davon abhängen, wie die untersuchte Beeinträchtigung strukturell bewirkt wird, da es letztlich nicht primär um die Handlung selbst geht, sondern um die Folgen der Handlung.[1196] Die bloße Tatsächlichkeit einer Wirkungsweise und Betroffenheit erspart nicht ihre sorgfältige verfassungsrechtliche Rechtfertigung, sondern ist vielmehr Anlass, den rechtsfremden Einwirkungen mit besonderer rechtlicher Skepsis gegenüberzutreten.[1197] Insgesamt ist damit die konkrete Betrachtung des Einzelfalls im besonderen Maße entscheidend.[1198] Dabei ist davon auszugehen, dass die Verfassung angesichts der Freiheitsverbürgung keinen statischen,

---

1189 *Bethge*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 58 Rn. 16.
1190 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (132 f.).
1191 *Kunig*, in; *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 18; Dreier, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 125 m. w. N.
1192 *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 18 m. w. N.
1193 *Dreier*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. 126 m. w. N.; vgl. auch *Lindner*, DÖV 2004, 765 ff. m. w. N.
1194 *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 18.
1195 *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 83.
1196 Vgl. *Rademacher*, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, 2014, S. 134 f.
1197 *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 189 f.
1198 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 56 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ein für alle Mal feststehenden Begriff des Eingriffs kennt. Vielmehr besteht ein „dynamischer Eingriffsbegriff", welcher sich den jeweils aktuellen Formen der Beeinträchtigung und dem aktuellen Gewicht der Einschränkung anzupassen hat.[1199] Insgesamt geht es im Rahmen des Grundrechtseingriffs letztlich um die Festlegung, wann der Staat für Freiheitsbeeinträchtigungen der Bürger Verantwortlichkeit übernehmen muss.[1200] Anhand dieses allgemeinen Grundprinzips lassen sich sodann einige allgemeine Anhaltspunkte zur Begründung eines Grundrechtseingriffs identifizieren. So können für die Abgrenzung ausschlaggebende Anhaltspunkte unter anderem das Ausmaß der jeweiligen individuellen Betroffenheit durch die staatliche Maßnahme, die Identifizierbarkeit der Betroffenheit im Vergleich zu nicht oder anders Betroffenen und vor allem der Gesichtspunkt der „objektiven" Intention der jeweils in Rede stehenden Maßnahme, also die Finalität, herangezogen werden.[1201] Nach *Lindner* ist der Eingriffsbegriff mit seinem Fokus auf den Vorgang des Eingreifens gar gänzlich durch eine Betrachtung des *grundrechtswidrigen Effekts* staatlichen Handelns abzulösen.[1202] Art, Intensität und rechtliche Form der Freiheitsverkürzung sieht er als irrelevant. Entscheidend sei vielmehr allein das Ergebnis der staatlichen Maßnahme und damit die Frage, ob eine vom Regelungswillen umfasste Interessenverkürzung vorliege.[1203]

1. Paternalistisches Staatshandeln

Oftmals wird in der Debatte um gesundheitsfördernde Maßnahmen der Vorwurf paternalistischen Staatshandelns erhoben. Die Frage danach, ob staatliches Handeln als paternalistisch eingestuft werden kann oder nicht, wird dann oftmals als essenziell für die Bewertung der Legitimität oder Illegitimität entsprechenden Handelns eingestuft. Es ist jedoch fraglich, inwieweit die Qualifikation der vorliegenden Maßnahmen als paternalistisch oder liberal ausschlaggebend für die grundrechtliche Bewertung ist.

1199 *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 165.
1200 *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 86.
1201 *Kunig*, in: *v. Münch/Kunig,* GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 18.
1202 *Lindner*, DÖV 2004, 765 ff.
1203 *Lindner*, DÖV 2004, 765 (773); *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 18.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Der Begriff des staatlichen Paternalismus beschreibt die nicht konsentierte Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit oder Selbstbestimmung eines Individuums durch den Staat zu dem Zweck, das Wohl des Betroffenen zu steigern oder auf irgendeine Weise dessen Interessen, Werte oder Wohlergehen zu fördern.[1204] Paternalistisches Staatshandeln geht also über den bloßen „Zwang zur Verhütung von Selbstschädigung"[1205] hinaus, entscheidend ist die Beschränkung oder auch Beeinträchtigung *gegen den Willen* des Betroffenen.[1206] Ein in diesem Sinne paternalistisches Handeln wird in der Auseinandersetzung um die Legitimität von Public Health Maßnahmen dann einerseits als Kriterium für die Unzulässigkeit entsprechenden staatlichen Handelns herangezogen, oder aber, es wird aufgezeigt, dass das Handeln im Sinne eines „libertären" Paternalismus nicht bevormundend, sondern lediglich autonomievergrößernd wirken würde, da lediglich die eigenen Präferenzen des Individuums befördert würden.[1207] Insgesamt fällt jedoch auf, dass im Rahmen der Paternalismusdiskussion verschiedene Argumentationsstränge ineinanderfließen, welche aus verfassungsdogmatischer Sicht den verschiedenen Kategorien der Grundrechtsprüfung zugeordnet werden können. Paternalismus als Konzept dient vielmehr einer bloßen Beschreibung der staatlichen Tätigkeit, welche jedoch zunächst als verfassungsrechtlich neutral zu verstehen ist.[1208]

Auch die hauptsächlich anhand ihrer Idee des libertären Paternalismus argumentierenden *Thaler* und *Sunstein* kommen zu dem Schluss, dass die Bewertung von *Nudges* davon abhängt, ob sie Menschen Schaden oder Nutzen zufügen.[1209] Die Quintessenz der Frage ist dabei, was als Schaden oder Nutzen aufgefasst werden kann. So geht es natürlich zunächst darum, ob in einem *Nudge* grundsätzlich eine Autonomiebeschränkung liegt oder

---

1204 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 3.

1205 *Wolf*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 55.

1206 *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 11 f.

1207 Vgl. *Thaler/Sunstein*, The American Economic Review 2003, 175 ff.; vgl. zur ähnlichen Unterscheidung in harten und weichen Paternalismus auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 6 f.; allg. zur Idee eines freiheitsvergrößernden Paternalismus *Regan*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 113 ff.

1208 In diesem Sinne auch *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 3.

1209 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 247.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

ob es Fälle geben kann, in denen die Autonomie gar gestärkt, eine frei getroffene Entscheidung erst ermöglicht wird. Außerdem ist es von Bedeutung, inwieweit die verhaltenssteuernde staatliche Autorität einschätzen kann, welche Entscheidung oder welches Verhalten den Adressaten besser stellt, letztlich zu einem „besseren" Leben verhilft. Genau diese Fragen lassen sich jedoch anhand der üblichen Dogmatik strukturieren, nämlich in Fragen des Grundrechtseingriffs und in Fragen der Ziellegitimität und Verhältnismäßigkeit staatlicher Maßnahmen.

2. Wirkung staatlichen Handelns (Autonomie- und Freiheitsbeschränkung)

Bereits im Rahmen der herkömmlichen Eingriffsdogmatik, insbesondere aber nach der Idee des grundrechtswidrigen Effekts, ist die Wirkung des staatlichen Handelns auf die Grundrechtsausübung entscheidendes Merkmal für die Eingriffsbegründung.[1210] Beurteilt werden muss hierbei die Frage, ob und mit welcher Intensität der Betroffene in seinen grundrechtlich geschützten Interessen und Freiheiten beeinträchtigt wird. Ausgangspunkt ist eine materielle Betrachtungsweise, bei der von der grundrechtlich geschützten Freiheit ausgehend danach zu fragen ist, ob ein bestimmtes Individualinteresse dergestalt geschützt wird, dass es „ohne Ansehen der Modalität nicht überwältigt, behindert oder gefährdet werden darf".[1211] Mit Blick auf die Selbstbestimmung und Autonomie des Grundrechtsträgers ist zu fragen, ob die staatliche Maßnahme einen nicht völlig unerheblichen Einfluss auf den Willensbildungsprozess des Einzelnen ausüben kann oder ob eine solche staatliche Beeinflussung als alltägliche Lästigkeit den Einzelnen in seiner inneren Freiheit nicht zu beeinträchtigen vermag. Insbesondere im Rahmen der Selbstbestimmung soll – in Anlehnung an das Erfordernis der Erheblichkeitsschwelle – nicht jede unspezifische Beeinträchtigung eingriffsrelevant sein. Die Eingriffsschwelle wird zumindest dann überschritten, wenn der „eigene (Rechts-)Be-reich" oder die Verhaltensfreiheit in Folge einer staatlichen Maßnahme dergestalt beeinträchtigt wird, dass ihre individuellen Auswirkungen mit einer zielgerich-

1210 Vgl. *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 252 ff.

1211 *Gallwas*, in: *Ruland/Maydell/Papier* (Hrsg.), FS Zacher, 1998, S. 185 (186); *Lindner*, DÖV 2004, 765 (767).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

teten Beschränkung gleichgesetzt werden können.[1212] Auch zunächst auf der Wirkungsseite als „weich" betrachtete Maßnahmen können auf der Folgenseite „harte" Beeinträchtigungen nach sich ziehen.[1213]

Mit Bezug auf die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geforderte Achtung der individuellen Selbstbestimmung sind eine grundrechtsverkürzende Wirkung und damit ein Eingriff insbesondere in der Einwirkung auf die Handlungs- und Entfaltungsmöglichkeiten des Einzelnen zu sehen.[1214] Auch *Kloepfer* betont, dass insbesondere die sog. influenzierenden Maßnahmen der indirekten Verhaltenssteuerung, mit denen der Staat ein unerwünschtes Verhalten zu hemmen oder anzureizen versucht, Grundrechtsbeeinträchtigungen darstellen, da sie jedenfalls die Motivation und Entscheidungsfreiheit beeinflussen.[1215] Die Maßnahmen können dabei in verschiedene Richtungen wirken. So können sie zunächst die Anzahl und die Wahrnehmbarkeit verschiedener Entscheidungsoptionen überhaupt erst erhöhen. Darüber hinaus kann das staatliche Handeln auf die Entscheidungsfindung auch dergestalt einwirken, dass diese in eine bestimmte Richtung gelenkt und dabei mögliche Entscheidungs- und Handlungsoptionen begrenzt oder gänzlich eliminiert werden. Für eine solche Begrenzung reicht es aus, dass das Ausüben eines bestimmten grundrechtlich geschützten oder das Unterlassen eines staatlich erwünschten Verhaltens mit einem spürbaren Nachteil für den Grundrechtsträger verbunden ist.[1216] Je umfangreicher das staatliche Handeln dann die individuelle Persönlichkeitsentfaltung auf ein bestimmtes Ziel hin zu steuern versucht und die Auswahloptionen beschränkt oder gar eliminiert, desto stärker ist die eingreifende Wirkung anzunehmen und desto höher müssen danach die Anforderungen an die Eingriffsrechtfertigung sein.[1217]

1212 Zum Ganzen *Lorenz*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter,* Bonner Kommentar, 133. EL (April 2008), Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 109.

1213 *Hermes*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 39 Rn. 81.

1214 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 131.

1215 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 51 Rn. 27.

1216 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139.

1217 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 131.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

3. Bagatellgrenze

Eine besondere Ausprägung der Frage der Intensität oder Wirkung staatlichen Handelns, welche sich im Rahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention aufdrängt, ist das Erfordernis einer Bagatellgrenze für die Begründung eines Grundrechtseingriffs.[1218] Viele der vorgestellten Maßnahmen stellen weder eine klare Freiheitsbegrenzung dar, noch scheint die Wirkung der einzelnen Maßnahme aus dem Bereich der psychologischen Beeinflussung besonders stark oder evident. Entsprechend wird teilweise vertreten[1219], dass für die Feststellung eines Grundrechtseingriffs eine Bagatellgrenze oder Erheblichkeitsschwelle anzunehmen ist, um so der Bedeutung der Grundrechte als besonders schützenswerte Rechte und auch der subtilen Schrankenkonstruktion des Grundgesetzes gerecht zu werden.[1220]

Dieser Ansicht kann hier jedoch nur insoweit gefolgt werden, als dass grundsätzlich anerkannt wird, dass schutzbereichsspezifische Überlegungen im Einzelfall dazu geeignet sind, auf eine Bagatellgrenze zu verzichten[1221] und auch sonst nur „völlig geringfügige" Beeinträchtigungen keinen Eingriff begründen[1222]. Darüber hinaus sprechen gute Gründe gegen eine grundsätzliche Bagatellgrenze. Zunächst verlagert die Idee eines Bagatellvorbehalts die Frage nach der Berechtigung von Grundrechtseingriffen auf die Bestimmung der Schutzbereiches, obwohl dieser möglichst formal abgrenzbar und nicht von normativen Wertungen wie etwa der „Sozialadäquanz" abhängig sein sollte.[1223] Ein weites Tatbestandsverständnis stellt den Gesetzgeber und die Exekutive im Rahmen von Grundrechtseingriffen zudem vor Rechtfertigungslasten, welche generell dazu geeignet sind, verfassungsstaatliches Handeln zu rationalisieren und transparent zu gestalten.[1224] Auch erscheint es insbesondere mit Blick auf den Schutz in-

---

1218 Ausführlich zur Bagatellgrenze *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 255 ff.

1219 *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 256, bezeichnete dies im Jahr 1992 als in Literatur und Rechtsprechung „nahezu allgemein vertretene" Auffassung.

1220 Statt vieler *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 255 ff. m. w. N.; *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 51 Rn. 36 f.; *Dreier,* in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Vorb. Rn. 125.

1221 So auch *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992, S. 257.

1222 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 51 Rn. 36.

1223 *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 49.

1224 *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dividueller Selbstbestimmung schwer, eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle zu konkretisieren, weil es vom subjektiven Selbstverständnis eines jeden Einzelnen abhängt, ob und inwieweit eine staatliche Maßnahme die Persönlichkeitsentfaltung zu hemmen vermag.[1225] Insoweit besteht eine gewisse Parallelität zwischen der Diskussion zum etwaigen Erfordernis persönlichkeitsrelevanter Entfaltung im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG und der Frage nach einer Erheblichkeitsschwelle im Rahmen des Eingriffs.[1226] Lehnt man jedoch bestimmte Anforderungen an die Bedeutsamkeit eines Verhaltens für die Persönlichkeitsentwicklung ab, liegt es nahe, auch für die Eingriffsbegründung keine Erheblichkeitsschwelle zu verlangen.[1227] Unerhebliche Eingriffe in Grundrechte kann es demnach nicht geben.[1228] Jeder staatliche Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Rechtsposition bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung vor den für das jeweilige Grundrecht bestehenden Schranken. Auf die Schwere des Eingriffs kommt es grundsätzlich erst bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung an.[1229] Auch geringfügige oder sozial adäquate Beeinträchtigungen können damit als tatbestandlich relevante Grundrechtseingriffe qualifiziert werden.[1230]

1225 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 81; *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 49.

1226 *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 155 f.

1227 Ähnlich *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 49.

1228 Vgl. *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 95.; auch *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 94 m. w. N., lehnt es ab, eine Einwirkung auf grundrechtliche Schutzgüter mit pauschalen Bagatellformeln für irrelevant zu erklären. Vielmehr sollte die Bestimmung und Abgrenzung des grundrechtlichen Schutzbereiches bereits dergestalt erfolgen, dass nicht umfasste Bagatellfälle von vornherein ausscheiden.

1229 Vgl. *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992, S. 96 f.

1230 So auch *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier,* GG, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 50, nach dem eine Grenze lediglich bei „vernachlässigenswerten Bagatellen" im Sinne „alltäglicher Lästigkeiten oder subjektiver Empfindlichkeiten" zu ziehen ist. Doch auch hier scheint angesichts der unscharfen Abgrenzungsmöglichkeit höchste Zurückhaltung geboten; vgl. *Peine*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), HbGR, Bd. III, 2009, § 57 Rn. 49, der deshalb einen Bagatellvorbehalt gänzlich ablehnt.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

4. Finalität der Maßnahme

Im Rahmen des modernen Eingriffsverständnisses soll vor allem auch die „objektive" Intention der jeweils in Rede stehenden Maßnahme zur Begründung eines grundrechtseingreifenden staatlichen Verhaltens ausschlaggebend sein. Die Finalität oder Zielgerichtetheit staatlichen Handelns wird jedoch teilweise weder als hinreichende noch als notwendige Bedingung zur Begründung eines Grundrechtseingriffs gesehen.[1231] So wird vertreten, dass sich eine gewisse Notwendigkeit nur insoweit ergebe, als dass bestimmte Grundrechtsbestimmungen in ihrer Schutzwirkung nur gegen Maßnahmen mit bestimmter Zielrichtung ausgerichtet sein könnten.[1232] Ein Eingriff in die Entscheidungsfreiheit setzte denknotwendigerweise Finalität voraus, da sie sich nicht anders als durch zielgerichtetes Verhalten begrenzen lasse.[1233] Aus der Sicht des Betroffenen hingegen könne es keinen Unterschied machen, ob eine ihn treffende Belastung von staatlicher Seite gewollt oder eher zufällig als (unvorhersehbarer) Nebeneffekt erfolgt sei.[1234] Für die Eingriffsdiskussion sei deshalb die Frage der Schwere der Freiheitsbeeinträchtigung zunächst die grundsätzlichere und bedeutendere, denn letztlich stehe nicht die Bestrafung guter oder böser staatlicher Gesinnung im Vordergrund, sondern eine effektive Freiheitsgewährleistung.[1235] Gleichwohl soll neben dieser objektiven Dimension staatlichen Handelns auch die subjektive Dimension tauglicher Anknüpfungspunkt für eine wertende Zurechnung staatlicher Maßnahmen auf grundrechtlich geschützte Positionen sein.[1236]

Bezogen auf die hier in Frage stehenden Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention lässt sich feststellen, dass grundsätzlich eine Bewusstseins- und Verhaltensänderung auf Seiten der Steuerungsadressaten *gezielt bezweckt* wird und diese Maßnahmen damit in aller Regel *final* erfolgen. Bedeutsamer ist dementsprechend die Frage, ob eine entsprechende Finalität staatlichen Handelns allein einen Grund-

1231 Vgl. *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 81; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 153 ff.; *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 94 ff.
1232 Vgl. *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 81.
1233 *Murswiek/Rixen*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 83.
1234 *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band II, 2010, § 51 Rn. 26.
1235 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (695).
1236 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (695).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rechtseingriff begründen kann, Finalität also eine hinreichende Eingriffsbedingung darstellt. *Di Fabio* argumentiert etwa, dass der bewusst und zielgerichtet handelnde Staat keines Schutzes vor ausufernder oder unvorhersehbarer Grundrechtsverpflichtung bedürfe.[1237] Durch die Bewusstheit und Zielgerichtetheit der Steuerung könne die Grundrechtsbindung ohne weiteres vorausgesehen und sich auf sie eingestellt werden. Bei Finalität sei dann für das Kriterium der Schwere oder anderer zusätzlicher Merkmale kein Raum. Staatliche Maßnahmen, welche zielgerichtet in ein Grundrecht eingreifen, seien bereits deswegen eindeutig als Eingriffe zu qualifizieren. Finalität sollte zumindest immer dann bejaht werden, wenn die Grundrechtsauswirkung das planvoll eingesetzte Mittel ist, um eine bestimmte Steuerungswirkung zu erreichen. Dies sei grundsätzlich immer dann der Fall, wenn der Staat kommunikative Steuerungsinstrumente anstelle der klassischen Formen rechtlicher Regelung oder finanzieller Beeinflussung einsetzt.[1238] Ob dieser Ansicht in der Absolutheit gefolgt werden kann, ist fraglich. So betont *Di Fabio* selbst, dass der Grundrechtsschutz nicht zur Gesinnungsüberprüfung des Gesetzgebers, sondern zur Freiheitsgewährleistung dient. Zeitigt also eine noch so bewusste und zielgerichtete Maßnahme des Gesetzgebers keine objektiv feststellbare Auswirkung auf die Regelungsadressaten, erscheint es widersprüchlich, hierin einen Grundrechtseingriff sehen zu wollen. Erforderlich ist vielmehr, dass die in Frage stehende Maßnahme auch objektiv dazu geeignet ist, etwa die gewünschte Verhaltensänderung zu bewirken und damit Autonomieausübung einzuschränken. Nach dem hier vertretenen weiten Verständnis eines Autonomieschutzes und der grundsätzlichen Anfälligkeit geistiger Prozesse für (staatliche) Einflussnahme, ist eine solche Schwelle jedoch grundsätzlich niedrig anzusetzen, sodass im Ergebnis wohl nur für vereinzelte Fälle eine unterschiedliche Bewertung erfolgen würde. Die Finalität staatlichen Tätigwerdens kann damit einen sehr starken Indikator für einen Grundrechtseingriff darstellen. Es bedarf jedoch noch eines Mindestmaßes an nachweisbarer Verhaltenseinwirkung, um den Grundrechtseingriff überzeugend begründen zu können.[1239]

1237 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (695 f.).

1238 Zum Ganzen *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (695 f.).

1239 In diesem Sinne auch *Spaeth*, Grundrechtseingriff durch Information, 1995, S. 154.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

5. Heimlichkeit der Maßnahme

Ein besonderes Charakteristikum der hier vorgestellten Maßnahmen liegt darin, dass sie eine Verhaltensänderung so unauffällig herbeiführen wollen, dass der Regelungsadressat dies idealerweise gar nicht bemerkt. Der Steuerungsimpuls des Gesetzgebers soll dem Individuum verborgen bleiben, die Maßnahmen sollen möglichst *heimlich* wirken. Grundsätzlich erscheint die Frage, ob der Staat dem Bürger offen gegenübertritt und etwa Verhaltensanforderungen klar kommuniziert oder ob er mittels verdeckter Maßnahmen zu dem gewünschten Verhalten bewegt werden soll, auch in Hinblick auf die Grundrechtsrelevanz staatlicher Maßnahmen besonders beachtenswert. Einen ersten Anknüpfungspunkt bildet die Dogmatik zu heimlichen Überwachungsmaßnahmen, bei denen der Staat den Bürger ohne sein Wissen beobachtet und die damit verbundene Ahnungslosigkeit des Betroffenen ausnutzt, um insbesondere Informationen und Daten zu erheben. Eine solche heimliche staatliche Ausforschung stellt grundsätzlich in jedweder Form einen Grundrechtseingriff dar.[1240] Die Argumentation, welche bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen entwickelt wurde, lässt sich auch auf eine generelle Eingriffsdogmatik übertragen. Maßnahmen, die ohne Wissen des Betroffenen auf den Einzelnen einwirken, rauben ihm die Möglichkeit, sich gegen die Maßnahme zu wehren, ihr auszuweichen oder sich ihr entgegenzustellen. Das Operieren im Geheimen (und die damit verringerte oder gar nicht vorhandene Abwehrmöglichkeit) führt potenziell zu einer erhöhten Rechtswidrigkeitswahrscheinlichkeit staatlichen Handelns bei gleichzeitig eingeschränkterer oder zumindest erschwerter Rechtsschutzmöglichkeit seitens des Betroffenen.[1241] Vor allem in Hinblick auf die erschwerten Abwehr- und Rechtschutzmöglichkeiten gilt dies für Überwachungsmaßnahmen gleichermaßen wie etwa für unsichtbar wirkende Verhaltenssteuerungen durch *Nudges*.[1242] Während jedoch bei den heimlichen Überwachungsmaßnahmen die Eingriffsbegründung aufgrund der fehlenden bezweckten Verhaltenssteuerung diskutiert wird[1243], ist diese bei Steuerungsmaßnahmen der Gesundheitsförderung hingegen eindeutig gegeben.

1240 *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 131 m. w. N.
1241 Vgl. dazu *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 167 ff.
1242 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19).
1243 Vgl. dazu *Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe, 2013, S. 128 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eine Maßnahme offen oder verdeckt durchzuführen ist letztlich auch eine Frage des Respekts staatlicher Autorität vor persönlicher Autonomie der Bürger.[1244] Weiß der Bürger gar nicht, welche Verhaltensanforderungen an ihn konkret gestellt werden, so wird er der Möglichkeit beraubt, sein Verhalten selbstständig und aus freien Stücken den staatlichen Verhaltensanforderungen anzupassen oder bewusst davon abzuweichen.[1245] Kenntnis über die auf einen angewandten Maßnahmen der Verhaltensbeeinflussung und ein Mindestmaß an Verständnis über deren Wirkmechanismen ist Grundbedingung für die Fähigkeit zur autonomen Willensbildung und Lebensführung.[1246] Insbesondere die auf moderner Verhaltenspsychologie basierenden Steuerungsinstrumente wie das *Nudging* können isoliert betrachtet als bloße punktuelle und „lautlose" Beeinträchtigungen wahrgenommen werden, sich aus der Distanz aber als besonders eingriffsintensiv herausstellen.[1247] Der Staat tritt dem Bürger hier nämlich nicht rechtsstaatlich offen und greifbar als Steuerungssubjekt gegenüber, sondern bleibt im Verborgenen und damit einerseits nicht wahrnehmbar, andererseits aber auch omnipräsent.[1248] Maßnahmen, welche gezielt versuchen, die Bewusstseinssphäre zu umgehen und verdeckt auf unterbewusste Prozesse und Automatismen einzuwirken, stellen aufgrund der Beraubung von Ausweich- und Abwehrmöglichkeiten und der Beeinträchtigung der freien Willensbildung einen potenziellen Grundrechtseingriff dar.

6. Bandbreite der Maßnahmen (additiver Grundrechtseingriff)

Wie schon im Rahmen der Bagatellgrenze erwähnt, scheinen verschiedene Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention isoliert betrachtet nur eine geringe oder gar keine Eingriffsintensität aufzuweisen. Ein einzelner Flyer, ein kleiner „Stupser" zur besseren Essensauswahl und ein kleiner Bonus für gesundheitsbewusstes Verhalten werden oftmals, wenn überhaupt, nur als weiche Steuerungsmaßnahme wahrgenommen.

1244 Auf diesen Aspekt bezugnehmend Court of Appeals of New York, New York Statewide Coalition of Hispanic Chambers of Commerce v. New York City Dept. of Health, 23 N.Y.3d 681 (2014).

1245 Vgl. *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (213).

1246 *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (213).

1247 Auf Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung beziehend *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 81.

1248 *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Betrachtet man hingegen die volle Bandbreite der angewandten und angedachten Maßnahmen zur Steuerung des Gesundheitsverhaltens der Bürger, so kann die Bewertung über das Ausmaß der Verhaltensbeeinflussung schon ganz anders ausfallen. Leitend ist dabei die Idee, dass erst die kombinierte Bewertung der betrachteten Maßnahmen die Schwelle zu einer Grundrechtsverkürzung und damit zum Grundrechtseingriff ermöglicht und die kumulierten Belastungen dann im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Verhältnismäßigkeitsprüfung beeinflussen. Dogmatischer Anknüpfungspunkt ist dafür die Figur des „additiven" Grundrechtseingriffs.[1249] *Lückes* Ansatz ist dabei, dass eine nur punktuelle Betrachtung verschiedener Grundrechtsbelastungen möglicherweise potenzierte Beeinträchtigen durch mehrfaches und kumulatives Auftreten nicht angemessen berücksichtigen kann.[1250] Die grundrechtserhebliche kumulative Gesamtbelastung unterscheidet sich von der schlichten Mehrfachbelastung dadurch, dass sie denselben Adressaten trifft, die grundrechtseingreifenden Akte im Wesentlichen den gleichen Regelungszweck verfolgen und sich daher in ihrer belastenden Wirkung wechselseitig zu einem Eingriffsbündel verstärken.[1251] Wenn nicht unbedingt die gleichen Grundrechte, müssen diese Eingriffsakte dennoch den gleichen Lebenssachverhalt betreffen. Der Bürger ist durch diese Eingriffsbündelung hinsichtlich des gleichen Lebenssachverhalts dann einer potenzierten Belastung ausgesetzt.[1252] Dies macht es erforderlich, einen „ganzheitlich geartete[n] Eingriffstyp"[1253] anzuerkennen, der es ermöglicht, mehrere Grundrechtseingriffe zu bündeln und zu einer Gesamtbeeinträchtigung zu addieren. *Lücke* befasst sich jedoch mit der kumulativen Betrachtung einzelner Grundrechtseingriffe vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, mit dem Ziel, die Bürger vor einer „übermäßigen Gesamtbelastung" zu schützen.[1254] Ob bereits auf Eingriffsebene eine kumulative Grundrechts*beeinträchtigung* zu einem gesamtbetrachteten Grundrechts*eingriff* führen kann, bleibt offen.

1249 Zur Terminologie *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 ff.
1250 *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 ff.
1251 *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 97.
1252 *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 97.
1253 *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1470).
1254 *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1476); ähnlich wohl auch *Winkler*, JA 2014, 881 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grundsätzlich wird diese Figur zwar vor allem im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung angewandt[1255], die grundlegende Idee der Belastungskumulation erscheint aber auch auf die Eingriffsbegründung übertragbar. Wenn mehrere Grundrechtsbelastungen isoliert betrachtet aufgrund ihrer Minimalinvasivität die Eingriffsgrenze nicht zu überschreiten vermögen, sie jedoch an denselben Grundrechtsträger gerichtet sind, ein und denselben Zweck der Verhaltenssteuerung befolgen und zudem denselben grundrechtlichen Schutzbereich betreffen, so erscheint es erforderlich und legitim, ihre Auswirkungen in einer Gesamtbetrachtung zu bewerten. Ähnlich wie einzelne Grundrechtseingriffe eine besondere Gesamtbelastung bewirken, können auch mehrere unter der Schwelle des Eingriffs liegende Maßnahmen in ihrer Gesamtbetrachtung eine bedeutsame Verhaltensbeeinflussung und -steuerung, mithin eine Grundrechtsverkürzung, bewirken. Das kumulative Belastungsbündel erstarkt so zu einem Grundrechtseingriff.[1256] Wenn zwischen verschiedenen, vielleicht zunächst rein informativen oder belohnenden Maßnahmen ein enger thematischer Zusammenhang im Sinne einer *Zweckkonnexität* besteht und auch ein zeitlicher Zusammenhang im Sinne einer noch andauernden oder permanenten Beeinträchtigung gegeben ist, so können auch solche Beeinträchtigen in ihrer Gesamtwirkung als Grundrechtseingriff bewertet werden und eine entsprechende Rechtfertigungspflicht für das staatliche Handeln auslösen. Die Bewertung des Eingriffspotenzials von Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention hängt mitunter entscheidend von einer entsprechenden Gesamtbewertung der Maßnahmen ab. Eine auf nur punktuelle Einzelbeeinträchtigungen gerichtete Dogmatik scheint jedoch nicht geeignet, eine solche *kumulative Beeinträchtigungslage* angemessen abbilden zu können.

1255 Vgl. *Lücke*, DVBl. 2001, 1469 (1476); nach *Hillgruber*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 200 Rn. 100, müssen die Einzelakte in prozessualer Hinsicht selbstständig als Grundrechtseingriff behandelt werden, sie würden sich nicht zu einem angreifbaren Gesamtakt summieren.

1256 So auch *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 239.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

II. Bewertung

Im nächsten Schritt erfolgt eine Bewertung der vorgestellten Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention als Grundrechtseingriff. Wie erörtert, ist Hauptanknüpfungspunkt für die Grundrechtsbelastung dieser Maßnahmen die Beeinflussung des individuellen Gesundheitsverhaltens und die damit verbundene Beschränkung der Selbstbestimmung. Die Darstellung erfolgt grundsätzlich in Form einer Interventionsleiter von nicht oder nur schwach bis hin zu stark grundrechtsbeeinträchtigenden Maßnahmen.[1257] Am unteren Ende der Eingriffsskala beginnen Maßnahmen, welche auf die Beeinflussung der Willensbildung und damit der inneren Freiheit gerichtet sind. Ihnen folgen am oberen Ende verhaltensbeschränkende Maßnahmen zur Beeinträchtigung der äußeren Handlungsfreiheit. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Frage der Intensität des Grundrechtseingriffs mit dem jeweils von der Maßnahme hauptsächlich berührten Grundrecht zusammenhängt. Während Eingriffe in die innere Freiheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht tangieren, berühren Eingriffe in die äußere Freiheit die allgemeine Handlungsfreiheit. Je nach Ausgestaltung im konkreten Fall kann etwa in einer durch einen *Nudge* hervorgerufenen Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein stärkerer Grundrechtseingriff gesehen werden als in einem Verbot als Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit.

1. Eröffnung gesunder Verhaltensoptionen

Zunächst sind solche Maßnahmen zu bewerten, durch welche gesundheitsfördernde Leistungen angeboten, zur Verfügung gestellt und damit Handlungsoptionen eröffnet werden. Darunter fallen etwa Maßnahmen der Verhaltensprävention nach § 20 Abs. 5 SGB V oder Leistungen zur Erfassung von gesundheitlichen Risiken und Früherkennung von Krankheiten im Sinne der §§ 25, 26 SGB V, soweit diese nicht mit besonderen (in der Regel finanziellen) Anreizen zur Steigerung deren Inanspruchnahme verbunden werden. Vor allem aber sind hier Maßnahmen der (reinen) Verhältnisprävention im Sinne des § 20a SGB V umfasst, welche den Aufbau und die Stärkung gesundheitsförderlicher Strukturen bezwecken. Die Zurver-

1257 In Anlehnung an die „intervention ladder“ des *Nuffield Council on Bioethics*, Public health: ethical issues, 2007, S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fügungstellung von Leistungen und Strukturen und das damit verbundene Eröffnen von Auswahlmöglichkeiten konfrontieren den Einzelnen mit verschiedenen Handlungsoptionen und Lebensstilansätzen. So verändert der Staat bei der „Gesundheitsprävention durch Leistung" lediglich Umstände, die für den Grundrechtsträger bei seiner freien Entscheidung bedeutsam sein können; er setzt der selbstbestimmten Willensbildung damit lediglich äußere Anreize.[1258] Die Grundrechte schützen jedoch den Einzelnen nicht bereits davor, einer bestimmten Umwelt ausgesetzt zu sein, auch hat der Einzelne keinen Anspruch auf eine unveränderte Umwelt.[1259] Insoweit greift hier das Argument, dass sich der Staat für irgendeine Gestaltung der Umwelt entscheiden muss. Neutral können die Umwelt und die in dieser Umwelt bestehenden Handlungsoptionen nie sein. Im Gegenteil werden das individuelle Wissen und der individuelle Handlungsspielraum durch solche Maßnahmen grundsätzlich mehr erweitert, als wenn der Staat die Lebensentscheidungen seiner Bürger bloß passiv im Hintergrund als gegeben „respektieren" würde.[1260] Dies korrespondiert mit der Idee, dass die individuelle Freiheit von der Schaffung solcher Bedingungen abhängt, welche es dem Einzelnen ermöglichen, über seine Präferenzen und die Beweggründe seines Handelns reflektieren zu können. Denn nur das Konfrontiertwerden mit einer Pluralität möglicher Lebensarten und -weisen sowie mit möglichen Ansätzen eines „guten Lebens" erlaubt es dem Einzelnen, eine wirklich informierte und substantiierte Entscheidung über sein eigenes Lebens treffen zu können.[1261]

Mit Blick auf das Problem sozialer Ungleichheit muss jedoch hervorgehoben werden, dass ein Zuwachs an Wahloptionen nicht notwendigerweise für alle potenziellen Adressaten gleichermaßen begünstigend wirkt. So finden gerade auch im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen Interessen

---

1258 *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (135), fasst unter Leistungen auch finanzielle Anreize; insoweit ist dieser Ansicht nicht zuzustimmen; vgl. unten C II 4.

1259 So auch *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (135).

1260 *Schutter*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. xiii (xix Fn. 11).

1261 *Schutter*, in: *Alemanno/Garde* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, 2015, S. xiii (xix Fn. 11), mit Verweis auf *Gerald Dworkin*, The Theory and Practice of Autonomy, 1988, S. 108.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

schwacher Gruppen (sozial schlechter Gestellte, chronischer Kranke) tendenziell kaum oder keine Berücksichtigung. Dies liegt vor allem daran, dass eine aktive Inanspruchnahme und Mitgestaltung von Gesundheitsdienstleistungen sozial und kulturell voraussetzungsvoll ist und ein gewisses Maß an „Konsumentensouveränität" erfordert, welche gerade bei sozial schwächeren Gruppen oft nur sehr gering ausgeprägt ist.[1262] Werden Leistungen der Gesundheitsförderung und Prävention zielgruppenunspezifisch, stark diversifiziert und individualisiert angeboten, dann hängt deren Inanspruchnahme vermehrt von individuellen Anbieterwahlentscheidungen ab. Da ein schwacher sozialer Status jedoch grundsätzlich entscheidungsspielraumverengend wirkt, werden sozial schwächer Gestellte hierbei potenziell benachteiligt.[1263] Auch die bloße Eröffnung von Wahloptionen kann somit unter Umständen für bestimmte Betroffene benachteiligend wirken und damit eine faktische Ungleichbehandlung hervorrufen. Insoweit sind die gesundheitswissenschaftlichen Forderungen nach zielgruppenspezifischer Prävention als auch das einfachgesetzliche Gebot zur Verminderung sozial bedingter sowie geschlechtsbedingter Ungleichheit von Gesundheitschancen (§ 20 Abs. 1 S. 2 SGB V) nicht nur Ausprägungen eines sozialpolitischen Wunsches, sondern wichtige Leitlinien zur verfassungskonformen Ausgestaltung gesundheitsfördernder Maßnahmen und Leistungen.

Neben den allgemeinen Leistungsangeboten und strukturellen Maßnahmen der Verhältnisprävention ist auch die staatliche Information von der Konzeption her dazu bestimmt und geeignet, durch Wissensvermittlung und Befähigung die Zahl der Handlungsmöglichkeiten und -optionen zu vergrößern. Darin ist dann ebenfalls eine Freiheitsvergrößerung und kein Freiheitseingriff zu erblicken.[1264] Allerdings erscheint eine solche rein befähigende Informationstätigkeit wohl eher die Ausnahme als die Regel. Informationen sind nämlich oftmals darauf gerichtet, den Einzelnen zur Änderung oder Unterlassung rechtlich und faktisch möglicher Verhaltensweisen aufzufordern. Informationstätigkeit wird dann zur Verringerung von

1262 Vgl. *Bode*, in: *Clement/Nowak/Ruß u. a.* (Hrsg.), Public Governance und schwache Interessen, 2010, S. 27 (40).

1263 Vgl. *Bode*, in: *Clement/Nowak/Ruß u. a.* (Hrsg.), Public Governance und schwache Interessen, 2010, S. 27 (40).

1264 *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 23 Rn. 100 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Handlungsmöglichkeiten und -optionen eingesetzt.[1265] Inwieweit durch eine entsprechende kommunikative Willensbeeinflussung ein Grundrechtseingriff bewirkt wird, ist im Folgenden genauer zu erörtern.

2. Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens durch Kommunikation

Die Bewertung der Eingriffsqualität staatlicher Kommunikation gestaltet sich bei genauerem Blick schwierig. Weder die Ansicht, dass informierende Tätigkeit des Staates als notwendige Öffentlichkeitsarbeit und Kompetenzstärkung der Bürger von vornherein nicht als Grundrechtseingriff gewertet werden kann[1266], noch das entgegengesetzte Extrem, dass jegliches Informationshandeln als Grundrechtseingriff *auch dem Informationsadressaten gegenüber* (denn nur um diese Beziehung geht es hier) zu qualifizieren ist[1267], scheinen die Komplexität und Vielfalt staatlicher Kommunikation abzubilden. Mit Blick auf die allgemeine Eingriffsdogmatik, also die Frage der verhaltenssteuernden Wirkung sowie die Frage der Finalität, sind als zwei entscheidende Bewertungskriterien zum einen der objektive Inhalt der Kommunikation und zum anderen die bezweckte Steuerungswirkung des kommunikativen Tätigwerdens zu betrachten. Grundsätzlich muss dabei am konkreten Einzelfall bewertet werden, ob der staatliche Kommunikationsakt tatsächlich eher eine möglichst neutrale und fundierte Information oder Aufklärung zur Stärkung einer kompetenten und autonomen Entscheidung des Informationsadressaten darstellt oder aber, ob die Kommunikation bereits selektive, (stark) wertende, überzeugende und erzieherische Elemente enthält, welche letztlich eine Verhaltensänderung des Individuums in die staatliche gewünschte Richtung bezwecken sollen.[1268]

1265 *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 23 Rn. 100 ff.

1266 So *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungs-rechts, Bd. II, 2012, § 23 Rn. 103 ff. m. w. N.

1267 In diese Richtung gehend, wenngleich sich auf Markteingriffe iSd Art. 12 und 14 GG beziehend, wohl *Di Fabio*, JZ 1993, 689 ff.

1268 In diesem Sinne auch *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (116), nach dem trotz enger Verbindungen zwischen Wissensvermittlung und Werturteil unterschieden werden sollte.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Persuasion, Suggestion, Manipulation

Im Blick sind damit zunächst solche Kommunikationsmaßnahmen, welche versuchen durch die eingangs beschriebene Persuasion, also Überredung und Überzeugung, sowie Suggestion und Manipulation des Kommunikationsadressaten eine bestimmte Einstellungsänderung und Verhaltensanpassung hervorzurufen. Oft machen sich solche Maßnahmen vor allem auch die Erzeugung und Verfestigung einer Gesundheitsmoral zunutze. Sie wirken damit auch in hohem Maße erzieherisch. Überredung und Überzeugung, Suggestion und Manipulation sind als Mechanismen in ihrem verhaltenssteuernden Wirkungsgrad nicht gleichzusetzen, wenngleich sie sich selten trennscharf voneinander abgrenzen lassen und oft auch kombiniert zur Anwendung kommen.[1269] Entscheidend für die verfassungsrechtliche Bewertung kommunikativer Maßnahmen ist auch hier, in welchem Maße die staatliche Kommunikation die Fähigkeit und auch Notwendigkeit des Einzelnen zu einer grundsätzlich freien und selbstbestimmten Willensbildung und Entscheidungsfindung respektiert. Je weniger die Maßnahme diese notwendige Grundbedingung autonomen Handelns achtet, desto stärker greift sie in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG ein.

Konkret bedeutet dies, dass solche Kommunikationsakte, welche den Menschen grundsätzlich als rationales Wesen wahrnehmen und entsprechend adressieren und durch Argumentation zu einer bestimmten Verhaltensänderung überreden und überzeugen wollen, zunächst die Autonomie des Kommunikationsadressaten achten. Sie adressieren nämlich den Kommunikationsempfänger auf der wahrnehmbaren, rationalen Ebene. Persuasive Kommunikationstechniken können damit *nicht per se* als Grundrechtseingriff qualifiziert werden.[1270] Je nach Intensität kann jedoch auch die Überredung dazu führen, dass der Einzelne so stark beeinflusst wird, dass er eine bestimmte Auffassung gegen seinen Willen übernimmt. So ist etwa zu beachten, dass die Wirkung von Überredung und Überzeugung zumeist unter Ausnutzung staatlicher Autorität in aller Regel deutlich verstärkt wird.[1271] Es ist für die Rezeption und Befolgung einer Information

1269 Zur Kritik an der oft anzutreffenden, fehlenden Unterscheidung verschiedener Kommunikationstechniken *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 ff.

1270 Anders etwa *Kirste*, JZ 2011, 805 (807), der schon in der Überredung letztlich eine Manipulation erblickt.

1271 Vgl. *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (144).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und Verhaltensempfehlung von großer Bedeutung, von wem die Information stammt und mit welcher Autorität der Absender ausgestattet ist.[1272] Bereits darin kann ein bedeutender Unterschied zu von Privaten verwendeten Kommunikations- und Marketingtechniken gesehen werden. Wenn also staatlicherseits eine bestimmte Themen- und Argumentationsauswahl erfolgt und der Einzelne durch eindringliche und unter Umständen permanente autoritative Kommunikation zu einer bestimmten Einstellungs- und Verhaltensänderung überredet wird, dann kann eine solche Kommunikation einen starken Druck erzeugen, dieser Verhaltensempfehlung nachzugeben – unabhängig davon, ob dies eigentlich den eigenen Präferenzen und Wertvorstellungen entspricht oder nicht.[1273] Persuasive Kommunikation kann damit in der Tendenz dazu führen, dass eine kritische Reflexion über das infrage stehende Verhalten unterdrückt wird.[1274] Auch für die Bewertung der Persuasion kommt es damit letztlich auf den Schweregrad der Überredungswirkung, der Einseitigkeit und Verkürztheit der Argumentation sowie der Ausnutzung staatlicher Autorität an. Je nach Einzelfall kann damit auch im Rahmen persuasiver Kommunikation die Schwelle zum Grundrechtseingriff erreicht sein. Immerhin tritt im Rahmen kommunikativer Verhaltenssteuerung der Umstand der bezweckten Verhaltensbeeinflussung mehr oder weniger offen zu tage. In diesem Sinne finden kommunikative Maßnahmen zumindest nicht heimlich oder verdeckt, sondern vielmehr offen und allgegenwärtig statt. So ist das autonome Individuum zwar grundsätzlich in der Lage, sich der Persuasion zu widersetzen.[1275] Führt man sich bei der Bewertung jedoch vor Augen, dass es prinzipiell rechtfertigungsbedürftig erscheint, wenn der Staat erwachsene und grundsätzlich kompetente Bürger zu einem bestimmten Verhalten überreden und erziehen will, ist die Schwelle für den Grundrechtseingriff hier nicht all zu hoch anzusetzen. Macht sich der Staat (potenziell) verhaltensbeeinflussende Kommunikationsmaßnahmen zu Nutze, so sollte er auch hier der Rechtfertigungspflicht insbesondere für die Legitimität und Verhältnismäßigkeit seines Tätigwerdens unterliegen.

1272 *Landauer*, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, 2012, S. 118 f.; *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19) m. w. N.; *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (144).

1273 *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (144).

1274 *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (210 f.).

1275 *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (213 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dies gilt zudem umso mehr, als sich die Überredung und Überzeugung auch auf ethisch-moralische Argumentation und Begründung stützt. So gehört neben der rein staatlich postulierten oder propagierten Sozialmoral über ein „gesundes" Leben und den damit verbundenen Verhaltens„empfehlungen" auch der durch die *Leitbilderzeugung* hervorgerufene gesellschaftliche Erwartungsdruck mit in die Bewertung der autonomiebeschränkenden Wirkung.[1276] Gerade in der Erzeugung eines sozialen Konformitätsdrucks ist ein wesentlicher Erfolgsfaktor staatlicher Gesundheitserziehung zu erblicken. Wie bereits erwähnt, erfordert Steuerung durch Kommunikation, dass die Adressaten das gewünschte Verhalten sich selbst zur Pflicht machen und danach handeln. Worin auch genau das konkrete Motiv zur Befolgung liegen mag, der Verpflichtungsgrund liegt grundsätzlich allein in der Sphäre des Individuums und ist damit moralischer und nicht rechtlicher Natur. Bei fehlender Trennung von Tatsache und Werturteil ist der Transport einer bestimmten Sozialmoral aber unausweichlich, er wird damit intendiert.[1277] Ein solcher Konformitätsdruck kann als Steuerungsmittel unter Umständen gar weit wirksamer sein als rechtliche Zwangsmittel, da der Mensch bei der Missachtung moralischer Regeln seine Integrität als soziale Person, als Teil der moralischen Gemeinschaft insgesamt gefährdet.[1278] Je bedeutsamer die soziale Norm dargestellt wird, desto größer ist der Erwartungsdruck der Gemeinschaft an den Einzelnen, sie zu befolgen und desto stärker kann die soziale Ächtung und Ausgrenzung bei Nichtbefolgung sein.[1279] Eine dergestalt operierende Persuasion richtet sich dann nicht mehr an den Bürger als rationalen Menschen, sondern versucht die unbewussten kognitiven Prozesse anzusprechen und auszunutzen und damit die Fähigkeit des Einzelnen zu einer durch Rationalität und Vernunft geleiteten Willensbildung zu unterminieren.[1280] Die erzieherische und emotional wirkende kommunikative Beeinflussung des Einzelnen und der Öffentlichkeit insgesamt kann somit einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die individuelle Willensbildung haben und mit-

1276 Vgl. auch *Middel*, in: *Weilert* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 145 (150 ff.).
1277 Vgl. zum Ganzen *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2918 f.).
1278 *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 104 f.
1279 *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 105; vgl. auch *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 (196 ff.).
1280 Vgl. *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 (195); *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (209 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

hin eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der freien Selbstbestimmung darstellen.

Dass zumindest solche Kommunikationsakte einen Grundrechtseingriff darstellen können, welche geeignet sind, als funktionales Äquivalent Verbots- oder Gebotsverfügungen der Behörden auch im Hinblick auf ihre Wirkungen zu ersetzen, ist ständige Rechtsprechung und allgemein anerkannt.[1281] So betonte der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 1957 die funktionale Äquivalenz zwischen staatlicher Empfehlung an die Eltern zur Impfung ihrer Kinder und einem gesetzlichen Zwang: „Das Merkblatt empfahl in besonders eindringlicher gehaltener Weise die Schutzimpfung und stellte den Eltern die zeitbedingte erhöhte Gefährdung ihrer Kinder durch eine heimtückische Krankheit vor Augen. Es war […] geeignet, die Eltern in eine schwere Gewissensnot zu versetzen, falls sie ihre Kinder nicht der als gänzlich ungefährlich bezeichneten Impfung zuführten und sie der geschilderten Erkrankungsgefahr aussetzen. […]; wenn auch ein unmittelbarer Zwang zur Impfung von dem beklagten Land nicht ausgeübt wurde, so hatte das beklagte Land den Eltern eine eigene Entscheidung über die Impfung ihrer Kinder *nur der Form nach zugestanden*, während sie in Wirklichkeit *durch Einwirkung auf ihr Gewissen bestimmte*, die Kinder der Impfung zuzuführen.“[1282] Persuasive Kommunikationsprogramme und -maßnahmen, welche insbesondere auch gezielt unter Vermittlung einer Gesundheitsmoral, unter Verwendung und Erzeugung bestimmter Leitbilder eines „gesunden“ Menschen arbeiten, können damit aufgrund ihrer potenziellen inhibitiven und damit die individuelle Selbstbestimmung manipulierenden Wirkung als rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das damit verbundene Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung qualifiziert werden.[1283]

1281 Vgl. etwa BVerfGE 105, 252 (273); OVG Münster, Beschl. v. 23.4.2012 – 12 B 127/12; *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19) m. w. N.; weitergehender *Ossenbühl*, NVwZ 2011, 1357 (1359 f.).

1282 BGHZ 24, 45 (46 f.), freilich unter der Bedingung der Tatsachenfrage, inwieweit tatsächlich die Mehrheit der Eltern aufgrund dieser Empfehlung ihre Kinder impfen ließen und somit tatsächlich ein Gruppendruck entstand; Hervorheb. v. Verfasser.

1283 A. A. wohl *Wolff*, RW 2015, 194 (216 f.), die wenig überzeugend etwa in dem Hinweis auf Mehrheitsverhalten und damit letztlich in der Erzeugung sozialen Drucks gar eine „Freiheitserweiterung“ erkennen möchte.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Bewertung suggestiver und manipulativer Kommunikationsmaßnahmen kann hingegen allgemeiner und weniger einzelfallabhängig erfolgen. Entsprechende Strategien versuchen eine Überzeugungs- und Verhaltensänderung beim Gegenüber nämlich nicht durch Ansprache der Rationalität, sondern durch verdeckt wirkende Mechanismen der emotionalen und kognitiven Manipulation zu erreichen. So kann manipulative Kommunikation etwa durch eine einseitige oder stark emotional pointierte, unter Umständen diffuse Angst erzeugende und ausnutzende Informationsdarstellung, durch die Ausnutzung kognitiver Defizite bei der Informationsaufbereitung sowie durch die Ausnutzung von Stereotypen und Rollenmustern den Einzelnen daran hindern, unabhängig und kritisch über seine Entscheidungs- und Handlungsoptionen zu reflektieren.[1284] Die Ausnutzung von erwähnten kognitiven Verzerrungen, wie etwa dem *Verfügbarkeits-Bias*, kann eine Überbewertung der Risikowahrscheinlichkeit, bei Nichtbefolgung der Verhaltensempfehlungen die beschriebenen Gesundheitsbeeinträchtigungen zu erleiden, bewirken. Auch selten oder in Relation nicht mehr ganz so dramatisch erscheinende Gesundheitsrisiken können dann fälschlicherweise als höchst dramatisch und unmittelbar bevorstehend aufgefasst werden und zu einer entsprechenden Verhaltensänderung bewegen.[1285] Die Begründungen zur Rechtfertigung entsprechender Maßnahmen kreisen dabei um Argumente beschränkter Rationalität des Steuerungsadressaten und höherer Effektivität entsprechender Steuerungstechniken. Oft wird auch argumentiert, dass entsprechende Maßnahmen dem Einzelnen dazu verhelfen könnten, seine eigentlichen, langfristigen Interessen zu verfolgen. Da Raucher etwa nur aus spontaner Lust zur Zigarette greifen, selbst wenn sie langfristig gesehen mit dem Rauchen aufhören möchten, würden manipulative Maßnahmen dem Einzelnen nur helfen, diese langfristigen Interessen durchzusetzen. Sie seien daher im Kern autonomiefördernd.[1286]

1284 Am Beispiel von Tabakwarnungen darstellend *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 ff.; insb. in Bezug auf die emotionale Ansprache differenzierender *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (348).

1285 So kann etwa die empirische Information, dass 85 Prozent aller Lungenkrebsvorfälle durch Rauchen ausgelöst werden leicht mit der inkorrekten Annahme, dass 85 Prozent aller Raucher an Lungenkrebs erleiden, verwechselt werden, vgl. *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (211) m. w. N.

1286 So etwa die Argumentation bei *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (213); *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 9 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unabhängig davon, dass diese Grundannahme für den Einzelfall gelten mag, insgesamt als Regelungsansatz jedoch eine reine Unterstellung ist, vermag dies nicht zu ändern, dass der Einzelne als Folge der Suggestion oder Manipulation unterbewusst zu einer Entscheidung bewegt wird, ohne dass er diese wirklich reflektieren und kritisch hinterfragen kann.[1287] Manipulative Kommunikation bringt damit einen fundamentalen Mangel an Achtung und Respekt gegenüber dem autonomen Individuum zum Ausdruck. Aufgrund ihrer vor allem für den Adressaten verdeckten Wirkung, behindern solche Maßnahmen die Unabhängigkeit der Willensbildung und unterminieren damit insgesamt die Fähigkeit zum selbstbestimmten Entscheiden und Handeln des Einzelnen.[1288] Sie widersprechen zudem diametral dem durch das Menschenbild des Grundgesetzes geprägte Leitbild staatlichen Handelns. Der grundrechtsverpflichtete Staat spielt vielmehr „mit offenen Karten, teilt mit, wen er lenken will, und übernimmt ersichtlich für sein Tun die Verantwortung."[1289] Suggestive und manipulative Techniken begründen damit einen Grundrechtseingriff, der hohe Rechtfertigungsanforderungen stellt.[1290] Die Frage, ob dem Einzelnen gleichwohl zu einer seinen eigentlichen Präferenzen besseren Entscheidung verholfen wird, ist dann richtigerweise an der Stelle der Zwecklegitimität des staatlichen Handelns zu erörtern.

b) Information und Aufklärung

Bei rein informativen Kommunikationsmaßnahmen könnte man nun vermuten, dass diese aufgrund ihrer grundsätzlich neutralen Befähigung des Einzelnen keine grundrechtsverkürzende Wirkung entfalten können. In diese Richtung einer Unterscheidung zwischen bloßer (neutraler) Information und erzieherischer Aufklärung geht etwa *Gramm*. Zur verhaltenssteuernden Wirkung der AIDS-Kampagne führt er aus, dass die Tatsache, dass sie die Entwicklung einer ethisch-moralischen Verhaltensänderung grundsätzlich in sanfter Form vollziehe, nicht darüber hinwegtäuschen dürfe, dass staatliches Handeln gewollt und vorhersehbar das sexuelle Verhalten

1287 Vgl. *Faber*, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, 1968, S. 38.
1288 In diese Richtung auch *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 (137).
1289 *G. Kirchhof,* ZRP 2015, 136 (137).
1290 Zurückhaltender, jedoch grds. das Eingriffspotenzial bejahend *Wolff*, RW 2015, 194 (217 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zu beeinflussen sucht. „Dieses Aufklärungshandeln erweist sich als Methode geistiger Einflußnahme des Staates auf die Bürger. Sie erschöpft sich nicht im Hinweis auf eine ohnehin bestehende Rechtspflicht, sondern geht darüber hinaus. […] Information läßt sich auf dieser Ebene auch als Hilfe zum Selbstschutz durch Anregung zur Verhaltensanpassung begreifen."[1291] Eine allgemeine Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung erachtet er hingegen für grundsätzlich zulässig, da sie neben informativen und Selbstdarstellungszwecken auch der staatsbürgerlichen Integration zu dienen bestimmt sei. Ihr fehle damit das „erzieherische, gezielt verhaltensändernde Moment."[1292] Offen bleibt jedoch die genaue dogmatische Verortung der „Zulässigkeit", also etwa ob Öffentlichkeitsarbeit a priori keine grundrechtsbeeinträchtigenden Wirkungen zu erzeugen vermag oder ob sich diese erst auf der Rechtfertigungsebene als zulässig herausstellt. Auch andere Autoren sehen bei reinen Informationskampagnen kein ethisch oder rechtlich vorwerfbares staatliches Handeln.[1293] So sieht *Kirste* etwa im Gegensatz zur Überredung in der „bloßen" Beratung oder Aufklärung mangels Einwirkung auf den Willen keinen Grundrechtseingriff.[1294]

Übliches Argument ist hierbei, dass es beim Informationsadressaten selbst liege, ob und wie die Kommunikation verarbeitet und ein entsprechendes Verhalten angenommen wird.[1295] Die freie Entscheidung des Steuerungsadressaten werde dadurch grundsätzlich nicht beeinträchtigt.[1296] Am Beispiel der Warnungen auf Tabakprodukten lässt sich hier etwa anführen, dass die bloße objektive Darstellung möglicher Risiken durch Tabakrauch nachgewiesenermaßen das Gesundheitswissen und -bewusstsein der Bevölkerung verbessern kann. Sie würden die Menschen lediglich zu einer besser informierten und damit potenziell autonomeren Entscheidung befähigen, sodass darin keine Freiheitsverkürzung auch gegenüber den Konsumenten erblickt werden könne.[1297]

1291 *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2918).
1292 *Gramm*, NJW 1989, 2917 (2924 Fn. 101).
1293 So etwa *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (143 f.); *Kirste*, JZ 2011, 805 (807).
1294 *Kirste*, JZ 2011, 805 (807).
1295 *Tengland*, Public Health Ethics 2012, 140 (143).
1296 *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 23 Rn. 101; *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 229.
1297 So etwa *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (209 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

So eingängig eine entsprechende Unterscheidung in neutrale Information und erzieherische Aufklärung zunächst erscheinen mag, so sehr stellt sich bei genauerem Hinsehen jedoch die Frage, ob der Anwendungsbereich solch rein informativer, bloß die Entscheidungskompetenz der Informationsadressaten erhöhender Maßnahmen nicht eher die Ausnahme darstellt. Verfolgt der Staat eine bestimmte Kommunikationskampagne, liegt es in aller Regel nahe, dass auch durch die Informationen gezielt eine bestimmte Entscheidung, ein bestimmtes Verhalten gefördert und hervorgebracht werden soll.[1298] Der moderne Staat setzt Informationshandeln typischerweise *instrumentell* ein.[1299] So hat eine Aufklärungskampagne über die Risiken des Rauchens ebenso verhaltenssteuernden Zweck wie AIDS-Kampagnen oder Kampagnen über „gesunde" Ernährung und Lebensweisen allgemein.[1300] Auch die bloße Vermittlung selbst an sich neutraler Informationen ist nicht nur dazu geeignet, das Individuum in die Lage zu versetzen, durch den besseren Wissensstand nun seinen eigenen Präferenzen entsprechend besser zu handeln, sondern auch das Verhalten in die staatlich gewünschte Richtung zu verändern.[1301] Gleichermaßen kann die schiere Häufigkeit der Informationswiederholung und -begegnung einen Überzeugungseffekt bewirken.[1302] Folglich erfüllt auf Gesundheitsverhalten bezogene Kommunikation oftmals eine Doppelrolle von Information und Persuasion zugleich.[1303] Die Finalität der staatlichen Kommunikation, also die gezielte Beeinflussung des individuellen Gesundheitsverhaltens, ist damit von besonderer Relevanz für die Begründung eines Grundrechtseingriffs.[1304] Dieser ist spätestens dann zu erkennen, wenn der Informati-

---

1298 Vgl. *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 ff.; *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (362).

1299 *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 430.

1300 Vgl. etwa *Gramm*, NJW 1989, 2917 (208 f.).

1301 Vgl. *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (52 f.); anhand des Mammographie-Screenings veranschaulichend *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (362).

1302 „Being told only once that tobacco damages health is informational; being told this message 2000 times is also persuasive.", so zutreffend *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (211).

1303 Darauf hinweisend auch *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (14); *Gostin/Stone*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 59 (70 f.).

1304 So auch *Wolff*, RW 2015, 194 (218); *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19); allg. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 430 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

onsadressat einer solchen Informationsflut ausgesetzt ist, dass er den öffentlichen Verlautbarungen nicht mehr ausweichen kann, die Möglichkeit des Wegsehens nicht mehr gegeben ist.[1305] Je stärker und umfassender der Staat mittels einer Leitbilderzeugung über das „gesunde" Leben auf den Einzelnen einwirkt, je mehr ein alle Bereichen des täglichen Lebens umspannendes Netz von Information, Aufklärung etc. gesponnen wird und je mehr in die private Rückzugsphäre hineingewirkt wird, desto anfälliger erscheint der Einzelne in seiner Fähigkeit zur *freien* Willensbildung. Aufgrund der angewendeten Strategien der multi-kanal Kommunikation und der umfassenden Einwirkung in alle möglichen Lebensbereiche (vor allem durch den *Setting-Ansatz*), kann der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention eine Tendenz zur Unentrinnbarkeit nicht in Abrede gestellt werden. Die gesundheitsfördernden Maßnahmen finden sich in der allgemeinen öffentlichen Sphäre (Informationskampagnen, Nahrungsmittelanordnungen im Supermarkt), reichen in die Arbeitswelt (Essenangebot- und Anordnung in der Kantine) und Schule (Lehren gesunder Ernährung etc.) hinein und machen auch vor dem Zuhause keinen Halt (Zusenden von Informationsmaterial sowie Kampagnen in Funk und Fernsehen). Die Grenze zum unentrinnbaren Kommunikationseingriff scheint insbesondere bei den Warnungen vor Tabakprodukten erreicht.[1306]

Insgesamt kann es wohl selten wirklich neutrale Informationen oder Kommunikationskampagnen geben.[1307] *Jolls* und *Sunstein* bezeichnen Versuche einer scharfen Abgrenzung zwischen akzeptabler „neutraler" Informationsarbeit und unzulässiger Willensbeeinflussung dementsprechend auch als zu vereinfachend und aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht gar

---

1305 Vgl. *Kloepfer*, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S. 70 f. u. 75 f.; *Spaeth*, Grundrechtseingriff durch Information, 1995, S. 79 ff. m. w. N.

1306 Vgl. *Kloepfer*, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, 1991, S. 70 f., der bereits im Jahre 1991 Bedenken darüber äußerte, ob diese Grenze bei den Warnhinweisen auf Tabakprodukten nicht schon überschritten sei und bereits die damals vorgesehenen Warnhinweise mit Blick auf die „Unwiderstehlichkeit der Meinungsrezeption" als verfassungswidrig ansah; auch *Eberbach*, MedR 2014, 449 (451), sieht angesichts der durch die neueste Tabakproduktrichtlinie (RL 2014/40/EU) vorgeschriebenen Warnhinweise die Grenze vom bloß psychologischem „Trick" zum staatlichen Zwang als überschritten an.

1307 Informationen niemals als neutral bezeichnend etwa *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 (126).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als naiv.[1308] Wann immer staatliche Stellen Informations- und Aufklärungsarbeit leisten, muss eine Auswahl über die Informationen selbst, aber auch über die Art und Weise der Auswahl getroffen werden. Es finden also letztlich immer Auswahlentscheidungen statt, welche unvermeidbar einen Einfluss darauf haben werden, wie die Bürger als Informationsadressaten die Informationen und ihre Umwelt allgemein wahrnehmen.[1309]

Zwar kann weder eine immer vollumfassende Informationsdarbietung geleistet und verlangt werden, noch ist die grundsätzliche Zulässigkeit und gar die teilweise Gebotenheit staatlichen Informationshandelns in Frage zu stellen. Je stärker jedoch eine einseitige Informationsauswahl gezielt zur Verhaltenslenkung eingesetzt wird, desto mehr wird die Fähigkeit des Einzelnen zu einer möglichst autonomen Willensbildung und Entscheidung behindert.[1310] Werden etwa Nebenwirkungen einer Schutzimpfung bewusst nicht angemessen oder wissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirksamkeit bestimmter gesundheitsrelevanter Verhaltensweisen nur höchst einseitig dargestellt, so ist in darin nicht etwa ein Autonomie ermöglichendes, sondern ein manipulatives und damit Autonomie beschränkendes staatliches Verhalten zu erblicken. Hinzu kommt, dass abgesehen von sehr konkreten und gut erforschten Risiken (wie etwa dem Rauchen oder unmittelbaren Gefährdungen durch kontaminierte Lebensmittel), Risikoinformationen in hohem Maße vergleichsabhängig sind. Es erscheint daher sehr fraglich, inwieweit der Staat berechtigt sein soll, ohne rechtliche Überprüfbarkeit zum Verzicht oder Unterlassen bestimmter risikobehafteter Verhaltensweisen aufzurufen, wenn mangels wissenschaftlicher Erkenntnisse oder mangels Vorhersehbarkeit kaum etwas über die in Zukunft zu erwartende Verfolgung von alternativen Verhaltensweisen oder Ersatzstoffen bekannt ist.[1311] Zudem ist der Schweregrad einer zu befürchtenden Gesundheitsbeeinträchtigung zumindest auch von der subjektiven Einschätzung und Bewertung des Einzelnen abhängig und damit relativ.[1312]

1308 *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 (232).
1309 *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 (232).
1310 *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 (195); *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 228, zieht die Grenze zum Grundrechtseingriff bei gezielter Fehl- oder Desinformation.
1311 *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (696).
1312 *Barton*, Public Health Ethics 2013, 207 (210).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Besonders anschaulich zeigen darüber hinaus auch die verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse, wie sehr die unterschiedliche Darstellung und Kontextualisierung der Information (unter Ausnutzung von Heuristiken und *Framing-Effekten*) die Informationsaufnahme und -verarbeitung lenken und manipulieren kann.[1313] Dies führt deutlich vor Augen, dass es in einer komplexen Gesellschaft keine „rein wohltuende und objektive Transparenz" geben kann und damit auch zutreffend formulierte und sachlich nicht falsche Kommunikationsakte teilweise gravierende, zumindest nicht aber ohne weiteres zulässige bzw. verhältnismäßige Eingriffe in Individualrechte darstellen können.[1314] Die oftmals vorgebrachte Entscheidungsfreiheit des Kommunikationsadressaten[1315] besteht dann aber nur in einem verkürzten Verständnis von Freiheit als *Verhaltens*freiheit. Eine substantiierte (innere) Freiheit zum Schutz einer autonomen und selbstbestimmten Willensbildung und Entscheidungsfindung kann durch eine verhaltenssteuernd eingesetzte Kommunikationstätigkeit unter Umständen stark beeinträchtigt werden.

Soll gesundheitsbezogene Kommunikationstätigkeit tatsächlich einen befähigenden Effekt haben, so sind als grundsätzliche Anforderungen ein größtmögliches Maß an sachlicher Richtigkeit (Evidenzbasierung) und Neutralität, Vollständigkeit und Ausgewogenheit sowie vor allem auch an Transparenz zu fordern.[1316] Die Gestaltung der Informationen unter Beachtung möglicher Missverständnisse aufgrund kognitiver Wahrnehmungsverzerrungen ist dabei von essentieller Bedeutung. Die staatliche Information sollte gerade dazu dienen, üblicherweise entstehenden Missverständnissen, Fehleinschätzungen und Über- wie Untertreibungen auf Seiten des Informationsadressaten entgegenzuwirken.[1317] So betonen auch *Thaler* und *Sunstein*, dass es ein wichtiger Bestandteil einer guten Entscheidungsarchitektur ist, dem Entscheider die möglichen Auswahloptio-

---

1313 Vgl. etwa *Rossi/Yudell*, Public Health Ethics 2012, 192 ff.; *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 ff.; allgemein auch *Lüdemann*, Edukatorisches Staatshandeln, 2004, S. 61 ff.

1314 Vgl. *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (697).

1315 Statt vieler *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 23 Rn. 101.

1316 *Gusy*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 23 Rn. 109 f.; zum generellen Erfordernis der Sachlichkeit staatlicher Informationstätigkeit BVerfGE 105, 279 (295 ff.).

1317 So auch *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (13 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nen offen und vor allem verständlich darzulegen, ihn also zum *kompetenten Entscheider* werden zu lassen.[1318]

Des Weiteren ist eine stereotypisierende und diskriminierende Wirkung zu vermeiden.[1319] In diesem Falle sind informierende Kommunikationsakte als autonomiefördernd zu verstehen, sodass darin kein Grundrechtseingriff zu erblicken ist. Je weniger der Kommunikationsakt diese Anforderungen jedoch erfüllt, desto eher kann auch eine bloße Informationsvermittlung eine autonomieverkürzende Wirkung entfalten und damit die Schwelle zum Grundrechtseingriff überschreiten.[1320] Dass eine staatliche Informations- und Kommunikationstätigkeit auf der anderen Seite zur Wissensvermittlung und Befähigung und damit zur Ermöglichung von Autonomie überhaupt notwendig ist, vermag die zunächst bestehende potenzielle verhaltenssteuernde Wirkung nicht zu verringern oder zu neutralisieren. Auch darf nicht aus dem Risiko einer auf das Entscheidungsverhalten potenziell negativ wirkenden Informationsflut (*information overload*) darauf geschlossen werden, dass Informationen unreflektiert im Hinblick möglicher negativer Effekte möglichst einfach und mit den Tricks der Kognitionspsychologie und Marketing-Forschung möglichst verfänglich dargestellt werden sollten. Ansichten, die etwa allein aus Effektivitätsgesichtspunkten vereinfachte und emotional wirkende Botschaften im Sinne „Rauchen kann Sie töten“ gegenüber neutraler formulierten Hinweisen „Studien ergeben, dass Nichtraucher im Vergleich zu Rauchern eine um X Prozent erhöhte Lebenserwartung besitzen“ als vorzugswürdig empfinden, sind daher aus grundrechtlicher Perspektive kritisch zu sehen.[1321] Insgesamt sollten Argumente der Schutzpflichterfüllung und der grundsätzlichen Zulässigkeit staatlichen Handelns auch im Rahmen ungewisser und komplexer Informationslagen nicht bereits bei der Frage der Eingriffswir-

1318 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 101.

1319 Zum Ganzen *Loss/Nagel*, Bundesgesundheitsblatt 2009, 502 (505).

1320 A. A. *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (136), nach dem das von außen gemachte Informationsangebot die innere Freiheit der Entscheidung unberührt lässt und damit keinen Grundrechtseingriff darstellt. Dies gelte gar für falsche staatliche Informationen. Es gehöre gerade zur grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsentfaltung, dass der Einzelne die ihm angebotenen Informationen selbstbestimmt filtere.

1321 So aber *Eidenmüller*, JZ 2005, 216 (221).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kung, sondern erst an ihrem dogmatischen Platz der Eingriffsrechtfertigung behandelt werden.[1322]

3. Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens durch Nudging

Schwierig gestaltet sich auch die rechtliche Einordnung und Bewertung von Maßnahmen des *Nudging*, denn ähnlich wie bei den soeben beschriebenen Maßnahmen werden durch die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur grundsätzlich keine Verhaltensoptionen ausgeschlossen. Der Mensch sei stets frei, seine eigene Entscheidung zu treffen und entsprechend zu handeln – so das Argument.[1323] Zudem sei in den Maßnahmen geradezu eine Autonomiestärkung zu erblicken, da sie den Menschen dazu verhelfen würden, ihre eigentlichen Interessen verfolgen zu können. Doch schon auf den ersten Blick erscheint eine solche Argumentation aus Sicht des deutschen Verfassungsrechts zu undifferenziert. Wie bereits erörtert, ist ein rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff nicht erst bei der Schwelle eines Verhaltensgebotes oder -verbotes zu erblicken. Auch das Erschweren oder Unattraktivmachen der Grundrechtsausübung kann die Schwelle zum Eingriff erreichen. Gleichermaßen bedarf das Argument der vermeintlichen Autonomiestärkung einer differenzierten Betrachtung. Ähnlich wie bei den kommunikativen Maßnahmen ist auch hier danach zu unterscheiden, ob die Maßnahmen kognitive Defizite tendenziell neutralisieren oder ob diese Defizite eher ausgenutzt und verstärkt und die *Nudges* damit manipulativ eingesetzt werden.[1324] Da in der *Nudging*-Debatte verschiedenste Argumente und Diskussionsstränge miteinander vermengt werden, ist es zudem hilfreich, die Diskussionsebenen den klassischen Kategorien einer Grundrechtsprüfung (Eingriff und Rechtfertigungsebene) zuzuordnen.[1325] Dies ermöglicht sowohl ein besseres Verständnis über die Natur der Maßnahme als auch eine genauere verfassungsrechtliche Analyse insgesamt.

1322 Vgl. auch *Di Fabio*, JZ 1993, 689 (696).
1323 Vgl. *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 9 ff.
1324 Die Autonomiebeschränkung maßgeblich am Kriterium der Manipulation messend *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 ff.
1325 So auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 23; *Wolff*, RW 2015, 194 (213 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

a) Gezielte Gestaltung der Entscheidungsarchitektur

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zunächst der Umstand, dass die gesellschaftliche Ordnung und das alltägliche Leben niemals in einem neutralen Vakuum strukturiert und organisiert sind. Der Mensch als Entscheider findet sich immer in einer vorbestimmten Entscheidungsarchitektur wieder. Die gesellschaftliche Ordnung wird zwangsläufig zu einem großen Teil durch staatliche Regulierung bestimmt. Letztlich gibt die gesamte Rechtsordnung einen bestimmten Entscheidungsrahmen vor. Die staatliche (Mit-)Gestaltung der gesellschaftlichen Verhältnisse jedoch per se als einen Eingriff in die Selbstbestimmung des Einzelnen zu qualifizieren, wäre zu weitgehend. Die Grundrechte schützen nicht vor dem Vorhandensein und der Veränderung gesellschaftlicher Strukturen generell. Auch fehlt es in aller Regel an einer konkretisierbaren, spezifischen Grundrechtsverkürzung. Im Zentrum steht damit nicht die Frage, wer generell zur Schaffung gesellschaftlicher Strukturen an sich legitimiert ist. Die geführte Entscheidungsfindung und die verhaltensbasierte Regulierung allgemein bauen hingegen auf dem Wissen um diese Entscheidungsstrukturen auf und greifen bewusst in diese Strukturen durch eine spezifisch gestaltete „Architektur der Wahl“ ein.[1326] Ein *Nudge* soll den Steuerungsadressaten *zielgerichtet* zu einem bestimmten Verhalten lenken.[1327] Auch wenn die (formale) Möglichkeit zu abweichendem Verhalten essentieller Bestandteil einen *Nudges* ist, so ändert dies nichts an dem Umstand, dass die Maßnahme dazu eingesetzt wird, ein bestimmtes Verhalten der Steuerungsadressaten zu erreichen, welches aufgrund von Unverhältnismäßigkeit durch ein Verbot oder Gebot erst gar nicht erzwungen werden könnte oder zumindest weniger effektiv zu erreichen wäre.[1328] Auch hier ist die Zielgerichtetheit des staatlichen Handelns zentrales Element für die Begründung grundrechtlicher Verantwortung.[1329] Für die Bewertung der Qualität von *Nudges* als Grundrechtseingriff ist damit zunächst das Merk-

1326 *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 5.

1327 Diese Zielgerichtetheit als bedeutenden Faktor hervorhebend *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (10).

1328 A. A. *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (351 ff.), welcher die Zielgerichtetheit grundsätzlich im Falle von Opt-out Möglichkeiten verneint, da dann kein Aufzwängen des gesetzgeberischen Willens vorliegen würde.

1329 Vgl. allgemein *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (10).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mal der *Finalität* von entscheidender Bedeutung.[1330] Die bloße Qualifizierung als Grundrechtseingriff bedeutet selbstverständlich noch nicht, dass auch eine Grundrechtsverletzung vorliegt. Wenn der Gesetzgeber jedoch zielgerichtet verhaltenssteuernde Maßnahmen verfolgt, so erscheint es angemessen, ihn dabei einem bestimmten Regelungsrahmen zu unterwerfen.[1331] Als Grundsatz kann hier gelten, dass wann immer der Staat gezielt verhaltenslenkend und -steuernd in den Bereich persönlicher Lebensführung einzuwirken versucht, ein Eingriff in das Recht auf freie Selbstbestimmung und damit das allgemeine Persönlichkeitsrecht intendiert ist.[1332] Eine entsprechende Finalität kann wohl erst bei neutralisierenden Maßnahmen (dem sog. *Debiasing*) verneint werden.

b) Zurechenbare Freiheitsverkürzung

Neben der Finalität als notwendige, gleichwohl nicht hinreichende Bedingung eines Grundrechtseingriffs, bedarf es noch eines Mindestmaßes an zurechenbarer Freiheitsverkürzung. Diese ist im Rahmen der gelenkten Entscheidungsfindung anhand der Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechts des Steuerungsadressaten zu bewerten.

Gegen eine Grundrechtsverkürzung wird angeführt, dass die Freiheit des Einzelnen, sich für oder gegen eine Handlung zu entscheiden, durch *Nudges* nicht (hinreichend) beeinträchtigt werde.[1333] Ausschlaggebend sei, dass keine Auswahl- bzw. Handlungsoptionen ausgeschlossen, sondern

---

1330 A. A. im Ergebnis *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 234, nach der das Kriterium der (fehlenden) Einwirkungserheblichkeit zentral für die Bewertung sei; vorliegend könne die Finalität einer staatlichen Maßnahme nicht über ihre fehlende Einwirkungserheblichkeit hinweghelfen.

1331 *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (5).

1332 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19).

1333 *Sunstein*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 21 (26 ff.); vgl. auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 22; nach *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 231 ff. kann Eingriffsqualität nur solchen Einwirkungen zukommen, die den Prozess der inneren Einstellungsbildung über die „normale" Beeinflussung hinaus deutlich prägen und manipulieren; in einem einzelnen *Nudge* könne daher noch kein Grundrechtseingriff zu sehen sein.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nur eine Option – und zwar die „bessere" – primär angeboten werde.[1334] Bewertungsmaßstab dafür sei zudem nicht die staatliche Sicht, sondern die Sichtweise der Betroffenen selbst und damit letztlich das Allgemeinwohl.[1335] Als Kernargument wird hier vorgebracht, dass in der klassischen verhaltensbasierten Regulierung die Wohlfahrt derjenigen gesteigert werden soll, welche ohne die Entscheidungsführung ihre *selbstbestimmten* Ziele sonst nicht erreichen würden.[1336] Aufgrund seiner kognitiven Defizite unterliege der Mensch einem Autonomiedefizit, da ihn diese Defizite unbewusst davon abhalten würden, Entscheidungen entsprechend der eigenen Präferenzstruktur zu treffen.[1337] Mit der Gestaltung der Entscheidungsarchitektur versuche der Staat dem Einzelnen zu helfen, seine eigenen Willensdefizite zu überwinden und seinen wahren Präferenzen Ausdruck zu verleihen. Diese individuelle Präferenzstruktur selbst werde durch das *Nudging* nicht angetastet.[1338] Der Betroffene bleibe weiterhin frei, sich in einer bestimmten Situation eher für die langfristige Präferenz des Gesundseins oder für die kurzfristige, impulsive Bedürfnisbefriedigung zu entscheiden. Die staatliche Gestaltung der Entscheidungsarchitektur versuche nur solche Entscheidungen und Handlungen zu unterdrücken, welche aufgrund der Unreflektiertheit gar nicht als autonome Entscheidungen aufgefasst werden könnten. Eine tatsächliche Steuerungswirkung könne, wenn überhaupt, nur dann angenommen werden, wenn der Betreffende nur eine schwache oder gar keine Präferenz über die infrage stehende Entscheidung ausgebildet hat. Wenn die Person aber indifferent sei, so werde sie auch nicht in ihrer autonomen Willensbildung beeinträchtigt.[1339]

1334 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2015, 207; *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (387).

1335 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 5; *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (387 u. 394).

1336 Vgl. *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2015, 207 (208); *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 6; allg. auch *Regan*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 113 (114 ff.).

1337 Vgl. *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 9 sowie *Kirchgässner*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 229 (231 ff.).

1338 *Sunstein*, in: *Kemmerer/Möllers/ Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 21 (61); vgl. auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 22.

1339 *Sunstein*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 21 (30 ff.); vgl. auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 22.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Irgendeine Entscheidung müsse sie ja in einer Auswahlsituation treffen. Ein *Nudge* beeinträchtige die Selbstbestimmung des Einzelnen damit grundsätzlich weder auf Handlungsebene noch auch auf der Ebene der Willensbildung.[1340]

Insgesamt verkennt eine solche Argumentation jedoch die Reichweite des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und dem daraus folgenden Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen. Darüber hinaus werden verschiedene Wertungsebenen und Prüfschritte miteinander vermengt.[1341]

aa) Bewertung über Rationalität und Irrationalität als Missachtung der Selbstbestimmung

Zunächst werden vom Selbstbestimmungsrecht – wie bereits umfassend ausgeführt – jegliche Arten von Willensbildungsprozessen und Entscheidungen umfasst. Nicht nur verbietet sich eine Unterscheidung danach, wie rational oder irrational, reflektiert oder unreflektiert eine Entscheidung ist. Das Recht zur Selbstbestimmung umfasst auch das Recht zu unvernünftigen Entscheidungen und vor allem auch die Freiheit, die Maßstäbe seines Entscheidens und Handelns selbst festzulegen. Weder muss damit überhaupt eine bestimmte Präferenzstruktur gebildet werden, man darf also auch bewusst indifferent sein und bleiben wollen[1342], noch steht es dem Staat zu, die Präferenzstruktur des Einzelnen zu bewerten.[1343] So führt das Bundesverfassungsgericht dazu aus, dass „keine ‚Vernunfthoheit' staatlicher Organe über den Grundrechtsträger dergestalt [anzuerkennen ist], dass dessen Wille allein deshalb beiseite gesetzt werden dürfe, weil er von durchschnittlichen Präferenzen abweicht oder aus der Außensicht unvernünftig erscheint".[1344] Auch wenn es aus ökonomischer Sicht rational sein

1340 Vgl. *Sunstein*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 21 (51 ff.); in diese Richtung auch *Volkmann*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 (147 ff.) sowie *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 229 ff.; zum Ganzen *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 5 ff.

1341 So auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 23.

1342 So auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 23.

1343 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (8).

1344 BVerfGE 128, 282 (308); s. dazu *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (8).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mag, eine langfristige Präferenzstruktur zu bilden und möglichst immer seine Handlungen nach diesen langfristigen Präferenzen auszurichten, ist der Mensch frei darin, selbst darüber zu entscheiden, welches seine Präferenzen sind und ob er lieber langfristige Lebensziele verfolgen möchte oder seine Präferenz darin besteht, immer spontane und unreflektierte Impulsentscheidungen zu treffen. Es ist schlechthin nicht ersichtlich, wie die vermeintlich eigenen Maßstäbe des Individuums erkannt werden sollen.[1345] Auch ist es als Unterstellung anzusehen, dass jeder Mensch eine bestimmte allgemeine Vorstellung von Gesundheit und „Gesundsein" verfolgt.[1346] Ebenso wenig vermag es zu überzeugen, generalisierend bestimmte Verhaltensweisen als reflektierte und andere als unreflektierte einstufen zu können.[1347]

Nudges, welche sich daher auf das Argument der Ermöglichung einer „besseren", da rationaleren Entscheidung stützen, ersetzen vielmehr ein Übel (vermeintliche Rationalitätsbeschränkung) durch ein anderes (Autonomiebeschränkung).[1348] Bisher als „normal" verstandenes Verhalten wird nun als „korrekturbedürftige Devianz" erfasst.[1349] Bereits dies steht im Widerspruch zum traditionellen Freiheitsverständnis.[1350] Zudem wird der Steuerungsansatz viel weitgehender für über die im Interesse des Einzelnen hinausgehenden staatlichen bzw. gesamtgesellschaftlichen Ziele dis-

---

1345 So auch *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 72 (73 f.); *Schnellenbach*, Wirtschaftsdienst 2014, 778 (779 f.).

1346 Vgl. zu dieser Kritik etwa auch *Wolff*, RW 2015, 194 (210 f.) sowie *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (39 f.).

1347 So sind solche Aussagen mit Unverständnis abzulehnen, welche etwa in der Positionierung einer „Fliege im Urinal" eine Beeinträchtigung reflektierter (und damit schützenswerter) Denkprozesse um das „Wohin-Zielen" erkennen wollen, hingegen in der Reduzierung der Tellergröße in einer Kantine nur eine Beeinflussung automatisierter (und damit nicht schützenswerter) Verhaltensmuster der Nahrungsaufnahme sehen. Eine solche Beeinträchtigung sei – da das Essverhalten grundsätzlich sowieso gedankenlos („mindless") und damit irrational sei – legitim, so das Argument von *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (15). Aufgrund eines Experiments solch eine generalisierende Aussage zu treffen, erscheint doch sehr gewagt.

1348 Vgl. *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (10); *White*, in: *Cohen/Fernandez Lynch/Robertson* (Hrsg.), Nudging Health, 2016, S. 72 (73).

1349 *Heinig*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 145 (150).

1350 *Heinig*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 145 (150).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

kutiert.[1351] So hat beispielsweise die Verringerung von Fettleibigkeit und Diabetes allen voran auch die Verfolgung gesamtgesellschaftlicher Ziele – namentlich die finanzielle Entlastung der Versichertengemeinschaft – zum Zweck. Dass dies immer im Interesse des Einzelnen liegt, ist zu bezweifeln. Das Vorliegen eines Grundrechtseingriffs kann somit nicht mit dem Argument verneint werden, dass die staatliche Maßnahme der geführten Entscheidungsfindung den Einzelnen zu einer Entscheidung bewegen möchte, die mit seinen eigentlichen langfristigen Präferenzen übereinstimmt. Nicht nur entzieht sich dieses Wissen um die tatsächliche Präferenzstruktur des Einzelnen dem Staat[1352], auch ändert dies nichts an der Steuerungswirkung der Maßnahme und damit der Verhaltensbeeinträchtigung des Steuerungsadressaten. Will der Staat menschliches Verhalten steuern, muss er sich in einem freiheitlichen Rechtsstaat grundsätzlich rechtfertigen.[1353]

bb) Wesentliche Erschwerung autonomer Entscheidung und abweichenden Verhaltens

Entscheidend für die Frage des Grundrechtseingriffs erscheint als weiterer wesentlicher Umstand, ob durch den *Nudge* eine möglichst neutrale oder eine gezielt steuernde Entscheidungssituation hergestellt werden soll.[1354] Den Freiheitseingriff mit dem Argument zu verneinen, dass die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur die Wahlfreiheit des Einzelnen unberührt lasse, zeugt von einem unvollständigen Freiheitsverständnis. Zur Freiheit gehören sowohl die äußere Freiheit zur Freiheitsausübung als auch die in-

1351 *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 6.

1352 Der Staat maßt sich demnach ein Wissen an, über das er nicht verfügt, vgl. *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (95); *Schnellenbach*, Wirtschaftsdienst 2014, 778 (779 f.); *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (40 f.).

1353 So auch *Heinig*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 145 (150 f.); vgl. auch *Feinberg*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 3 ff.

1354 Vgl. auch *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (9): „Thus, making a difference between regulation targeting the formation of preferences and thus autonomy […] and regulation aimed at correcting cognitive errors in order to help people pursue their own preferences rationally [...] is crucial".

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

nere Freiheit zur selbstbestimmten Entscheidung über das ob und wie der Freiheitsausübung. Grundsätzlich lässt sich aber nicht bestreiten, dass *Nudges* in aller Regel zu einer gezielten Verhaltenssteuerung eingesetzt werden. Wird die Entscheidungssituation nun gezielt so beeinflusst, dass das staatlich erwünschte Verhalten in der Regel auch durch den Adressaten verfolgt wird, dann mag vielleicht formell Wahlmöglichkeit bei der Freiheitsausübung (äußere Freiheit) bestehen, nicht aber wirkliche Freiheit bei der Entscheidungsfindung selbst (innere Freiheit).[1355] *Nudging* scheint als Regulierungsinstrument für viele nicht deswegen interessant, weil es zu einem *Debiasing*, also einer Neutralisierung von kognitiven Defiziten[1356], eingesetzt werden kann. Dies wird eher als „Nebeneffekt" betrachtet.[1357] Bedeutung erlangen diese Maßnahmen vielmehr deshalb, weil kognitive Defizite und *Biases* oder einfach auch nur die Unentschlossenheit des Steuerungsadressaten bewusst ausgenutzt werden sollen, um eine effektive Regulierung zu erreichen.[1358] Im Fokus ist damit klar das Steuerungspotenzial von verhaltensökonomisch informierten staatlichen Maßnahmen und nicht die Motivation und Befähigung des Einzelnen zu einer bewussteren Entscheidung.[1359] *Nudges* sind für die Regulierungspraxis dementsprechend primär in der Form des *Rebiasing* interessant.[1360] Die Eingriffswirkung kann je nach Ausgestaltung der Entscheidungssituation insbesondere darin gesehen werden, dass durch die Ausnutzung oder Verstärkung bestimmter Verhaltensmuster und *Biase*s die autonome Willensbildung und Entscheidung des Einzelnen be- oder verhindert und damit abweichendes Verhalten wesentlich erschwert wird.[1361]

1355 In diese Richtung auch *Heinig*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 145 (151).

1356 Genauer zum Begriff des *Debiasing* s. u. C II 3 b) dd).

1357 *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 9.

1358 *Hausmann/Welch*, The Journal of Political Philosophy 2010, 123 (126).

1359 *Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 235 (238).

1360 *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 9 f.; zurückhaltender bei der Einschätzung von *Nudges* als manipulativ *McCrudden/King*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 75 (112 ff.).

1361 Anders wohl *Sachs*, in: *Sachs,* GG, 8. Aufl. 2018, Vor Art. 1 Rn. 94, welcher allgemein staatliche Einwirkungen auf die „Motivation" der Grundrechtsträger erst dann als Eingriff in die Selbstbestimmung einstuft, wenn sie zwangsgleiche Intensität besitzen. Diese Ansicht ist wohl auch auf das *Nudging* übertragbar.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

(1) Durch Standardvorgaben

Zunächst ist an solche *Nudges* zu denken, welche versuchen, das alltägliche Gesundheitsverhalten zu beeinflussen. Diese wirken zwar ohne Erzeugung eines rechtlichen Zwangs und ohne Ausschließen von Verhaltensoptionen, sie können gleichwohl eine effektivere und wirkmächtigere Verhaltenssteuerung des Einzelnen bewirken als klassisch hoheitliche Maßnahmen.[1362] Dies schlägt sich vor allem in zwei Ausprägungen nieder. Zunächst können Entscheidungssituationen so gestaltet werden, dass keine aktive Entscheidung seitens des Steuerungsadressaten getroffen werden muss, er gleichwohl zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird (Widerspruchslösung bei der Organspende, Teilnahme an Bonus- oder Versicherungsprogrammen etc.). Dies ist insbesondere bei den Standardvorgaben (*default rules*) der Fall, da hier die Steuerungsadressaten zu einer Entscheidung geführt werden, welche sie gar nicht aktiv getroffen haben. Die Möglichkeit abweichender Entscheidung besteht zwar formell, wird aufgrund der einschlägigen Verhaltensmuster jedoch deutlich erschwert. Ein entsprechender Steuerungsansatz soll sich gerade den Umstand zu Nutze machen, dass praktischerweise eben in aller Regel nicht von dem vorgegebenen Entscheidungskontext abgewichen wird.[1363] Letztlich stellt eine Standardvorgabe eine Entscheidung für und nicht durch den Einzelnen dar.[1364] Hier erkennt selbst *Sunstein* an, dass eine solche Maßnahme die Autonomie des Einzelnen zu beeinträchtigen vermag.[1365]

(2) Durch heimliche Beeinflussung

Doch nicht nur in Fällen von Standardvorgaben und damit verbundener passiver Entscheidung, die vorgegebene Auswahl hinzunehmen, sondern auch in Fällen aktiver Entscheidungssituationen können *Nudges* die Autonomie dieser Entscheidungen und dementsprechend auch die Möglichkeit

1362 Vgl. *Di Porto/Rangone*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 29 (37 ff.).

1363 *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (5).

1364 Die grundrechtliche Zulässigkeit der Widerspruchslösung entsprechend verneinend *Reich*, in: *Biaggini/Diggelmann/Kaufmann* (Hrsg.), FS Thürer, 2015, S. 627 (635).

1365 *Sunstein*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. v (xii).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

abweichenden Verhaltens beeinträchtigen (Ernährungsgewohnheiten, Essenauswahl im Supermarkt/Restaurant/Cafeteria, Bewegungsgewohnheiten, Genussmittelkonsum etc.). Ein bedeutsames Merkmal ist in diesem Zusammenhang die Unsichtbarkeit oder *Heimlichkeit* der Steuerungsmaßnahme. In vielen Fällen sollen die Adressaten nämlich weder über ihre kognitiven Defizite noch über den Umstand und der Wirkweise des *Nudging* aufgeklärt werden.[1366] Sie werden vielmehr in ihren nicht-reflektierten, automatisierten Entscheidungsprozessen und -mustern angesprochen und darin festgehalten.[1367] Dadurch bewirkt die staatliche Maßnahme, dass der Steuerungsadressat gezielt eine staatlich gewünschte Entscheidung trifft, ohne sich dessen bewusst zu sein. Dies erschwert nicht nur wesentlich eine eigenständige und selbstbestimmte Entscheidung, sondern auch die Möglichkeit abweichenden Verhaltens. Gleichermaßen wird der Einzelne seiner Abwehr- und Rechtsschutzmöglichkeit beraubt. Die durch die manipulative Wirkweise erzeugte Intransparenz und Heimlichkeit von Maßnahmen der gelenkten Verhaltenssteuerung stellen demzufolge eine Beeinträchtigung der freien Selbstbestimmung und damit ein weiteres wesentliches Merkmal eines Grundrechtseingriffs dar.[1368] Die Schwere dieser Grundrechtsbeeinträchtigung kann insbesondere daran gemessen werden, in welchem Maße der Einzelne von solchen Maßnahmen im Alltag betroffen ist und inwieweit die Maßnahmen in ihrer Gesamtbetrachtung ein etwaiges abweichendes Verhalten vermeiden und erschweren. Je umfassender der Einzelne dabei von versteckten verhaltensleckenden Maßnahmen gesteuert werden soll, desto eher kann ein (schwerer) Grundrechtseingriff angenommen werden (additiver Grundrechtseingriff).[1369]

1366 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (10).

1367 *Van Aaken*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 83 (95).

1368 *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 (137), führt dazu zutreffend aus, dass auch wenn der Staat nur locke und der Bürger handele, ein Anreiz in aller Regel nicht im Verborgenden und nicht im Unbewussten liegen dürfe. Informales Verwalten sei dementsprechend nur zulässig, wenn es das Bewusstsein der Bürger anspreche; vgl. auch *van Aaken*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 161 (184 f.); zwischen unterschiedlichen Arten der Manipulation unterscheidend *Reich*, in: *Biaggini/Diggelmann/Kaufmann* (Hrsg.), FS Thürer, 2015, S. 627 (634).

1369 Dies auf Opt-out Standardvorgaben beziehend *Lübbe-Wolff*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 247 (252 f.); ebenso *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 (137); ähnlich wohl auch *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 29 Fn. 60

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

In Replik auf die Kritik der Intransparenz und Manipulation merkt selbst *Sunstein* an, dass staatliches *Nudging* immer transparent gestaltet sein und keinesfalls manipulativ wirken sollte. Wann immer sich der Staat solche Steuerungsmaßnahmen zu Nutze mache, müsse er durch Offenheit und Transparenz öffentliche Kontrolle ermöglichen.[1370] Eine solche Aussage überrascht jedoch, da viele *Nudges* gerade aufgrund der hier als manipulativ angesehenen Wirkung eine hohe Steuerungseffektivität versprechen.[1371] Bei genauerem Blick mag auch ein Hinweis auf eine nach bestimmten Verhaltensmustern ausgerichtete Verhaltenssteuerung an der Effektivität der Steuerungsmaßnahme wenig ändern. So können Menschen wohl selbst bei Kenntnis der kognitiven Defizite sich diesen nur selten verwehren.[1372] Ob eine Aufklärung oder ein entsprechender Warnhinweis – etwa darüber, dass Lebensmittel nach verhaltenspsychologischen Gesichtspunkten angeordnet wurden – im Ergebnis die Steuerungswirkung verringern würden, ist daher fraglich. Aufklärung und *Nudging* schließen sich zumindest nicht vollständig aus.[1373] Allerdings bestünde bei Aufklärung eine erleichterte Möglichkeit zu abweichendem Verhalten, da sich der Bürger etwa solchen staatlich gestalten Entscheidungssituationen nun besser entziehen könnte, was wiederum die Eingriffswirkung abmildern würde.[1374] Insgesamt scheint *Sunstein* sich bei seiner Aussage auch eher allgemein auf Transparenz im Sinne der Offenheit des Staates über den Einsatz entsprechender Mittel zu beziehen.[1375] Transparenz wird dabei im Sinne eines Publizitätsprinzips verstanden, dergestalt, dass die Regierung keine Maßnahme verfolgen soll, welche sie nicht Willens oder nicht in der Lage wäre, vor der Bevölkerung zu verteidigen.[1376] Durch Transparenz soll letztlich die öffentliche Debatte und Kontrolle ermöglicht und sicher-

---

sowie *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 234 ff.; zum Begriff des additiven Grundrechtseingriffs s. oben Kap. 2 C I 6.

1370 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583 (584).

1371 *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (16 f.); *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), Preference Change, 2009, S. 207 (209); *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (196).

1372 Vgl. *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (196).

1373 *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (196).

1374 Zum Erfordernis der Transparenz vgl. etwa *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 7.

1375 Auch wenn dies unklar bleibt, vgl. *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (344); vgl .auch *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (16).

1376 *Thaler/Sunstein*, Nudge, 2009, S. 244 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gestellt werden.[1377] Dies vermag jedoch nicht auszugleichen, dass dem Steuerungsadressaten die Verhaltenssteuerung durch den *Nudge* im Moment des *Nudging* weiterhin verborgen bleibt.[1378] Wenn es jedoch gerade um die Erkennbarkeit der Verhaltenserwartung und eine daraus resultierende Identifizierbarkeit oder eben Abwehrmöglichkeit geht, liegt es näher, dass dem Kriterium der Transparenz nur genügt wird, wenn der Steuerungsadressat selbst die entsprechende Maßnahme „kontrollieren" kann.[1379] Nach diesem Verständnis wären wohl die allermeisten *Nudges* als intransparent und damit manipulativ einzustufen.[1380]

(3) Durch Veränderung der individuellen Präferenzen

Ein weiterer bedeutsamer Punkt ist darüber hinaus, dass ein Großteil der individuellen Präferenzen weniger klar und stabil zu sein scheint, als dies von den klassischen verhaltensökonomischen Modellen unterstellt wird.[1381] So kann davon ausgegangen werden, dass Präferenzen erst am Ort oder im Moment der Entscheidung geprägt und gebildet werden und dann verhaltensleitend wirken.[1382] Die Entscheidung für oder gegen eine bestimmte Auswahloption kann so vielmehr als Ausdruck der persönlichen Präferenzen wahrgenommen werden denn als Handeln gegen die ei-

1377 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583 (584).

1378 Auf diesen bedeutsamen Unterschied hinweisend *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (10 Fn. 41) sowie *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (344).

1379 Vgl. *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (344).

1380 Andere hingegen lehnen solch ein „strenges" Verständnis von Transparenz ab und wollen etwa danach unterschieden, ob die hinter dem *Nudge* liegende Intention der Verhaltenssteuerung grundsätzlich abstrakt erkennbar ist – so etwa vor allem bei solchen Maßnahmen, welche mit optischen Mitteln arbeiten – oder nicht, vgl. etwa *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (17 ff.), wenngleich zu beachten ist, dass einige der dort als *Nudge* verstandenen Maßnahmen hier der kommunikativen Beeinflussung zugeordnet werden würden – insbesondere die als transparent eingestuften.

1381 *Reisch/Gwozdz*, in: *Ploeger/Hirschfelder/Schönberger* (Hrsg.), Die Zukunft auf dem Tisch, 2011, S. 323 (325); *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (4).

1382 *Reisch/Gwozdz*, in: *Ploeger/Hirschfelder/Schönberger* (Hrsg.), Die Zukunft auf dem Tisch, 2011, S. 323 (325).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

genen Präferenzen.[1383] Im Gegensatz zu dem vorgebrachten Argument, dass *Nudges* nur dem Einzelnen ermöglichen würden, Entscheidungen im tatsächlichen Einklang mit seinen Präferenzen zu bilden, ist es zumindest nicht ausgeschlossen, dass *Nudges* vielmehr auf die Bildung der Präferenzen selbst einen direkten Einfluss haben können.[1384] Rufen *Nudges* und andere verhaltenswissenschaftlich informierte Steuerungsmaßnahmen eine Entscheidung hervor, welche der Einzelne so gar nicht getroffen hätte, so kann dies wiederum kognitive Wirkungen hervorrufen. Entweder es stellt sich ein Gewöhnungseffekt ein, in dem Sinne, dass bestimmte Handlungen, welche man immer wieder ausführt (gesunde Essensauswahl aufgrund von *Nudges*), einen Einstellungs- und damit Präferenzwandel bewirken.[1385] Oder aber es entstehen sog. kognitive Dissonanzen, dergestalt, dass der Widerspruch zwischen ausgeführter Handlung (gesunde Essensauswahl) und Präferenz (Genussmensch) den Wunsch hervorruft, die Präferenz den Handlungen anzupassen, um den Widerspruch aufzulösen.[1386] Darüber hinaus lässt sich auch nicht der Eindruck verwehren, dass der Staat jedoch genau die Präferenzbildung seiner Bürger zu beeinflussen versucht.[1387] So geht es bei Maßnahmen der Gesundheitsförderung hauptsächlich darum, die Bürger zu einem „gesünderen" und „verantwortungsvolleren" Verhalten und Leben zu bewegen. Die Stärkung einer eigenständigen und damit autonomen Entscheidung mit tatsächlich offenem Ergebnis erscheint gar nicht gewollt, zumindest aber nicht im Fokus der Debatte. Insbesondere die Freiheit zur eigenständigen und unabhängigen Präferenzbildung gehört aber zum Kern des Selbstbestimmungsrechts. Macht sich der Staat diese Verhaltensmuster gezielt zur Steuerung von Willens-

---

1383 *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), Preference Change, 2009, S. 207 (212 ff.).

1384 *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), Preference Change, 2009, S. 207 (212 ff.); a. A. wohl *Hansen/Jespersen*, European Journal of Risk Regulation 2013, 3 (6), welche argumentieren, dass die Beeinflussung von Handlungs- und Auswahlpräferenzen nur selten vorkomme. Sie berufen sich dabei gleichsam auf die Erkenntnisse der Theorie der zwei Denksysteme.

1385 *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), Preference Change, 2009, S. 207 (212 ff.).

1386 *Bovens*, in: *Grüne-Yanoff/Hansson* (Hrsg.), Preference Change, 2009, S. 207 (212 ff.).

1387 *Van Aaken*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 83 (92), unterscheidet hier zwischen „preference paternalism" und „cognitive paternalism"; vgl. auch *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (815).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

bildung und Verhalten zu Nutze und erschwert damit abweichendes Verhalten wesentlich, ist darin ein freiheitsverkürzender Grundrechtseingriff in die individuelle Selbstbestimmung zu erblicken.[1388]

Dass der Staat damit nur den Marketing-Maßnahmen der Industrie entgegensteuere und nur eine ansonsten anderweitig bestehende Entscheidungsarchitektur ändere[1389], vermag die Bewertung als Grundrechtseingriff nicht zu verändern. Der Staat unterliegt im Gegensatz zu Privaten der Grundrechtsbindung, sodass sich eine staatliche Verhaltenssteuerung nicht der rechtlichen Bewertung durch das Argument entziehen kann, dass private Akteure die gleichen Mittel verwenden würden.[1390] Eine solche Argumentation „pervertiert" vielmehr den Grundrechtschutz.[1391] Es ist nicht plausibel, wieso der Staat sich genau solcher Mittel bedienen sollen darf, welche im Rahmen der privaten Nutzung als unlauter erkannt werden. Die Unvermeidbarkeit der Vorgegebenheit entscheidungserheblicher Umstände könnte etwa auch mit einer zufälligen Anordnung oder Gestaltung der Entscheidungsarchitektur begegnet werden.[1392] Ziel staatlicher Steuerung sollte im diesem Zusammenhang grundsätzlich die Autonomiestärkung sein. Dazu sind Lernprozesse erforderlich, welche den Einzelnen dazu befähigen, selbstbestimmter entscheiden und handeln zu können. Ein *Rebiasing*, also die Ausnutzung von unbewussten Verhaltensmustern zur Steuerung in eine andere als von der Industrie vorgegebene Richtung, vermag zwar ein Gegenpol zur privaten Marketingmacht bieten. Dies ist jedoch eine Frage der Eingriffsrechtfertigung und nicht der Eingriffsqualität des staatlichen Handelns selbst. Insgesamt lässt aber auch dieser Steuerungsansatz in gleichem Maße einen Mangel an Respekt für die Autonomie des

1388 Ähnlich *Eidenmüller*, JZ 2011, 814 (815), welcher im „Wertepaternalismus" stets eine freiheitsbeschränkende Intervention erblickt.

1389 *Sunstein*, Journal of Consumer Policy 2014, 583 (584); *Sibony/Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 1 (18 f.), bezeichnen dies als "counter-nudging".

1390 So auch *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136: „Die grundrechtsberechtigte Gesellschaft darf viele Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung – in den Grenzen des Rechts – nutzen. Für die grundrechtsverpflichtete öffentliche Hand ist die Lage komplizierter. Die indirekte Verhaltenslenkung hat erhebliche Folgen für Recht, Freiheit und Gesellschaft."; ähnlich *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 39.

1391 *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 24.

1392 *Wilkinson*, Political Studies 2013, 341 (343).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Bürgers erkennen wie das private Handeln der Industrie.[1393] Wenn der Staat dem Handeln der Privatwirtschaft entgegenwirken will, dann erscheint eher eine Regulierung und Beschränkung der Wirtschaft angebrachter als eine Manipulation, Gängelung und ein sozial-emotionales Unterdrucksetzen des Einzelnen.[1394]

cc) Zwang zur Entscheidung oder Erklärung

Des Weiteren ist zu beachten, dass autonomes Entscheiden und abweichendes Verhalten nicht nur durch die Ausnutzung bestimmter Verhaltensmuster wesentlich erschwert, sondern darüber hinaus auch noch zusätzlich mit höheren (Opportunitäts-) Kosten oder mit anderen Nachteilen verbunden werden kann. Deutlich wird dies wiederum im Falle von Standardvorgaben, bei denen ein abweichendes Verhalten, ein *Opt-out*, explizit erklärt werden muss. Der Steuerungsadressat wird hier unter (manipulativer) Ausnutzung von Verhaltensmustern und sozialem Druck stark zu einer bestimmten Entscheidung gedrängt, unter Umständen gar, ohne sich dieser Steuerung bewusst sein zu können. Die freiheitsverkürzende Belastung durch eine Standardvorgabe liegt spätestens im Zwang zu einer Erklärung, um aus einer unerwünschten Standardoption herausoptieren zu können.[1395]

Insgesamt ist die Eingriffsbewertung auch hier im Zusammenhang mit der Finalität vorzunehmen. Dient der Zwang zur Erklärung oder der Zwang zu einer Entscheidung nicht einer staatlichen Zielverfolgung für eine bestimmte Auswahloption, sondern allein der Herstellung einer Entscheidungssituation überhaupt, so ist darin wohl in aller Regel noch keine freiheitsverkürzende Wirkung zu erkennen. Diese Idee kann am Beispiel der Organspende veranschaulicht werden. Die Bewertung einer Wider-

1393 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (12).

1394 So auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 24; *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (12); *Sibony/Alemanno*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 1 (18). Hierbei fragt sich jedoch inwieweit die typische Regulierung des Marktes noch unter dem Begriff des *Nudging* diskutiert werden sollte, ist doch Kern des Konzepts die verhaltenswissenschaftliche Steuerung des Einzelnen.

1395 Vgl. *Spilker*, ZRP 2014, 112 (113); *Wolff*, RW 2015, 194 (214 f.) m. w. N. sowie *Lübbe-Wolff*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 247 (252).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

spruchslösung gegenüber einer Zustimmungslösung bestimmt sich hauptsächlich danach, dass bei einer Zustimmungslösung der Staat sein Ziel der Erhöhung der Organspender nicht verfolgt und bei Nichtstun der vorgefundene „Normalzustand" erhalten bleibt. Bei der Widerspruchslösung hingegen nutzt der Staat die verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnisse gezielt zur Verfolgung seiner Zwecke aus. Demzufolge ist nicht der Zwang zur Erklärung selbst, sondern der Zwang zur Erklärung, wenn dem staatlich gewünschten Verhalten widersprochen werden soll, als Eingriff zu bewerten. Wird etwa jedem Bürger bei der Beantragung oder Erneuerung eines Führerscheins, Personalausweises etc. die Frage gestellt, ob dieser Organspender sein möchte oder nicht, so kann dies auch dahingehend verstanden werden, dass durch die Herstellung dieser Entscheidungssituation überhaupt erst eine Auswahlsituation hergestellt wird. Darauf hingewiesen zu werden, dass der Normalzustand (Nichtspender) nur einer von vielen möglichen Zuständen ist und aufgezeigt zu bekommen, welche Handlungsalternativen vorstellbar und wählbar sind (Spendebereitschaft generell, Spendemöglichkeit verschiedener Organe etc.), kann nur schwerlich als freiheitsbeschränkend verstanden werden. Das Vorhandensein von Wahloptionen an sich kann grundsätzlich als freiheitsverstärkend und folglich nicht als Grundrechtseingriff angesehen werden.[1396] Dies bedingt jedoch, dass keine Auswahloption vorgegeben wird und möglichst neutrale Informationen zur Verfügung gestellt werden.

Zu bedenken ist darüber hinaus jedoch, dass es von kulturellen und geschichtlichen Umständen abhängt, welcher Zustand in einer Gesellschaft als „Normalzustand" verstanden wird. So ist es kaum als Grundrechtseingriff zu qualifizieren, dass man tätig werden, seine Zustimmung erklären, einen Antrag stellen muss, um etwas zu erhalten, Organspender zu sein oder an einem Bonusprogramm teilnehmen zu können. Der Normalzustand ist hier, dass man diese „Vorteile" nicht automatisch hat. Die Notwendigkeit zum Tätigwerden, um Vorteile in Anspruch zu nehmen, ist keine Freiheitsbeschränkung. Argumentativ könnte man allerdings auch die Perspektive einnehmen, dass in einer Gemeinschaft jeder natürlicherweise Organspender, Teilnehmer an einem Bonusprogramm etc. sein sollte. Wer von diesem Zustand abweichen möchte, dem kann es zugemutet werden, aktiv tätig zu werden. Möchte man dann den „Vorteil" des Ausoptierens

1396 So auch *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (15).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erhalten, so kann die Notwendigkeit zum Tätigwerden ebenso wenig als Freiheitsbeschränkung verstanden werden wie in dem ersten Szenario. Hierzu muss allerdings entgegnet werden, dass in einem freiheitlichen Staat die Freiheit vom Staat und das Freisein von staatlicher Entscheidung für einen zunächst immer als Normalzustand gesehen werden muss. Freie Selbstbestimmung ist die Standardoption des liberalen Rechtsstaats.[1397] Der Staat bedarf daher grundsätzlich immer eines legitimen Ziels, wenn er seine Bürger von dem Normalzustand der Staatsfreiheit wegbewegen möchte. Am Beispiel des Konsumverhaltens ist es daher unterschiedlich zu bewerten, ob die ungesunde Süßwarenzone mit einer gesunden Obst- und Gemüsezone ersetzt wird oder gesunde und ungesunde Produkte gleichrangig nebeneinander präsentiert werden, um so den Verfügbarkeits-*Bias* auszuschalten und eine bewusste(re) Entscheidung des Konsumenten zu ermöglichen.

dd) Debiasing und die Neutralisierung von kognitiven Defiziten

Tatsächlich autonomiestärkend, und zwar auf den ersten Blick unabhängig von Wertentscheidungen und Vermutungen über individuelle Präferenzen und Interessen, erscheinen staatliche Maßnahmen dann, wenn sie nicht versuchen, irrationale Verhaltensweisen auszunutzen, sondern ihnen entgegen zu wirken. Diese Art der Regulierung wird mitunter auch als *Debiasing* durch Recht bezeichnet und beschreibt eine Methode, in der das Recht eingesetzt wird, um Menschen zu helfen, ihre *Biases* und Irrationalitäten zu reduzieren, also systematische Verhaltensdefizite zu erkennen und zu überwinden.[1398] Auch wenn dieser regulatorische Ansatz auf denselben verhaltenswissenschaftlichen Erkenntnissen wie beim *Nudging* aufbaut, ist er vom Regelungsprinzip her fundamental unterschiedlich zu bewerten.[1399] Während es beim klassischen *Nudging* in allererster Linie um die komplementäre Begleitung staatlich gesetzter Ziele der Verhaltens-

1397 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (8).

1398 *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 14; *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (91 ff.); grundlegend *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 ff.

1399 Vgl. *McCrudden/King*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 75 (113).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

steuerung geht, steht beim *Debiasing* durch Recht vielmehr tatsächlich die Präferenzstruktur und Entscheidungsfreiheit des Einzelnen im Vordergrund.[1400] Der Ansatz des *Debiasing* ist damit eng verknüpft mit der Idee der Befähigung oder des *Empowerment*s des Individuums.[1401] Ansatz ist nicht die Gestaltung der Entscheidungsarchitektur zur Ausnutzung bestimmter Verhaltensmuster, sondern zur Identifizierung und Überwindung unbewusster kognitiver Prozesse und emotionaler Ansprache durch die häufig durch die Privatwirtschaft gestaltete Umgebung.[1402] Daraus folgt, dass sich staatliche Informations- und Aufklärungsmaßnahmen durch Sachlichkeit und eine gewisse Nüchternheit auszeichnen sollten.[1403] Der Gegenentwurf zu einem *Debiasing* ist jedenfalls in solchen Maßnahmen zu sehen, welche sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht extrem wirken, also etwa mittels Schockbilder auf eine starke emotionale Ansprache setzen.[1404]

Allerdings muss zugleich angemerkt werden, dass auch die Idee des *Debiasing* einer normativen Wertung über die Irrationalität bestimmter menschlicher Denk- und Entscheidungsprozesse sowie daraus resultierender Handlungen unterliegt. So müssen die von der Verhaltensökonomie identifizierten kognitiven Defizite nicht zwingend als Defizit menschlichen Verhaltens wahrgenommen werden.[1405] Es gibt durchaus auch Ansätze, welche einen positiven Wert und einen guten Sinn in den beschriebenen Verhaltensauffälligkeiten sehen.[1406] Teilweise werden diese gar als „intelligent" bezeichnet.[1407] Auch ein *Debiasing* durch Recht setzt daher als Grundannahme voraus, dass bestimmte kognitive Vorgänge tatsächlich

---

1400 *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 (207 ff.).

1401 *Di Porto/Rangone*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 29 (50).

1402 *Di Porto/Rangone*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 29 (50).

1403 *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 (214).

1404 Dies etwa bei Tabakwarnvorschriften der EU erkennend *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 (215); ähnlich auch *Seckelmann/Lamping*, DÖV 2016, 189 (193); s. dazu auch oben C II 2 b).

1405 Vgl. *Wolff*, RW 2015, 194 (212 f.); *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (366); *Rachlinski*, Northwestern University Law Review 2003, 1165 (1168 ff.) sowie *Mitchell*, William & Mary Law Review 2002, 1907 ff.

1406 Vgl. *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (366 ff.).

1407 Vgl. *Wolff*, RW 2015, 194 (212) sowie *Gigerenzer*, Review of Philosophy and Psychology 2015, 361 (366 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

als fehlerhaft wahrgenommen werden können. Dies gilt wohl zumindest für Informationsdefizite und (sehr) beschränkte Entscheidungsoptionen. Zulässig erscheinen in diesem Zusammenhang solche *Nudges* die Transparenz schaffen, zu Lernprozessen anstoßen und so zu einer kompetenten Entscheidung und Handlungsauswahl befähigen.[1408] Dies könnte etwa die soeben beschriebene Eröffnung einer Entscheidungssituation oder etwa die Gestaltung von Rechtsnormen dergestalt, dass sie interaktive Kommunikationsprozesse vor Entscheidungssituationen befördern, umfassen.[1409] Auch können je nach Ausgestaltung Warnhinweise auf Tabakprodukten oder Nährwertangaben auf Lebensmittelverpackungen in ihrer Funktion als Gegenpol zu den kognitiven Defiziten des unrealistischen Optimismus und der Verfügbarkeitsverzerrung im Lichte eines *Debiasing* gesehen werden.[1410] Insgesamt erscheint hier aber der Neuwert der Steuerungskategorie des *Nudging* erschöpft, stellen Aufklärungsarbeit, Information und die Herstellung und Förderung von kommunikativen Prozessen ein klassisches Instrument staatlicher Verhaltenssteuerung dar. Die Verhaltensökonomie kann dann insoweit einen Beitrag leisten, als dass sie ermöglicht, gezielt auch über typische Verhaltensmuster aufzuklären und zu informieren. Zugleich ist nochmals zu betonen, dass sich auch staatliche Kommunikation grundsätzlich auf einer feinen Gratwanderung zwischen neutraler Information und Befähigung auf der einen und überzeugender, erzieherischer und manipulativer Verhaltens- und Gesinnungssteuerung auf der anderen Seite bewegt.[1411]

1408 Vgl. auch *van Aaken*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 83 (95 f.).

1409 *Van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (13 ff.) m. w. Bsp.

1410 So *Mathis*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 79 (92); ihm ist insoweit nicht zuzustimmen, dass auch drastische Warnungen mittels stark emotionaler Ansprache als bloßes „*Debiasing*" und nicht vielmehr als „*Rebiasing*" qualifiziert werden sollen.

1411 Die Gefahr der potenziellen Autonomiebeschränkung erkennend *Jolls/Sunstein*, Journal of Legal Studies 2006, 199 (231 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

c) Fazit: Nudging als Grundrechtseingriff

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Maßnahmen der geführten Entscheidungsfindung (*Nudging*) nicht a priori als freiheitsgerecht oder grundrechtverkürzend qualifiziert werden können. Sie weisen jedoch angesichts ihrer Wirkmechanismen in die letztere Richtung. Je nach Ausgestaltung können sie damit als Grundrechtseingriff qualifiziert werden[1412], insbesondere, wenn sie final die Ausübung grundrechtlich geschützter Autonomie und Verhalten erschweren. Die Wesentlichkeit der grundrechtlichen Beeinträchtigung ergibt sich vor allem aus der Heimlichkeit und unter Umständen auch aus der Vielzahl der auf den Einzelnen gerichteten Maßnahmen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die Interessen des Menschen auf eine selbstbestimmte und damit autonome Willensbildung und Entscheidungsfähigkeit. Staatliche Maßnahmen, welche versuchen, einen Einfluss auf diese Willensbildungsprozesse auszuüben, stehen damit im Widerspruch zur grundrechtlich garantierten inneren Geistesfreiheit und dem Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung. Führen sie zu Situationen, in denen dem Bürger ein Erklärungszwang auferlegt wird, so greifen sie auch in die allgemeine Handlungsfreiheit ein. Manipulatives *Nudging* muss in einem Rechtsstaat grundsätzlich eine wohl begründete Ausnahme bleiben.[1413] Das Grundgesetz warnt „ausdrücklich vor einem ‚Schupsen', das eine bewusste Gegenwehr ausschaltet, dem Bürger das Recht raubt, jedenfalls im Privatbereich in Ruhe gelassen zu werden, Staatsaufgaben und staatliche Handlungsmittel konturenlos werden lässt

1412 So auch *Purnhagen/Reisch*, "Nudging Germany"?, 2015, S. 24; *van Aaken*, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, 1 (19); *Heinig*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 145 (150 f.), sieht *Nudging* generell als rechtfertigungsbedürftig; *Lübbe-Wolff*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 247 ff., verweist insbesondere auf die Verhältnißmäßigkeitsprüfung; *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (135), soweit der Grundrechtsträger daran gehindert werde, „seine Sinnesorgane zur Wahrnehmung des äußeren Geschehens" einzusetzen; differenzierter *Wolff*, RW 2015, 194 (214 ff.), welche allerdings auch solche Maßnahmen als *Nudges* begreift, die hier grundsätzlich dem Bereich der Kommunikation zugeordnet werden; *Smeddinck*, Die Verwaltung 2011, 375 (386), stuft *Nudges* höchstens als Eingriffe von geringer Eingriffstiefe ein, welche dann in aller Regel verhältnismäßig seien.

1413 Vgl. auch *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 (137).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

und die Balance von Freiheit und Ordnung, von Gesellschaft und öffentlicher Hand gefährdet".[1414]

4. Beeinflussung des Gesundheitsverhaltens durch Anreize

a) Negativanreize – Benachteiligung ungesunden Verhaltens

Auch bei der Bewertung von Anreizen als Grundrechtseingriff scheinen auf den ersten Blick die Merkmale des klassischen Eingriffs im Sinne eines imperativen Ge- oder Verbotes nicht einschlägig zu sein. Dieser erste Eindruck lässt sich bei genauerem Hinsehen jedoch nicht ganz bestätigen. Zum einen sind finanzielle Anreize in aller Regel gesetzlich konkretisiert und können auch (wie etwa im Rahmen einer Kostenbeteiligungspflicht) hoheitlich durchgesetzt werden. Auch ist ganz eindeutig das Merkmal der Finalität zu bejahen, da finanzielle Anreize – neben der fiskalischen Zwecksetzung – gezielt zur Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens eingesetzt werden.[1415] Insgesamt können Anreize zu einer starken Änderung und Anpassung des individuellen Gesundheitsverhaltens bewegen.[1416] In Abgrenzung zu kommunikativen Maßnahmen und *Nudges* sind Anreize nicht auf eine Willensmanipulation ausgerichtet. Sie setzen eher einen äußeren Rahmen und versuchen je nach Ausgestaltung den möglichen Handlungsspielraum des Bürgers zu verengen. Insbesondere in Form finanzieller Belastungen können sie die Ausübung gesundheitsrelevanten Verhaltens zumindest wesentlich erschweren oder gar faktisch unmöglich machen.[1417]

Die Erhebung von Steuern etwa verpflichtet zwar den Steuerschuldner nicht rechtsverbindlich zu einem bestimmten Verhalten, gibt ihm aber durch die Sonderbelastung eines unerwünschten Verhaltens ein finanzwirtschaftliches Motiv, sich für ein bestimmtes Tun oder Unterlassen zu entscheiden. Die fiskalische Entscheidungsfindungs- und Verhaltenssteue-

---

1414 *G. Kirchhof*, ZRP 2015, 136 (137).

1415 Vgl. zum Ganzen *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 78.

1416 Vgl. *Gostin/Stone*, in: *Dawson/Verweij* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, 2007, S. 59 (69 f.).

1417 Vgl. *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 79.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

rung ist exemplarisch für eine faktische Beeinträchtigung, welche regelmäßig dann Eingriffsqualität erreicht, wenn ein von der Maßnahme ausgehender negativer Verhaltensanreiz in Bezug auf eine konkrete Verhaltensalternative in objektivierender Perspektive begründet werden kann.[1418] Diese Voraussetzungen sind im Rahmen negativer Anreize in der Regel erfüllt, sie stellen damit grundsätzlich einen Grundrechtseingriff (in der Regel in Art. 2 Abs. 1 GG) dar.[1419] Der Eingriff ist dabei nicht nur in der bloßen Auferlegung einer Geldleistungspflicht, sondern auch in der Sanktionierung oder Subventionierung hoheitlich gewünschten Verhaltens zu sehen.[1420] So ist allgemein anerkannt, dass auch der verhaltenslenkenden Wirkung von Steuern eine selbstständige, vom primären Steuereingriff zu unterscheidende Grundrechtsrelevanz zukommen kann.[1421] Die Bewertung als Grundrechtseingriff hängt dabei von der Selbstständigkeit der Belastung und von der Intensität der Verhaltensbeeinflussung ab.[1422] Der Grad der Verhaltensbeeinflussung kann insbesondere jedoch bei finanziellen Anreizen sehr unterschiedlich ausfallen. Eine selbstständige Eingriffswirkung hinsichtlich des Lenkungsziels kommt nach verbreiteter Ansicht grundsätzlich nur soweit in Betracht, als die finanzielle Belastung prohibitive Wirkung entfaltet, sie in ihrer verhaltensbeeinflussenden Wirkung also faktisch dem imperativen Eingriff gleichkommt.[1423] Spätestens ist die Verfolgung eines Lenkungsziels jedoch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu beachten.[1424] Die vom Gesetzgeber in den Vordergrund gerückte Begründung für die Abgabe ist im Rahmen der verfassungsrechtlichen Kontrolle ernst zu nehmen.[1425] *Kirchhof* bezeichnet es allerdings als „frag-

---

1418 *Cornils*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 76.

1419 Vgl. etwa BVerfGE 98, 106 (117); vgl. auch *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139 sowie *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 21.

1420 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 95.

1421 Vgl. *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 264 f.

1422 Vgl. *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 276; *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, 2017, S. 209 stellt maßgeblich auf die Finalität der Maßnhame ab.

1423 Ausführlich dazu *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 267 ff.; *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 95.

1424 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 95.

1425 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 100 m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

würdig“, wenn finanzielle Anreize nichtwirtschaftliche Effekte erreichen sollen.[1426] Mittel und Zweck der Regelung gehören dann nämlich unterschiedlichen Rechtsbereichen an. Unterscheiden sich jedoch die staatlich gesetzte Motivation (Vermögensvorteil) und das Ziel der individuellen Initiative (hier etwa eine gesündere Lebensweise) deutlich, ist zumindest ein besonderer Rechtfertigungsbedarf anzuerkennen.[1427] Ein finanzieller Anreiz kann dabei als Einwirkungsinstrument im Anwendungsbereich finanzfremder Grundrechte sachfremd wirken.[1428]

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss die Erhebung besonderer Verbrauchssteuern in Form der Lenkungssteuer zur Beeinflussung eines bestimmten (Konsum-)Verhaltens allerdings regelmäßig als legitimes Ziel staatlichen Handelns angesehen werden.[1429] Als Grundlage zum Tätigwerden reicht dem Staat hier in der Regel die Steuergesetzgebungskompetenz. Erst „wenn die steuerliche Lenkung nach Gewicht und Auswirkung einer verbindlichen Verhaltensregel nahekommt, die Finanzfunktion der Steuer also durch eine Verwaltungsfunktion mit Verbotscharakter verdrängt wird, bietet die Besteuerungskompetenz keine ausreichende Rechtsgrundlage“ mehr.[1430] Umso mehr die entsprechende Steuer folglich einen Einfluss auf die Willensentschließung des Einzelnen ausübt, desto berechtigter ist es, das staatliche Lenkungsziel an den zum Gebot oder Verbot entwickelten verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu messen.[1431] Auch kann die steuerliche Belastung im Vergleich zum Verbot grundsätzlich als milderes Mittel angesehen und unter diesem Aspekt gar als freiheitsvergrößernd betrachtet werden.[1432] Darüber hinaus vermag dieser Umstand aber nichts an der grundsätzlichen Qualifizierung als Eingriff zu ändern. Bei Verbrauchssteuern, welche zu Lenkungszwecken eingesetzt werden, ist auch zu berücksichtigen, inwieweit der Steuer ausgewichen werden kann. Kritisch und als „steuersystematisch bedenklich“ wird danach eine zusätzliche Besteuerung von Salz und Zucker angesehen.[1433]

1426 *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 42 f.
1427 *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 43.
1428 *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 43.
1429 BVerfGE 84, 239 (274); BVerfGE 93, 121 (147); BVerfGE 98, 106 (117).
1430 BVerfGE 98, 106 (118) mit Verweis auf BVerfGE 38, 61 (81).
1431 *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig,* GG, Bd. I, 39. EL (Juli 2001), Art. 2 Abs. 1 Rn. 95.
1432 So etwa *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3660), nach dem dies insbesondere für die Tabak- und Alkoholsteuer gilt.
1433 *Weber-Grellet*, NJW 2001, 3657 (3660 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Unter diesen Gesichtspunkten sind auch Malus-Regelungen im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung einer Betrachtung zu unterziehen. Auch Malus-Regeln verbinden mit der Ausübung eines bestimmten Verhaltens oder eben des Unterlassens eines staatlich gewünschten Verhaltens einen spürbaren Nachteil in Form einer höheren Kostenbelastung. Eine solche Belastung ist dabei sowohl in der kompletten Pflicht zur Selbstfinanzierung bei einer entzogenen Leistung als auch bei einer erhöhten Selbstbeteiligung bei zum Teil noch vom kollektiven Sicherungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung erfassten Leistungen zu erblicken.[1434] Potenziell denkbar wäre auch ein höherer Versicherungsbeitrag etwa bei Verweigerung der Datenfreigabe bezüglich sensibler Gesundheitsdaten an den Versicherer.[1435] Ob neben der finanziellen Belastung auch der verhaltenslenkenden Regelung im Sinne eines Gesunderhaltungsgebots eine eigenständige Grundrechtsrelevanz zukommt, ist dann wiederum nach der Intensität und der Selbstständigkeit der Belastung zu bemessen. Von einer selbstständigen verhaltenslenkenden Belastung kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn es gerade auch Intention der Regelung ist, den Einzelnen von dem als gesundheitsgefährdend betrachteten Verhalten abzuhalten. Insbesondere sind auch die den einzelnen Versicherten treffenden kumulativen Belastungen zu betrachten. Die durch finanzielle Anreize zumindest mittelbar statuierte Verhaltenspflicht kann damit einen eigenständigen Eingriff in die individuelle Selbstbestimmung und „freie Lebensgestaltung" darstellen.[1436] Eine entsprechende verhaltenslenkende Freiheitsbeschränkung in Form eines Negativanreizes enthalten etwa die §§ 52 SGB V sowie 62 Abs. 1 SGB V, welche bereits aufgrund der finanziellen Belastung als auch der verhaltenslenkenden Wirkung als rechtfertigungsbedürftige Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG[1437] sowie die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende gesundheitliche Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) zu qualifizieren sind.

1434 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139 f.

1435 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 140.

1436 So auch *Bieback*, ZSR 2003, 403 (434).

1437 So in Bezug auf § 52 SGB V auch *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 141 f. sowie *Eberbach*, MedR 2010, 756 (765).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Auch erscheint insbesondere § 52 Abs. 2 SGB V eine nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung zu bewirken.[1438]

b) Positivanreize – Förderung gesunden Verhaltens

Von den negativen Anreizen abgesehen, stellt sich die Frage, ob auch positive Anreize als Grundrechtseingriff qualifiziert werden können. Entsprechend positive Anreize sind beispielsweise die angesprochenen Bonussysteme bei Inanspruchnahme gesundheitsförderlicher Leistungen und Früherkennungsmaßnahmen. Die Bewertung des Grundrechtseingriffs wird zunächst dadurch erschwert, dass sich die Gefährdungslage des negativen Anreizes hier nicht unmittelbar übertragen lässt. Negative Anreize führen zu einer Belastung des Einzelnen bei Verfolgung des unerwünschten Verhaltens, sie können daher eine stark inhibitive Wirkung entfalten. Bei Begünstigungen hingegen hat der Einzelne zunächst keinen Anspruch auf diese. Verhält sich die Person nicht den positiven Anreizen entsprechend, so steht diese von ihren Handlungsoptionen her grundsätzlich nicht schlechter da als zuvor.[1439] Die Ausführungen zur staatlichen Kommunikationstätigkeit und der geführten Entscheidungsfindung haben jedoch gezeigt, dass eine Freiheitsbeeinträchtigung nicht nur im Rahmen *verbietender*, sondern auch im Rahmen *gebietender* Verhaltenssteuerung erfolgen kann. Das in Aussicht stellen eines (finanziellen) Vorteils für ein bestimmtes Verhalten, hat in aller Regel Einfluss auf den Willensbildungs- und Entscheidungsprozess.[1440] Letztlich wird die Gewährleistung von Vorteilen nämlich an die Nichtausübung oder an eine bestimmte, staatlich vorgegebene Form der Ausübung von Grundrechten geknüpft. Die freie Ausübung der grundrechtlich geschützten Freiheiten ist dann mit dem Nachteil der Nichtgewährung von Vorteilen verbunden.[1441] Auch der potenzielle Verlust von Begünstigungen kann damit einen bedeutsamen Einfluss auf das Verhalten des Einzelnen ausüben und mithin als ein rechtfertigungsbe-

1438 Statt vieler *Bernzen*, MedR 2008, 549 (551); dazu genauer sogleich C II 6.

1439 *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 79.

1440 *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 79.

1441 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

dürftiger Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit sowie die gesundheitliche Selbstbestimmung zu qualifizieren sein.[1442] Je stärker der in Aussicht gestellte Vorteil, desto stärker ist auch die Eingriffswirkung. Als anschauliches Beispiel kann die Entwicklung im Bereich der Bonussysteme gesehen werden. Durch die immer fortschreitende technische Entwicklung der Datensammlung und Datenauswertung und die damit verbundene Personalisierung der Bonusprogramme kann ein starker Verhaltensdruck und auch eine Stigmatisierung derjenigen erfolgen, die etwa aus Bedenken des Datenschutzes nicht an entsprechenden Programmen teilnehmen wollen. Es ist wohl nur eine Frage der Zeit, wie lange und zu welchen Kosten man sich als Versicherter einer solchen Entwicklung noch entziehen können wird.[1443] Entsprechende Sorgen wurden bereits im Zusammenhang mit den zunehmenden Telematik-Tarifen geäußert: „Mit dem Erfolg der Telematik-Tarife wird der Druck auf all diejenigen wachsen, die ihre Körperdaten für sich behalten wollen: Sie müssen für das Recht, ihre Daten zu kontrollieren, nicht nur mehr bezahlen (was sich nicht jeder leisten kann), sondern werden bei Weigerung, Gutscheine und Vergünstigungen anzunehmen, auch einem Generalverdacht ausgesetzt."[1444] Dass es mit der Freiheit, über seine Gesundheitsdaten und sein Gesundheitsverhalten selbstbestimmt entscheiden zu können „nicht mehr weit her" ist, wenn Krankenkassen Tarifmodelle entwickeln, bei denen man den günstigsten Tarif nur bei Einwilligung in eine ständige Übermittlung der kompletten Gesundheitsdaten erhält, hat auch die Politik erkannt.[1445] In welchem Maße diese Erkenntnis jedoch in Zukunft rechtliche Konsequenzen zeitigen wird, bleibt abzuwarten. § 53 Abs. 3 SGB V ebnet bereits jetzt schon den

1442 So auch *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139 ff.

1443 SZ Online v. 30.1.2016, http://www.sueddeutsche.de/digital/kommentar-daten-sind-nicht-alles-1.2 840186 (Stand: 4.4.2017).

1444 FAZ Online v. 28.11.2014, http://www.faz.net/-gqz-7wt2v (Stand: 4.4.2017); eine entsprechende Gefahr bezüglich des Schutzes von Gesundheitsdaten sieht auch *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139 ff.

1445 So Bundesjustizminister *Heiko Maas* in einem Gastbeitrag, Donaukurier Online v. 8.2.2016, http://www.donaukurier.de/nachrichten/digital/datenschutz/wochennl062016-Wir-alle-bewegen-uns-auf-einem-schmalen-Grat;art251975,3179174 (Stand: 4.4.2017).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Weg dafür, Prämienzahlungen oder Zuzahlungsermäßigungen für besondere Versorgungsformen mittels Wahltarifen vorzusehen.[1446]

Für die rechtliche Bewertung erscheint es zudem bedeutsam, an welche Verhaltensweisen und Maßnahmen (finanzielle) Vorteile geknüpft werden können. Einige Kommentatoren führen dazu mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 65a SGB V aus, dass die „private Lebensführung" nicht Gegenstand von Bonusregelungen sein dürfe.[1447] Gemeint ist damit, dass die Satzungen der Krankenkassen nur die Inanspruchnahme der in § 65a Abs. 1 aufgeführten qualitätsgesicherten Maßnahmen als Voraussetzung zur Bonusgewährung vorsehen können und darüber hinaus keine weiteren Anforderungen an die private Lebensführung der Versicherten gestellt werden dürfen.[1448] Dass allerdings bereits die Teilnahme an Bonusprogrammen Ausprägungen persönlicher Lebensführung sind, wie etwa das Sport- und Fitnessverhalten, scheint dem Gesetzgeber nicht als Widerspruch.[1449] So dienen die Anreizmöglichkeiten doch gerade dazu, die private Lebensführung der Versicherten zu beeinflussen und diese zur Inanspruchnahme gesundheitsförderlicher Leistungen zu bewegen. Dass die Bonusleistungen nicht unmittelbar an die private Lebensführung anknüpfen dürfen, ändert nichts daran, dass die entsprechenden Programme und Maßnahmen nichtdestotrotz einen starken Einfluss auf diese haben können. Die Teilnahme an gesundheitsfördernden Angeboten wie etwa die Erreichung des Deutschen Sportabzeichens oder qualitätsgesicherte Bewegungsangebote in Sport- oder Fitnessstudios[1450] sowie Kurse zur gesunden Ernährung sind untrennbar mit Fragen der persönlichen Lebensführung verbunden. Gleiches gilt für die Teilnahme an Vorsorgeuntersuchungen im Sinn der §§ 25, 26 SGB V. Das individuelle Gesundheitsverhalten insgesamt ist untrennbar mit Fragen der persönlichen Lebensführung verbunden. Auch Bonusprogramme regeln damit unausweichlich Fragen der privaten Lebensführung. Aus Sicht der Verhaltenssteuerung und der potenziellen Beeinträchtigung der gesundheitlichen Selbstbestimmung besteht

1446 Vgl. dazu auch *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 141.

1447 So *Welti*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 65a Rn. 5, wenngleich anerkennend, dass der Grenzbereich hierzu berührt wird; *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (351).

1448 *Krauskopf*, in: *Krauskopf,* Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 58. EL (Juni 2007), § 65 a Rn. 5.

1449 Wie hier *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (351).

1450 Vgl. *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (351 f.) m. w. N.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

wohl kein Unterschied danach, ob man dazu animiert wird, im Rahmen eines zertifizierten Fitnesskurses oder in den eigenen vier Wänden körperlich aktiv zu sein. Daneben stellen sich je nach Ausgestaltung des Bonusprogramms auch Fragen der unterschiedlichen Honorierung verschiedenen Gesundheitsverhaltens und damit einer möglichen Ungleichbehandlung der Versicherten.[1451] Problematisch erscheint dabei insbesondere, dass die Krankenkassen in ihrem inhaltlichen Gestaltungsspielraum bezüglich der verhaltensbezogenen Präventionsmaßahmen (Art und Inhalt der Maßnahme, Dauer und Frequenz der Inanspruchnahme etc.) sehr frei sind.[1452]

Das Beispiel der Bonusprogramme veranschaulicht darüber hinaus, dass es für die Eingriffsbewertung grundsätzlich unerheblich ist, ob ein negativer oder positiver Anreiz gegeben ist.[1453] Oftmals stellen sich Begünstigung und Belastung nämlich als nicht klar unterscheidbare Kategorien heraus, sondern unterliegen vielmehr Wertungsentscheidungen.[1454] So können etwa Bonuszahlungen für gesundheitsförderliches Verhalten je nach Perspektive auch als Belastung für diejenigen, die entsprechende Maßnahmen nicht in Anspruch nehmen können oder wollen, gesehen werden.[1455] Auch in dieser Konstellation wird die freie Ausübung eines Grundrechts mit dem Nachteil der Nichtgewährung von Vorteilen verknüpft.[1456] Darüber hinaus kann die Perspektive auch eine bloße Frage der Zahlenverteilung darstellen. Wenn etwa ein Großteil der Versicherten Vergünstigungen für bestimmte Verhaltensweisen erlangen, dann kann man genauso gut davon sprechen, dass Versicherte, welche diese freiwilligen Leistungen nicht in Anspruch nehmen insgesamt einen höheren Tarif bezahlen und letztlich im Vergleich zu den Begünstigten belastet werden.

1451 *Krauskopf*, in: *Krauskopf,* Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, 58. EL (Juni 2007), § 65 a Rn. 6.

1452 Vgl. BT-Drucks. 15/1525, S. 95.

1453 So auch *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139.

1454 *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 79 ff.; diese Gleichsetzung von Vor- und Nachteil ablehnend *Klement*, in: *Spiecker genannt Döhmann/Wallrabenstein* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, 2016, S. 105 (135).

1455 So betrachtet etwa *Bieback*, ZSR 2003, 403 (433 f.), einen ausbleibenden Bonus beim Zahnersatz als Sanktion; vgl. auch *Hermstrüwer*, GesR 2018, S. 21 (23).

1456 *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 139.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Frage, ob ein Grundrechtseingriff vorliegt, kann jedoch nicht von der Wertungsfrage abhängen, ob man den Anreiz als eher begünstigend oder insgesamt belastend qualifizieren möchte. Eine entsprechende Unterscheidung hat daher keinen Einfluss auf die grundsätzliche Einstufung als Grundrechtseingriff.[1457]

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass Anreize aufgrund ihrer verhaltenssteuernden Wirkung eine Verkürzung der grundrechtlichen geschützten Handlungsfreiheit und des Rechts auf gesundheitliche Selbstbestimmung darstellen und damit grundsätzlich als Eingriff in diese qualifiziert werden können. Nimmt der Staat Einfluss auf das Verhalten seiner Bürger, so verlangen die Grundrechte, dass die staatliche Einflussnahme gerechtfertigt werden kann.[1458] Die Zulässigkeit des staatlichen Einsatzes verhaltenssteuernder Anreize richtet sich demnach insbesondere nach der Ziellegitimität und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen.

5. Beschränkung des Gesundheitsverhaltens durch Ver- und Gebote

Ver- oder Gebote eliminieren grundsätzlich mögliche Verhaltensalternativen und schränken damit die Entscheidungsoptionen des Individuums ein. Entsprechende Maßnahmen lassen sich auf dem Gebiet der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention – wie beschrieben – nur vereinzelt finden. Rauchverbote oder das Verbot bestimmter ungesunder Lebensmittel oder Genussmittel stellen klare Eingriffe in die allgemeine Handlungs-

---

1457 Als Besonderheit im Rahmen positiver Anreize könnte jedoch der Umstand zu beachten sein, dass positive Anreize, wenn sie als rein extrinsischer Motivator wirken, unter Umständen nur eine begrenzte verhaltensändernde Wirkung entfalten. So lassen sich Hinweise darauf finden, dass (ökonomische) Anreize vor allem dann effektiv sind, wenn sie eine bereits vorhandene intrinsische Motivation, das entsprechende Verhalten zu verfolgen, unterstützen. Auch können ökonomische Anreize bei sowieso vorhandener intrinsischer Motivation als Rationalisierungsargument für solche Personen dienen, die eine für ihre soziale Gruppe untypisches Verhalten verfolgen wollen und aufgrund des dadurch bestehenden Gruppendrucks ansonsten von dem Verhalten Abstand nehmen würden. In diesen Fällen würden positive Anreize dann freiheitsermöglichend und freiheitsbestärkend wirken, sodass dann darin wohl kein Grundrechtseingriff erblickt werden kann, vgl. zum Ganzen *Wolff*, Public Health Ethics 2014, 1 ff. sowie *Gorin/Schmidt*, Public Health Ethics 2015, 34 ff.

1458 So auch *Sacksofsky*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Assmann/Voßkuhle* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, 2012, § 40 Rn. 81.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

freiheit dar. Die Einführung einer staatlichen Impfpflicht etwa zur Bekämpfung einer wieder erstarkenden Masernepidemie, würde einen klassischen Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit und die gesundheitliche Selbstbestimmung darstellen.[1459] Darüber hinaus kann jedoch auch eine Risikoerhöhung bereits als Eingriff in die körperliche Unversehrtheit gewertet werden.[1460] Dies wird etwa für eine Fahrradhelmpflicht hervorgebracht, wo aufgrund der unsicheren Datenlage teilweise argumentiert wird, dass eine allgemeine Helmpflicht unter Umständen gar das Verletzungsrisiko steigern könne.[1461]

Wenn auch noch nicht etabliert, zumindest aber aufgrund der aktuellen Entwicklung gendiagnostischer Methoden vorstellbar, wären zudem konkret festgeschriebene Gesunderhaltungs- oder Mitwirkungspflichten gesetzlich Versicherter.[1462] So könnten sich insbesondere aus einer voranschreitenden „Individualisierung von Risiko und Verantwortung“[1463] konkrete Pflichten ergeben, sein Leben an sein individuelles Krankheitsrisiko anzupassen. Auch ganz allgemein könnte für jedermann die Verpflichtung statuiert werden, bestimmte „ungesunde“ Verhaltensweisen zu unterlassen und „gesunde“ Verhaltensweisen einzuüben.[1464] Das geforderte Pflichtenspektrum könnte hier etwa von der Informationsbeschaffung und entsprechenden Verhaltensanpassung bis zur verpflichtenden und unter Umständen sanktionsbewährten Teilnahme an präventiven Gesundheitsuntersuchungen reichen.[1465] Andere stellen sich gar vor, dass man im Falle der „Gesundheitspflicht-Verweigerung“ zum Tragen von Körpersensoren und Überwachungsgeräten verpflichtet werden könnte.[1466] Nicht nur würden entsprechende Mitwirkungspflichten die Lebensgestaltungsmöglichkeiten des Versicherten auf vielfältige Weise einschränken, auch entstünde durch die Verlagerung der Gesundheit und des damit verbundenen Lebensstils vom privaten Interesse hinein in das öffentliche Interesse ein erhöhter Rechtfertigungszwang seitens des individuellen Versicherten und seiner

1459 *Schaks/Krahnert*, MedR 2015, 860 (864); vgl. auch *Trapp*, DVBl. 2015, 11 (14).
1460 So *Schaks/Szymanski*, NVwZ 2015, 1108 (1109); offenlassend BVerfG, Beschl. v. 24.7.1986 – 1 BvR 331/85 u. a., NJW 1987, 180.
1461 Vgl. *Schaks/Szymanski*, NVwZ 2015, 1108 ff. m. w. N.
1462 *Eberbach*, MedR 2010, 756 (764 f.).
1463 *Eberbach*, MedR 2010, 756 (764 f.).
1464 *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (354 f.).
1465 *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (354 f.); *Eberbach*, MedR 2010, 756 (766).
1466 Entsprechende Möglichkeiten aufzeigend *Eberbach*, MedR 2010, 756 (768 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

persönlichen Lebensführung.[1467] Sie würden damit zweifelsohne einen mitunter intensiven Eingriff in die innere und äußere Freiheit der Versicherten (Allgemeines Persönlichkeitsrecht und gesundheitliche Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG) darstellen und nach entsprechend hohen Rechtfertigungsgründen verlangen.[1468]

Ein erwähnenswerter Ansatz, grundrechtsbeschränkende Wirkungen von Verboten und Geboten zu unterscheiden, nimmt Bezug auf die Frage, inwieweit die entsprechende Maßnahme die individuelle Willensfreiheit respektiert.[1469] So kann in der klaren Beschränkung einer bestimmten Verhaltensoption mittels Verbot zugleich auch ein Respekt gegenüber individueller Willensfreiheit erblickt werden. Das Verbot nutzt nämlich weder bestimmte menschliche Verhaltensmuster- oder Schwächen aus, sondern regelt eine ganz bestimmte Verhaltensweise, während es mögliche anderen Verhaltensmöglichkeiten unberührt lässt. Eine Gebotsnorm hingegen schreibt ein bestimmtes Verhalten vor.[1470] Dem Einzelnen obliegt damit weniger oder keine Auswahl, da er ein ganz bestimmtes Verhalten verfolgen muss oder zumindest soll. Letztlich droht damit die Gebotsnorm die individuelle Willensfreiheit durch staatliche Entscheidung zu ersetzen und nicht nur zu begrenzen, wie es die Verbotsnorm tut. Gebote sind dabei umso schwerwiegendere Freiheitseingriffe, desto weniger Verhaltensalternativen sie zulassen.[1471]

1467 *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (354 f.).

1468 Lediglich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht beziehend *Kluth/Bauer*, ZSR 2011, 341 (355); ebenso *Schneider*, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 2016, S. 81.

1469 Zum Folgenden *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (171 ff.).

1470 Dies gilt generell für solche Maßnahmen, die versuchen den Einzelnen zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, so etwa positive Anreize oder Maßnahmen der Leitbilderzeugung.

1471 *Lepsius*, in: *Führ/Bizer/Feindt* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, 2007, S. 168 (173).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

6. Ungleichbehandelnde und diskriminierende Maßnahmen

Insbesondere Vor- oder Nachteile gewährende Maßnahmen wie etwa Bonus- und Malus-Systeme im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung können potenziell eine faktische Ungleichbehandlung der Versicherten bewirken. Ein Paradebeispiel für eine willkürliche Diskriminierung bestimmter Verhaltensweisen und sozialer Gruppen stellt die Regelung des § 52 Abs. 2 SGB V dar. Spätestens seit der abschließenden Festlegung auf ganz konkrete Maßnahmen ist in der Regelung eine willkürliche Inanspruchnahme der Versicherten zu erblicken.[1472] Neben der zumindest gesellschafts- und rechtpolitisch fragwürdigen Entsolidarisierungstendenz ist jedoch offensichtlich, dass die vom Gesetzgeber aufgeführten Maßnahmen das Spektrum körpermodifizierender Maßnahmen nicht annähernd abdecken.[1473] Ein sachlicher Grund zur unterschiedlichen Behandlung dieser gleichgelagerten Fälle ist nicht ersichtlich.[1474] Darüber hinaus erscheint es generell fragwürdig, ob im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG überhaupt an vereinzelte Verhaltens- und Lebensweisen (finanzielle) Vor- oder Nachteile geknüpft werden können. So würden es viele Versicherte wohl als soziale Diskriminierung empfinden, wenn sie auf bestimmte Freizeitaktiviäten, Risikosportarten oder einen bestimmten Lebensstil verzichten müssten, weil sie sich dessen krankenversicherungsrechtliche Absicherung nicht mehr leisten könnten.[1475] Darüber hinaus erscheint es praktisch nicht einfach, individuell beeinflussbare oder schicksalhafte und vernünftige oder unvernünftige Risiken und Verhaltensweisen überzeugend unterscheiden zu können.[1476] Auch mit Blick auf die zunächst positiv konnotierten Bonusleistungen ist dabei zu hinterfragen, ob diese nicht sogar grundsätz-

---

1472 *Wienke*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 169 (174 f.); *Rixen*, in: *Weilert* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 331 (340); *Lang*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 8, bezeichnet die Vorschrift daher als „verfassungsrechtlich schwer haltbar"; *Bernzen*, MedR 2008, 549 (550) spricht von „grundloser Diskriminierung".

1473 *Wienke*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 169 (174 f.); *Lang*, in: *Becker/Kingreen,* SGB V, 5. Aufl. 2017, § 52 Rn. 8.

1474 So auch *Prehn*, NZS 2010, 260 (265).

1475 *Wienke*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 169 (176).

1476 *Wienke*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, 2009, S. 169 (176).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

lich gegen den Gleichheitssatz verstoßen, solange nicht die sozialen und kulturellen Barrieren beim Zugang zu Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, der Vorsorge und zum Gesundheitssystem allgemein abgebaut werden.[1477]

D. Zwischenfazit des zweiten Kapitels

In diesem Kapitel wurde aufgezeigt, dass neben der äußeren Verhaltensfreiheit auch die innere Entscheidungs- oder Willensbildungsfreiheit umfassend von den Grundrechten geschützt ist. Eine besondere Ausprägung dieses insbesondere aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Schutzes ist das Recht auf gesundheitliche Selbstbestimmung. In Gesamtschau dieser Grundrechte steht es dem Bürger nicht nur frei, gesundheitsfördernde oder gesundheitsschädliche Verhalten- und Lebeweisen zu verfolgen, ihm ist vor allem ein Freiraum zu gewähren, in dem er selbstbestimmt sein Verständnis und sein Verhältnis zum Gesundheitlichen herausbilden und nach den eigenen Werten und Maßstäben festlegen darf. Wenn also die facettenreichenreichen Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention den Einzelnen in seiner Verhaltensfreiheit oftmals nur marginal zu beeinträchtigen vermögen, so haben sie ein umso stärkeres Potenzial, die staatliche gewünschte Verhaltenssteuerung durch eine Beeinträchtigung auf psycho-sozialer Ebene zu bewirken.

Als dogmatische Herausforderung gestaltet sich dabei insbesondere die Grenzziehung zwischen dem Schutz des Individuums gegenüber staatlichen Maßnahmen der psycho-sozialen Kontrolle und Lenkung einerseits und der professionellen Hilfe zur Stärkung der Kompetenzen und Fähigkeiten andererseits äußerst schwierig.[1478] Insbesondere nach kumulativer Betrachtung können so auch bloße Informationen und Empfehlungen schließlich in Verbindung mit entsprechenden materiellen Begleitregelungen die Wirkungsintensität eines Druckmittels mit Zwangscharakter erreichen.[1479] Auch wurde deutlich, dass hinter den klassischen Maßnahmen auf der einen und den verhaltenswissenschaftlich informierten Steuerungsmaßnahmen auf der anderen Seite ein grundsätzlich unterschiedlicher Regulierungsansatz steht. Ultimativ mit Zwang durchsetzbare gesetzgeberi-

1477 *Bieback*, ZSR 2003, 403 (434).
1478 Vgl. *Bieback*, ZSR 2003, 403 (434).
1479 Vgl. *Kirchhof*, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, S. 42.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

sche Maßnahmen stellen einen klaren Verhaltensappell an zur Selbstbestimmung fähige Bürger dar. Ob den gesetzgeberischen Vorgaben gefolgt wird oder nicht, liegt sodann bei ihnen. Gesetzgeberische Verhaltenskonditionierung und -manipulation aufgrund verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse hingegen wirft einen Kontrast, wenn nicht gar einen krassen Widerspruch zum Leitbild des selbstbestimmten Bürgers auf.[1480] Das Gesamtbild ergibt somit, dass viele der hier vorgestellten Maßnahmen der Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention das Potenzial zu einem mitunter starken Grundrechtseingriff aufweisen. Ein besonderes Augenmerk ist daher auf die Rechtfertigungsmöglichkeiten des Staates zur Steuerung des Gesundheitsverhaltens seiner Bürger zu richten.

1480 Vgl. zum Ganzen *Cserne*, in: *Alemanno/Sibony* (Hrsg.), Nudge and the Law, 2015, S. 279 (295).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.; *Murswiek/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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gemeinschaftsinteressen[1492], 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. Rechtspaternalismus 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 Paternalismusdiskussion 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 Paternalismusdiskussion bei der Frage des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht sieht. Dies umfasst jedoch sowohl die Eingriffs- als auch Rechtfertigungsebene.

1494 *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 12; *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, S. 109 (136); *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2013, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Stupser und geschickte Anpassungen der Entscheidungsarchitektur lassen sich isoliert betrachtet teilweise nur mit Mühe als (schwerer) Grundrechtseingriff 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.; *Murswiek/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 Anschnall- 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-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ermöglichenden 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 zusteht[1518], 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 *Murswiek/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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Sozial*schädlichkeit*.[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 dürften.[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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Schutzanspruch 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 vorgeschalteten 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 mahnend *Klement*, in: *Spiecker 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 259 ff. sowie *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 208 ff. Dies weist bereits daraufhin, 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Staatshandelns 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 „Wechselfällen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ersteren 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 autonomiebeschränkenden 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 entgegensetzt. 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Lebendorganspende 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 *Murswiek/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 – 1 BvR 2181-98 u.a., NJW 1999, 3399 (3401); zur Kritik an dieser Entscheidung *Kirste*, JZ 2011, 805 (811).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 abzugrenzen.[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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

– nie ausdrücklich dazu bekannt, *Freiheitsbeschränkungen* auch in solchen Fällen als gerechtfertigt anzusehen, in denen der Gesetzgeber von einer vollständig autonomen Selbstschädigung ohne Möglichkeit des Verweises 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 GG[1580] 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 objektivrechtlich 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 vollumfänglich 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: *Anderheiden/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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

„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 verwandtschaftlichen 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 prioritär wahrgenommen würden.[1611] Zu-

1607 So insb. die Idee des libertären Paternalimus 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Rousseaus*[1616] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Wertebeziehungen 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, könne 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Werthaftigkeit 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Rationalitäts*defizit* 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Zweckverfolgung[1648] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Biases* 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Intervenienten 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 seins 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/Vossenkuhl* (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: *Spiecker 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erwähnt, sind zur Ordnung von Massenerscheinungen wie im Sozial- oder Steuerrecht Generalisierungen, Typisierungen und Pauschalisierungen 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-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 verkennen 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 „Prämisse der 'Entwicklungsfähigkeit' 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 sind[1685], 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Rechts*staat 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Verfassungssessenz 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 unbenommen, sich für die essentiellen Grundwerte der Verfassung werbend einzusetzen und auch Rechtstreue und Friedlichkeit von allen Bürgern einzufordern. Solche die „Verfassungsessenz" 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Verfassungsgrundwerte hinausgehende weltanschauliche Werte- und Lebensdeutungsgemeinschaft bildet[1709], 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 wahrnimmt[1717], 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 Belange 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 schwacher 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 werden[1725]) 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997, S. 130 f.; *Volkmann*, in: *Kemmerer/Möllers/Steinbeis u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, 2016, S. 141 (149).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Landesnichtraucherschutzgesetze, 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 Inpflichtnahme 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, einzugrenzen 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 Verminderung 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ab[1740], 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

der einen und der individualisierbaren Rechte auf der anderen Seite[1741]. 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 stoße 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 objekti-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 zeitigt[1752], 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 „gemischtem 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 erachten 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Rauchen 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 zielte 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 Gefahrschutzes vor übertragbaren Krankheiten eine Beschränkung der hier in Frage stehenden alltäglichen Verhaltensweisen nicht rechtfertigen lässt, liegt das Gesundheitsrisiko hier doch hauptsächlich bei den *nichtübertragbaren*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 spiele 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. *Parmet*, Populations, Public Health, and the Law, 2009, S. 194 f.

1778 Vgl. *Parmet*, 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Hemmschwellen 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

1. Die Volksgesundheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht führte den Begriff der Volksgesundheit[1791] 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 unbestritten, „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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gesetzgebers, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gefahrschutz 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 ist[1817], 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Sicherheit[1825], 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gemeinwohlbelange 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Murswiek*, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Schutzguts 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 angemessenere 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

erforderlich qualifizieren zu können. Während in den gesundheitswissenschaftlichen Konzepten oft ein bevölkerungsweiter Ansatz aufgrund höherer gesamtgesellschaftlicher Effektivität bevorzugt wird[1847], verlangt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hier vielmehr nach Diversifizierung und Zielgruppenspezifizität. 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 Gemeinwohlerwägungen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 könne 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 Bevölkerungs-gesundheit 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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“ abwägen 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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 vordemokratischer Gemeinwohlvorstellungen mit dem Grundgesetz *Häberle*, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 143 f.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Schutzgut 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 an[1870] und betont in ständiger Rechtsprechung, dass es sich bei der Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung um einen *überragend* 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Beitragssätze 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 Zahngesundheitszustand 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Doehring* 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

fach betont, dass der Leistungskatalog durchaus von finanzwirtschaftlichen Erwägungen mitbestimmt sein darf[1886] und die Krankenkassen von Verfassungs wegen nicht dazu verpflichtet sind, alles zu leisten, was an Mitteln zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist[1887]. 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, soweit 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 Versicherungszwang 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 entgegengehalten 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 *Süß*, 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Affaires 2002, 47 ff. sowie *Marckmann*, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 53 (61 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Affaires 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 Kranken-versicherung, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 abhinge,

---

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: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407; vgl. auch *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 53 f., der vom „kulturkämpferischen Habitus der Gesundheitsförderung" spricht.

1916 *Wright*, in: *Bittlingmayer/Sahari/Schnabel* (Hrsg.), Normativität und Public Health, 2009, S. 407 (408); *Wikler*, Ethics & International Affaires 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 PratientInnenautonomie: 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 bezweckt, 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 Leistungssauschlüssen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 verstoße; 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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

gesehen.[1946] Dies setzt regelmäßig ein final auf die Entstehung des Sozialleistungsanspruchs gerichtetes Verhalten des Versicherten voraus.[1947] Davon 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 verbergen.[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 *Münnich*, 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 finanzierter 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 PratientInnenautonomie: Eigenverantwortung in der Gesundheitspolitik, 2009, S. 6 ff.

1950 *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (289).

1951 *Höfling*, ZEFQ 2009, 286 (289).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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); *Süß*, 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 Affaires 2002, 47 (52), weist zudem darauf hin, dass sich gleiches Risikoverhalten 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 Affaires 2002, 47 (50 f.).

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 beimessen 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. *Höfling*, 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. *Höfling*, 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-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 fragwürdig[1967], 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 vorgetragene 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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); *Münnich*, 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 Schutzpflicht verfassungsrechtlich das heutige Leistungsniveau umfasst, s. auch oben C IV 1.

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 PratientInnenautonomie: 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 *Süß*, 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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

tersuchungen) würde jedoch aussagekräftige Wirksamkeitsnachweise erfordern.[1997] Durch die zunehmenden Möglichkeiten gendiagnostischer Methoden stellt sich zudem die Frage nach der Reichweichte *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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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-

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 gelaufenen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gewähr-leistungen 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 „Wechselfälle 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. Gleichermaßen 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: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, 2010, S. 38 (41 ff.), weist darauf hin, dass Kostenersparnis sowieso nicht das relevante Entscheidungskriterium zur Nutzenbeurteilung von Prävention sein sollte.

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

neutral oder gar kostensparend[2022] sein.[2023] Eine große Hürde stellt daneben das Gebot der Gleichbehandlung des Art. 3 GG dar. Risiko- und kostenerhöhende Tatbestände müssen willkürfrei 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 Affaires 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 Fettleibige 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 Krankheitsursache 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.; *Steinkamp*, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

mären Prävention und Gesundheitsförderung insbesondere zur Verminderung sozial bedingter sowie geschlechtsbezogener Ungleichheit von Gesundheitschancen beitragen sollen. Die Verringerung gesundheitlicher Ungleichheiten 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 dar[2045]: 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 hinzunehmender 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 „abwegig"; 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Freiheitsausübung in gewissem Maße hinzunehmen sind[2057], 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 jedermann.[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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *Grzeszick*, 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 führten.[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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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*, VVDStRL 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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 (c*apability 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 einzugreifen, 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 sozialstrukturell 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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Die Handlungsbegrenzung wirkt sich jedoch nicht nur für belastende finanzielle Maßnahmen aus, sondern auch für Leistungen der Gesundheitsförderung allgemein. Ohne gezielte Ansprache sozial schwacher 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 reichen […].“[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 Kassenarzturteil[2143] und im Urteil über das Arzneimittelgesetz[2144].

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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. 2014[2152] 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 Dampfes seien nur höchst unterschiedliche Gefahrenpotentiale vorhanden. Insbesondere jedoch entstehe bei der Verdampfung kein Zigarettenrauch, wodurch eben auch keine zahlreichen charakteristischen krebserzeugenden 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-foerdern (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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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: *Alemanno/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: *Spiecker 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: *Alemanno/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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 antasten 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) Aussagekraft 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 zugedachten 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 grundrechtseingreifender 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: *Bittlingmayer/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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

unwirksam oder gar schädlich erweisen können.[2174] Insgesamt stellen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Plausibilität gesetzgebersicher 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.).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 seien[2184] 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: Neocalssical economics in disguise?, 2010.

2185 *Berg/Gigerenzer*, As-if behavioral economics: Neocalssical economics in disguise?, 2010, S. 23.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 nachhaltgien 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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 *McCrudden/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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Gesundheits-versorgung, 2008, S. 411, kritisiert etwa, dass es in der präventionspolitischen Praxis regelmäßig zu einer unzweckmäßigen Bevorzugung einfach zu organisierender und weniger komplexer Interventionen komme.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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, Zielgruppenspezifität 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 unentrinnbar 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.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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 Krankversicherungsrecht 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 Entscheidngen sind; ähnlich bereits *Wikler*, in: *Sartorius* (Hrsg.), Paternalism, 1983, S. 35 (43).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Zusammenfassende Thesen

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

zialen Konformitätsdruck kann sich der Einzelne in aller Regel nur schwer entziehen. Er wird damit klar in seiner Freiheit beeinträchtigt.

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Literaturverzeichnis

Adler, Nancy E./Stewart, Judith, Reducing Obesity: Motivating Action While Not Blaming the Victim, The Milbank Quarterly 2009, S. 49–70.

Albayrak, Sahin, Digitale Zukunft - Sensoren in der Unterwäsche, Gesundheit und Gesellschaft 2012, S. 14.

Alber, Kathrin/Kliemt, Hartmut/Nagel, Eckhard, Selbstverantwortung als Kriterium kaum operationalisierbar, Deutsches Ärzteblatt 2009, S. 1361–1363.

Alemanno, Alberto, What can EU Health Law Learn from Behavioural Sciences? The Case of EU Lifestyle Regulation, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 235–253.

Alemanno, Alberto/Garde, Amandine, The Emergence of an EU Lifestyle Policy: The Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, Common Market Law Review 2013, S. 1745–1786.

Alemanno, Alberto/Garde, Amandine, Regulating lifestyles, Europe, tobacco, alcohol and unhealthy diets, in: *Alemanno, Alberto/Garde, Amandine* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, Cambridge 2015, S. 1–19.

Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise, Epilogue: The Legitimacy and Practicability of EU Behavioural Policy-Making, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 325–347.

Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015.

Altgeld, T., Gesundheitsfördernde Pflichten und Verbote - Wie viel staatliche Autorität ist zumutbar?, Gesundheitswesen 2010, S. 3–9.

Amir, On/Lobel, Orly, Liberalism and Lifestyle: Informing Regulatory Governance with Behavioural Research, European Journal of Risk Regulation 2012, S. 17–25.

Anderson, Joel, Disputing Autonomy, Nordic Journal of Philosophy 2008, S. 7–26.

Andrews, Judy A./Tildesley, Elizabeth/Hops, Hyman/Li, Fuzhong, The Influence of Peers on Young Adult Substance Use, Health Psychology 2002, S. 349–357.

Angele, Sybille, Die Entwicklung von Gesundheitszielen in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2003, S. 109–113.

Anomaly, Johnny, Public Health and Public Goods, Public Health Ethics 2011, S. 251–259.

Anomaly, Johnny, Is Obesity a Public Health Problem?, Public Health Ethics 2012, S. 216–221.

Austin, Wendy, Using the human rights paradigm in health ethics: the problems and the possibilities, Nursing Ethics 2001, S. 183–195.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Axer, Peter, § 95 - Gesundheitswesen, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, S. 1005–1047.

Axer, Peter, Soziale Gleichheit - Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 2009, S. 177–218.

Bäcker, Gerhard/Naegele, Gerhard/Bispinck, Reinhard/Hofemann, Klaus/Neubauer, Jennifer, Sozialpolitik und soziale Lage in Deutschland, Band 2: Gesundheit, Familie, Alter und Soziale Dienste, 5. Auflage, Wiesbaden 2010.

Badura, Peter, Der Sozialstaat, DÖV 1989, S. 491–499.

Badura, Peter, Staatsrecht, Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl., München 2012.

Baier, Horst, Gesundheit als organisiertes Staatsziel oder persönliches Lebenskonzept?, Zur Sozialgeschichte und Soziologie des Wohlfahrtsstaates, in: *Häfner, Heinz* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, Berlin und Heidelberg 1999, S. 30–56.

Baier, Horst, Gesundheit als Staatsziel, Wirtschaftsnutzen oder Biopolitik, in: *Seewald, Otfried/Schoefer, Hartmut* (Hrsg.), Zum Wert unserer Gesundheit, Der Arzt zwischen Rationierung und Rationalisierung, Bd. 5, Baden-Baden 2008, S. 111–126.

Barrot, Johannes, Der Kernbereich privater Lebensgestaltung, Zugleich ein Beitrag zum dogmatischen Verständnis des Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, Baden-Baden 2012.

Barton, Adrien, How Tobacco Health Warnings Can Foster Autonomy, Public Health Ethics 2013, S. 207–219.

Bauer, Axel W., Gesundheit als normatives Konzept in medizintheoretischer und medizinhistorischer Perspektive, in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 31–57.

Bauer, Ullrich, Das Präventionsdilemma, Potenziale schulischer Kompetenzförderung im Spiegel sozialer Polarisierung, Wiesbaden 2005.

Bauer, Ullrich/Bittlingmayer, Uwe H./Richter, Matthias, Determinanten und Mechanismen gesundheitlicher Ungleichheit. Die Herausforderung einer erklärenden Perspektive, in: *Bauer, Ullrich/Bittlingmayer, Uwe H./Richter, Matthias* (Hrsg.), Health Inequalities, Determinanten und Mechanismen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2008, S. 13–56.

Bauer, Ullrich/Bittlingmayer, Uwe H./Richter, Matthias (Hrsg.), Health Inequalities, Determinanten und Mechanismen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2008.

Beauchamp, Tom L./Childress, James F., Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., New York 2013.

Beck, Susanne/Barnikol, Utako Brigit/Birnbacher, Dieter/Langenberg, Ulrich/Steinert, Jessica/Schulenburg, Dirk/Fangerau, Heiner, Prädiktive Medizin - eine rechtliche Perspektive, MedR 2016, S. 753–757.

Becker, Ulrich, Das „Menschenbild des Grundgesetzes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin 1996.

Becker, Ulrich, Prävention in Recht und Politik der Europäischen Gemeinschaften, ZSR 2003, S. 355–369.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 5. Aufl., München 2017 (zitiert: *Becker/Kingreen*).

Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin (Hrsg.), Kommentar zum Gesundheitsrecht, SGB V und SGB XI, Baden-Baden 2015 (zitiert: *Berchtold/Huster/Rehborn*).

Berg, Nathan/Gigerenzer, Gerd, As-if behavioral economics: Neocalssical economics in disguise? 2010.

Bergdolt, Klaus, Zur Kulturgeschichte des Gesundheitsbegriffs, in: *Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, Beiträge des Symposiums vom 27. bis 30. September 2003 in Cadenabbia, Freiburg im Breisgau 2004, S. 16–32.

Berlin, Isaiah, Four Essays on Liberty 1971.

Bernzen, Matthias, Die neue Mitteilungspflicht nach § 294a Abs. 2 SGB V und der Leistungsausschluss nach § 52 Abs. 2 SGB V - verschleiert, verschmälert, verfassungswidrig, MedR 2008, S. 549–553.

Beske, Fritz, Prävention - Vor Illusionen wird gewarnt, Deutsches Ärzteblatt 2002, A1209-A1210.

Betghe, Herbert, § 158 - Gewissensfreiheit, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, S. 663–709.

Bethge, Herbert, § 58 - Mittelbare Grundrechtsbeeinträchtigungen, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg u.a. 2009, S. 113–160.

Beulke, Werner/Schröder, S., Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.9.1990 - 4 StR 359/90, NStZ 1991, S. 393–395.

Bhattacharya, Jay/Sood, Neeraj, Who pays for Obesity?, Journal of Economic Perspectives 2011, S. 139–158.

Bieback, Karl-Jürgen, Prävention als Prinzip und Anspruch im Sozialrecht, insbesondere in der Gesetzlichen Krankenversicherung, ZSR 2003, S. 403–442.

Biendarra, Ilona/Weeren, Marc, Einleitung, in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 13–16.

Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfalz, Gesundheit und Gerechtigkeit, Ethische, soziale und rechtliche Herausforderungen, Diez 2010, http://www.mjv.rlp.de/icc/justiz/med/6cf/6cf3ed04-31d8-9214-f80b-1e177fe9e30b,11111111-1111-1111-1111-111111111111.pdf (Stand: 15.6.2015).

Black, Douglas, The Pros and Cons of Screening, Annals of the New York Academy of Sciences 1988, S. 157–158.

Blaxter, Mildred, Health and Lifestyles, London, New York 1990.

Blöcher, Holger, Die Berücksichtigung der persönlichen Lebensführung bei der Leistungsvergabe der Gesetzlichen Krankenkassen nach § 52 SGB V, Hamburg 2002.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Blümel, Stephan, Akteure, Angebote und Strukturen, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, Glossar zu Konzepten, Strategien und Methoden, Gamburg 2011, S. 14–18.

Böckenförde, Ernst Wolfgang, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin 1978.

Bode, Ingo, Disorganisierte Governance und Unterpriviligierung, Die Konsequenzen neuer Steuerungsformen in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: *Clement, Ute/Nowak, Jörg/Ruß, Sabine u. a.* (Hrsg.), Public Governance und schwache Interessen, Wiesbaden 2010, S. 27–46.

Boeckh, Jürgen/Huster, Ernst-Ulrich/Benz, Benjamin, Sozialpolitik in Deutschland, Eine systematische Einführung, 3. Aufl., Wiesbaden 2011.

Bok, Sissela, Rethinking the WHO Definition of Health, Harvard Center for Population and Development Studies Working Paper Series 2004, S. 1–16.

Boorse, Christopher, Gesundheit als theoretischer Begriff, in: *Schramme, Thomas* (Hrsg.), Krankheitstheorien, Berlin 2012, S. 63–110.

Borden, David P., Innovative Policies under Bloomberg's 'New' Public Health, Hastings Center Report 2014, S. 6–7.

Bovens, Luc, The Ethics of Nudge, in: *Grüne-Yanoff, Till/Hansson, Sven Ove* (Hrsg.), Preference Change, Approaches from Philosophy, Economics and Psychology, Dordrecht u.a. 2009, S. 207–219.

Brand, Angela/Stöckel, Sigrid, Die öffentliche Sorge um die Gesundheit aller - ein sinnvoller Anspruch?, in: *Brand, Angela/Engelhardt, Dietrich v./Simon, Alfred u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, Jahrestagung der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., Hamburg 2001, Bd. 11, Münster 2002, S. 11–28.

Braun, Hans (Hrsg.), Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft, Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswille des Bürgers, Baden-Baden 1981.

Breitkopf, Helmut/Stollmann, Frank, Nichtraucherschutzrecht, Darstellung, 3. Aufl, Wiesbaden 2013.

Briesen, Detlef, Was ist "gesunde Ernährung"?, APuZ 2010, S. 40–46.

Bröckling, Ulrich, Der präventive Imperativ und die Ökonomisierung des Sozialen, Public Health Forum 2013, 29.e1.

Brockmann, Judith/Ullrich, Nils, Zuzahlungen in der gesetzlichen Krankenversicherung - (k)eine Grenze in Sicht?, VSSR 2009, S. 339–359.

Brönneke, Jan Benedikt/Kipker, Dennis-Kenji, Fitness-Apps in Bonusprogrammen gesetzlicher Krankenkassen, Sozial- und datenschutzrechtliche Anforderungen, GesR 2015, S. 211–216.

Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, Glossar zu Konzepten, Strategien und Methoden, Gamburg 2011.

Burris, Scott/Anderson, Evan, Legal Regulation of Health-Related Behavior: A Half-Century of Public Health Law Research, Annual Review of Law and Social Science 2013, S. 95–117.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Burris, Scott/Gostin, Lawrence O., Genetic Screening from a Public Health Perspective, Three "Ethical" Principles, in: *Bayer, Ronald/Gostin, Lawrence O./Jennings, Bruce u. a.* (Hrsg.), Public Health Ethics, Theory, Policy, and Practice, Oxford, New York 2007, S. 357–367.

Buyx, Alena, Eigenverantwortung als Verteilungskriterium im Gesundheitswesen, Theoretische Grundlagen und praktische Umsetzung, Ethik in der Medizin 2005, S. 269–283.

Callahan, Daniel, The WHO Definition of 'Health', The Hastings Center Studies 1973, S. 77–87.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV, AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta ; Kommentar, 4. Aufl., München 2011 (zitiert: *Calliess/Ruffert*).

Cancik, Pascale, Verhaltensmodelle und die Rechtswissenschaft, in: *Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H.* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Verständigung, Bd. 43, Baden-Baden 2007, S. 52–59.

Christakis, Nicholas A./Fowler, James H., The Spread of Obesity in a Large Social Network over 32 Years, New England Journal of Medicine 2007, S. 370–379.

Coggon, John, What Makes Health Public?, A Critical Evaluation of Moral, Legal, and Political Claims in Public Health, Cambridge, UK, New York 2012.

Cohen, I. Glenn/Fernandez Lynch, Holly/Robertson, Christopher T. (Hrsg.), Nudging Health, Health Law and Behavioral Economics, Baltimore 2016.

Cohen, Joshua T./Neumann, Peter J./Weinstein, Milton C., Does Preventive Care Save Money? Health Economics and the Presidential Candidates, New England Journal of Medicine 2008, S. 661–663.

Commission on Social Determinants of Health, Closing the gap in a generation, Geneva, Switzerland 2008.

Conly, Sarah, Against Autonomy, Justifying Coercive Paternalism, Cambridge, MA 2014.

Cornils, Matthias, § 168 - Allgemeine Handlungsfreiheit, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, S. 1155–1226.

Cremer, Wolfram, Freiheitsgrundrechte, Funktionen und Strukturen, Tübingen 2003.

Cserne, Péter, Making Sense of Nudge-Scepticism: Three Challenges to EU Law's Learning from Behavioural Sciences, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 279–299.

Dabrock, Peter, Zur Eigenart von Public-Health-Ethik und Ethik des Gesundheitswesens gegenüber biomedizinischer Ethik, in: *Brand, Angela/Engelhardt, Dietrich v./Simon, Alfred u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, Jahrestagung der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., Hamburg 2001, Bd. 11, Münster 2002, S. 79–95.

Dahlgren, Göran/Whitehead, Margaret, Policies and strategies to promote social equity in health, Background document to WHO - Strategy paper for Europe 2007.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Dahme, Heinz-Jürgen/Grunow, Dieter, Die Implementation persuasiver Programme, in: *Mayntz, Renate* (Hrsg.), Implementation politischer Programme, Empir. Forschungsberichte, 97 : Soziologie, Königstein/Ts. 1983, S. 117–141.

Dalichau, Gerhard (Hrsg.), SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung, Köln (zitiert: *Dalichau*).

Davy, Ulrike, Soziale Gleichheit: Voraussetzung oder Aufgabe der Verfassung?, VVDStRL 68 2009, S. 121–176.

Dawson, Angus, Herd Protection as a Public Good: Vaccination and our Obligation to Others, in: *Dawson, Angus/Verweij, Marcel* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, Oxford, New York 2007, S. 160–178.

Dederer, Hans-Georg, Die Stellung des Gutes Gesundheit im Verfassungsrecht, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2004, S. 193–209.

Detels, Roger/Gulliford, Martin/Karim, Quarraisha Abdool/Tan, Chorh Chuan (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 6. Aufl., Oxford 2015.

Di Fabio, Udo, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informationstätigkeit, JZ 1993, S. 689–697.

Di Fabio, Udo, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.

Di Porto, Fabiana/Rangone, Nicoletta, Behavioural Sciences in Practice: Lessons for EU Rulemakers, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 29–59.

Diehl, Ulrich, Gesundheit - hohes oder höchstes Gut? Über den Wert und Stellenwert der Gesundheit, in: *Kick, Hermes Andreas/Taupitz, Jochen* (Hrsg.), Gesundheitswesen zwischen Wirtschaftlichkeit und Menschlichkeit, Bd. 10, Münster 2005, S. 113–135.

Dietlein, Johannes, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005.

Doehring, Karl, Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsverhältnis zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung, in: *Fürst, Walter/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C.* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin 1987, S. 1553–1565.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band I, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen 2013 (zitiert: *Dreier*).

Duttge, Gunnar, Das Recht auf Nichtwissen in einer informationell vernetzten Gesundheitsversorgung, MedR 2016, S. 664–669.

Dworkin, Gerald, Paternalism, in: *Sartorius, Rolf* (Hrsg.), Paternalism, Minneapolis 1983, S. 19–33.

Dworkin, Gerald, The Theory and Practice of Autonomy, Cambridge, New York 1988.

Eberbach, Wolfram H., Die Verbesserung des Menschen, – Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin –, MedR 2008, S. 325–336.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Eberbach, Wolfram H., Möglichkeiten und rechtliche Beurteilung der Verbesserung des Menschen - Ein Überblick, in: *Wienke, Albrecht/Eberbach, Wolfram H./Kramer, Hans-Jürgen u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, Berlin und Heidelberg 2009, S. 1–39.

Eberbach, Wolfram H., Kommt eine verbindliche "Gesundheitspflicht" - Eine Territion -, MedR 2010, S. 756–770.

Eberbach, Wolfram H., Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, S. 757–770.

Eberbach, Wolfram H., Personalisierte Prävention: Wirkungen und Auswirkungen, Zugleich ein Plädoyer für die Solidarität mit dem Selbstbestimmungsrecht, MedR 2014, S. 449–464.

Eckhoff, Rolf, Der Grundrechtseingriff, Köln 1992.

Edmonton Social Planning Council, Creating Social and Health Equity: Adopting an Alberta Social Determinants of Health Framework, Discussion Paper 2005.

Egger, Matthias/Razum, Oliver (Hrsg.), Public Health, Sozial- und Präventivmedizin kompakt, 2. Aufl., Berlin 2014.

Eichenhofer, Eberhard, Wahl des Lebensstils - Auswirkungen in der sozialen Sicherheit, SGb 2003, S. 705–712.

Eichenhofer, Eberhard, Eigentum - Verschulden - Vertrag: Privatrechtsbegriffe als Sozialrechtskonstrukte, VSSR 2004, S. 93–114.

Eidenmüller, Horst, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, S. 216–224.

Eidenmüller, Horst, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, S. 814–821.

Eisenmann, Peter, Gesundheit aus sozialstaatlicher Sicht, in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 189–212.

Enders, Christoph, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, VVDStRL 64 2005, S. 7–52.

Engelhardt Jr., H. Tristram, Die Begriffe "Gesundheit" und "Krankheit", in: *Schramme, Thomas* (Hrsg.), Krankheitstheorien, Berlin 2012, S. 41–62.

Erk, Christian, Health, Rights and Dignity, Philosophical Reflections on an Alleged Human Right, Frankfurt 2011.

Europäische Kommission, Investing in Health, Commission Staff Working Document, Social Investment Package 2013, http://ec.europa.eu/health/strategy/docs/swd_investing_in_health.pdf (Stand: 27.3.2015).

Eykmann, Melanie, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die öffentlich-rechtlichen Gewährleistungen im Gesundheitswesen, Hamburg 2007.

Ezzati, Mjid/Riboli, Elio, Can Noncommunicable Diseases Be Prevented? Lessons from Studies of Pupolations and Individuals, Science 2012, S. 1482–1487.

Faber, Heiko, Innere Geistesfreiheit und suggestive Beeinflussung, Berlin 1968.

Feinberg, Joel, Legal Paternalism, in: *Sartorius, Rolf* (Hrsg.), Paternalism, Minneapolis 1983, S. 3–18.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Feldmann, Yuval/Lobel, Orly, Bevahioural Trade-Offs: Beyond the Land of Nudges Spans the World of Law and Psychology, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 301–324.

Fischer, Kai, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, Frankfurt am Main, New York 1997.

Foucault, Michel, Der Wille zum Wissen, Sexualität und Wahrheit 1, 19. Aufl., Frankfurt am Main 2012.

Frankfurt, Harry, Freedom of the Will and the Concept of a Person, The Journal of Philosophy 1971, S. 5–20.

Franz, Stephan, Grundlagen des ökonomischen Ansatzes: Das Erklärungskonzept des Homo Oeconomicus, International Economics Working Paper 2004-02, https://www.uni-potsdam.de/u/makrooekonomie/docs/studoc/stud7.pdf (Stand: 30.1.2016).

Franzowiak, Peter/Luetkens, Christian/Sabo, Peter (Hrsg.), Dokumente der Gesundheitsförderung II, Internationale und nationale Dokumente und Grundlagentexte zur Entwicklung der Gesundheitsförderung von 1992 bis 2013 Bd. 8, Duisburg 2013.

Freeman, Andrea, Behavioral Economics and Food Policy, The Limits of Nudging, in: *Cohen, I. Glenn/Fernandez Lynch, Holly/Robertson, Christopher T.* (Hrsg.), Nudging Health, Health Law and Behavioral Economics, Baltimore 2016, S. 124–139.

Frenz, Walter/Götzkes, Vera, Europäische Gesundheitspolitik nach Lissabon, MedR 2010, S. 613–618.

Frenzel, Eike Michael, Die "Volksgesundheit" in der Grundrechtsdogmatik, Schlaglicht auf einen aufhaltbaren Aufstieg, DÖV 2007, S. 243–248.

Fröhlich, Günter, Kritik der Gesundheit, Philosophische Bemerkungen zu einem überstrapazierten Begriff, in: *Kingreen, Thorsten/Laux, Bernhard* (Hrsg.), Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs, Berlin und Heidelberg 2008, S. 25–43.

Führ, Martin/Feindt, Peter H./Bizer, Kilian, Politisches Entscheiden: Wie kann die Wissenschaft dazu etwas beitragen?, in: *Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H.* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Verständigung, Bd. 43, Baden-Baden 2007, S. 9–36.

Gadamer, Hans-Georg, Über die Verborgenheit der Gesundheit, Aufsätze und Vorträge, Frankfurt, Germany 2010.

Gallwas, Hans-Ullrich, Dulden wider Willen als Problem der Grundrechtsdogmatik, - Ein Aspekt der Kreuzentscheidung -, in: *Ruland, Franz/Maydell, Bernd von/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats, Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1998, S. 185–199.

Garde, Amandine/Friant-Perrot, Marine, The regulation of marketing practices for tobacco, alcoholic beverages and foods high in fat, sugar and salt - a highly fragmented landscape, in: *Alemanno, Alberto/Garde, Amandine* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, Cambridge 2015, S. 68–93.

Gartlehner, Gerald, Nutzen-Schaden Abwägung von bevölkerungsbezogenen Interventionen am Beispiel von Krebs-Screening, ZEFQ 2011, S. 176–182.

Gärtner, Karla, Lebensstile und ihr Einfluss auf Gesundheit und Lebenserwartung, Der Lebenserwartungssurvey des BiB, Wiesbaden 2001.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Geene, Raimung, Gesundheitsförderung und Prävention im bundesdeutschen Korporatismus. Ansätze und Hemmnisse einer soziallagenbezogenen Gesundheitsförderung, in: *Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 301–321.

Gehring, Petra, 6. Bio-Politik/Bio-Macht, in: *Kammler, Clemens/Parr, Rolf/Schneider, Ulrich Johannes* (Hrsg.), Foucault-Handbuch, Leben - Werk - Wirkung, Stuttgart 2014, S. 230–232.

Geiger, Willi, Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, in: *Zeidler, Wolfgang/Maunz, Theodor/Roellecke, Gerd* (Hrsg.), Festschrift Hans Joachim Faller, München 1984, S. 3–16.

Gerlinger, Thomas/Schmucker, Rolf, 20 Jahre Public Health - 20 Jahre Politik für eine gesunde Gesellschaft?, in: *Schott, Thomas/Hornberg, Claudia* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 20 Jahre Public Health in Deutschland: Bilanz und Ausblick einer Wissenschaft, Wiesbaden 2011, S. 69–83.

Gerlinger, Thomas/Stegmüller, Klaus, Ökonomisch-rationales Handeln als normatives Leitbild der Gesundheitspolitik, in: *Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 135–161.

Giesecke, Johannes/Müters, Stephan, Strukturelle und verhaltensbezogene Faktoren gesundheitlicher Ungleichheit: Methodische Überlegung zur Ermittlung der Erklärungsanteile, in: *Richter, Matthias/Hurrelmann, Klaus* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, Grundlagen, Probleme, Perspektiven, Wiesbaden 2006, S. 353–366.

Gigerenzer, Gerd, On the Supposed Evidence for Libertarian Paternalism, Review of Philosophy and Psychology 2015, S. 361–383.

Gkountis, Ioannis, Autonomie und strafrechtlicher Paternalismus, Berlin 2011.

GKV-Spitzenverband, Leitfaden Prävention 2014.

Goodman, Timothy, Is There A Right to Health?, Journal of Medicine and Philosophy 2005, S. 643–662.

Goos, Christoph, Innere Freiheit, Eine Rekonstruktion des grundgesetzlichen Würdebegriffs, Göttingen 2011.

Gorin, Moti/Schmidt, Harald, 'I Did it For the Money': Incentives, Rationalizations and Health, Public Health Ethics 2015, S. 34–41.

Görlitz, Axel, Politische Steuerung, Ein Studienbuch, Wiesbaden 1995.

Gostin, Lawrence O., The Human Right to Health: A Right to the "Highest Attainable Standard of Health", Hastings Center Report 2001, S. 29–30.

Gostin, Lawrence O., Bloomberg's Health Legacy: Urban Innovator or Meddling Nanny?, Hastings Center Report 2013, S. 19–25.

Gostin, Lawrence O./Stone, Lesley, Health of the People: The Highest Law?, in: *Dawson, Angus/Verweij, Marcel* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, Oxford, New York 2007, S. 59–77.

Götze, Ralf/Salomon, Tina, Fair Fee, Eine einkommens- und morbiditätsadjustierte Zuzahlung für die Gesetzliche Krankenversicherung in Deutschland, ZSR 2009, S. 71–90.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV, München (zitiert: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*).

Graham, Hilary, Die Bekämpfung gesundheitlicher Ungleichheiten und die Bedeutung sozialer Determinanten: Unterschiedliche Definitionsansätze und ihre politischen Konjunkturen, in: *Bauer, Ullrich/Bittlingmayer, Uwe H./Richter, Matthias* (Hrsg.), Health Inequalities, Determinanten und Mechanismen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2008, S. 455–479.

Gramm, Christof, Rechtsfragen der staatlichen Aids-Aufklärung, NJW 1989, S. 2917–2926.

Green, Lawrence W./Hiatt, Robert A./Hoeft, Kristin S., Behavioural determinants of health and disease, in: *Detels, Roger/Gulliford, Martin/Karim, Quarraisha Abdool u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 6. Aufl., Oxford 2015, S. 218–233.

Grimm, Dieter, Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention, KritV 1986, S. 38–54.

Grimmeisen, Simone/Leiber, Simone, Zwischen Kostenprivatisierung und PratientInnenautonomie: Eigenverantwortung in der Gesundheitspolitik 2009.

Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zitiert: *v. d. Groeben/Schwarze/Hatje*).

Grühn, Corinna, Gesundheitsbezogene Handlungspflichten der Versicherten in der Sozialversicherung als Dimensionen von Eigenverantwortung und Solidarität, Europarechtliche, verfassungsrechtliche und sozialrechtliche Zulässigkeit, Berlin 2001.

Gulliford, Martin, Access to healthcare and population health, in: *Detels, Roger/Gulliford, Martin/Karim, Quarraisha Abdool u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 6. Aufl., Oxford 2015, S. 234–249.

Gusy, Christoph, § 23 Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Assmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II - Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 235–320.

Gutmann, Thomas, Gesetzgeberischer Paternalismus ohne Grenzen? Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zur Lebendspende von Organen, NJW 1999, S. 3387–3389.

Gutmann, Thomas, Würde und Autonomie. Überlegungen zur Kantischen Tradition, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics 2010, S. 1–27.

Gutwald, Rebecca, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: *Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stefan/Vossenkuhl, Wilhelm* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Bd. 1, Stuttgart 2010, S. 73–93.

Häberle, Peter, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, 2. Aufl., Berlin 2006.

Häberle, Peter, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, 4. Aufl., Berlin 2008.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Habersack, Marion, Kein Weg vom Verhalten zu den Verhältnissen, kein Weg vom Individuum zur Struktur - Gesundheit als Naturrecht?, in: *Bittlingmayer, Uwe H./ Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 163–181.

Habersack, Marion, Unartikulierte Körper, Plädoyer für kontextsensitive Gesundheitswissenschaften, Wiesbaden 2010.

Häfner, Heinz, Ideengeschichte der Gesundheitspflege, Explikationen der Themen der Tagung, in: *Häfner, Heinz* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, Berlin und Heidelberg 1999, S. 5–28.

Hänlein, Andreas, Festlegung der Grenzen der Leistungspflicht der Krankenkassen, SGb 2003, S. 301–310.

Hänlein, Andreas/Kruse, Jürgen/Schuler, Rolf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, 4. Aufl., Baden-Baden 2012.

Hansen, Pelle Guldborg/Jespersen, Andreas Maaloe, Nudge and the Manipulation of Choice, A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy, European Journal of Risk Regulation 2013, S. 3–28.

Hardenberg, Simone von/*Wilman, Nikola*, Individualisierte Medizin als Exklusiv-Medizin?, Versuch einer sozialrechtlichen Einordnung und Bewertung, MedR 2013, S. 77–82.

Hartenbach, Walter, Die Cholesterin-Lüge, Das Märchen vom bösen Cholesterin, 35. Aufl., München 2012.

Hartwig, Jürgen, Die Eigenverantwortung im Versicherungsrecht, Die Bedeutung der privatversicherungsrechtlichen Obliegenheitsordnung für die Konkretisierung der Mitwirkung im Sozialversicherungsrecht, Bayreuth 1993.

Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar Bd. 1, Berlin (zitiert: *Hauck/Noftz*).

Hausmann, Daniel M., Measuring or Valuing Population Health: Some Conceptual Problems, Public Health Ethics 2012, S. 229–239.

Hausmann, Daniel M./Welch, Brynn, To Nudge or Not to Nudge, The Journal of Political Philosophy 2010, S. 123–136.

Haverkate, Görg, Verfassungslehre, Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, München 1992.

Haverkate, Görg, Verantwortung für die Gesundheit als Verfassungsproblem, in: *Häfner, Heinz* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, Berlin und Heidelberg 1999, S. 119–137.

Healy, David, The Latest Mania: Selling Bipolar Disorder, PLoS Medicine 2006, S. 441–444.

Heinen-Kammerer, T., Gesundheitsförderung und Kooperation in der gesetzlichen Krankenversicherung, Regensburg 1999.

Heinig, Hans Michael, Paternalismus im Sozialstaat, Nutzen und Grenzen des Paternalismusdiskurses für eine Verfassungstheorie des Sozialstaates, in: *Anderheiden, Michael/Bürkli, Peter/Heinig, Hans Michael u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006, S. 157–188.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Heinig, Hans Michael, Kommentar: Primärprävention gegen Gesundheitsrisiken als Freiheitsrisiko: Prävention und Paternalismus, in: *Spiecker genannt Döhmann, Indra/Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, Frankfurt am Main u.a. 2016, S. 145–152.

Hellerich, Gert, Dekonstruktion von Gegensätzen, Entgegensätzlichung von Krankheit und Gesundheit, Normalität und Abweichung, Soziale Arbeit 2000, S. 261–264.

Hense, Hans-Werner, Pflicht zur Erhaltung und Förderung der Gesundheit…?, Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen 2007, S. 300–306.

Hensen, Gregor, Gesundheitsverhalten und Ungleichheit zwischen individueller Freiheit und gesellschaftlichen Implikationen, in: *Hensen, Peter/Kölzer, Christian* (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, Sozioökonomische Perspektiven und sozialethische Herausforderungen, Wiesbaden 2011, S. 207–227.

Herdegen, Matthias, Gewissensfreiheit und Normativität des positiven Rechts, Berlin u.a. 1989.

Hermes, Georg, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.

Hermes, Georg, § 39 Schlichtes Verwaltungshandeln, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Assmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II - Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1523–1576.

Hermstrüwer, Yoan, Anreize und Nudging zur Patientencompliance: Staatliche Entscheidungen über Heilung und Ressourcenverteilung, GesR 2018, S. 21–27.

Heusch, Andreas, Freiheitseinbußen durch staatliche Leistungen, in: *Durner, Wolfgang/Peine, Franz-Joseph/Shirvani, Foroud* (Hrsg.), Freiheit und Sicherheit in Deutschland und Europa, Festschrift für Hans-Jürgen Papier zum 70. Geburtstag, Bd. 1238, Berlin 2013, S. 251–265.

Hillgruber, Christian, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München 1992.

Hillgruber, Christian, § 200 - Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseingriff, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., Heidelberg 2011, S. 981–1031.

Hillgruber, Christian, § 201 - Grundrechtsschranken, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., Heidelberg 2011, S. 1033–1075.

Höfling, Wolfram, Recht auf Gesundheit versus Pflicht zur Gesundheit, ZEFQ 2009, S. 286–292.

Höfling, Wolfram, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: *Wienke, Albrecht/Eberbach, Wolfram H./Kramer, Hans-Jürgen u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, Berlin und Heidelberg 2009, S. 119–127.

Hohmann, Ralf/Matt, Holger, Ist die Strafbarkeit der Selbstschädigung verfassungswidrig? - BGH, NJW 1992, 2975, JuS 1993, S. 370–374.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Hoppe, Jörg-Dietrich, Definition des Gesundheitsbegriffs aus der Sicht des Mediziners, in: *Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, Beiträge des Symposiums vom 27. bis 30. September 2003 in Cadenabbia, Freiburg im Breisgau 2004, S. 46–52.

Horn, Hans-Detlef, § 149 - Schutz der Privatsphäre, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, S. 147–206.

Horn, Nikolai, Das normative Gewissensverständnis im Grundrecht der Gewissensfreiheit, Berlin 2012.

House of Lords Science and Technology Select Committee, 2nd Report of Session 2010–12: Behaviour Change, London 2011 (Stand: 15.1.2017).

Howells, Geraint/Watson, Jonathon, The role of information in 'pushing and shoving' consumers of tobacco and alcohol to make healthy lifestyle choices, in: *Alemanno, Alberto/Garde, Amandine* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, Cambridge 2015, S. 23–45.

Huber, Christian, Die Radfahrerhelm-Entscheidung des BGH - was ist geklärt, was noch offen?, NZV 2014, S. 489–497.

Hurrelmann, K./Richter, M./Rathmann, K., Welche Wohlfahrtspolitik fordert die Gesundheit? Der ungeklarte Zusammenhang von okonomischer und gesundheitlicher Ungleichheit, Gesundheitswesen 2011, S. 335–343.

Hurrelmann, Klaus/Franzowiak, Peter, Gesundheit, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, Glossar zu Konzepten, Strategien und Methoden, Gamburg 2011, S. 100–105.

Hurrelmann, Klaus/Klotz, Theodor/Haisch, Jochen (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 4. Aufl., Bern 2014.

Hurrelmann, Klaus/Laaser, Ulrich, Vorwort, in: *Hurrelmann, Klaus/Razum, Oliver* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 5. Aufl., Weinheim 2012, S. 5–10.

Hurrelmann, Klaus/Laaser, Ulrich/Richter, Matthias, Gesundheitsförderung und Krankheitsprävention, in: *Hurrelmann, Klaus/Razum, Oliver* (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 5. Aufl., Weinheim 2012, S. 661–691.

Huster, Stefan, Die ethische Neutralität des Staates, Eine liberale Interpretation der Verfassung, Tübingen 2002.

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

Huster, Stefan, Eigenverantwortung im Gesundheitsrecht, Ethik in der Medizin 2010, S. 289–299.

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

Huster, Stefan, Gesundheits- als Gesellschaftspolitik, GGW 2012, S. 24–30.

Huster, Stefan, Solidarität und Eigenverantwortung - Spannung oder Gleichklang, ZEFQ 2012, S. 195–198.

Huster, Stefan, Vulnerable Patientengruppen und Leistungsbeschränkungen im öffentlichen Versorgungssystem, MedR 2012, S. 565–570.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Huster, Stefan, Die Berücksichtigung des Selbstverschuldens in der Gesetzlichen Krankenversicherung, in: *Schmitz-Luhn, Björn/Bohmeier, André* (Hrsg.), Priorisierung in der Medizin, Kriterien im Dialog, Bd. 11, Berlin, Heidelberg 2013, S. 193–196.

Huster, Stefan, Gesundheit aus rechtswissenschaftlicher Sicht: Mittelknappheit als Herausforderung von Gesundheitspolitik und Rechtswissenschaft, in: *Masuch, Peter/Spellbrink, Wolfgang/Becker, Ulrich u. a.* (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung, Band 2, Berlin 2015, S. 223–245.

Huster, Stefan, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, Normative Aspekte von Public Health, Baden-Baden 2015.

Institute for Government/Cabinet Office, Mindspace, Influencing behaviour through public policy 2010.

Inthorn, Julia/Kaelin, Lukas/Reder, Michael, Gesundheit und Gerechtigkeit, Ein interkultureller Vergleich zwischen Österreich und den Philippinen, Wien 2010.

Isensee, Josef, § 71 - Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, S. 3–79.

Isensee, Josef, Wahltarif "Krankenhauskomfort" Chefarztbehandlung und Ein-/Zweibettzimmer als Wahlleistungen der Kassen - Sicht des Sozial- und des Verfassungsrechts, NZS 2007, S. 449–455.

Isensee, Josef, § 191 - Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX, 3. Aufl., Heidelberg 2011, S. 413–568.

Isensee, Josef, Was heißt Freiheit?, Begriffe von Freiheit in der Staatsrechtslehre, in: *Schliesky, Utz/Ernst, Christian/Schulz, Sönke* (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa, Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg u.a. 2011, S. 269–289.

Jarass, Hans-D./Pieroth, Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 13. Aufl., München 2014 (zitiert: *Jarass/Pieroth*).

Johnson, Eric J./Goldstein, Daniel, Do Defaults Save Lives?, Science 2003, S. 1338–1339.

Jolls, Christine/Sunstein, Cass R., Debiasing through Law, Journal of Legal Studies 2006, S. 199–241.

Jordan, Susanne/Lippe, Elena von der, Angebote der Prävention - Wer nimmt teil?, GBE kompakt 2012, S. 1–9.

Jörke, Dirk, Die Grenzen der Rationalität. Kommentar zum Beitrag von Anne van Aaken: Recht und Realanalyse., in: *Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H.* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Verständigung, Bd. 43, Baden-Baden 2007, S. 96–103.

Jung, Eberhard, Das Recht auf Gesundheit, Versuch einer Grundlegung des Gesundheitsrechts der Bundesrepublik Deutschland, München 1982.

Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz (zitiert: *Kahl/Waldhoff/Walter*).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kahn, Richard/Davidson, Mayer B., The Reality of Type 2 Diabetes Prevention, Diabetes Care 2014, S. 943–949.

Kahneman, Daniel, Thinking, Fast and Slow, London 2011.

Keren, Gideon/Schul, Yaacov, Two Is Not Always Better Than One, Perspectives on Psychological Sciences 2009, S. 533–550.

Kickbusch, Ilona, Der Gesundheitsbegriff der Weltgesundheitsorganisation, in: *Häfner, Heinz* (Hrsg.), Gesundheit - unser höchstes Gut?, Berlin und Heidelberg 1999, S. 275–279.

Kickbusch, Ilona/Hartung, Susanne, Die Gesundheitsgesellschaft, Ein Plädoyer für eine gesundheitsförderliche Politik, 2. Aufl., Bern 2014.

Kießling, Andrea, Der deutsche Sozialstaat als Sozialversicherungsstaat und seine Auswirkungen auf das Präventionsrecht, RW 2016, S. 597–624.

Kifmann, Mathias, Comment on 'Paying People to Act in Their Own Interests: Incentives versus Rationalisation in Public Health' by Jonathan Wolff, Public Health Ethics 2015, S. 31–33.

Kilian, Holger/Lehmann, Frank/Richter-Kornweitz, Antje/Kaba-Schonstein, Lotte/Mielck, Andreas, Gesundheitsförderung in den Lebenswelten gemeinsam stärken, Der Kooperationsverbund "Gesundheitliche Chancengleichheit", Bundesgesundheitsblatt 2016, S. 266–273.

Kimminich, Otto, Die Freiheit, nicht zu hören, Der Staat 1964, S. 61–84.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte - Staatsrecht II, 33. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg [u.a.] 2017.

Kirchgässner, Gebhard, Justifications and Possibilities of Soft Paternalism, in: *Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph/Steinbeis, Maximilian u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging, volume 6, Baden-Baden, Oxford 2016, S. 229–239.

Kirchhof, Gregor, Nudging - zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, ZRP 2015, S. 136–137.

Kirchhof, Paul, Verwalten durch mittelbares Einwirken, Köln u.a. 1977.

Kirchhof, Paul, Das Recht auf Gesundheit, StZ 2004, S. 3–14.

Kirchhof, Paul, Menschenbild und Freiheitsrecht, in: *Grote, Rainer/Härtel, Ines/Hain, Karl-E. u. a.* (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007, S. 275–296.

Kirchhof, Paul, Ein Recht auf Gesundheit?, in: *Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard* (Hrsg.), Volkskrankheiten, Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft ; Beiträge des Symposiums vom 4. bis 7. September in Cadenabbia, Freiburg im Breisgau 2009, S. 33–64.

Kirste, Stephan, Harter und weicher Rechtspaternalismus, Unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, JZ 2011, S. 805–814.

Kirste, Stephan, Recht - Selbst - Bestimmung, Neuere Konzepte der Autonomie und ihr Verhältnis zum Recht, ARSP 142 2015, S. 65–89.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Klement, Jan Henrik, Primärprävention gegen Gesundheitsrisiken als Freiheitsrisiko; Prävention und Paternalismus, in: *Spiecker genannt Döhmann, Indra/Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, Frankfurt am Main u.a. 2016, S. 105–144.

Klemperer, David, Sozialmedizin - Public Health - Gesundheitswissenschaften, Lehrbuch für Gesundheits- und Sozialberufe, 2. Aufl., Bern 2014.

Kliche, T./Koch, U./Lehmann, H./Töppich, J., Evidenzbasierte Prävention und Gesundheitsförderung, Probleme und Lösungsansätze zur kontinuierlichen Qualitätsverbesserung der Versorgung, Bundesgesundheitsblatt 2006, S. 141–150.

Kloepfer, Michael, Produkthinweispflichten bei Tabakwaren als Verfassungsfrage, Berlin 1991.

Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht Band II, Die Grundrechte, München 2010.

Kluckert, Sebastian, Die Gewichtung von öffentlichen Interessen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, JuS 2015, S. 116–121.

Kluth, Winfried/Bauer, Stefan, Grundlagen und Grenzen von Mitwirkungspflichten der Versicherten und Anreizsystemen für Prävention in der Gesetzlichen Krankenversicherung, ZSR 2011, S. 341–359.

Kniesel, Michael, Nach der Entscheidung des BVerfG zur Strafbarkeit weicher Drogen: Anfang vom Ende der Drogenpolitik durch Strafrecht, ZRP 1994, S. 352–358.

Kohler, Manfred, Sozialrechtlich gesteuerte Gesundheitsförderung in der kassenärztlichen Versorgung, Berlin 1989.

Kolbe, Frederike, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns, Münster 2017.

König, Thomas, Gesundheit, Gesundheitspolitik und soziale Gerechtigkeit, Überlegungen zu einer gesundheitszentrierten Gesundheitspolitik, Hamburg 2011.

Kopp, Ferdinand, Das Menschenbild im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: *Bartlsperger, Richard/Ehlers, Dirk/Hofmann, Werner u. a.* (Hrsg.), Rechtsstaat, Kirche, Sinnverantwortung, Festschrift für Klaus Obermayer zum 70. Geburtstag, München 1986, S. 53–64.

Koppelin, Frauke/Müller, Rainer, Gesundheit und Krankheit in "biopolitischen Zeiten", in: *Paul, Bettina/Schmidt-Semisch, Henning* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, Über Risiken und Nebenwirkungen der Gesundheitsgesellschaft, Wiesbaden 2010, S. 73–87.

Koppernock, Martin, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, Zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Baden-Baden 1997.

Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, München (zitiert: *Körner/Leitherer/Mutschler*).

Krauskopf, Dieter (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, München (zitiert: *Krauskopf*).

Krennerich, Michael, Das Menschenrecht auf Gesundheit, Grundzüge eines komplexen Rechts, in: *Frewer, Andreas/Bielefeldt, Heiner* (Hrsg.), Das Menschenrecht auf Gesundheit, Normative Grundlagen und aktuelle Diskurse, Band 1, Bielefeld 2016, S. 57–92.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Kreß, Hartmut, Das Recht auf Gesundheitsschutz, Kulturelle Basis - normative Funktion - Konkretion am Beispiel der Kinderrechte, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 2004, S. 211–231.

Kröger, C./Gradl, S., Tabakentwöhnungsmaßnahmen in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2010, S. 201–206.

Kube, Hanno, Rationalität und Paternalismus im Recht der Staatsfinanzierung, in: *Anderheiden, Michael/Bürkli, Peter/Heinig, Hans Michael u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006, S. 145–156.

Kube, Hanno, § 148 - Persönlichkeitsrecht, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, S. 79–145.

Kühn, Hagen, Healthismus, Eine Analyse der Präventionspolitik und Gesundheitsförderung in den U.S.A., Berlin 1993.

Kühn, Hagen/Rosenbrock, Rolf, Präventionspolitik und Gesundheitswissenschaften. Eine Problemskizze, in: *Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 47–71.

Lampert, T./Müters, S./Stolzenberg, H./Kroll L. E., Messung des sozioökonomischen Status in der KiGGS-Studie, Erste Folgebefragung (KiGGS Welle 1), Bundesgesundheitsblatt 2014, S. 762–770.

Lampert, Thomas, Armut und Gesundheit, in: *Schott, Thomas/Hornberg, Claudia* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 20 Jahre Public Health in Deutschland: Bilanz und Ausblick einer Wissenschaft, Wiesbaden 2011, S. 575–597.

Landau, Herbert, Gesundheit als Staatsziel?, Verfassungsrecht und Staatsaufgaben, in: *Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard* (Hrsg.), Volkskrankheiten, Gesundheitliche Herausforderungen in der Wohlstandsgesellschaft ; Beiträge des Symposiums vom 4. bis 7. September in Cadenabbia, Freiburg im Breisgau 2009, S. 589–602.

Landauer, Martin, Die staatliche Verantwortung für die stationäre Langzeitpflege in England und Deutschland, Eine rechtsvergleichende Analyse von Steuerungsinstrumenten im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 2012.

Lantz, Paula M./House, James S./Lepkowski, James M./Williams, David R./Mero, Richard P./Chen, Jieming, Socioeconomic Factors, Health Behaviors, and Mortality, Journal of the American Medical Association 1998, S. 1703–1708.

Lanzerath, Dirk, Professionsethische Aspekte aktueller Praktiken der Optimierung der menschlichen Natur, in: *Viehöfer, Willy/Wehling, Peter* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, Bielefeld 2011, S. 251–270.

Leisner, Walter, Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung - ein grundgesetzliches Gebot?, in: *Sodan, Helge* (Hrsg.), Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer, Vorträge im Rahmen der 1. Berliner Gespräche zum Gesundheitsrecht am 16. und 17. Juni 2003, Bd. 1, Berlin 2004, S. 15–26.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Lenk, Christian, Enhancement vor dem Hintergrund verschiedener Konzepte von Gesundheit und Krankheit, in: *Viehöfer, Willy/Wehling, Peter* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, Bielefeld 2011, S. 67–87.

Lepsius, Oliver, Menschenbilder und Verhaltensmodelle - Ergebnisse aus der Perspektive der Rechtswissenschaft, in: *Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H.* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Verständigung, Bd. 43, Baden-Baden 2007, S. 168–179.

Levav, Jonathan/Fitzsimons, Gavan J., When Questions Change Behavior, The Role of Ease of Representation, Psychological Science 2006, S. 207–213.

Lindner, Josef Franz, "Grundrechtseingriff" oder "grundrechtswidriger Effekt"?, - Plädoyer für einen grundrechtsdogmatischen Paradigmenwechsel -, DÖV 2004, S. 765–774.

Lindner, Josef Franz, Theorie der Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2005.

Lisken, Hans, Freispruch für "Gurtmuffel" - ein Polizeiproblem?, NJW 1985, S. 3053–3056.

Lissl, Partrick M., 3. Kapitel. Europäisches Gesundheitsrecht, in: *Ratzel, Rudolf/Luxenburger, Bernd* (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht, 3. Aufl., Bonn 2015, S. 23–62.

Littwin, Frank, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, Das Spannungsverhältnis von grundrechtlichem Selbstbestimmungsrecht und Gemeinschaftsbezogenheit des Individuums, Frankfurt am Main u.a. 1993.

Loss, J./Nagel, E., Probleme und ethische Herausforderungen bei der bevölkerungsbezogenen Gesundheitskommunikation, Bundesgesundheitsblatt 2009, S. 502–511.

Lübbe-Wolff, Gertrude, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen, Baden-Baden 1988.

Lübbe-Wolff, Gertrude, Constitutional Limits to Health-Related Nudging - a Matter of Balancing, in: *Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph/Steinbeis, Maximilian u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging, volume 6, Baden-Baden, Oxford 2016, S. 247–253.

Lücke, Jörg, Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Belastung des Bürgers, DVBl. 2001, S. 1469–1478.

Lüdemann, Jörn, Edukatorisches Staatshandeln, Steuerungstheorie und Verfassungsrecht am Beispiel der staatlichen Förderung von Abfallmoral, Baden-Baden 2004.

Maass, Tobias P./Schmidt, Florian, Die Entwicklung des EU-Gesundheitsrechts seit 2012, EuZW 2015, S. 85–93.

Macmaoláin, Caoimhín, Regulation consumer information: use of food labelling and mandatory disclosures to encourage healthier lifestyles, in: *Alemanno, Alberto/Garde, Amandine* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, Cambridge 2015, S. 46–67.

Maio, Giovanni, Gesundheit als oberstes Gut? Ethische Reflexionen zur ideologischen Verstrickung der modernen Medizin, in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 363–370.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mangoldt, Hermann v./*Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 7. Aufl., München 2018 (zitiert: *v. Mangoldt/Klein/Starck*).

Mangoldt, Hermann v./*Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Aufl., München 2010 (zitiert: *v. Mangoldt/Klein/Starck*).

Mangoldt, Hermann v./*Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz. Band 2: Artikel 20 bis 82, 7. Aufl., München 2018 (zitiert: *v. Mangoldt/Klein/Starck*).

Mann, Jonathan M., Medicine and Public Health, Ethics and Human Rights, Hastings Center Report 1997, S. 6–13.

Mappes, Thomas A./Zembaty, Jane S., Biomedical Ethics, 3. Aufl., New York 1991.

Marckmann, Georg, Prävention aus ethischer Perspektive, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, Werkstattgespräche der BZgA mit Hochschulen, Bd. 37, Köln 2010, S. 53–68.

Marckmann, Georg, Präventionsmaßnahmen im Spannungsfeld zwischen individueller Autonomie und allgemeinem Wohl, Ethik in der Medizin 2010, S. 207–220.

Marcus, Ulrich, Präventionsstrategien zur Eindämmung der HIV-Epidemie, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 412–421.

Marmot, Michael G./Rose, Geoffrey/Shipley, M./Hamilton, P. J. S., Employment grade and coronary heart disease in British civil servants, Journal of Epidemiology and Community Health 1978, S. 244–249.

Marmot, Michael G./Smith, George Davey/Stansfeld, Stephen/Patel, Chandra/Noth, Fiona/Head, Jenny/White, Ian/Brunner, Eric/Feeney, Amanda, Health inequalities among British civil servants: the Whitehall II study, The Lancet 1991, S. 1387–1393.

Mathis, Klaus, Verhaltenssteuerung durch Aufklärung, Anreize und "Nudging": Prävention im Gesundheitswesen aus verhaltensökonomischer Perspektive, in: *Spiecker genannt Döhmann, Indra/Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, Frankfurt am Main u.a. 2016, S. 79–96.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.), Grundgesetz, München (zitiert: *Maunz/Dürig*).

Mazal, Wolfgang, Krankheit als Rechtsbegriff, in: *Mazouz, Nadia/Werner, Micha H./Wiesing, Urban* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, Bd. 8, Baden-Baden 2004, S. 127–138.

McCrudden, Christopher/King, Jeff, The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism, in: *Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph/Steinbeis, Maximilian u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging, volume 6, Baden-Baden, Oxford 2016, S. 75–139.

McGinnis, J. M./Williams-Russo, P./Knickman, J. R., The Case For More Active Policy Attention To Health Promotion, Health Affairs 2002, S. 78–93.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

McKeown, Thomas, The Role of Medicine, Dream, mirage or nemesis?, [London] 1976.

Meier, Benjamin Mason/Mori, Larisa M., The Highest Attainable Standard: Advancing a Collective Human Right to Public Health, Columbia Human Rights Law Review 2005, S. 101–147.

Meierjürgen, Rüdiger/Becker, Silke/Warnke, Andrea, Die Entwicklung der Präventionsgesetzgebung in Deutschland, Prävention und Gesundheitsförderung 2016, S. 206–213.

Mello, Michelle M./Studdert, David M., Making the Case for Health-Enhancing Laws after Bloomberg, Hastings Center Report 2014, S. 8.

Merten, Detlef, Verfassungsstaat und Sozialstaat, VSSR 1980, S. 101–114.

Merten, Detlef, Krankenversicherung zwischen Eigenverantwortung und Staatsversorgung, Zu den grundsätzlichen Problemen der Gesundheitsstrukturreform, NZS 1996, S. 593–599.

Merten, Detlef, § 68 - Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg u.a. 2009, S. 517–566.

Meyer-Ladewig, Jens, EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention ; Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden u.a. 2011.

Middel, Claus Dieter, Darf der Staat seine Bürger zur Gesundheit erziehen - oder verbieten dies die Freiheitsgrundrechte?, in: *Weilert, A. Katarina* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, Interdisziplinäre Zugänge, Baden-Baden 2015, S. 145–160.

Mielck, Andreas, Sozial bedingte Ungleichheit von Gesundheitschancen, ZSR 2003, S. 370–375.

Mielck, Andreas, Soziale Ungleichheit und Gesundheit, Einführung in die aktuelle Diskussion, Bern 2005.

Minnesota Department of Health, Advancing Health Equity in Minnesota, Report to the Legislature, St. Paul 2014, http://www.health.state.mn.us/divs/chs/healthequity/ahe_leg_report_020414.pdf (Stand: 15.3.2016).

Mitchell, Gregory, Taking Behavioralism Too Seriously? The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law, William & Mary Law Review 2002, S. 1907–2021.

Möller, Kai, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, Berlin 2005.

Mons, U./Pötschke-Langer, M., Gesetzliche Maßnahmen zur Tabakprävention, Evidenz, Erfolge und Barrieren, Bundesgesundheitsblatt 2010, S. 144–151.

Morlok, Martin, Selbstverständnis als Rechtskriterium, Tübingen 1993.

Mosebach, Kai/Walter, Ulla, Was vermag der Staat? Möglichkeiten und Grenzen politischer Steuerung in der Prävention und Gesundheitsförderung, Jahrbuch für Kritische Medizin 2006, S. 8–24.

Mueller, Ulrich/Heinzel-Gutenbrunner, Krankheiten und Beschwerden (subjektive Gesundheit) unter Bewertung der eigenen Gesundheit, Wiesbaden 2001.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Mühlenbruch, Sonja, Gesundheitsförderung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Berlin 2001.

Mühlenbruch, Sonja/Buchner, Benedikt, Kosten und Nutzen der (Nicht-)Prävention in Deutschland - Prävention durch Recht 2010, http://www.igmr.uni-bremen.de/deutsch/projekte/praevention.pdf (Stand: 08.08.2014).

Mühlhauser, Ingrid, Vorsorge und Früherkennung - Präventionshandeln zwischen gesellschaftlicher Verpflichtung und individueller Selbstbestimmung, in: *Hensen, Peter/Kölzer, Christian* (Hrsg.), Die gesunde Gesellschaft, Sozioökonomische Perspektiven und sozialethische Herausforderungen, Wiesbaden 2011, S. 229–247.

Mühlhauser, Ingrid, Zur Überschätzung des Nutzens von Prävention, ZEFQ 2014, S. 208–218.

Müller, Rolf-Georg, Elektronische Zigaretten - Arzneimittel und Gegenstand des Nichtraucherschutzrechts?, PharmR 2012, S. 137–141.

Müller-Dietz, Heinz, Zur negativen Utopie von Recht und Staat - am Beispiel des Romans "Corpus Delicti" von Juli Zeh, JZ 2011, S. 85–95.

Müller-Franken, Sebastian, Unzulässige Staatsmedien oder zulässige Informationstätigkeit, AfP 2016, S. 301–308.

Müller-Terpitz, Ralf, § 147 - Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Aufl., Heidelberg 2009, S. 3–77.

Mulvany-Day, Norah/Womack, Catherine A., Obesity, Identity and Community: Leveraging Social Networks for Behavior Change in Public Health, Public Health Ethics 2009, S. 250–260.

Münch, Ingo v., Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: *Stödter, Rolf/Thieme, Werner* (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa, Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht : Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, Tübingen 1977, S. 113–128.

Münch, Ingo v./Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. 1: Präambel, Art. 1 bis Art. 69, 6. Aufl., München 2012 (zitiert: *Münch/Kunig*).

Münnich, Frank. E., Eigenverantwortung als gesellschaftliches Organisationsprinzip, Alternativen und Modelle dargestellt am Beispiel der Gesetzlichen Krankenversicherung, VSSR 1981, S. 197–220.

Musil, Antje, Stärkere Eigenverantwortung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Eine agency-theoretische Betrachtung, Wiesbaden 2003.

Nagl-Docekal, Herta, Autonomie zwischen Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung oder Warum es sich lohnen könnte, dem Verhältnis von Moral und Recht erneut nachzugehen, in: *Pauer-Studer, Herlinde/Nagl-Docekal, Herta* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Bd. 11, Wien, Berlin 2003, S. 296–326.

Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina/Acatech - Detusche Akademie der Technikwissenschaften/Union der deutschen Akademien der Wissenschaften, Public Health in Deutschland, Strukturen, Entwicklungen und globale Herausforderungen, Halle (Saale) 2015.

Natz, Alexander/Zumdick, Ulf/Heck, Matthias, Bericht aus Brüssel, LMuR 2010, S. 118–121.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Nesse, Randolph M., Warum es so schwer ist, Krankheit zu definieren: Eine darwinistische Perspektive, in: *Schramme, Thomas* (Hrsg.), Krankheitstheorien, Berlin 2012, S. 159–187.

Neumann, Robert, Libertärer Paternalismus, Theorie und Empirie staatlicher Entscheidungsarchitektur, Tübingen 2013.

Neumann, Volker, Der Grundrechtsschutz von Sozialleistungen in Zeiten der Finanznot, NZS 1998, S. 401–411.

Neuner, Jörg, § 9 - Das Prinzip der Selbstverantwortung im Sozialstaat, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, Grundlagen und Bedeutung im heutigen Privatrecht, Bd. 61, Tübingen 2011, S. 187–203.

Niehoff, Jens-Uwe/Braun, Bernard, Sozialmedizin und Public Health, Ein Wörterbuch zu den Grundlagen der Gesundheitssicherung, der Gesundheitsversorgung, des Gesundheitsmanagement, der Steuerung und der Regulation im Gesundheitswesen, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.

Nuffield Council on Bioethics, Public health: ethical issues, Ethical issues, London 2007.

Nußberger, Angelika, Soziale Gleichheit - Voraussetzung oder Aufgabe des Staates?, DVBl. 2008, S. 1081–1089.

Ossenbühl, Fritz, Verbraucherschutz durch Information, NVwZ 2011, S. 1357–1363.

Owens, John/Cribb, Alan, Beyond Choice and Individualism: Understanding Autonomy for Public Health Ethics, Public Health Ethics 2013, S. 262–271.

Özdemir, Vural/Burke, Wylie/Khoury, Muin J./Knoppers, Bartha M./Zimmern, Ron, Genomics and public health, in: *Detels, Roger/Gulliford, Martin/Karim, Quarraisha Abdool u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 6. Aufl., Oxford 2015, S. 140–161.

Parmet, Wendy E., Populations, Public Health, and the Law, Washington, D.C. 2009.

Paulus, Christoph/Zenker, Wolfgang, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, S. 1–9.

Peine, Franz-Joseph, § 57 - Der Grundrechtseingriff, in: *Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren II, Heidelberg u.a. 2009, S. 87–112.

Perez, Oren, Can Experts be Trusted and what can be done about it? Insights from the Biases and Heuristics Literature, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 115–137.

Pestalozza, Christian, Das Recht auf Gesundheit, Verfassungsrechtliche Dimensionen, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 1113–1118.

Petersen-Ewert, Corinna/Wehowsky, Susanne, Präventionsgesetz - Regelungsinhalte und Folgen für die Praxis, MedR 2015, S. 867–869.

Petsch, Hans-Joachim, Gesundheit - Gesundheiten? Ein Nachwort, in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 549–551.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Pfordten, Dietmar von der, Paternalismus und die Berücksichtigung des Anderen, in: *Anderheiden, Michael/Bürkli, Peter/Heinig, Hans Michael u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006, S. 93–107.

Pitschas, Rainer, Neue Versorgungs- und Vergütungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung im Wirkfeld der Gesundheitsverfassung, VSSR 1998, S. 253–263.

Pott, Elisabeth, AIDS-Prävention in Deutschland, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 422–431.

Prehn, Annette, Des Menschen Wille ist sein Himmelreich, aber auch auf Kosten der Solidargemeinschaft?, Wunscherfüllende Medizin und body modifications unter dem Blickwinkel der Leistungsbeschränkung in der gesetzlichen Krankenverischerung, NZS 2010, S. 260–266.

Preisner, David K., Wahltarife im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Eine sozialrechtliche Untersuchung des § 53 SGB V unter Berücksichtigung von unions- und verfassungsrechtlichen Fragestellungen, Baden-Baden 2012.

Prütting, Dorothea, Von der Vogelgrippe bis zum ZIKA-Virus - Wie weit reichen die Vorsorgepflichten des Staates?, GesR 2016, S. 469–475.

Pschyrembel Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl., Berlin 2014.

Public Health England, Sugar Reduction, The evidence for action, London 2015.

Purnhagen, Kai P./Reisch, Lucia A., "Nudging Germany"?, Herausforderungen für eine Verhaltensbasierte Regulierung in Deutschland 2015/09.

Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger (Hrsg.), Medizinrecht, Öffentliches Medizinrecht, Pflegeversicherungsrecht, Arzthaftpflichtrecht, Arztstrafrecht, 3. Aufl. Bd. 72, München 2014 (zitiert: *Quaas/Zuck*).

Quante, Michael, Das Elend der Volksgesundheit, Ethik in der Medizin 2010, S. 179–190.

Quigley, Muireann/Strokes, Elen, Nudging and Evidence-Based Policy in Europe: Problems of Normative Legitimacy and Effectiveness, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 61–82.

Rachlinski, Jeffrey J., The Uncertain Psychological Case for Paternalism, Northwestern University Law Review 2003, S. 1165–1225.

Rademacher, Timo, Realakte im Rechtsschutzsystem der Europäischen Union, Tübingen 2014.

Ramm, Thilo, Sozialstaatsprinzip und Recht auf Gesundheit, - Deutsches Gesundheitsrecht am Scheideweg? -, VSSR 2008, S. 203–219.

Raupich, Oliver, Public Health als Beitrag zur sozialen Gerechtigkeit, Ethik in der Medizin 2010, S. 263–273.

Regan, Donald H., Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment, in: *Sartorius, Rolf* (Hrsg.), Paternalism, Minneapolis 1983, S. 113–138.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Reich, Johannes, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht? - Potenziale und Grenzen des "Nudging", in: *Biaggini, Giovanni/Diggelmann, Oliver/Kaufmann, Christine* (Hrsg.), Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer, Zürich, St. Gallen 2015, S. 627–638.

Reimer, Sonja/Merold, Andreas, Zwischenruf - Leistungsbeschränkungen und ärztliche Mitteilungspflichten in der GKV, SGb 2008, S. 713–716.

Reisch, Lucia A./Gwozdz, Wencke, Von der "Macht der Defaults" und vom "sanften Stupsen": Verhaltensökonomische Erkenntnisse als Impulse für eine effektive Ernährungspolitik, in: *Ploeger, Angelika/Hirschfelder, Gunther/Schönberger, Gesa* (Hrsg.), Die Zukunft auf dem Tisch, Analysen, Trends und Perspektiven der Ernährung von morgen, Wiesbaden 2011, S. 323–336.

Reisch, Lucia A./Sandrini, Julia, Nudging in der Verbraucherpolitik, Ansätze verhaltensbasierter Regulierung, Baden-Baden 2015.

Remais, Justin V./Jackson, Richard J., Determinants of health: overview, in: *Detels, Roger/Gulliford, Martin/Karim, Quarraisha Abdool u. a.* (Hrsg.), Oxford Textbook of Global Public Health, 6. Aufl., Oxford 2015, S. 81–88.

Ress, Georg, Staatszwecke im Verfassungsstaat - nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 1990, S. 56–118.

Richter, Matthias/Hurrelmann, Klaus (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, Grundlagen, Probleme, Perspektiven, Wiesbaden 2006.

Richter, Matthias/Hurrelmann, Klaus, Gesundheitliche Ungleichheit: Ausgangsfragen und Herausforderungen, in: *Richter, Matthias/Hurrelmann, Klaus* (Hrsg.), Gesundheitliche Ungleichheit, Grundlagen, Probleme, Perspektiven, Wiesbaden 2006, S. 13–33.

Richter, Matthias/Hurrelmann, Klaus, Determinanten von Gesundheit, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, Glossar zu Konzepten, Strategien und Methoden, Gamburg 2011, S. 45–48.

Rixen, Stephan, Eigenverantwortung im Gesundheitssozialrecht - Zwischen gesundheitspolitischer Forderung und positivrechtlicher Umsetzung, in: *Weilert, A. Katarina* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, Interdisziplinäre Zugänge, Baden-Baden 2015, S. 331–350.

Rizzo, Mario J./Whitman, Douglas Glen, The Knowledge Problem of New Paternalism, Brigham Young University Law Review 2009, S. 905–968.

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Gesundheit in Deutschland, Gesundheitsberichterstattung des Bundes. Zusammenfassung., Berlin.

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Die Gesundheit von Erwachsenen in Deutschland - 2012, Berlin 2012.

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Beiträge zur Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Daten und Fakten: Ergebnisse der Studie "Gesundheit in Deutschland aktuell 2012", Berlin 2014.

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Die Gesundheit von Kindern und Jugendlichen in Deutschland, Berlin 2014.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Robert Koch-Institut (Hrsg.), Gesundheit in Deutschland, Gesundheitsberichterstattung des Bundes. Gemeinsam getragen von RKI und Destatis, Berlin 2015.

Robert Koch-Institut/Gesellschaft der epidemiologischen Krebsregister in Deutschland e.V. (Hrsg.), Krebs in Deutschland 2011/2012.

Robertson, Christopher T./Cohen, I. Glenn/Fernandez Lynch, Holly, Introduction, in: *Cohen, I. Glenn/Fernandez Lynch, Holly/Robertson, Christopher T.* (Hrsg.), Nudging Health, Health Law and Behavioral Economics, Baltimore 2016, S. 3–14.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Kreikebohm, Ralf/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht (zitiert: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching*).

Rompf, Thomas, Selbstverschulden im Krankenversicherungsrecht, SGb 1997, S. 105–110.

Rosenbrock, Rolf, Prävention und Gesundheitsförderung als Komponenten der Gesundheitssicherung, ZSR 2003, S. 342–354.

Rosenbrock, Rolf, AIDS-Prävention - ein Erfolgsmodell in der Krise, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 432–441.

Rosenbrock, Rolf, Primärprävention - Was ist das und was soll das?, Berlin März 2008, http://bibliothek.wzb.eu/pdf/2008/i08-303.pdf (Stand: 6.4.2017).

Rosenbrock, Rolf/Gerlinger, Thomas, Gesundheitspolitik, Eine systematische Einführung, 3. Aufl., Bern 2014.

Rossi, John/Yudell, Michael, The Use of Persuasion in Public Health Communication: An Ethical Critique, Public Health Ethics 2012, S. 192–205.

Rössler, Beate, Bedingungen und Grenzen von Autonomie, in: *Pauer-Studer, Herlinde/Nagl-Docekal, Herta* (Hrsg.), Freiheit, Gleichheit und Autonomie, Bd. 11, Wien, Berlin 2003, S. 327–357.

Rothgang, Heinz/Dräther, Hendrik, Ökonomische Aspekte gesundheitlicher Prävention, ZSR 2003, S. 531–550.

Rothman, Alexander J./Salovey, Peter, Shaping Perceptions to Motivate Healthy Behavior: The Role of Message Framing, Psychological Bulletin 1997, S. 3–19.

Rousseau, Jean-Jaques, Der Gesellschaftsvertrag oder Die Grundsätze des Staatsrechtes, Stuttgart 1969.

Rüfner, Wolfgang, Die Mitwirkungspflichten des Leistungsberechtigten in der Solidargemeinschaft nach §§ SGB-AT, VSSR 1977, S. 347–365.

Ruger, Jennifer Prah, Health and social justice, Oxford, New York 2010.

Sachs, Michael, § 79 - Begriff und Arten der Begrenzungen der Grundrechte, in: *Stern, Klaus* (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte, Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigungen und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, / unter Mitw. von Michael Sachs ; Halbbd. 2, München 1994, S. 225–368.

Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2018 (zitiert: *Sachs*).

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Sondergutachten 1996. Gesundheitswesen in Deutschland. Kostenfaktor und Zukunftsbranche., Band I: Demographie, Morbidität, Wirtschaftlichkeitsreserven und Beschäftigung, Baden-Baden 1996.

Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Gutachten 2000/2001. Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit, Band I: Zielbildung, Prävention, Nutzenorientierung und Partizipation, Baden-Baden 2002.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2005. Koordination und Qualität im Gesundheitswesen 2005.

Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen, Gutachten 2007. Kooperation und Verantwortung. Voraussetzungen einer zielorientierten Gesundheitsversorgung, Band II: Qualität und Sicherheit: Angmessenheit und Verantwortlichkeit in der Gesundheitsversorgung. Primärprävention in vulnerablen Gruppen., Baden-Baden 2008.

Sacksofsky, Ute, § 40 Anreize, in: *Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Assmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band II - Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, Band II, 2. Aufl., München 2012, S. 1577–1637.

Schaefer, Corinna/Weißbach, Lothar, Das Gesundheitssystem braucht mehr Eigenverantwortung, ZEFQ 2012, S. 199–204.

Schaks, Nils/Krahnert, Sebastian, Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung der Masern. Eine zulässige Handlungsoption, MedR 2015, S. 860–866.

Schaks, Nils/Szymanski, Stefanie, Helmpflicht für Radfahrer?, Zur Einführung einer allgemeinen Helmpflicht für Fahrradfahrer aus verfassungs- und staatshaftungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2015, S. 1108–1111.

Schmidt, Bettina, Eigenverantwortung haben immer die Anderen, Der Verantwortungsdiskurs im Gesundheitswesen, Bern 2008.

Schmidt, Bettina, Der kleine Unterschied: Gesundheit fördern - und fordern, in: *Paul, Bettina/Schmidt-Semisch, Henning* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, Über Risiken und Nebenwirkungen der Gesundheitsgesellschaft, Wiesbaden 2010, S. 23–37.

Schmidt, Harald, Anreize für Eigenverantwortung: Begriffsbestimmung und Evidenzlage, ZEFQ 2012, S. 185–194.

Schmidt-Assmann, Eberhard, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, Verfassungsrechtliche Anforderungen an Entscheidungsgremien in der gesetzlichen Krankenversicherung und im Transplantationswesen, Berlin 2001.

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), GG, Kommentar zum Grundgesetz, 14. Aufl., Köln 2018 (zitiert: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke*).

Schmidt-Jortzig, Edzard, Definition des Gesundheitsbegriffs aus der Sicht des Juristen, in: *Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard* (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, Beiträge des Symposiums vom 27. bis 30. September 2003 in Cadenabbia, Freiburg im Breisgau 2004, S. 86–92.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schmidt-Semisch, Henning/Paul, Bettina, Risiko Gesundheit. Eine Einführung, in: *Paul, Bettina/Schmidt-Semisch, Henning* (Hrsg.), Risiko Gesundheit, Über Risiken und Nebenwirkungen der Gesundheitsgesellschaft, Wiesbaden 2010, S. 7–21.

Schmitt Glaeser, Walter, Dauer und Wandel des freiheitlichen Menschenbildes, in: *Geis, Max-Emanuel/Lorenz, Dieter* (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung, Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 1213–1227.

Schmolke, Klaus Ulrich, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Tübingen 2013.

Schnabel, Peter-Ernst, Gesundheit fördern und Krankheit prävenieren, Besonderheiten, Leistungen und Potentiale aktueller Konzepte vorbeugenden Versorgungshandelns, Weinheim, München 2007.

Schnabel, Peter-Ernst, Zur Kritik medizin-paradigmatischer Normativitäten in der aktuellen "Präventions"-Politik, in: *Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 183–208.

Schnabel, Peter-Ernst/Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana, Normativität und Public Health, Einleitende Bemerklungen in problempräzisierender und sensibilisierender Absicht, in: *Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 11–43.

Schneider, Uwe Klaus, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, Zwischen Datenschutz und Gesundheitsschutz, Wiesbaden 2016.

Schnellenbach, Jan, Wohlwollendes Anschubsen: Was ist mit liberalem Paternalismus zu erreichen und was sind seine Nebenwirkungen?, Perspektiven der Wirtschaftspolitik 2011, S. 445–459.

Schnellenbach, Jan, Unvollständige Rationalität ist keine hinreichende Begründung für paternalistisches Eingreifen, Wirtschaftsdienst 2014, S. 778–781.

Schott, Thomas/Kuntz, Benjamin, Sozialepidemiologie: Über die Wechselwirkungen von Gesundheit und Gesellschaft, in: *Schott, Thomas/Hornberg, Claudia* (Hrsg.), Die Gesellschaft und ihre Gesundheit, 20 Jahre Public Health in Deutschland: Bilanz und Ausblick einer Wissenschaft, Wiesbaden 2011, S. 159–171.

Schräder, Jutta, Bürgerversicherung und Grundgesetz, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausweitung von Versicherungspflicht und Beitragsbemessungsgrundlage in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 2008.

Schramme, Thomas, Einleitung: Die Begriffe Gesundheit und Krankheit in der philosophischen Diskussion, in: *Schramme, Thomas* (Hrsg.), Krankheitstheorien, Berlin 2012, S. 9–40.

Schramme, Thomas (Hrsg.), Krankheitstheorien, Berlin 2012.

Schroeder, Steven A., We Can Do Better - Improving the Health of the American People, New England Journal of Medicine 2007, S. 1221–1228.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Schuler-Harms, Margarete, (Primär-)Prävention im Bundesstaat: Zwischen Daseinsvorsorge und GKV, in: *Spiecker genannt Döhmann, Indra/Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, Frankfurt am Main u.a. 2016, S. 13–34.

Schulin, Bertram, Zum Problem der Typisierung im Recht der sozialen Sicherheit, in: *Braun, Hans* (Hrsg.), Selbstverantwortung in der Solidargemeinschaft, Das Recht der sozialen Sicherung und der Verantwortungswille des Bürgers, Baden-Baden 1981, S. 77–86.

Schulz-Schaeffer, Helmut, Der Freiheitssatz des Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz, Libertätsrechte und Vermutung für den Kernbereich der Freiheitsrechte, Berlin 1971.

Schumpelick, Volker/Vogel, Bernhard (Hrsg.), Grenzen der Gesundheit, Beiträge des Symposiums vom 27. bis 30. September 2003 in Cadenabbia, Freiburg im Breisgau 2004.

Schutter, Oliver de, Foreword, How to motivate healthier lifestyles?, in: *Alemanno, Alberto/Garde, Amandine* (Hrsg.), Regulating Lifestyle Risks, The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets, Cambridge 2015, S. xiii–xxii.

Schwabe, Jürgen, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, S. 66–75.

Schwabenbauer, Thomas, Heimliche Grundrechtseingriffe, En Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen sicherheitsbehördlicher Ausforschung, Tübingen 2013.

Schwartz, F. W./Walter, U./Siegrist, J./Kolip, P./Leidl, R./Dierks, M. L./Busse, R./Schneider, N. (Hrsg.), Public Health, Gesundheit und Gesundheitswesen, 3. Aufl., München 2012.

Seckelmann, Margrit/Lamping, Wolfram, Verhaltensökonomischer Experimentalismus im Politik-Labor, Rechtliche Rahmenbedingungen und Folgerungen für die Evaluationsforschung, DÖV 2016, S. 189–200.

Seewald, Otfried, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit, Köln u.a. 1981.

Seewald, Otfried, Gesundheit als Grundrecht, Grundrechte als Grundlagen von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen, Königstein/Ts. 1982.

Seiler, Christian, § 81 - Entwicklung der Bevölkerung und Familienpolitik, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg 2006, S. 507–528.

Sellers, Mortimer, An Introduction to the Value of Autonomy in Law, in: *Sellers, Mortimer* (Hrsg.), Autonomy in the Law, Dordrecht 2007, S. 1–9.

Sen, Amartya, Ökonomie für den Menschen, Wege zu Gerechtigkeit und Solidarität in der Marktwirtschaft, München [u.a.] 2000.

Sibony, Anne-Lise/Alemanno, Alberto, The Emergence of Behavioural Policy-Making: A European Perspective, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 1–25.

Siegel, Andrew W., The Jurisprudence of Public Health Law: Reflections on Lawrence O. Gostins's Public Health Law, Journal of Contemporary Health Law & Policy 2001, S. 359–372.

Siegrist, Johannes, Gesundheitsverständnis und Verantwortung für die Gesundheit, in: *Weilert, A. Katarina* (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, Interdisziplinäre Zugänge, Baden-Baden 2015, S. 53–61.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Siegrist, Johannes/Marmot, Michael G., Einleitung, in: *Siegrist, Johannes/Marmot, Michael G.* (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgerungen, Bern 2008, S. 15–44.

Siegrist, Johannes/Marmot, Michael G. (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit: Erklärungsansätze und gesundheitspolitische Folgerungen, Bern 2008.

Simon, Michael, Das Gesundheitssystem in Deutschland, Eine Einführung in Struktur und Funktionsweise, 4. Aufl., Bern 2013.

Skipper, Robert A., Obesity: Towards a System of Libertarian Paternalisitc Public Health Interventions, Public Health Ethics 2012, S. 181–191.

Smeddinck, Ulrich, Regulieren durch "Anstossen", Nachhaltiger Konsum durch gemeinwohlverträgliche Gestaltung von Entscheidungssituationen?, Die Verwaltung 2011, S. 375–395.

Sodan, Helge, Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer - eine Einführung, in: *Sodan, Helge* (Hrsg.), Finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung und Grundrechte der Leistungserbringer, Vorträge im Rahmen der 1. Berliner Gespräche zum Gesundheitsrecht am 16. und 17. Juni 2003, Bd. 1, Berlin 2004, S. 9–14.

Sodan, Helge, § 2 - Verfassungsrechtliche Grundlagen der Krankenversicherung, in: *Sodan, Helge* (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl., München 2014.

Spaeth, Wiebke, Grundrechtseingriff durch Information, Zur Verfassungsmässigkeit von verhaltenssteuernden Warnungen und Empfehlungen der Bundesregierung, Frankfurt am Main, New York 1995.

Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht Bd. 64, 2. Aufl., München 2014.

Spilker, Bettina, Postmortale Organspende auf verfassungsrechtlichem Prüfstand, Auswirkungen der Schutzpflicht des Art. 2 II GG, ZRP 2014, S. 112–115.

Stebner, Frank/Bothe, Benjamin, Impfzwang der Bevölkerung wegen Pockengefahr?, MedR 2003, S. 287–288.

Stegers, Christoph-M., Medizinische Versorgung zwischen Eigenverantwortung und Solidarität, Bemerkungen über ein gesetzliches Leitmotiv ohne Legaldefinition, in: *Ratajczak, Thomas/Schwarz-Schilling, G.* (Hrsg.), Medizinische Notwendigkeit und Ethik, Gesundheitschancen in Zeiten der Ressourcenknappheit, Berlin, New York 1999, S. 65–79.

Steidl, Florian/Wigger, Berthold U., Die externen Kosten des Rauchens in Deutschland, Wirtschaftsdienst 2015, S. 563–568.

Steiner, Udo, Verfassungsfragen des Sports, NJW 1991, S. 2729–2736.

Steiner, Udo, Das Bundesverfassungsgericht und die Volksgesundheit, MedR 2003, S. 1–7.

Steinkamp, Günther, Soziale Ungleichheit, Erkrankungsrisiko und Lebenserwartung: Kritik der sozialepidemiologischen Ungleichheitsforschung, Sozial- und Präventivmedizin 1993, S. 111–122.

Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, Allgemeine Lehren der Grundrechte, München 1988.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Stern, Klaus (Hrsg.), Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, Allgemeine Lehren der Grundrechte / unter Mitw. von Michael Sachs ; Halbbd. 2, München 1994.

Stern, William, Allgemeine Psychologie auf personalistischer Grundlage, Dordrecht 1935.

Stettner, Rupert, Grundfragen einer Kompetenzlehre, Berlin 1983.

Stettner, Rupert, Verfassungsbindungen des experimentierenden Gesetzgebers, NVwZ 1989, S. 806–812.

Stollmann, Frank, Die E-Zigarette im Spannungsfeld des Gesundheitsrechts, NVwZ 2012, S. 401–406.

Streich, Waldemar, Prävention - ein neuer Schwerpunkt der Versorgung?, Gesundheitsmonitor 2003, S. 2–5.

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Aufl. Bd. 57, München 2012 (zitiert: *Streinz*).

Studdert, David M./Flanders, Jordan/Mello, Michelle M., Searching for Public Health Law's Sweet Spot: The Regulation of Sugar-Sweetened Beverages, PLoS Medicine 2015, S. 1–10.

Suhrcke, Marc, Prävention aus ökonomischer Perspektive, in: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (Hrsg.), Prävention im Fokus unterschiedlicher Perspektiven, Werkstattgespräche der BZgA mit Hochschulen, Bd. 37, Köln 2010, S. 38–52.

Sunstein, Cass R., Nudging: A very short guide, Journal of Consumer Policy 2014, S. 583–588.

Sunstein, Cass R., Foreword, The Ethics of Nudging, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. v–xviii.

Sunstein, Cass R., Nudges Do Not Undermine Human Agency, Journal of Consumer Policy 2015, S. 207–210.

Sunstein, Cass R., The Ethics of Choice Architecture, in: *Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph/Steinbeis, Maximilian u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging, volume 6, Baden-Baden, Oxford 2016, S. 21–74.

Süß, Alice, Die Eigenverantwortung gesetzlich Krankenversicherter unter besonderer Berücksichtigung der Risiken wunscherfüllender Medizin, Eine verfassungs- und sozialrechtliche Untersuchung, Berlin 2014.

Tengland, Per-Anders, Behavior Change or Empowerment: On the Ethics of Health-Promotion Strategies, Public Health Ethics 2012, S. 140–153.

Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., Libertarian Paternalism, The American Economic Review 2003, S. 175–179.

Thaler, Richard H./Sunstein, Cass R., Nudge, Improving decisions about health, wealth and happiness, London 2009.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Thorndike, Anne N./Riis, Jason/Sonnenberg, Lillian M./Levy, Douglas E., Traffic-Light Labels and Choice Architecture Promoting Healthy Food Choices, American Journal of Preventive Medicine 2014, S. 143–149.

Tiemann, Burkhard, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Union auf die Krankenversicherung, Gesundheitsversorgung und Freien Heilberufe in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 2011.

Tobin, John, The Right to Health in International Law, Oxford, New York 2012.

Töppich, J./Christiansen, G./Müller W., Gib AIDS keine Chance, Public Health in Deutschland am Beispiel der AIDS-Prävention, Bundesgesundheitsblatt 2001, S. 788–795.

Trapp, Dan Bastian, Impfzwang - Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Gesundheitsvorsorgemaßnahmen, DVBl. 2015, S. 11–19.

Trojan, Alf, Gesundheit fördern oder kontrollieren?, Ein kritischer Streifzug durch die Präventionslandschaft, in: *Trojan, Alf/Stumm, Brigitte* (Hrsg.), Gesundheit fördern statt kontrollieren, Eine Absage an den Mustermenschen, 10735 : Sachbuch, Frankfurt am Main 1992, S. 9–35.

Ullrich, Carsten G./Christoph, Bernhard, Soziale und Risikosolidarität in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Zur Akzeptanz von "Entsolidarisierungsoptionen" bei gesetzlich Versicherten, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 2006, S. 406–431.

Unruh, Peter, Der Verfassungsbegriff des Grundgesetzes 2002.

US Department of Health and Human Services, The Health Benefits of Smoking Cessation, A report of the Surgeon General 1990, https://profiles.nlm.nih.gov/NN/B/B/C/V/_/nnbbcv.pdf (Stand: 6.4.2017).

Van Aaken, Anne, Constitutional Limits to Nudging: A Proportionality Assessment, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2015-03, S. 1–27.

Van Aaken, Anne, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: *Anderheiden, Michael/Bürkli, Peter/Heinig, Hans Michael u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006, S. 109–156.

Van Aaken, Anne, Recht und Realanalyse - welches Modell menschlichen Verhaltens braucht die Rechtswissenschaft?, in: *Führ, Martin/Bizer, Kilian/Feindt, Peter H.* (Hrsg.), Menschenbilder und Verhaltensmodelle in der wissenschaftlichen Politikberatung, Möglichkeiten und Grenzen interdisziplinärer Verständigung, Bd. 43, Baden-Baden 2007, S. 70–95.

Van Aaken, Anne, Judge the Nudge: In Search of the Legal Limits of Paternalistic Nudging in the EU, in: *Alemanno, Alberto/Sibony, Anne-Lise* (Hrsg.), Nudge and the Law, A European Perspective, Oxford 2015, S. 83–112.

Van Aaken, Anne, Constitutional Limits to Paternalistic Nudging: A Proportionality Assessment, in: *Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph/Steinbeis, Maximilian u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging, volume 6, Baden-Baden, Oxford 2016, S. 161–195.

Van den Hoven, Mariette, Why One Should Do One's Bit: Thinking about Free Riding in the Context of Public Health Ethics, Public Health Ethics 2012, S. 154–160.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Venkatapuram, Sridhar, Health justice, An argument from the capabilities approach, Cambridge 2011.

Venkatapuram, Sridhar, Health, Vital Goals, and Central Human Capablities, Bioethics 2013, S. 271–279.

Verweij, Marcel, Tobacco Discouragement: A Non-Paternalistic Argument, in: *Dawson, Angus/Verweij, Marcel* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, Oxford, New York 2007, S. 179–197.

Verweij, Marcel/Dawson, Angus, The Meaning of 'Public' in 'Public Health', in: *Dawson, Angus/Verweij, Marcel* (Hrsg.), Ethics, Prevention, and Public Health, Oxford, New York 2007, S. 13–29.

Verweij, Marcel/Dawson, Angus, Risk, Risk Groups and Population Health, Public Health Ethics 2012, S. 213–215.

Volkmann, Uwe, Solidarität, Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998.

Volkmann, Uwe, Der dezente Staat - Verhaltenssteuerung im Umweltrecht, JuS 2001, S. 521–528.

Volkmann, Uwe, Darf der Staat seine Bürger erziehen?, Baden-Baden 2012.

Volkmann, Uwe, Nudging, Education, Paternalism: A Philosophical Perspective from the Old Europe, in: *Kemmerer, Alexandra/Möllers, Christoph/Steinbeis, Maximilian u. a.* (Hrsg.), Choice Architecture in Democracies, Exploring the Legitimacy of Nudging, volume 6, Baden-Baden, Oxford 2016, S. 141–159.

Vorländer, Hans, Verfassung und Konsens, Der Streit um die Verfassung in der Grundlagen- und Grundgesetz-Diskussion der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1981.

Wagner, Gert G., Kommentar: Verhaltenssteuerung durch Aufklärung, Anreize und "Nudging": Prävention im Gesundheitswesen aus verhaltensökonomischer Perspektive, in: *Spiecker genannt Döhmann, Indra/Wallrabenstein, Astrid* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Fragen an das neue Präventionsgesetz, Frankfurt am Main u.a. 2016, S. 97–104.

Wansink, Brian/Ittersum, Koert v./*Painter, James E.*, Ice Cream Illusions, Bowls, Spoons, and Self-Served Portion Sizes, American Journal of Preventive Medicine 2006, S. 240–243.

Wansink, Brian/Just, David R./Shimizu, Mitsuru, Going Trayless: Unintended Nutrional Consequences of Trayless Cafeterias, Journal of Nutrition Education and Behavior 2011, S. S1.

Weber, Christian, Prävention von Anfang an - Gesund in die Zukunft, Gesundheit und Gesellschaft 2012, S. 9.

Weber-Grellet, Heinrich, Lenkungssteuern im Rechtssystem, NJW 2001, S. 3657–3664.

Wehkamp, Karl-Heinz, Die Sorge um die "Bevökerungsgesundheit" oder die "Public Health Perspektive", in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 499–508.

Wehling, Peter/Viehöfer, Willy, Entgrenzung der Medizin - Transformation des medizinischen Feldes aus soziologischer Perspektive, in: *Viehöfer, Willy/Wehling, Peter* (Hrsg.), Entgrenzung der Medizin, Bielefeld 2011, S. 7–47.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Welti, Felix, Das Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention - was bringt dieses Präventionsgesetz?, GuP 2015, S. 211–216.

Welti, Felix, Gibt es ein Recht auf bestmögliche Gesundheit?, Freiheits- und gleichheitsrechtliche Implikationen, GesR 2015, S. 1–8.

Werner, Micha H., Krankheitsbegriff und Mittelverwaltung: Beitrag zu einer konservativen Therapie, in: *Mazouz, Nadia/Werner, Micha H./Wiesing, Urban* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, Bd. 8, Baden-Baden 2004, S. 139–156.

Wernsmann, Rainer, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Tübingen 2005.

Wernsmann, Rainer, Typisierung und Typusbegriff, DStR-Beiheft 2011, S. 72–76.

White, Mark D., Bad Medicine, Does the Unique Nature of Healthcare Decisions Justify Nudges?, in: *Cohen, I. Glenn/Fernandez Lynch, Holly/Robertson, Christopher T.* (Hrsg.), Nudging Health, Health Law and Behavioral Economics, Baltimore 2016, S. 72–82.

WHO, Milestones in Health Promotion, Statements from Global Conferences 2009, http://www.who.int/healthpromotion/Milestones_Health_Promotion_05022010.pdf?ua=1 (Stand: 18.3.2015).

WHO, Global Action Plan for the Prevention and Control of Noncommunicable Diseases 2013, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/94384/1/9789241506236_eng.pdf?ua=1 (Stand: 20.3.2015).

WHO, Noncommunicable Diseases Country Profiles, Geneva, Switzerland 2014.

WHO, Twelth General Programme of Work, Not merely te absence of disease 2014, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/112792/1/GPW_2014-2019_eng.pdf?ua=1 (Stand: 20.3.2015).

WHO-Regionalbüro für Europa, Die Arbeit der Weltgesundheitsorganisation in der Europäischen Region, http://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0004/215662/The-World-Health-Organization-in-the-European-Region-Ger.pdf (Stand: 12.3.2015).

WHO-Regionalbüro für Europa, Gesundheit 2020, Rahmenkonzept und Strategie der Europäischen Region für das 21. Jahrhundert, Copenhagen 2013.

WHO-Regionalbüro für Europa (Hrsg.), Der Europäische Gesundheitsbericht 2012, Ein Wegweiser zu mehr Wohlbefinden, Kopenhagen 2014.

WHO-Regionalbüro für Europa, Review of social determinants and the health divide in the WHO European Region, Final Report 2014.

WHO-Regionalbüro für Europa, Der Europäische Gesundheitsbericht 2015 - Der Blick über die Ziele hinaus - neue Dimensionen der Evidenz, Wesentliche Perspektiven.

Wieland, Wolfgang, Grundlegende Aspekte des Krankheitsbegriffs, in: *Mazouz, Nadia/Werner, Micha H./Wiesing, Urban* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, Bd. 8, Baden-Baden 2004, S. 15–29.

Wienke, Albrecht, Eigenverantwortung der Patienten/Kunden, Wohin führt der Rechtsgedanke des § 52 Abs. 2 SGB V, in: *Wienke, Albrecht/Eberbach, Wolfram H./Kramer, Hans-Jürgen u. a.* (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, Berlin und Heidelberg 2009, S. 169–177.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

Wiesing, Urban, Kritische Anmerkungen zu einer Krankheitsdefinition anhand objektiver Kriterien, in: *Mazouz, Nadia/Werner, Micha H./Wiesing, Urban* (Hrsg.), Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, Bd. 8, Baden-Baden 2004, S. 47–55.

Wiesing, Urban/Werner, Micha H., Krankheitsbegriff und Mittelverteilung, Thesen zur Bedeutung des Krankheitsbegriffs für die Zuweisung und Begrenzung solidarisch finanzierter, medizinischer Dienstleistungen, in: *Brand, Angela/Engelhardt, Dietrich v./Simon, Alfred u. a.* (Hrsg.), Individuelle Gesundheit versus Public Health?, Jahrestagung der Akademie für Ethik in der Medizin e.V., Hamburg 2001, Bd. 11, Münster 2002, S. 144–151.

Wikler, Daniel, Persuasion and Coercion for Health: Ethical Issues in Government Efforts to Change Life-Styles, in: *Sartorius, Rolf* (Hrsg.), Paternalism, Minneapolis 1983, S. 35–59.

Wikler, Daniel, Personal and Social Responsibility for Health, Ethics & International Affaires 2002, S. 47–55.

Wikler, Daniel/Eyal, Nir, Nudges and Noodges: The Ethics of Health Promotion - New York Style, Public Health Ethics 2013, S. 233–234.

Wild, Frank, Nutzen der Prävention im Gesundheitswesen - ein Literaturüberblick, Köln 2007, http://www.wip-pkv.de/uploads/tx_nppresscenter/Nutzen_der_Praevention_im_Gesundheits-wesen.pdf (Stand: 13.4.2015).

Wilhelm, Matthias (Hrsg.), Ergänzbares Lexikon des Rechts, Bd. 1, München.

Wilkinson, T. M., Nudging and Manipulation, Political Studies 2013, S. 341–355.

Wilson, James, Not so special after all? Daniels and the social determinants of health, Journal of Medical Ethics 2009, S. 3–6.

Wilson, James, Towards a Normative Framework for Public Health Ethics and Policy, Public Health Ethics 2009, S. 184–194.

Wilson, James, Why It's Time to Stop Worrying About Paternalism in Health Policy, Public Health Ethics 2011, S. 269–279.

Winkler, Daniela, Der "additive Grundrechtseingriff": Eine adäquate Beschreibung kumulierender Belastungen?, JA 2014, S. 881–887.

Wolf, Jean-Claude, Die liberale Paternalismuskritik von John Stuart Mill, in: *Anderheiden, Michael/Bürkli, Peter/Heinig, Hans Michael u. a.* (Hrsg.), Paternalismus und Recht, In memoriam Angela Augustin (1968-2004), Tübingen 2006, S. 55–68.

Wolf, Sven, Das moralische Risiko der GKV im Spannungsfeld zwischen Solidarität und Eigenverantwortung, Frankfurt am Main 2009.

Wolff, Johanna, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. Sunstein aus recthswissenschaftlicher Sicht, RW 2015, S. 194–222.

Wolff, Jonathan, The Human Right to Health, New York 2012.

Wolff, Jonathan, Paying People to Act in Their Own Interests: Incentives versus Rationalization in Public Health, Public Health Ethics 2014, S. 1–4.

Wollenschläger, Michael, Gesundheit aus sozialrechtlicher Sicht, in: *Biendarra, Ilona/Weeren, Marc* (Hrsg.), Gesundheit - Gesundheiten?, Eine Orientierungshilfe, Würzburg 2009, S. 509–530.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

World Cancer Research Fund/American Institute for Cancer Research, Food, Nutrition, Physical Activity, and the Prevention of Cancer: a Global Perspective, Washington, D.C. 2007, http://www.wcrf.org/sites/default/files/Second-Expert-Report.pdf (Stand: 13.4.2015).

Wozniak, Daniel, Gesundheitsförderung im öffentlichen Schulsystem, Verfassungs- und schulrechtliche Determinanten des Schulverpflegungsangebots, insbesondere im Freistaat Bayern, Baden-Baden 2009.

Wright, Michael T., Partizipation als reflexive und emanzipative Normativität: der Beitrag der Aktionsforschung, in: *Bittlingmayer, Uwe H./Sahari, Diana/Schnabel, Peter-Ernst* (Hrsg.), Normativität und Public Health, Vergessene Dimensionen gesundheitlicher Ungleichheit, Wiesbaden 2009, S. 407–420.

Yach, Derek, Health and illness: the definition of the World Health Organization, Ethik in der Medizin 1998, S. 7–13.

Yamin, Alicia Ely, The Right to Health: Where Do We Stand and How Far Have We Come?, Human Rights Quarterly 2013, S. 509–517.

Zacher, Hans, § 28 - Das soziale Staatsziel, in: *Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 659–784.

Zens, Maria, Gesundheitliche Ungleichheit / Health Inequalities, Köln 2011.

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783845293257 https://www.inlibra.com/de/agb - Open Access -