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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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-6yk21 (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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – CC BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

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/10.5771/9783845293257-142, am 14.09.2024, 10:14:43
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb