David Stark, Elmshorn*

Verfassungsrechtliche Probleme der Stärkung der Prävention im Gesundheitswesen – Die Gefahr des staatlich angeordneten Zwangs zu einem gesundheitsbewussten Leben

Seit längerem bestehen Bestrebungen, Prävention als vierte Säule des Gesundheitssystems neben Akutversorgung, Rehabilitation und Pflege zu etablieren.[1] Der Gesetzgeber führt aus, dass „nur ein Gesundheitswesen, das die Menschen gesund erhält, statt sich im Kurieren von Krankheiten zu erschöpfen, (…) diesen Namen wirklich verdient"[2]. In der öffentlichen Debatte wird dieses Thema derzeit sehr positiv aufgenommen, Kritik bezüglich der Ausdehnung gesundheitspräventiv wirkender Konzepte und Regelungen im öffentlichen Gesundheitswesen ist kaum zu vernehmen. Laut Gesundheitsminister Hermann Gröhe „unterstützt (Prävention) die Gesundheit, steigert die Lebensqualität und spart Gesundheitskosten"[3]. Es handele sich quasi um eine

* Dipl.-Jur. *David Georg Stark* studierte an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald Rechtswissenschaften und ist derzeit Rechtsreferendar am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht.

1 Vgl. nur: ÄrzteZeitung, www.aerztezeitung.de/politik_gesellschaft/gp_specials/abc_gesundheitswesen/article/564722/praevention.html (Abruf v. 04.07.2016).

2 BT-Drs. 14/9085, 2.

3 Bundestagsrede von Bundesgesundheitsminister *Hermann Gröhe* zum Präventionsgesetz – 1. Lesung, 20. März 2015, abrufbar unter: Bundesministerium für Gesundheit, bmg.bund.de/presse/reden/praeventionsgesetz.html (Abruf v. 04.07.2016).

„Win-win-Situation für alle Beteiligten“[4]. Nachfolgend wird zunächst der zentrale Begriff der Prävention dargestellt sowie beispielhaft für die Signifikanz der Gesundheitsprävention im Gesundheitswesen ein kurzer Einblick in gesundheitspräventiv wirkende Normen des SGB V vor und nach der Einführung des Präventionsgesetzes gegeben. Nachfolgend werden die hauptsächlichen Probleme in verfassungsrechtlicher Hinsicht durch eine verstärkte Regelung der Gesundheitsprävention durch den Gesetzgeber aufgezeigt sowie – soweit im Rahmen der begrenzten Form eines Aufsatzes möglich – einige Grundpfeiler aufgezeigt, die einzuhalten sind, um eine verfassungsrechtlich zulässige Gestaltung der Gesundheitsprävention im Recht zu ermöglichen.

I. Genese des Präventionsbegriffs

Prävention entstammt dem lateinischen Wort „praevenire“[5] und kann unter anderem mit dem Verb „verhindern“[6] übersetzt werden. Prävention im Gesundheitswesen kann grundsätzlich als Vorbeugung der Ausbreitung oder Vermehrung von Krankheiten verstanden werden.[7] In der Systematik des in diesem Kontext regelmäßig zentralen Sozialversicherungsrechts geht es somit um die Verhinderung des Eintritts eines bestimmten Leistungsfalls.[8] Es wird auf zeitlicher Ebene zwischen Primär-, Sekundär- und Tertiärprävention differenziert.[9] Primärprävention zielt auf die Ausschaltung oder Verminderung von Faktoren ab, welche den erstmaligen Ausbruch einer Krankheit jedenfalls beschleunigen.[10] Sekundärprävention hat die Intention, Krankheiten in einem vorsymptomatischen Zustand zu identifizieren und zu therapieren.[11] Tertiärprävention setzt im Zeitpunkt des vollständigen symptomhaften Ausbruchs einer Krankheit an und dient der Folgenbegrenzung der Beeinträchtigung durch eine Krankheit, insbesondere der Rehabilitation und Verminderung der Wahrscheinlichkeit eines erneuten Ausbruchs.[12] Neben dieser gängigen Unterscheidung auf temporärer Ebene kann Prävention zudem anhand sachlicher und personeller Kriterien unterschieden werden. Sachlich kann zwischen Verhaltens- und Verhältnisprävention unterschieden werden. Verhaltensprävention zielt auf die Lebensweise des Individuums ab, während Verhältnisprävention die Umstände erfasst, welche die Umwelt des Individuums prägen.[13] Personell kann nach dem Adressatenkreis präventiver Regelungen zwischen Individual- und Generalprävention unterschieden werden, wobei Individualprävention den Einzelnen betrifft und Generalprävention ein Kollektiv von Adressaten.[14] Diese Darstellung zeigt die enorme Reichweite und Wirkungsweise des Konzeptes der Prävention, welches ein vertieftes Verständnis der in diesem Konzept liegenden verfassungsrechtlichen Probleme erlaubt.

II. Prävention im SGB V

Um die Signifikanz der Prävention im Bereich des Gesundheitswesens aufzuzeigen, soll das in vielerlei Hinsicht zentrale SGB V als Beispiel dienen.

§ 1 nennt als Ziel des SGB V, „die Gesundheit der Versicherten zu erhalten, wiederherzustellen oder ihren Gesundheitszustand zu bessern“. Die primäre und sekundäre Prävention ist insbesondere in §§ 20 ff. SGB V konkretisiert. §§ 27-68 SGB V regeln die Wiederherstellung der Gesundheit im Krankheitsfall und sind somit insbesondere auch tertiärpräventive Maßnahmen mit der Intention der Verhinderung des Fortschreitens einer bereits ausgebrochenen Krankheit sowie primärpräventive Maßnahmen im Hinblick auf mögliche erst einsetzende Defekte.[15] Das insbesondere in § 1 S. 2 SGB V dargelegte Prinzip der Eigenverantwortung stellt eine verhaltenspräventive Vorschrift dar. Auch § 52 Abs. 2 SGB V hat präventiven Charakter. Seine Aussage lautet: „Bleibe naturbelassen wie du bist“[16]. Hierdurch möchte der Gesetzgeber retrospektiv einen Anreiz dafür schaffen, derartige kosmetische Eingriffe zu verhindern, um möglichen hierdurch entstehenden Gesundheitsgefahren vorzubeugen.

2015 hat der Gesetzgeber nach zwei erfolglosen Versuchen ein Präventionsgesetz beschlossen,[17] welches sich insbesondere zum Ziel setzt, „Bürgerinnen und Bürger(n) jeglichen Alters in ihren täglichen Lebenszusammenhängen“ dabei zu helfen, „gesundheitsförderliche Lebensweisen zu entwickeln und im Alltag umzusetzen“[18].

4 Bundestagsrede von Bundesgesundheitsminister *Hermann Gröhe* zum Präventionsgesetz – 1. Lesung (Fn. 3).

5 *Banafsche*, Zielsetzungen und Instrumente der Prävention im Sozialrecht, in: Brockmann (Hrsg.), Prävention an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht, 2014, 7 (8).

6 PONS, de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/praevenire (Abruf v. 04.07.2016).

7 *Kryspin-Exner/Pintzinger*, Theorien der Krankheitsprävention und des Gesundheitsverhaltens, in: Hurrelmann/Klotz/Haisch (Hrsg.), Lehrbuch Prävention und Gesundheitsförderung, 2014, 25 (26).

8 *Bieback*, Prävention als Prinzip und Anspruch im Sozialrecht, insbesondere in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Zeitschrift für Sozialreform 2003, 403 (405).

9 *Keil*, Rechtsfragen der individualisierten Medizin, 2015, S. 199; eine neue Unterscheidung auf temporärer Ebene entwickelnd: *Banafsche*, in: Brockmann (Fn. 5), 7 (11f.).

10 TA-Zukunftsreport „Individualisierte Medizin und Gesundheitssystem“, 2009, BT-Drs. 16/12000, 118.

11 *Eberbach*, Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, 757 (763).

12 Gutachten 2000/2001 des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, I, BT-Drs. 14/5660, 71; zu Abgrenzungsschwierigkeiten zur Primärprävention: *Banafsche*, in: Brockmann (Fn. 5), 7 (11).

13 *Banafsche*, in: Brockmann (Fn. 5), 7 (10).

14 *Banafsche*, in: Brockmann (Fn. 5), 7 (10).

15 Sog. „doppelter präventiver Auftrag“ (tertiär- und primärpräventiv): *Banafsche*, in: Brockmann (Fn. 5), 7 (11).

16 *Eberbach*, Personalisierte Prävention: Wirkungen und Auswirkungen, MedR 2014, 449 (451).

17 Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz – PrävG) vom 17. Juli 2015, Bundesgesetzblatt 2015, I, 1368 ff.

18 Bundesministerium für Gesundheit, bmg.bund.de/themen/praevention/fragen-und-antworten-zum-praeventionsgesetz.html (Abruf v. 04.07.2016).

Hierdurch hat die Prävention im Kontext des SGB V deutlich an Signifikanz gewonnen. Das Präventionsgesetz enthielt im Wesentlichen Änderungen bezüglich der primären Prävention sowie der sekundären Prävention. Zentraler Aspekt ist insbesondere die umfassende Förderung primärpräventiver Untersuchungen. § 20 Abs. 1 SGB V verpflichtet nunmehr die Krankenkassen, primärpräventive Leistungen sowie Leistungen zur Gesundheitsförderung anzubieten. In § 20 Abs. 3 SGB V werden Punkte genannt, auf welche sich diese Bemühungen im Speziellen beziehen sollen. Hier sind Ziele wie beispielsweise „gesund aufwachsen: Lebenskompetenz, Bewegung, Ernährung" sowie „gesund älter werden" zu finden, allerdings auch spezieller umschriebene Einzelaspekte wie beispielsweise „Brustkrebs: Mortalität vermindern, Lebensqualität erhöhen".

Mithin ist zu attestieren, dass Prävention bereits vor der Änderung durch das Präventionsgesetz ein bestehendes, in seinen Wirkungen jedoch begrenztes Prinzip innerhalb der Systematik des SGB V darstellte, welches durch die Änderungen bedingt durch das Präventionsgesetz deutlich ausgebaut wurde.

III. Probleme in verfassungsrechtlicher Hinsicht

Nachfolgend sollen die wichtigsten Probleme verfassungsrechtlicher Art durch eine Stärkung der Gesundheitsprävention aufgezeigt werden.[19]

1. Staatliche Einflussausweitung

Erstens ist der staatliche Einfluss im Bereich der Regelung gesundheitspräventiv wirkender Maßnahmen im Gesundheitswesen jedenfalls verfassungsrechtlich problematisch: Die ehemals private Aufgabe der Gesundheitserhaltung wird immer mehr zu einer Aufgabe des Staates.[20] Im Besonderen zeigt sich dies im Bereich des neu eingefügten Konzepts der Prävention in den Lebenswelten. Diese werden in § 20a Abs. 1 S. 1 SGB V legaldefiniert als „für die Gesundheit bedeutsame, abgrenzbare soziale Systeme insbesondere des Wohnens, des Lernens, des Studierens, der medizinischen und pflegerischen Versorgung sowie der Freizeitgestaltung einschließlich des Sports". Hierbei handelt es sich beispielsweise um Kindergärten und Vereine. Diese stellen grundsätzlich Teile des gesellschaftlichen Lebens dar, die oft in signifikantem Maße entscheidend für die Persönlichkeitsentwicklung sind. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG bekennt, dass die Gesundheit von Bürgern einen besonderen, primär abwehrrechtlich wirkenden Charakter besitzt. Bei einer umfassenden Zuständigkeit des Staates für den Themenkomplex der Gesundheitsprävention würde die Gefahr bestehen, dass die Fokussierung der Gesundheit als ein individuelles Gut durch eine Fokussierung der Gesundheit als ein primär durch Allgemeininteressen geprägtes Gut mit möglichen Gesunderhaltungspflichten[21] gegenüber jedenfalls einer öffentlich-rechtlichen Versichertengemeinschaft abgelöst wird. Die Gefahr einer Verstaatlichung der Gesundheit[22] jedenfalls in Teilbereichen erscheint vorstellbar. Eine Gesundheitspflicht ist aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz jedoch nicht abzuleiten.[23] Im Gegenteil: Aus diesem Grundrecht wird sogar ein „Recht zur Krankheit"[24] abgeleitet. Dies könnte durch eine verstärkte staatliche Einflussnahme auf dem Gebiet der Gesundheitsprävention jedenfalls erheblich gefährdet sein. Insbesondere das Gebiet der Primärprävention bewegt sich *prima facie* konträr zu den oben aufgezeigten Feststellungen, da dieses Gebiet auf die Gesunderhaltung des Menschen fokussiert ist. Mithin widerspricht eine Freiheit zur Krankheit im Grundsatz primärpräventiven Gesundheitskonzepten.

Absolute Grenzen von Prävention sind jedenfalls aus dem Konzept der Prävention nicht zu extrahieren,[25] welches dazu führt, dass grundsätzlich jeder Lebensbereich eines Menschen hiervon erfasst sein kann. *Wolfram H. Eberbach* konstatierte 2014 richtigerweise: „Zahl und Inhalt der geforderten gesundheitsförderlichen Regelungen sind anscheinend unbegrenzt."[26] Sich aus dem Verfassungsrecht ergebende Grenzen der Zuständigkeit des Staates sind in Abgrenzung insbesondere zu exklusiven Aufgaben der einzelnen Individuen zu bestimmen. Hier ist ein persönlicher Kernbereich bezüglich einzelner nach ihrer Qualität zu beurteilender Maßnahmen sowie einzelner nach ihrer Quantität zu beurteilender, insbesondere primärpräventiver, Maßnahmen notwendig. Eine qualitativ unbegrenzte staatliche Zuständigkeit auf diesem Gebiet kann dazu führen, dass gesundheitspräventive Maßnahmen sich auf einen Lebensbereich beziehen, welcher konstitutiv für die Persönlichkeitsbildung eines Individuums ist und mithin diesem keine Möglichkeiten eröffnet, ohne staatliche Beeinflussung eine eigene Präferenzordnung jedenfalls bezüglich des gegenständlichen Themengebietes zu entwickeln. Zudem kann in quantitativer Hinsicht der Kernbereich privater Lebensgestaltung tangiert sein. Insbesondere primärpräventive Maßnahmen können aufgrund ihrer Quantität Bürger derart beeinflussen, dass ein nötiger grundsätzlich staatlich unbeeinflusster Raum zur Entwicklung einer eigenen Präferenzordnung im Hinblick auf insbesondere die Art und Weise einer individuellen Gesundheitsprävention nicht möglich ist. Die staatliche Einflussnahme sollte hier durch einen

19 Insbesondere mögliche Probleme der Gesetzgebungskompetenz im Rahmen der Schaffung gesundheitspräventiv wirkender Regelungen im SGB V werden nicht angesprochen.

20 *Eberbach* (Fn. 16), MedR 2014, 449 (449).

21 Der Begriff der Gesunderhaltungspflicht fußt im Beamtenrecht und wird argumentativ zudem im Arbeitsrecht angewandt.

22 *Eberbach* spricht von einer „Vergesellschaftung des Gesundheitsverhaltens": *Eberbach* (Fn. 16), MedR 2014, 449 (455).

23 *Höfling*, Recht auf Selbstbestimmung versus Pflicht zur Gesundheit, Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen (ZEFQ) 103 (2009), 286 (287 f.).

24 BVerfGE 58, 208 (226); *Höfling* (Fn. 23), ZEFQ 103 (2009), 286 (288).

25 *Eberbach* (Fn. 16), MedR 2014, 449 (455).

26 *Eberbach* (Fn. 16), MedR 2014, 449 (453).

persönlichen Kernbereich ohne staatliche Beeinflussung begrenzt werden.

2. Fehlende Konturierung durch den Gesetzgeber

Zweitens zeichnen sich insbesondere im SGB V viele gesundheitspräventiv motivierte Regelungen dadurch aus, dass der Gesetzgeber sowohl bezüglich der Konturierung von insbesondere primärpräventiven Maßnahmen der Bürger als auch bezüglich der Durchsetzung dieser gesundheitspräventiven Maßnahmen nur in sehr begrenztem Umfang normative Vorgaben macht und hier mithin einen weiten Spielraum für die handelnden Akteure, insbesondere die gesetzlichen Krankenkassen, eröffnet. Das neue Präventionsgesetz enthält keine konkreten Aussagen bezüglich insbesondere der Verwirklichung des Zieles der Verstärkung der Prävention sowie der genauen Konturierung dieses Zieles. Vielmehr werden vermehrt Floskeln wie das Stichwort der „Gesundheitsförderung" verwendet, welches in den §§ 20-20i SGB V an 18 Stellen erwähnt wird, ohne diese Begriffe in notwendiger Tiefe zu konkretisieren. Im Rahmen der vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Wesentlichkeitslehre müssen hier jedoch aufgrund der bestehenden Grundrechtssensibilität dieses Themenkomplexes grundsätzlich genaue Konturierungen durch den Gesetzgeber erfolgen. Hier bestehen im Rahmen der Gesundheitsprävention spezifische Schwierigkeiten: Zum einen ist im Rahmen der Bestimmung der präventiven Maßnahmen sehr problematisch, dass Prävention ein Konzept darstellt, welches sich in großem Maße an den Bedürfnissen und körperlichen Gegebenheiten des jeweiligen Adressaten orientiert. Eine generelle Formulierung von Maßnahmen, welche gesundheitspräventiv wirken, ist somit im Hinblick auf insbesondere primärpräventive Regelungen oft nicht möglich. Ein Beispiel hierfür ist in der sportlichen Aktivität zu sehen: Es wird insbesondere in der öffentlichen Debatte vermehrt eine Zunahme des Angebots sportlicher Aktivitäten für Bürger gefordert. Dies ist grundsätzlich für einen bestimmten Adressatenkreis und innerhalb bestimmter Formen gesundheitsfördernd. Jedoch bestehen auch Warnungen vor Schäden als Folge von erhöhter Durchführung sportlicher Aktivitäten in der Wachstumsphase[27] sowie im Hinblick auf sogenannte Trendsportarten jedenfalls bei Kindern[28]. Auch die Magersuchtgefahr kann durch sportliche Betätigung erhöht werden.[29] Zudem kann die Nierentätigkeit negativ beeinflusst werden.[30] Mithin kann eine generelle Aussage in vielen Fällen diesbezüglich schwerlich abstrakt getätigt werden. Wie kann verhindert werden, dass Anreize zur sportlichen Betätigung gesetzt werden, welche bei bestimmten Personengruppen dazu führen, dass Versicherungsnehmer hier einen Ehrgeiz entwickeln, welcher für diese gesundheitsschädigend ist? Zum anderen ist die Wahl der Mittel zur Durchsetzung gesundheitspräventiv wirkender Maßnahmen im Gesundheitsrecht, konträr zu anderen Regelungsgebieten, sehr problematisch: Der Staat „kann (…) gesundheitsbewusste Lebensstile nicht einfach anordnen"[31]. Da wirkungsvolle Gesundheitsprävention gesundheitsbewusstes Verhalten der Bürger in deren gesamten Lebenshandlungen stärken möchte, welches eine Steuerung durch Ge- und Verbote oft jedenfalls unter Effizienzgesichtspunkten nicht erreichen kann, ist eine Steuerung auf diesem Gebiet in vielen Fällen insbesondere durch indirekte staatliche Steuerung in effektiver Weise möglich. Insbesondere im Rahmen der unterbewussten Steuerung ist eine detaillierte Kodifikation durch den Gesetzgeber jedoch aufgrund der unterbewussten Wirkungsweise derartiger Steuerungsinstrumente nur sehr eingeschränkt möglich. Hier ist im jeweiligen Einzelfall wertend festzustellen, ob die Anforderungen der Wesentlichkeitslehre mit Blick auf die oben aufgezeigten besonderen Schwierigkeiten gewahrt worden sind. Besonders auffällig ist, dass viele Normen des neuen Präventionsgesetzes in alarmierender Weise abstrakt gefasst sind und zwingend einer weitgehenden Konkretisierung und Ausgestaltung bedürfen.

3. Zwecke gesundheitspräventiv wirkender Gesetzgebung

Drittens können verfassungsrechtliche Probleme im Rahmen der Zwecke gesundheitspräventiv motivierter Regelungen bestehen. Prävention ist nie endgültiger Handlungszweck einer Regelung, sondern dient im Gesundheitswesen dazu, bestimmte andere Zwecke zu erreichen. *Prima facie* erfüllen präventive Regelungen im Rahmen des Gesundheitsrechts den Zweck, die Gesundheit von Menschen gegen deren momentanen Willen zu schützen, mithin einen paternalistischen Zweck. Denkbar sind hier zudem eine Kostensenkung für eine Versichertengemeinschaft sowie für die Allgemeinheit, die Gesunderhaltung der Allgemeinheit sowie Perfektionismus als weitere Zwecke. Besonders problematisch sind die Zwecke des Perfektionismus und des Paternalismus.

Im Rahmen des Perfektionismus ist fraglich, inwiefern der Staat einen derartigen Zweck verfolgen darf. Oft wird insbesondere Primärprävention mit einer Zunahme von individuellem Glück im Sinne einer perfektionistischen Vervollkommnung des Lebens in Verbindung gebracht.[32] Der Staat, jedenfalls in der derzeit vorherrschenden staatsphilosophischen Betrachtung, ist jedoch innerhalb dieses Zweckes erheblichen Grenzen ausgesetzt. Ist ein langes Leben ohne gesundheitliche Beeinträchtigung oder ein

27 aerzteblatt.de, www.aerzteblatt.de/nachrichten/55654/Kinderchirurgen-warnen-vor-Ueberlastungsschaeden-bei-Sport (Abruf v. 04.07.2016).

28 aerzteblatt.de, www.aerzteblatt.de/nachrichten/51539 (Abruf v. 04.07.2016).

29 aerzteblatt.de, www.aerzteblatt.de/nachrichten/51250/Endokrinologen-warnen-vor-Gefahren-durch-Sportlermagersucht (Abruf v. 04.07.2016).

30 aerzteblatt.de, www.aerzteblatt.de/nachrichten/53974/Marathon-kann-die-Nierenfunktion-beeintraechtigen (Abruf v. 04.07.2016).

31 Bundestagsrede von Bundesgesundheitsminister *Hermann Gröhe* zum Präventionsgesetz – 1. Lesung (Fn. 3).

32 Bundestagsrede von Bundesgesundheitsminister *Hermann Gröhe* zum Präventionsgesetz – 1. Lesung (Fn. 3).

sinnstiftendes, als zufrieden bewertetes Leben mit einer gesundheitsschädigenden Lebensweise wünschenswert? Dies stellt unter dem Blickwinkel des freiheitssichernden Grundgesetzes eine Präferenzentscheidung dar, welche jeder Bürger individuell festlegen darf und muss.

Besonders problematisch ist zudem eine paternalistische Rechtfertigung gesundheitspräventiv wirkender Normen. Grundlegend definiert *Dworkin* Paternalismus als „*interference with a person's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests, or values of the person being coerced*“[33]. Eine staatliche Maßnahme ist mithin paternalistisch, wenn diese intendiert, den Regelungsadressaten vor sich selbst zu schützen.[34] Die Rechtswissenschaft hat sich mit dem Problem der Rechtfertigung paternalistisch begründeten Staatshandelns bereits beschäftigt.[35] Grundrechtsdogmatisch betrachtet wird die Zulässigkeit paternalistischen Staatshandelns in der Literatur sowohl unter dem Konstrukt des grundrechtlichen Eingriffs als auch der grundrechtlichen Schutzpflicht sowie des Grundrechtsverzichts diskutiert.[36] Insbesondere die Maximierung individueller Freiheit als Rechtfertigung paternalistischen Staatshandelns[37] sowie der Integritätsschutz[38] bilden wichtige Versuche der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung derartiger Konstruktionen. In Anlehnung an den Philosophen *Joel Feinberg*[39] wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur regelmäßig zwischen weichem und hartem Paternalismus unterschieden.[40] Hart paternalistische Normen zeichnen sich dadurch aus, dass in Entscheidungen eines als autonomiefähig angesehenen Individuums eingegriffen wird.[41] Eine Maßnahme wird konträr als weich paternalistisch klassifiziert, sofern der Entscheidende aufgrund äußeren Zwanges oder mangelnder Entscheidungsfähigkeit außerstande ist, eine autonome Entscheidung zu treffen. Mithin wird eine Entscheidung „für und gegen“[42] das betroffene Individuum getroffen. Im Gegensatz zu hart paternalistisch wirkenden Regelungen sind Regelungen mit weich paternalistischem Zweck grundsätzlich rechtfertigungsfähig.[43] Hierbei handelt es sich um keine wirklich paternalistisch wirkenden Normen, da ein relevanter Wille des Entscheiders nicht gebrochen wird.[44] Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit hart paternalistischer Vorschriften wird zwar im Grundsatz richtigerweise in Rechtsprechung und Literatur nahezu einhellig abgelehnt, durch immer extensivere Anforderungen an die Autonomiefähigkeit von Individuen könnte allerdings über die Ausweitung weich paternalistischer Vorschriften zur vermeintlichen Autonomieförderung insgesamt die Fülle paternalistisch motivierter Regelungen in gefährlicher Weise potenziert werden.[45] Mithin stellt die Diskussion der notwendigen Anforderungen an die Autonomiefähigkeit im Rahmen weich paternalistisch motivierter Regelungen „die entscheidende Frage für die Zulässigkeit paternalistischer Intervention“[46] dar. Das Bundesverfassungsgericht hat bisher diesbezüglich lediglich festgestellt, dass das grundrechtliche Selbstbestimmungsrecht in Abwägung zum Gemeinwohl „nicht losgelöst von den tatsächlichen Möglichkeiten“[47] der Entscheidungsfindung durch das Individuum besteht. *Schmolke* geht aufgrund des Umstandes, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Nichtannahmebeschluss zur Verfassungsmäßigkeit der Voraussetzungen der Lebendorganspende lediglich Zweifel an der Entscheidungsfähigkeit der potentiellen Organspender zur Zulässigkeit paternalistisch motivierter Gesetzgebung ausreichen ließ[48], davon aus, dass das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber hier einen weiten Spielraum lässt.[49] Teilweise werden die Voraussetzungen für die Zulässigkeit weich paternalistischer Maßnahmen jedoch bereits beim Vorliegen von „Defiziten formaler Entscheidungsfreiheit“ angenommen.[50] *Jürgen Schwabe* führt als nahezu gegensätzliche Position aus, dass neben Minderjährigen lediglich die Gruppe der sogenannten „psychisch Gestörten“, die *Schwabe* als gesunde Menschen definiert, welche sich vorübergehend in einem psychischen

33 *Dworkin*, Paternalism, in: Sartorius (Hrsg.), Paternalism, 1983, 19 (20); deutschsprachige Definition: *Möller*, Paternalismus und Persönlichkeitsrecht, 2005, S. 11; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 10 ff.

34 *Schmolke* (Fn. 33), S. 66 f.

35 Erstmals: *von Münch*; Grundrechtsschutz gegen sich selbst?, in: Stödter/Thieme (Hrsg.), Festschrift für Hans Peter Ipsen zum 70. Geburtstag, 1977, 113; dann insbesondere: *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992; *Littwin*, Grundrechtsschutz gegen sich selbst, 1993; *Fischer*, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997; *Doehring*, Die Gesunderhaltung des Menschen im Spannungsfeld zwischen Staatsfürsorge und Individualentscheidung, in: Fürst (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zeidler, II, 1987, 1553; *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996; *Möller* (Fn. 33); *van Aaken*, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2006, 109; *Schmolke* (Fn. 33).

36 Dies aufzeigend: *Schmolke* (Fn. 33), S. 47.

37 *Enderlein* (Fn. 35), S. 60 ff. (in philosophischer Anlehnung an: *Regan*, Paternalism, Freedom, Identity, and Commitment, in: Sartorius (Fn. 33), 113 [120 f.]).

38 *Möller* (Fn. 33), S. 179 ff.

39 *Feinberg*, Harm to Self, 1986, S. 12.

40 Siehe nur: *Schroth*, Die strafrechtlichen Tatbestände des Transplantationsgesetzes, JZ 1997, 1149 (1153); *Merkel*, Teilnahme am Suizid – Tötung auf Verlangen – Euthanasie, in: Hegselmann/ders. (Hrsg.), Zur Debatte über Euthanasie, 1991, 71 (82).

41 *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus im Strafrecht, 2013, S. 26 (zur Debatte über die Willensfreiheit siehe nur: *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008).

42 *Merkel*, in: Hegselmann/ders. (Fn. 40), 71 (82).

43 *Schroth* (Fn. 40), JZ 1997, 1149 (1153 f.); Diese haben „in einer liberalen, demokratischen und säkularisierten Gesellschaft einen erheblichen Legitimationsvorsprung“ vor hartem Paternalismus: *Merkel*, in: Hegselmann/ders. (Fn. 40), 71 (84).

44 *Merkel*, in: Hegselmann/ders. (Fn. 40), 71 (82); *Feinberg* (Fn. 39), S. 12 ff.

45 Diese Gefahr erkennend: *Schmolke* (Fn. 33), S. 66.

46 *Schmolke* (Fn. 33), S. 89.

47 BVerfGE 58, 208 (225).

48 Diese Interpretation ist nicht in dieser Eindeutigkeit dem Wortlaut des Nichtannahmebeschlusses (BVerfG (K), NJW 1999, 3399) zu entnehmen. Zu dieser Interpretation: *Schmolke* (Fn. 33), S. 65; dies als hart paternalistisch einordnend: *Kirste*, Harter und weicher Rechtspaternalismus, JZ 2011, 805 (811).

49 *Schmolke* (Fn. 33), S. 65.

50 *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte, und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133 (1140 f.).

Ausnahmezustand befinden, sowie sogenannte Suchtkranke[51] keine autonomen Entscheidungen treffen können.[52] Geht man von der Entwicklungsfähigkeit der Menschen aus, ist es grundsätzlich notwendig, diesen ein Recht auf falsche Entscheidungen einzuräumen, um Lerneffekte zu erzeugen.[53] Mithin ist eine restriktive Bestimmung der Anforderungen an das rechtlich relevante Minimum der Selbstbestimmung geboten, wobei eine genaue Konkretisierung zwischen den oben dargestellten Meinungen jedenfalls sehr anspruchsvoll ist und deutlich den Rahmen dieses Beitrages übersteigen würde.[54] Eine zu extensive Anforderung an die Selbstbestimmung würde im Hinblick auf das Gebiet der Gesundheitsprävention zu einer sehr weitreichenden möglichen diesbezüglichen Steuerungsbefugnis des Staates führen.

4. Steuerung

Gesundheitsprävention stellt einen Bereich dar, in welchem der Staat vermehrt auf neue, indirekt wirkende Handlungsformen setzt, um Bürger zu einem bestimmten Verhalten zu animieren. Das Präventionsgesetz lässt durch das Fehlen einer Festlegung oder jedenfalls näheren Konkretisierung bestimmter Mittel zur Durchsetzung des Zieles der Prävention hier einen erheblichen Spielraum. Wie genau kann beispielsweise eine Steuerung im Bereich der Lebenswelten aussehen? Das Grundgesetz geht aufgrund seiner rechtsstaatlichen Prägung von einer Bindung der Durchsetzung legislativer Ideen an bestimmte Formen aus, um insbesondere vorhersehbar, durchschaubar sowie kontrollierbar zu sein.[55] Das Grundgesetz gibt diesbezüglich das Recht als zentrales Steuerungsinstrument vor.[56] Der Schwerpunkt lag hier bisher auf regulativen Normierungen mit Ge- und Verbotscharakter. Aufgrund der Signifikanz der Durchsetzung von Regelungen gegen einzelne Personen auf der Grundlage von Mehrheitsentscheidungen als wichtigem Aspekt des Demokratieprinzips wird der regulativen Steuerung auch weiterhin eine wichtige Rolle zukommen.[57] Allerdings setzt der Gesetzgeber vermehrt Steuerungsinstrumente der indirekten Steuerung ein, welches oft unter dem Stichwort des informellen Staatshandelns diskutiert wird. Informelles Staatshandeln bezeichnet Tätigkeiten des Staates unter fehlenden detaillierten Gesetzesvorgaben und ohne formalisierte Entscheidungsprozesse.[58] Die Debatte bezüglich der Zulässigkeit von derartigem Staatshandeln muss die jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls berücksichtigen und ist somit nicht allgemein, sondern nur anhand des spezifischen Untersuchungsgegenstandes, zu entwickeln.[59] Steuerungsinstrumente können nach ihrer zeitlichen Wirkung in prospektive und retrospektive Steuerungsinstrumente unterteilt werden.[60] Retrospektive Instrumente haben sanktionierenden Charakter nach Eintritt eines Schadens und wollen hierdurch das Verhalten in der Zukunft steuern (beispielsweise im Rahmen der Gesundheitsprävention: § 52 SGB V), während prospektive Instrumente vor dem Schadensereignis ansetzen und hier eine Verhaltensänderung erwirken möchten (Beispiel aus dem Gebiet der Gesundheitsprävention: genetische Screenings).

Die Steuerung durch Anreize hat in letzter Zeit eine neue Stoßrichtung erfahren. Bisher diskutiert ist die Steuerung durch Anreize grundsätzlich lediglich unter dem Blickwinkel der monetären Anreize.[61] Zusätzliche Arten von Anreizen sind durch verschiedene, dem Feld der *Behavioural Law and Economics*-Forschung entstammende Ideen zur effektiveren Verhaltenssteuerung entstanden. Der Ökonom *Richard H. Thaler* und der Rechtswissenschaftler *Cass R. Sunstein* entwickelten beispielsweise das Konzept des sogenannten libertären Paternalismus.[62] Der libertäre Paternalismus zielt darauf ab, Menschen durch die Schaffung einer bestimmten Entscheidungsarchitektur in deren Willensbildung zu beeinflussen, ohne diesen jedoch mögliche wählbare Entscheidungsresultate zu verbieten oder deren Auswahl erheblich zu erschweren. Grundlegend hierfür ist die Abgrenzung der sogenannten *humans* von den sogenannten *econs*. Der Begriff der *econs* ist auf das Modell des *homo oeconomicus* zurückzuführen, welcher sich gemäß der bildreichen Darstellung von *Richard H. Thaler* und *Cass R. Sunstein* dadurch auszeichnet, dass dieser „denkt wie Albert Einstein, Informationen speichert wie IBMs Supercomputer Big Blue und eine Willenskraft hat wie Mahatma Gandhi“[63]. *Humans* indessen sind fehlerhaft. Auch Wirtschaftswissenschaftler haben diese Unstimmigkeiten

51 Hier liefert *Schwabe* allerdings keine nähere Konturierung des Suchtbegriffes in dieser Situation: *Schwabe*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1998, 66 (70).

52 *Schwabe* (Fn. 51), JZ 1998, 66 (70).

53 Hierzu: *Schmolke* (Fn. 33), S. 24 f.

54 Hierzu erste tragfähige Ansätze liefernd: *Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl* (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2009, Teil I.; insbesondere zu den Erkenntnissen der *Public-Health*-Forschung, welche Auswirkungen auf diese Konturierung haben können: *Huster*, Selbstbestimmung, Gerechtigkeit und Gesundheit, 2015, S. 50 ff.

55 *Schoch*, Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 37 Rn. 8.

56 *Schoch*, in: HStR III (Fn. 55), § 37 Rn. 4.

57 *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2006, S. 20.

58 *Dreier*, Informales Verwaltungshandeln, Staatswissenschaften und Staatspraxis 1993, 647 (648).

59 *Isensee*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), 90 (91); *Mantl*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 62 (2003), 100 (100 f.).

60 *Keil* (Fn. 9), S. 214 f.

61 Vgl. nur: *Sacksofsky*, Anreize, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, II, 2. Aufl. 2012, § 40 (diese monetäre Ausrichtung erkennend: *Wolff*, Eine Annäherung an das Nudge-Konzept nach Richard H. Thaler und Cass R. *Sunstein* aus rechtswissenschaftlicher Sicht, Rechtswissenschaft 2015, 194 [207 f.]).

62 *Thaler/Sunstein*, Nudge: Improving decisons about health, wealth and happiness, 2009; weitere diesbezügliche nachfolgende Publikationen: *Sunstein*, Choosing not to choose – Understanding the value of choice, 2015; *Sunstein*, Why Nudge? – The politics of libertarian paternalism, 2014; *Sunstein*, Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation, in: Zamir/Teichman (Hrsg.), The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law, 2014, 719.

63 *Thaler/Sunstein*, Nudge – Wie man kluge Entscheidungen anstößt, 2010 (Übersetzung von *Thaler/Sunstein* (Fn. 62) durch *Bausum*), S. 16.

zwischen dem Modell des *homo oeconomicus* als Grundlage der Erklärung der Entscheidungsfindung von Menschen und der realen Situation der menschlichen Entscheidungsfindung erkannt.[64] *Richard H. Thaler* und *Cass R. Sunstein* entwickeln diese Theorie mithin auf der Annahme, dass Menschen oft für diese nicht vorteilhafte Entscheidungen treffen[65] und möchten durch den gezielten Einsatz von libertärem Paternalismus „das Leben der Menschen verbessern und gleichzeitig dazu beitragen, viele der großen Probleme unserer Gesellschaft zu lösen“[66]. Die Begründer des libertären Paternalismus entwickeln den Gedanken, dass diese Art der Steuerung durch sogenannte *nudges* besonders in bestimmten Situationen hilfreich ist: Hierfür muss betrachtet werden, in welche Situationen Menschen grundsätzlich unfähiger als in anderen Situationen sind, richtige Entscheidungen zu treffen.[67] Beispielsweise in Situationen, in welchen in der Gegenwart Lasten entstehen, deren Vorteil jedoch erst in der Zukunft eintritt[68] oder in Situationen mit einem gewissen Schwierigkeitsgrad[69] oder bei Nichtvorhandensein von Feedback[70] ist es für Menschen, wissenschaftlichen Erkenntnissen folgend, oft nicht möglich, die für die eigene Person vorteilhaftere (im Sinne einer rationalen Vorteilhaftigkeit) Entscheidung zu erkennen. Derartige Situationen sind häufig im Gesundheitsrecht anzutreffen. Durch *nudges* soll hier ein unterbewusst wirkender Anreiz zu der vorteilhafteren Entscheidung geschaffen werden. Laut *Richard H. Thaler* und *Cass R. Sunstein* ist ein *nudge* jeder „Faktor, der das Verhalten von *Humans* signifikant verändert, während er von *Econs* ignoriert würde“[71]. Zur Annahme dieser These zeigen beide Autoren zunächst auf, dass es keine neutrale Möglichkeit gibt, das Umfeld einer Entscheidung zu konstruieren.[72] Beispielsweise durch die Betonung, die Reihenfolge und die Wortwahl bei dem Aufzeigen verschiedener Entscheidungsmöglichkeiten sowie durch sog. *defaults* werden Entscheidungen in bestimmte Richtungen gelenkt. *Thaler* und *Sunstein* entwickeln jedenfalls vier eindeutige Möglichkeiten libertärer Steuerung[73]: *minimal paternalism*[74], *required active choices*[75], *procedural constraints*[76] sowie *substantive constraints*[77]. Insbesondere Großbritannien[78], die USA[79], das Bundeskanzleramt[80] und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz[81] haben ihr Interesse an diesem Ansatz bereits demonstriert. Ähnliche Konzepte sind insbesondere der asymmetrische Paternalismus[82] sowie der schonendste Paternalismus[83].

Richtigerweise ist diese Debatte losgelöst von der Debatte der Rechtfertigung paternalistisch begründeter Vorschriften zu sehen.[84] Obwohl sich insbesondere *Schmolke* bereits mit der, vorwiegend aus dem angelsächsischen Raum stammenden[85], Kritik an dieser neuen Steuerungsform beschäftigt hat[86], kommt dieser zu problematischen Wertungen.[87] *Schmolke* spricht sich für einen „Freiheitsschutz durch effizienten Paternalismus“[88] aus und bescheinigt dieser neuen Steuerungsform unter der Bedingung der vorherigen Behebung der von diesem herausgearbeiteten Kritikpunkte jedenfalls grundsätzlich Verfassungskonformität.[89] Bei unklaren Präferenzen spricht sich *Schmolke* dafür aus, diese durch Wahrscheinlichkeitsrechnungen zu ermitteln und als Grundlage für die Zielrichtung der neuen paternalistischen Steuerungssysteme zu nehmen.[90] Im Bereich des Gesundheitsrechts ist hier in vermehrtem

64 Vgl. nur *Kahnemann/Tversky* (Hrsg.), Choices, Values and Frames, 2000; gute Zusammenfassung einiger Bereiche “systematische(r) Rationalitätsdefizite”: *Eidenmüller*, Liberaler Paternalismus, JZ 2011, 814 (816 f.).

65 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 15.

66 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 19.

67 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 106.

68 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 107 f.

69 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 108.

70 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 110.

71 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 19.

72 *Thaler/Sunstein* (Fn. 63), S. 12.

73 Siehe hierzu: *Sunstein/Thaler*, Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron, The University of Chicago Law Review 70 (2003), 1159 (1188 ff.).

74 Hier wird lediglich eine Option aktiviert, welche besteht, sofern dies nicht geändert wird (sogenannte default rule / starting point).

75 Hierbei handelt es sich um den Zwang zur Herbeiführung einer Entscheidung des Individuums.

76 Hier werden Standardvorgaben um prozedurale Aspekte bei einer Abweichung angereichert, um eine Änderung dieser Vorgabe zu erschweren.

77 Hier sind Änderungen der Vorgaben nur bei Erfüllung bestimmter inhaltlicher Voraussetzungen möglich.

78 Einrichtung des zunächst staatlichen „Behavioural Insights Team“ 2010 (Behavioural Insights Team, www.behaviouralinsights.co.uk/ [Abruf v. 04.07.2016]); 2014: Umwandlung in ein gemeinnütziges Unternehmen mit einer 50%-Beteiligung des Staates.

79 Eingliederung in das „Office of Information and Regulatory Affairs“. Dies wurde 2009 bis 2012 von *Cass R. Sunstein* geleitet.

80 2014: Das Bundeskanzleramt hat 3 Referentenstellen für Verhaltensforscher im weitesten Sinne ausgeschrieben: *Plickert/Beck*, faz.net, www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/kanzlerin-angela-merkel-sucht-verhaltensforscher-13118345.html (Abruf v. 04.07.2016).

81 2014: Kongress unter der Beteiligung von *Cass R. Sunstein*: „Nudging – Die Kunst der Entscheidungshilfe“ (siehe: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, www.bmjv.de/SharedDocs/Artikel/DE/2014/12122014_Nudging.html (Abruf v. 04.07.2016)).

82 *Camerer/Issacharoff/Loewenstein/O’Donoghue/Rabin*, Regulation for Conservatives: Behavioral Economics and the Case for “Assymetric Paternalism”, University of Pennsylvania Law Review 151 (2003), 1211; zur Ähnlichkeit mit dem Konzept des libertären Paternalismus: *Sunstein/Thaler* (Fn. 73), The University of Chicago Law Review 70 (2003), 1159 (1160).

83 *Van Aaken*, in: Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann (Fn. 35), 109.

84 Diese Aufteilung in steuerungsrechtliche und paternalistische Teilgebiete erkennend: *Wolff* (Fn. 61), Rechtswissenschaft 2015, 194 (205 ff.); dies tun *Thaler* und *Sunstein* allerdings nicht.

85 Vgl. nur: *Mitchell*, Libertarian Paternalism is an Oxymoron, New York University Law Review 99 (2005), 1245; *Veetil*, Libertarian paternalism is an oxymoron: an essay in defence of liberty, European Journal of Law and Economics 31 (2011), 321; jedoch auch insbesondere: *Wolff* (Fn. 61), Rechtswissenschaft 2015, 194; *Seckelmann/Lamping*, Verhaltensökonomischer Experimentalismus im Politik-Labor, DÖV 2016, 189.

86 *Schmolke* (Fn. 33), S. 232 ff.

87 *Schmolke* (Fn. 33), S. 241 ff.

88 *Schmolke* (Fn. 33), S. 269.

89 Jedenfalls indirekt ausdrückend: *Schmolke* (Fn. 33), S. 247.

90 *Schmolke* (Fn. 33), S. 245.

Maße Vorsicht geboten: Aufgrund der Grundrechtssensibilität in diesem Bereich sollte jede gewollte unterbewusste Steuerung jedenfalls einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit darstellen,[91] welcher zur Wahrung der Individualität der Bürger und zur Ermöglichung einer möglichst freien Entscheidungsmöglichkeit der Bürger jedenfalls erhöhte Rechtfertigungsanforderungen erfüllen muss. In einem Rechtsstaat, in welchem die Gesellschaft die treibende Kraft ist, sollte unterbewusste Steuerung „die wohl begründete Ausnahme bleiben"[92].

91 *Van Aaken*, Constitutional Limits to Paternalistic Nudging in Germany, (abrufbar unter: verfassungsblog.de/constitutional-limits-paternalistic-nudging-germany/ [Abruf v. 04.07.2016]); anders im Rahmen einer differenzierenden Betrachtung: *Wolff* (Fn. 61), Rechtswissenschaft 2015, 194 (213 ff.).

92 *Kirchhof*, Nudging – zu den rechtlichen Grenzen informalen Verwaltens, ZRP 2015, 136 (137).

IV. Fazit

Am Beispiel des SGB V lässt sich die Signifikanz gesundheitspräventiv wirkender Normen im gesamten Gesundheitswesen jedenfalls erahnen. Hier ergeben sich viele Probleme verfassungsrechtlicher Art. Eine Begrenzung der staatlichen Einflussnahme in qualitativer und quantitativer Hinsicht, ein verstärkter Fokus auf die Wahrung der Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie, eine restriktive Auslegung der Anforderungen an die Selbstbestimmung im Rahmen des weichen Paternalismus als Zweck gesetzgeberischen Handelns sowie eine sehr eingeschränkte Anwendung der Steuerungsmethode der unterbewussten Steuerung sind notwendig, um den Wandel von kurativem Handeln zu mehrheitlich präventivem Handeln in weiten Teilen des Gesundheitswesens in verfassungsrechtlich zulässiger Weise rechtlich begleiten und gestalten zu können.