

RPG

Band 28 | Heft 3 | 2022

3 | 2022

RECHT UND POLITIK IM GESUNDHEITSWESEN

- **Wissenschaftspreis**
Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung – tut der Staat zu viel oder zu wenig?
- **Zur Diskussion gestellt**
Aufbruch in eine moderne, sektorenübergreifende Gesundheitspolitik mit Gesundheitszentren, -regionen und -kiosken? – Aber sicher nicht ohne Apotheker:innen!

83

HERAUSGEBER

V. Ulrich
G. Marckmann
J. Taupitz
E. Wille
G. Ulrich
J. Stoschek (Schriftleiter)

MITHERAUSGEBER

St. Allroggen
B. Brennecke
G. Demmler
St. Huster
K. Kemmritz
O. Kirst
M. Meyer
G. Noelle
S. Postel
U. A. Richter
C. Schmidtke
G. Schulte
K. Schulz-Asche
T. Sorge
A. Tecklenburg
J. Zerth

Autoren des Heftes

Andrea Kießling
Kerstin Kemmritz

Editorial

Seit Beginn der Corona-Pandemie ist die Frage, was der Staat tun kann oder muss, um die Gesundheit seiner Bürger zu schützen, auch ins Bewusstsein einer breiten Öffentlichkeit gelangt. Dabei zeigt sich, dass die Fragestellung ein weites Feld umschreibt, das von der Krankheitsprävention bis zur Gesundheitsförderung und darüber hinaus reicht. In diesem Heft finden Sie dazu einen Beitrag von Andrea Kießling als Zusammenfassung ihrer Habilitationsschrift mit dem Titel „Das Recht der öffentlichen Gesundheit. Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Aufgaben des Staats“, für die sie mit dem 26. Wissenschaftspreis der GRPG ausgezeichnet wurde.

Mit ihrem Plädoyer für eine moderne, sektorenübergreifende Gesundheitspolitik möchte unser Präsidiumsmitglied Kerstin Kemmritz mit ihrem Beitrag in diesem Heft aus Apothekersicht die Aufmerksamkeit auf das Thema Gesundheitsregionen und die Errichtung von Gesundheitszentren und – kiosken lenken und zur Diskussion anregen.

Jürgen Stoschek
Geroldsreuth 61
95179 Geroldsgrün

Wissenschaftspreis

Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung – tut der Staat zu viel oder zu wenig?

Andrea Kießling

43

Zur Diskussion gestellt

Aufbruch in eine moderne, sektorenübergreifende Gesundheitspolitik mit Gesundheitszentren, -regionen und -kiosken? – Aber sicher nicht ohne Apotheker:innen!

Kerstin Kemmritz

52

Aus der Rechtsprechung

55

Wissenschaftspreis im Gesundheitswesen

Die *Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen e.V. GRPG* hat es sich zum Ziel gesetzt, den interdisziplinären Austausch und die wissenschaftliche Auseinandersetzung auf den verschiedenen Gebieten des Gesundheits- und Sozialrechtes wie auch im Bereich der Gesundheits- und Sozialpolitik zu fördern. Darüber hinaus möchte die GRPG zu einem verbesserten gegenseitigen Verständnis im Gesundheitswesen beitragen und dazu rechtliche, volkswirtschaftliche, ethische und medizinische Gesichtspunkte vertiefen.

Vor diesem Hintergrund schreibt die GRPG einen Jahrespreis in Höhe von 2500 Euro für herausragende wissenschaftliche Arbeiten, bevorzugt von Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftlern, aus. Die Arbeit muss sich mit Themen aus Gesundheitsversorgung, Gesundheitsrecht oder Gesundheitspolitik beschäftigen. Die Annahme des Preises verpflichtet zur Erstpublikation der Arbeit oder deren Zusammenfassung in der Zeitschrift „Recht und Politik im Gesundheitswesen“. Sie darf – mit Ausnahme von Dissertationen und Masterarbeiten – in gleicher oder ähnlicher Form nicht bereits andernorts publiziert sein.

Die GRPG nimmt Bewerbungs-Arbeiten für den 27. Wissenschaftspreis bis zum Eingangsschluss 31. Mai 2023 an. Zusendung der Arbeiten und der jeweiligen Gutachten (Erstgutachten und falls vorhanden auch Zweitgutachten) in zweifacher Ausfertigung an: Präsidium der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG), Widenmayerstraße 29, 80538 München.

Weitere Informationen wie die Satzung des Wissenschaftspreises und der Gesellschaft erhalten Sie unter www.grpg.de oder in der GRPG-Geschäftsstelle.

Recht und Politik im Gesundheitswesen

Organ der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG)

Herausgeber

Prof. Dr. rer. pol. Volker Ulrich
Lehrstuhl VWL und
Gesundheitsökonomie
Universität Bayreuth
Universitätsstraße 30
95447 Bayreuth

Prof. Dr. med. Georg Marckmann,
MPH Institut für Ethik, Geschichte
und Theorie der Medizin
Universität München
Lessingstraße 2
80336 München

Prof. Dr. iur. Jochen Taupitz
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilprozessrecht, Internationales
Privatrecht und Rechtsvergleichung
Universität Mannheim
Schloss Mittelbau West
68131 Mannheim

Prof. Dr. Eberhard Wille
Universität Mannheim
L7, 3-5
68131 Mannheim

Dipl.-Volkswirtin Gaby Ulrich
Böttgerweg 3
95448 Bayreuth

Dipl.-Volkswirt Jürgen Stoschek
(Schriftleiter)
Geroldsreuth 61
95179 Geroldsgrün

Mitherausgeber

St. Allroggen
B. Brennecke
G. Demmler
St. Huster
K. Kemnitz
O. Kirst
M. Meyer
G. Noelle
S. Postel
U. A. Richter
C. Schmidtke
G. Schulte
K. Schulz-Asche
T. Sorge
A. Tecklenburg
J. Zerth

Die Zeitschrift Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) ist Publikationsorgan der Gesellschaft für Recht und Politik im Gesundheitswesen (GRPG).

Sie versteht sich als wissenschaftliches Forum, das der umfassenden und interdisziplinären Erörterung aller Fragen der Gesundheits- und Sozialpolitik sowie des Arzt-, Apotheken-, Arzneimittel-, Pharma und Gesundheitsrecht und des Rechts der assistierenden Berufe dient.

Veröffentlicht werden Beiträge aus medizinischer, juristischer, ökonomischer, sozialwissenschaftlicher und ethischer Perspektive. Jenseits von Verbands- und Parteiinteressen werden theoretische und empirische Ergebnisse zu praxisnahen Lösungskonzepten verknüpft.

Die Notwendigkeit der GRPG ergibt sich aus dem Interesse, in das das Gesundheitswesen in den vergangenen Jahren durch die steigenden Kosten gerückt ist. Die dadurch ausgelösten Diskussionen krankten neben einer teilweise verständlichen Interessengebundenheit vornehmlich an mangelnder medizinischer Ergebnisorientierung sowie einer zeitlich kurzfristigen und fachlich isolierten Perspektive.

Die Zeitschrift Recht und Politik im Gesundheitswesen (RPG) will dazu beitragen, diese Einseitigkeiten zu überwinden, um zu besseren Lösungen zu kommen.

Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich.

Bestellungen (ISSN 0948–3209) nimmt jede Buchhandlung oder der Verlag entgegen.

Bezugspreis: 2022 (4 Hefte) Euro 170,– zuzüglich Versandkosten. Für Mitglieder ist der Bezugspreis mit dem Mitgliedsbeitrag abgegolten worden.

Der Bezugspreis ist im voraus zahlbar. Bestellungen nehmen jede Buchhandlung oder der Verlag entgegen. Die Lieferung läuft weiter, wenn sie nicht bis zum 30.9. eines Jahres abbestellt wird.

Bei Adressenänderungen muss neben dem Titel der Zeitschrift die neue und alte Adresse angegeben werden. Adressenänderungen sollten mindestens 6 Wochen vor Gültigkeit gemeldet werden.

Hinweis gemäß § 4 Abs. 3 der Postdienst-Datenschutzverordnung: Bei Anschriftenänderung des Bezieher kann die Deutsche Bundespost POSTDIENST dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeantrag gestellt ist. Hiergegen kann der Bezieher innerhalb von 14 Tagen nach Erscheinen dieses Heftes bei unserer Frankfurter Verlagsanschrift widersprechen.

Verlag

PLANiMED
Gesellschaft für Strukturdaten
und Kommunikation mbH
Holmblick 10
24857 Fahrndorf
Telefon 04621 39 29 951
Telefax 04621 39 29 949
E-Mail: info@planimed-online.de

Bankverbindung: Volksbank Ulm-Biberach
BLZ: 630 901 00 • Kto: 189 809 000 •
Gerichtsstand: Schleswig • Anzeigenpreisl-
ste: Es gilt die Preisliste Nr. 11 • Layout
und Produktion: creative vision, 44534
Lünen

Alle Rechte vorbehalten. Geschützte
Warenzeichen werden nicht immer
besonders kenntlich gemacht. Aus
dem Fehlen eines solchen Hinwei-
ses kann nicht geschlossen wer-
den, dass es sich um einen freien
Warenamen handelt. Die Zeitschrift und
alle in ihr enthaltenen Beiträge und Ab-
bildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Mit Ausnahme der gesetzlich zugelas-
senen Fälle ist eine Verwertung ohne Ein-
willigung des Verlages strafbar. Weder
Herausgeber noch Verlag haften für
Inhalte, Informationen sowie die Richtig-
keit der Aktenzeichen, die verlagsseitig
mit aller Sorgfalt wiedergegeben wurden.

© 2022 PLANiMED
Gesellschaft für Strukturdaten
und Kommunikation mbH

Artikel aus dieser Zeitschrift werden referiert und geindext in der Online-Datenbank HECLINET (Health Care Literature Information Network) und dem **Informationsdienst Krankenhauswesen**.

Andrea Kießling*

Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung – tut der Staat zu viel oder zu wenig?

Was – bzw. wieviel – muss der Staat tun, um die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen und zu fördern? Wann tut er zu viel, weil er unverhältnismäßig in die Freiheitsrechte eingreift? Diese Fragen beschäftigen uns seit über 2,5 Jahren in der Corona-Pandemie, man kann sie aber auch auf andere Gesundheitsrisiken übertragen: Wie sind Lebensmittelkennzeichnungen, „Schockbilder“ auf Zigarettenschachteln und Werbeverbote für Tabakwaren zu bewerten? Darf der Staat überhaupt das Verhalten von Erwachsenen regulieren, wenn diese nur ihrer eigenen Gesundheit schaden? Müsste der Staat mehr tun, um die Gesundheit von Kindern zu fördern?

I. Das Recht der öffentlichen Gesundheit

Will man diese Fragestellungen verklammern, bietet sich der Begriff „Recht der öffentlichen Gesundheit“ an. Der Begriff „öffentliche Gesundheit“ lehnt sich dabei an den englischen Begriff „Public Health“ an, der auch im deutschen Sprachgebrauch verwendet wird, wenn von der „Public-Health-Forschung“ die Rede ist. „Public“ bzw. „öffentlich“ beziehen sich sowohl darauf, dass es um die Gesundheit der Bevölkerung geht, als auch darum, dass staatliche Maßnahmen gemeint sind¹. Das „Recht der öffentlichen Gesundheit“ umfasst demnach

die staatlichen und durch Rechtsnormen geregelten, bevölkerungsbezogenen Interventionen der Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung. Als „bevölkerungsbezogen“ wiederum kann man solche Rechtsnormen definieren, die einen entindividualisierten Ansatz verfolgen: Sie schützen entweder die Gesundheit unbestimmter Dritter oder setzen nicht voraus, dass ein individueller Bedarf oder eine individuelle Gefährdung vorliegt. Gegenstand des Rechts der öffentlichen Gesundheit sind also weder das gesundheitliche Versorgungssystem noch individuelle Ansprüche auf Gesundheitsleistungen. Wegen seines weiten, bevölkerungsbezogenen Blickwinkels ist das Recht der öffentlichen Gesundheit auch nicht auf den negativen krankenversicherungsrechtlichen Gesundheitsbegriff² begrenzt, es kann vielmehr berücksichtigen, dass sich der Gesundheitszustand eines Menschen innerhalb eines großen

Graubereichs zwischen zwei Polen verändern kann³.

II. Diagnose / Befund im geltenden Recht

Auch wenn die Existenz eines „Präventionsgesetzes“⁴ dies implizieren mag – in Deutschland gibt es keineswegs ein „Präventionsrecht“. Ein eigenes Rechtsgebiet „Präventionsrecht“ oder auch nur eine entsprechende übergreifende Betrachtung unter einem prägnanten Titel wie „Public Health Law“ im angelsächsischen Sprachraum⁵ gibt es nicht. Das bedeutet nicht, dass der Staat nicht Gesundheitsrisiken – insbesondere gesundheitsrisikante Verhaltensweisen – reguliert. Dies geschieht bislang aber sehr kleinteilig in unterschiedlichen Gesetzen, die noch

* Die Autorin ist Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Migrationsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Bei dem Beitrag handelt es sich um die Zusammenfassung ihrer Habilitationsschrift mit dem Titel „Das Recht der öffentlichen Gesundheit. Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Aufgaben des Staats“, für die die Autorin mit dem 26. Wissenschaftspreis 2021 der GRPG e.V. ausgezeichnet wurde. Die Habilitationsschrift erscheint voraussichtlich Anfang 2023 im Verlag Mohr Siebeck (Open Access).

1 *Gostin*, Public Health Law, 3. Aufl. 2016, S. 5f.

2 Dazu BSGE 26, 240 (242) mwN; 35, 10 (12); 85, 36 (38); 90, 289 (290); zur Einordnung *Hurrelmann/Richter*, Gesundheits- und Medizinsoziologie, 8. Aufl. 2013, S. 115.

3 *Hurrelmann/Richter*, Gesundheits- und Medizinsoziologie, 8. Aufl. 2013, S. 147; ausführlich auch *Huster/Schramme*, in: dies. (Hrsg.), Normative Aspekte von Public Health, 2016, S. 37 (44f.).

4 Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention v. 17.7.2015, BGBl. I 1368.

5 Vgl. für die USA nur *Gostin*, Public Health Law, 3. Aufl. 2016; für Australien *Reynolds*, Public Health Law and Regulation, 2004.

weiteren Zielen und unterschiedlichen Logiken folgen.

1. Bedingungsfaktoren für Gesundheit und Krankheit

Für eine Vermessung des Rechts der öffentlichen Gesundheit stellt sich zunächst die Frage, welche Vorschriften des geltenden Rechts davon umfasst sind. Dies ist von den Bedingungsfaktoren für Gesundheit und Krankheit abhängig; der Sachbereich bzw. Realbereich der zu untersuchenden Gesetze bestimmt sich also anhand der Erkenntnisse der Public-Health-Forschung.

Bei der Krankheitsprävention handelt es sich um einen abwehrenden Ansatz; es sollen Risikofaktoren vermieden oder ausgeschaltet werden, um das Entstehen von Krankheiten zu vermeiden⁶. Bei der Gesundheitsförderung soll eine Verbesserung des Gesundheitszustands erreicht werden, indem Schutzfaktoren wie das Einkommen, der Bildungsgrad und die Wohnverhältnisse gestärkt werden⁷. Auf den Gesundheitsstatus der Bevölkerung wirken sowohl Verhaltensfaktoren (wie Essgewohnheiten und der Tabak- und Alkoholkonsum – also der Lebensstil) als auch Verhältnisfaktoren (wie der sozio-ökonomische Status, die hygienischen Bedingungen und die Sozialisation innerhalb der Familie) ein⁸. Auch schlechte Arbeitsbedingungen und fehlende Partizipationsmöglichkeiten an Entschei-

dungsprozessen können sich negativ auf die Gesundheit auswirken⁹. Durch die Gesellschaft zieht sich außerdem ein sozialer Gesundheitsgradient¹⁰, d.h. die unteren sozialen Schichten weisen einen niedrigen Gesundheitsstatus auf als die höheren, was mit „sozialer Ungleichheit“ beschrieben wird¹¹.

2. Erfasste Rechtsgebiete

Hiervon ausgehend gehören zum Recht der öffentlichen Gesundheit insbesondere das Infektionsschutzrecht, das Lebensmittelrecht, das Umweltrecht, das Arbeitsschutzrecht, das Glücksspielrecht, das Jugendschutzrecht und das Betäubungsmittelrecht. Auch das Sozialversicherungsrecht enthält präventive Komponenten, ihm gelingt es aber nur sehr eingeschränkt, einen bevölkerungsweiten Blickwinkel einzunehmen, nicht zuletzt weil Leistungen immer von der individuellen Nachfrage der Versicherten abhängen¹². Ein Gesundheitsfürsorgerecht, das Armuts- und Gesundheitsfragen miteinander verknüpft, gibt es nur noch in Ansätzen.

In Deutschland werden Gesundheitsfragen von der Rechtswissenschaft also kleinteilig, d.h. innerhalb der beteiligten Rechtsgebiete, betrachtet. In der Praxis werden keine „Diabetespräventionsgesetze“ oder ähnliches erlassen, sondern einzelne Risikofaktoren in den Vordergrund gerückt. Das bedeutet, dass Risikofaktoren wie ungesunde Lebensmittel oder Tabakerzeugnisse im LFGB bzw. im TabakerzG geregelt werden und so ein monokausaler Ansatz verfolgt wird – dass

z.B. Diabetes noch durch weitere Faktoren begünstigt wird oder inwieweit Tabakwerbeverbote und Produktkennzeichnungen auf die – in einem anderen Gesetz geregelte – Tabaksteuer abgestimmt werden müssten, wird im Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB) bzw. im TabakerzG ausgeblendet. Das Recht der öffentlichen Gesundheit bekommt so einen monokausalorientierten und keinen umfassenden wirkungsorientierten Blick.

3. Verfassungsrechtliche Pfadabhängigkeiten und Weichenstellungen

Dass es kein abgestimmtes, in sich widerspruchsfreies, übergreifendes eigenes Rechtsgebiet „öffentliche Gesundheit“ gibt, ist nicht nur rechtspolitisch oder organisatorisch – etwa durch die Zuständigkeit verschiedener Ressorts innerhalb der Bundesregierung – zu erklären, sondern ist auch auf verfassungsrechtlich vorgegebene Strukturen zurückzuführen. Diese Strukturen setzen zum Teil einer Neubestimmung des Rechts der öffentlichen Gesundheit Grenzen, zum Teil können sie jedoch überwunden werden. Sie müssen jedenfalls stets mitbedacht werden, weil sie viele aktuelle Defizite erklären.

Dass viele Gesundheitsrisiken anhand von Rechtsgebietsgrenzen reguliert und Gesetze nicht am Ziel der Prävention einer bestimmten Krankheit ausgerichtet werden, ist u.a. der Ausgestaltung der Gesetzgebungskompetenzen geschuldet¹³. Die fehlende Betrachtung von Armut und Gesundheit – und somit eine „gewisse Blindheit für gesundheitliche Ungleichheiten“ – im Recht ist wiederum darauf zurückzuführen, dass sich der Verfassung kein Auftrag entnehmen lässt, gesundheitliche Ungleichheiten in

6 Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock, in: dies. (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, 5. Aufl. 2018, S. 23 (25); Leppin, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, 5. Aufl. 2018, S. 47 (48, 50); Kolip, in: Razum/Kolip (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, 7. Aufl. 2020, S. 686 (697f.).

7 Altgeld/Kolip, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, 7. Aufl. 2020, S. 57 (58); Blümel, Systemisches Anforderungs-Ressourcen-Modell in der Gesundheitsförderung in: BZgA, Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, Stand: 7.7.2020.

8 Ausführlich Hurrelmann/Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie, 8. Aufl. 2013, S. 23f.

9 Siegrist, in: Weilert (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, 2015, S. 257 (265ff.); ausführlich Siegrist/Theorell, in: Siegrist/Marmot (Hrsg.), Soziale Ungleichheit und Gesundheit, 2008, S. 99ff.

10 Rauprich, in: Strech/Marckmann (Hrsg.), Public Health Ethik 2010, S. 97 (99); Huster, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, 2011, S. 16.

11 Lampert/Mielck, GGW 2008, 7 (8).

12 Vgl. ausführlich Kießling, RW 2016, 597 (610).

13 So begünstigt der Katalog des Art. 74 I GG das Risikofaktorenmodell durch stoff- und produktbezogene Regelungen, ein krankheitsbezogener Ansatz wird erschwert.

einem bestimmten Maße abzubauen¹⁴. Allgemein sind innerhalb der politischen Debatte die Freiheitsrechte Dritter gegenüber staatlichen Pflichten zum Schutz der öffentlichen Gesundheit privilegiert, was sich grundrechtsdogmatisch erklären lässt: Es besteht eine Asymmetrie zwischen grundrechtlicher Schutzpflicht und den Abwehrrechten¹⁵.

II. Risikoregulierung

Dieser Befund steht aber einer Neuvermessung des Rechts der öffentlichen Gesundheit nicht entgegen. Pfadabhängigkeiten in der Gesundheitspolitik oder der rechtlichen Ausgestaltung gesundheitspolitischer Ziele können überwunden werden, soweit die Verfassung einer Neuausrichtung nicht entgegensteht.

Das Recht der öffentlichen Gesundheit muss die Tatsache verarbeiten, dass die Zusammenhänge zwischen einzelnen Bedingungsfaktoren und dem Entstehen von Krankheiten sowie die Gründe für die Entstehung dieser Ungleichheit nicht vollständig geklärt sind; hier bestehen auf tatsächlicher Ebene viele Unsicherheiten. Nachweisen lassen sich Zusammenhänge oft nur auf statistischer Ebene¹⁶. Der Strukturierung des Umgangs mit dem Problem der Unsicherheit im Recht dient

der Begriff des Risikos¹⁷. Das Recht der öffentlichen Gesundheit gehört deswegen zum Risikoverwaltungsrecht; Prävention und Krankheitsförderung können als Maßnahmen der gesundheitlichen Risikovorsorge bezeichnet werden. Dies gilt nicht nur für die Krankheitsprävention, deren abwehrender Ansatz zum Blickwinkel des Umwelt- und Technikrechts passt – das klassischerweise zum Risikoverwaltungsrecht gezählt wird –, sondern auch für die Gesundheitsförderung, die eine Verbesserung des Gesundheitszustands bezweckt.

Der Begriff des Risikos im Sinne des Risikoverwaltungsrecht spielt deswegen eine tragende Rolle. Dies gilt zum einen für die Bestimmung des Grades und der Art der Unsicherheit, die besteht, aber auch für die Verteilung der Lasten, die bei der Regulierung eines Gesundheitsrisikos vorgenommen werden muss: Hier muss der Staat eine Risikoabwägung vornehmen und entscheiden, wer in welchem Umfang zur Risikoreduktion herangezogen werden soll. Dies gilt nicht nur während einer Epidemie, in der verschiedene Bevölkerungsgruppen unterschiedliche Beiträge zur gemeinsamen Reduktion des Ansteckungs- bzw. Übertragungsriskos leisten müssen (insoweit handelt es sich um die Herstellung eines kollektiven Gutes¹⁸); es kann auch gefragt werden, wer für Lebensstilrisiken (wie eine ungesunde Ernährung oder den Konsum von Alkohol oder Tabakwaren) verantwortlich ist – die Konsument:innen oder die Industrie. Da die familiäre Sozialisation erheblichen Einfluss auf die gesundheitliche Entwicklung von Kindern hat,

stellt sich die Frage, ob das elterliche Erziehungsrecht verhindert, dass auch der Staat Verantwortung für die Kindergesundheit übernimmt und das elterliche Verhalten reguliert.

III. Verfassungsrechtlicher Rahmen

Der Verfassung kann grundsätzlich eine Pflicht zu Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung entnommen werden. Die unterschiedliche Stoßrichtung von Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung führt jedoch dazu, dass auch die jeweilige entsprechende staatliche Pflicht in zwei verschiedenen verfassungsrechtlichen Tatbeständen verortet werden muss: für die Krankheitsprävention in der grundrechtlichen Schutzpflicht und für die Gesundheitsförderung im Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I GG iVm mit der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte. Bei den Grundrechten reicht es nicht, den Blick auf den naheliegenden Art. 2 II 1 GG zu richten, es sollte vielmehr auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG in den Blick genommen werden. Denn Schutzgut dieses Grundrechts ist auch die autonome Bestimmung der Lebensgestaltung¹⁹, also die Realisierung von Lebensplänen, für die die Gesundheit die zentrale Voraussetzung ist.

1. Grundrechtliche Schutzpflicht: Krankheitsprävention

Aus der grundrechtlichen Schutzpflicht²⁰ – gestützt auf Art. 2 II 1 GG und Art. 2 I iVm Art. 1 I GG – ergibt sich die Pflicht des Staates, die Bevölkerung bereits im

14 So kann dem Grundgesetz schon kein Maßstab entnommen werden, der Aufschluss darüber gäbe, wie groß die sozialen Unterschiede in der Gesellschaft sein dürften (*Huster*, Rechte und Ziele, 1993, S. 422; *ders.*, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann (Hrsg.), Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, S. 187 (196); *Roellecke*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), GG, 2002, Art. 20 Rn. 204).

15 *Lorenz*, in: Bonner Kommentar, GG, Juni 2012, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Rn. 544; *Calliess*, JZ 2006, 321 (324); *ders.*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, II, 2006, § 44 Rn. 10f.; *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, 2005, S. 77f.; *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 381ff.

16 *Franzkowiak*, Begriff „Risikofaktoren und Risikofaktorenmodell“, in: BZgA, Leitbegriffe der Gesundheitsförderung.

17 *Scherzberg*, VerwArch (84) 1993, 484 (498); *Koenig*, NVwZ 1994, 937 (938); *Di Fabio*, ZLR 2003, 163 (166).

18 Zur Definition von „kollektivem Gut“ in der Ökonomik *Breyer/Zweifel/Kifmann*, Gesundheitsökonomik, 6. Aufl. 2013, S. 182; *Samuelson*, The Review of Economics and Statistics 36 (1954), 387; *Sohmen*, Allokationstheorie und Wirtschaftspolitik, 1976, S. 285f.

19 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Nov. 2021, Art. 2 Rn. 147, unter Verweis auf BVerfGE 72, 155 (170); 79, 256 (268); vgl. auch *Bumke*, in: *ders./Röthel* (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, S. 3 (6).

20 Vgl. zur Rspr. des BVerfG und zu den Diskussionen innerhalb des Schrifttums nur *Calliess*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, II, 2006, § 44 Rn. 5, 8ff.

Risikostadium²¹ vor externen Einflüssen zu schützen, die sich negativ auf die Gesundheit und auf die Persönlichkeitsentwicklung auswirken können. Dies ist – jedenfalls in Bezug auf die Gesundheit – in der Rechtswissenschaft lange anerkannt; so rechtfertigen sich staatliche Einschränkungen des Rauchens in Anwesenheit von Nichtrauchern²² und Einschränkungen zur Eindämmung einer Epidemie²³. In Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann man aus der Schutzpflicht eine staatliche Pflicht zum Schutz der gesundheitlich relevanten Präferenzen ableiten. Insgesamt geht es in all diesen Fällen um Krankheitsprävention, also um *Gesundheitsschutz*.

2. Sozialstaatsprinzip: Gesundheitsförderung

Um *Gesundheitsförderung* geht es, wenn der Staat soziale Faktoren, die sich auch auf die Gesundheit auswirken, verbessern bzw. ausgleichen will. Solche Faktoren sind der sozioökonomische Status (z.B. Bildung und Einkommen) und die familiäre Vererbung des Lebensstils. Auf die grundrechtliche Schutzpflicht kann der staatliche Auftrag zur Gesundheitsförderung nicht gestützt werden, sondern hier muss der Blick bei der Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grundlagen geweitet werden: Hier spielt insbesondere das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I GG eine Rolle, das in einem freiheitsfunktio-

nal verstandenen Staat vorrangig darauf gerichtet ist, die Eigenverantwortung zu stärken und die Freiheitsbetätigung nicht zu lähmen, also die Autonomie zu fördern²⁴. Aus dem Sozialstaatsprinzip iVm Art. 2 II 1 GG und iVm Art. 2 I iVm Art. 1 I GG lässt sich dann eine Pflicht zur „sozialen Risikoversorge“ ableiten: Der Staat ist hierüber sowohl verpflichtet, die Bedingungen der Autonomie- und Teilhabevoraussetzung Gesundheit²⁵ bereitzustellen als auch die Autonomie und Teilhabe direkt zu fördern, denn dadurch wiederum wird die Gesundheit der Bevölkerung gefördert²⁶. Autonomie muss dabei relational verstanden werden²⁷, damit auch die sozialen Faktoren, die auf die Autonomie des Einzelnen einwirken, in den staatlichen Blick geraten. Im Ergebnis ist der Staat nicht nur zur Förderung der individuellen Gesundheitskompetenz²⁸, sondern zur positiven Gewährleistung von Entwicklungs- und Entfaltungschancen verpflichtet²⁹. Auch

in diesem Fall darf er bereits in Risikolagen tätig werden³⁰.

3. Subsidiärer staatlicher Auftrag

Der staatliche Auftrag besteht jeweils nur nachrangig, d.h. nur in dem Maße, in dem der Einzelne sich nicht selbst schützen kann³¹. Ist ein gut verträglicher, nebenwirkungsarmer Impfstoff gegen einen Krankheitserreger verfügbar, kann jemand, der sich nicht impfen lassen möchte, nicht verlangen, dass der Staat ihn vor diesem Krankheitserreger abschirmt. Bei geringfügigen Gesundheitsrisiken kann es z.B. ausreichend sein, Informationen auf Produkten vorzuschreiben³². Auch sozialstaatliche Pflichten treffen den Staat nur nachrangig³³: Zunächst sind die Einzelnen selbst in der Pflicht, von den ihnen von der Verfassung eingeräumten Freiheiten in einer Weise Gebrauch zu machen, dass sie für sich selbst sorgen können³⁴. Der Staat darf die „Gewährung staatlicher Hilfe davon abhängig“ machen, „dass sich die Betroffenen nicht selbst helfen können“³⁵. Eigenverantwortung stößt jedoch dort an Grenzen, wo multifaktorielle Zusammenhänge

24 So schon *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaates, 1983, S. 59f.; Fortführung bei *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 211ff.; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, Art. 20 Abs. 1 Rn. 107f.; *Kingreen*, SDSRV 52 (2004), 7 (43); *Unruh*, in: FS-Starck, 2007, S. 133 (145); *Leisner*, Existenzsicherung im Öffentlichen Recht, 2007, S. 161ff.; Kritisch zur verfassungstheoretischen Hintergrundannahme *Thurn*, in: Boysen/Kaiser/Meinel (Hrsg.), Verfassung und Verteilung, 2015, S. 65.

25 Alles, was die Gesundheit fördert, wirkt sich mittelbar auf die Möglichkeit aus, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen.

26 So wird davon ausgegangen, dass z.B. sich Ohnmachtsgefühle und Exklusionsprozesse negativ auf die Gesundheit auswirken.; *Geyer*, Ethik Med 2010, 249 (259) mwN; *Marmot*, Status Syndrome, 2005, passim, deutlich S. 112, 135ff.

27 Dazu *Bumke*, in: ders./Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, S. 3 (26). Auch das BVerfG spricht davon, dass Selbstbestimmung immer relational verfasst ist (BVerfGE 153, 182 (272)).

28 Im Sinne der Befähigung der Bevölkerung, zur Bereitstellung von Informationen *Bumke*, in: ders./Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, S. 3 (9). Die Befähigung in den Mittelpunkt staatlicher Maßnahmen stellt in der Public-Health-Ethik der sogenannte Capability Approach (Fähigkeitenansatz, Befähigungsansatz).

29 *Engels*, AöR 122 (1997), 212 (230).

30 Noch mehr als die grundrechtliche Schutzpflicht ist das Sozialstaatsprinzip gerade im Falle von Risiken einschlägig (vgl. auch *Lahusen/Starck*, in: Lessenich (Hrsg.), Wohlfahrtsstaatliche Grundbegriffe, 2003, S. 353 (354)).

31 Vgl. für die grundrechtliche Schutzpflicht nur *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 278; für das Sozialstaatsprinzip *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, IX, 3. Aufl. 2011, § 28 Rn. 27.

32 *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 245.

33 Zum Subsidiaritäts- bzw. Nachranggrundsatz *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2001, S. 191ff., 268ff.

34 *Zacher*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, IX, 3. Aufl. 2011, § 28 Rn. 27.

35 BVerfGE 152, 68 (116).

21 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Nov. 2021, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rn. 90ff.; *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 235; *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 317f.; *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 95ff.; *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (240f.); *Bickenbach*, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 397; *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 239f.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 113.

22 BVerfGE 121, 317, Rn. 119.

23 BVerfG, NJW 2022, 139, 149, Rn. 168.

bestehen³⁶ oder wo der Einzelne im Falle eines Marktversagens nichts gegen das Gesundheitsrisiko ausrichten kann, weil es beispielsweise aus einem kollektiven Übel besteht, also einem Übel, das nicht individuell vermieden werden kann³⁷, wie Lärm, Luftverschmutzung oder eine Epidemie. In diesen Fällen ist der Staat verpflichtet, zugunsten der Gesundheit der Bevölkerung einzuschreiten.

4. Schutz- und Förderminimum

Dass den Staat eine Pflicht zu Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung trifft, sagt noch nichts darüber aus, woraus diese Pflicht im Einzelnen besteht. Grundsätzlich kommt dem Gesetzgeber ein politischer Spielraum bei der Frage zu, wie er auf Gesundheitsrisiken reagiert. Für die Frage, ob der Staat zu wenig oder zu viel für die Gesundheit der Bevölkerung tut, sind deswegen die Grenzen entscheidend, die die Verfassung dem Prognose- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zieht³⁸. Als untere Grenze der staatlichen Pflicht zur gesundheitlichen Risikovorsorge fungieren das Untermaßverbot³⁹ bzw. das Existenzminimum, man kann insoweit

von einem Schutz- bzw. Förderminimum sprechen. Die Bestimmung dieser Grenze gestaltet sich umso schwieriger, je größer die Unsicherheit über das gesundheitliche Risiko ist. Bei der Bestimmung des Untermaßverbotes (als Minimum der Krankheitsprävention) ist auch nach wie vor umstritten, ob dieses grundsätzlich abhängig von den entgegenstehenden Rechten Dritter zu bestimmen ist⁴⁰. Das Untermaß ist aber nicht durch Abwägung zu bestimmen⁴¹, weil es sich nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergibt⁴². Die Schutzpflicht ist – anders als die Überprüfung einer staatlichen Maßnahme anhand des Übermaßverbotes – final programmiert⁴³, sie aktiviert einen Gesetzgebungsauftrag. Nur dann, wenn Unsicherheiten über die tatsächlichen Zusammenhänge bestünden, sind die Freiheitsrechte Dritter zu berücksichtigen. Erwägungen der Sozialadäquanz wiederum dürfen bei der Bestimmung des Untermaßverbotes keine Rolle spielen, soweit dadurch die Gesundheitsschädlichkeit eines Risikofaktors ausgeblendet wird. Gerade dann, wenn schon eine Gesundheitsgefahr besteht, darf die – vermeintliche – Sozialadäquanz gar nicht mehr untersucht werden⁴⁴. Sonst würden Funktion und Grund der grundrechtlichen Schutzpflicht verkannt. Die kulturelle „Üblichkeit“ – die zum Teil beim Alkohol- oder Tabakkonsum ins Feld

geführt wird – darf das Untermaßverbot nicht aushebeln⁴⁵. Nur dann, wenn nicht die Frage im Raum steht, ob der Gesetzgeber das Untermaßverbot einhält, wenn er sich also innerhalb seines politischen Spielraums bewegt, können Überlegungen der Sozialadäquanz darüber entscheiden, ob ein Risiko vom Staat reguliert werden soll.

Das Minimum der Gesundheitsförderung kann man mit dem Begriff „gesundheitliches Existenzminimum“ umschreiben – verstanden als das Minimum an Ressourcen und Rahmenbedingungen der Autonomieförderung, die für ein gesundes Leben notwendig sind⁴⁶. Den Begriff „Existenzminimum“ muss man dabei in einem kollektiven Sinne verstehen, der nicht – wie in der Diskussion um verfassungsunmittelbare Leistungsansprüche – einen individuellen Bedarf voraussetzt und individuelle Leistungen vermitteln soll, sondern auf die Schaffung gesamtgesellschaftlicher günstiger Bedingungen verweist. In Anlehnung an die herkömmliche Unterteilung des Existenzminimums in das physische Existenzminimum⁴⁷ und das soziokulturelle Existenzminimum⁴⁸ (iSe Teilhabeminimums) kann man das gesundheitliche Existenzminimum im kollektiv verstandenen Sinne in ein physisches Existenzminimum als Gewährleistung der Autonomie- und Teilhabe-

36 Marckmann, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann (Hrsg.), Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, S. 299 (305); Buyx, in: Rauprich/Marckmann/Vollmann (Hrsg.), Gleichheit und Gerechtigkeit in der modernen Medizin, 2005, S. 315 (324f.); Höfling, ZEFQ 103 (2009), 286 (289).

37 Anderheiden, in: Brugger/Kirste/Anderheiden (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, S. 391 (403).

38 Den Spielraum des Gesetzgebers kann man sich insoweit als Korridor vorstellen, dazu Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 578; Cremer, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 314.

39 Für die grundrechtliche Schutzpflicht: Bickenbach, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014, S. 389; Steinberg, NJW 1996, 1985 (1988); Ruffert, in: Vesting/Korioth/I. Augsberg (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, 2014, S. 109 (115). Zur Bedeutung des Untermaßverbotes für die Schutzpflicht Dietlein, ZG 1995, 131; Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 220; Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, S. 56.

40 So Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 566ff.; ähnlich Michael, JZ 2008, 875 (877); vgl. auch Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009, S. 197.

41 AA Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 101ff.; Störring, Das Untermaßverbot in der Diskussion, 2009 S. 200.

42 AA Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 104.

43 Dietlein, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 112; ders., ZG 1995, 131 (139f.); Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 460; O. Klein, JuS 2006, 960.

44 Ausführlich im Zusammenhang mit Passivrauchen Faber, DVBl 1998, 745 (747f.).

45 Vergleichsweise früh wies Suhr, JZ 1980, 166 (171f.), darauf hin, dass Raucher sich nicht auf Sozialadäquanz und Konvention berufen können. Auf die insoweit bestehende Kultur beruft sich aber auch Masing in seinem Sondervotum zu BVerfGE 121, 317 (386).

46 Anders das Verständnis des Begriffs bei Lorenz, in: Bonner Kommentar, GG, Juni 2012, Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Rn. 666; Ebsen, SDSRV 56 (2007), 133 (147); Schnath, NZS 2010, 297 (301); BVerfGE 152, 68 (145). Ist das Minimum an Versorgung im Krankheitsfall gemeint, sollte der Begriff „medizinisches Existenzminimum“ verwendet werden (vgl. Neumann, NZS 2006, 393; Heinig, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 420).

47 Dazu BVerfGE 125, 175 (223).

48 Dazu BVerfGE 125, 175 (223); 132, 134 (160); 137, 34 (72); 142, 353 (370); 152, 68 (127).

voraussetzung Gesundheit auf der einen Seite und in ein Teilhabeminimum als Gewährleistung der Mindestbedingungen der Teilhabe bzw. Autonomie auf der anderen Seite unterteilen. Das Teilhabeminimum kann weiter ausdifferenziert werden: in das Befähigungsminimum (im Sinne eines edukativen Minimums⁴⁹ und eines Präferenzbildungsminimums⁵⁰) und das soziokulturelle Existenzminimum im engeren Sinne. Letzteres ist darauf angelegt, Ausgrenzung und Stigmatisierung zu vermeiden⁵¹. Inklusion und Exklusion müssen notwendigerweise in gesellschaftlichen Bezügen gedacht werden, da Bezugspunkt der Inklusion die Gesellschaft bzw. einzelne Teilbereiche sind. Der Sozialstaat wird somit dazu verpflichtet, die Teilhabe an den verschiedenen gesellschaftlichen Teilsystemen zu ermöglichen – z.B. Kindern im Vorschulbereich Kontakt zu gleichaltrigen Kindern und erwerbsfähigen Erwachsenen die Teilnahme am Arbeitsmarkt –, indem er die entsprechenden Strukturen in dieser Hinsicht ausgestaltet.

49 Hier kann man auch von einem „Bildungsexistenzminimum“ sprechen, so *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 511; hier geht es insbesondere um die Pflicht, ein staatliches Schulsystem vorzuhalten, das begabungsgerechte schulische Laufbahnen ermöglicht.

50 Bei der Herstellung „selbstbestimmungsadäquater Lebensbedingungen“ muss der Staat als Minimum beachten, dem Einzelnen „die Freiheit zur eigenen Präferenzbildung bei Konzepten des Guten und bei der Verfolgung eigener Vorstellungen von einem gelungenen Leben“ zu lassen (*Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 221). Letztlich kann bei Weiterführung dieses Gedankens aus dieser Dimension des Existenzminimums die sozialstaatliche Pflicht abgeleitet werden, im Falle großer Informationsasymmetrien zwischen Privaten, die Anzeichen eines Marktversagens sind (*Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 2018, S. 251ff.), für einen Ausgleich zu sorgen, indem der überlegenen Partei Informationspflichten auferlegt werden.

51 *Axer*, VVDStRL 68 (2009), S. 177 (199).

5. Schutz- und Fördermaximum

Über die Grenze, die durch das Untermaßverbot und das Existenzminimum gezogen wird, hinaus verhelpen grundlegende Schutzpflicht und Sozialstaatsprinzip der gesundheitlichen Risikovorsorge zu Verfassungsrang⁵², was im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung entscheidend sein kann. Die Freiheitsrechte Dritter können der Risikovorsorge jedoch am oberen Rand des gesetzgeberischen Spielraums Grenzen setzen. Der Schutz bzw. die Förderung der öffentlichen Gesundheit ist dabei ein staatliches Ziel, dem ein besonders hoher Rang zukommt⁵³, was wiederum die Abwägung mit den Interessen der Risikoakteure vorbestimmt: Deren Interessen müssen besonders gewichtig sein, um in der Abwägung zu gewinnen. Wo diese Grenze zu ziehen ist, hängt davon ab, ob die Dritten als Risikoakteure oder als Unbeteiligte gelten. Wer in diesem Sinne als verantwortlich gelten kann, ist nicht allein eine Frage der Kausalität, sondern ist normativ zu bestimmen. Berücksichtigt werden müssen dabei das Ausmaß und die Art der Möglichkeit, mit der der Dritte auf das Risiko Einfluss hat und nimmt. Wie weit in die Grundrechte Dritter eingegriffen werden darf, hängt außerdem davon ab, wie groß die Unsicherheiten über die kausalen Zusammenhänge sind: Je gesicherter die Erkenntnisse und je größer das Gesundheitsrisiko für die Bevölkerung sind, desto intensivere Maßnahmen

52 Für die Schutzpflicht: *Isensee*, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 305. Für das Sozialstaatsprinzip: *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003, S. 143; *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, 2008, S. 512, 545f.

53 Auch wenn der öffentlichen Gesundheit nicht im Sinne eines Leitsatzes „im Zweifel für die Gesundheit“ per se der Vorrang zukommt (*Rauprich*, Bundesgesundheitsbl 2008, 137 (143); *ders.*, Ethik Med 22 (2010), 263 (271); *Quante*, Ethik Med 2010, 179 (189)).

müssen sich die Risikoakteure gefallen lassen. Erschwert wird die anzustellende Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die bestehende Unsicherheit⁵⁴, weil ggf. die verschiedenen in Betracht kommenden Instrumente nur schwer miteinander verglichen werden können, da über ihre Wirkungsweise Unsicherheit besteht⁵⁵. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung muss an die jeweilige Ausgangslage angepasst werden: Bei hinreichend bekannten Risiken muss der Gesetzgeber konkrete Vorsorgeziele umsetzen⁵⁶. Als Instrumente kommen sowohl direkte Steuerungsmittel des Ordnungsrechts als auch indirekte Steuerungsmittel wie ökonomische Anreize und Informationen in Betracht⁵⁷. Im Falle der mittleren Unsicherheit muss der höhere Grad der Unsicherheit in das Schutzkonzept „eingepreist“ werden. Verbote gegenüber den Risikoakteuren kommen nur ausnahmsweise – wenn etwa das Risiko einer tödlichen Erkrankung in Rede steht – in Betracht. Will der Staat auf die risikorelevanten Verhaltensmuster einwirken, gebietet es das Verhältnismäßigkeitsprinzip ansonsten, sich auf ökonomische Anreize wie die Verteuerung von Stoffen und Produkten und die Risikokommunikation durch Aufklärung zu beschränken. Bei mangelnder Regelungsreife der Materie wegen fehlender Erkenntnisse verlangen die Schutzpflichten, dass die Bevölkerung in die Lage versetzt wird, den Umgang mit dem Risikofaktor eigenverantwortlich zu steu-

54 *Wahl/Appel*, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (138); *Lübbe-Wolff*, in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt, Solidarität, 1998, S. 47 (64); *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (243).

55 *Spiecker gen. Döhmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, 2000, S. 22; *Klafki*, Risiko und Recht, 2017, S. 26.

56 *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (245). Vgl. auch *Wahl/Appel*, in: Wahl (Hrsg.), Prävention und Vorsorge, 1995, S. 1 (136f.).

57 *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), S. 214 (251). Zu ökonomischen Instrumenten im Umweltschutz *Cansier*, NVwZ 1994, 642.

ern⁵⁸. Mit dem Risikoverwaltungsrecht geht deswegen eine deutliche Zunahme des informationellen Staatshandelns einher⁵⁹. Der Staat verlagert in diesen Fällen das Risiko, dass das Gesundheitsrisiko falsch eingeschätzt wurde, auf die Bevölkerung. Denn hier gibt er nicht selbst die Entscheidung vor, sondern überträgt den Einzelnen die Entscheidung, ob sie dem Risikofaktor ausweichen wollen oder das Gesundheitsrisiko in Kauf nehmen. Bei unbekanntem oder nur vermuteten Risiken müssen die ergriffenen Maßnahmen auf die Minimierung des noch unspezifischen Risikopotentials zielen. Denn dann ist eine weitere Risikoaufklärung geboten⁶⁰. Flankiert werden diese Grundsätze durch die Beobachtungs- und die Nachbesetzungspflicht des Gesetzgebers⁶¹; durch sie werden die Probleme, die man bei Entscheidungen unter Unsicherheit mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung hat, ein Stück weit kompensiert⁶². Diese Pflicht verhält sich „komplementär zu gesetzgeberischen Entscheidungen unter Unsicherheit mit Prognosecharakter“⁶³ bzw. ist „das objektiv-rechtliche Pfand des

Bürgers für die Einschätzungsspielräume des Gesetzgebers“⁶⁴.

IV. Beispiele: zwei Referenzgesundheitsrisiken und ihre Regulierung

Was heißt das nun konkret? Ausgehend von den verfassungsrechtlichen Pflichten und Grenzen kann man untersuchen, welchen Regulierungsansatz der Staat in Bezug auf konkrete Gesundheitsrisiken jeweils verfolgen könnte bzw. müsste und welche Grundsätze der Risikoverteilung in konkreten Regulierungsinstrumenten zum Ausdruck kommen. Dies soll beispielhaft an zwei Gesundheitsrisiken⁶⁵ erläutert werden.

1. Lebensstilrisiken

Bei Lebensstilrisiken handelt es sich um Gesundheitsrisiken, die sich aus dem Verhalten des Einzelnen ergeben und nur seine eigene Gesundheit betreffen⁶⁶ – hierzu gehören z.B. der Konsum von Tabakwaren und ungesunden Lebensmitteln. Die besondere Ausgangssituation bei diesem Gesundheitsrisiko besteht darin, dass innerhalb der rechtswissenschaftlichen Diskussion hier schnell auf die Eigenverantwortung des Einzelnen verwiesen wird und staatliche Interventionen als unzulässig-paternalistisch

bezeichnet werden⁶⁷. Dieser pauschale Vorwurf berücksichtigt aber nicht, dass der Lebensstil durch soziale Umstände geprägt wird. Es gibt umfangreiche Nachweise, die belegen, wie die Lebensmittel- und die Tabakindustrie auf die Präferenzen der Konsumenten einwirken und verschiedene Autonomiedefizite der Konsumenten ausnutzen⁶⁸. In vielerlei Hinsicht kann im Falle der Lebensstilrisiken wie Tabakkonsum und ungesunder Ernährung von einem Marktversagen ausgegangen werden⁶⁹. Diese Erkenntnisse muss das Recht bei der Regulierung der Lebensstilrisiken berücksichtigen. Beim Regelungsansatz des Staates muss man zwischen Maßnahmen, die sich direkt an die Konsumenten richten, und solchen, die bei der Industrie ansetzen und somit „indirekt-paternalistisch“ sind, unterscheiden. Gegenüber der Bevölkerung kann sich der Staat auf die soziale Risikoversorge berufen. Dass der Staat über die Pflicht zur sozialen Risikoversorge zur Autonomieförderung verpflichtet ist, beantwortet dabei auch die Frage, ob gesundheitsfördernde Nudges legitim sein können⁷⁰. Maßnahmen müssen damit begründet werden, Informationsdefizite zu beseitigen, externe Einwirkungen auf die Präferenzbildung zu unterbinden und bei internen Präferenzwiderrisiken die Wahl der bevorzugten Präferenz zu

58 Ähnlich *Scherzberg*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovationen im Recht*, 2016, S. 205 (235).

59 *Di Fabio*, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, S. 395ff.; *ders.*, ZLR 2003, 163 (167).

60 *Hermes*, *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit*, 1987, S. 234.

61 Ausführlich dazu *Huster*, ZfRSoz 24 (2003), 3; *I. Augsberg/S. Augsberg*, *VerwArch* 98 (2007), 290 (305ff.); *Höfling/Engels*, in: Kluth/Krings (Hrsg.), *Gesetzgebung*, 2014, § 34.

62 *Isensee*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, IX, 3. Aufl. 2011, § 191 Rn. 287f.; *Wahl/Appel*, in: *Wahl* (Hrsg.), *Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 1 (139); *Steinberg*, *NJW* 1996, 1985 (1989); *Lübbe-Wolff*, in: *Bizer/Koch* (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität*, 1998, S. 47 (65); *I. Augsberg/S. Augsberg*, *VerwArch* 98 (2007), 290 (304 Fn 81); *Bickenbach*, *Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 405.

63 *Bickenbach*, *Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 159.

64 *Bickenbach*, *Die Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers*, 2014, S. 364; vgl. auch *Steinbach*, *Der Staat* 54 (2015), 267 (283); *Bieback*, *ZfRSoz* 2018, 42 (53).

65 In der Originalarbeit wurden außerdem „neu aufgetretene, von Mensch zu Mensch übertragbare Krankheitsreger“ als drittes Risiko analysiert. Aus Platzgründen – und weil die Verfasserin dazu mittlerweile auch anderweitig publiziert hat (vgl. nur *Kießling* (Hrsg.), *IfSG*, 3. Aufl. 2022, insbesondere die Kommentierung zu § 28 und § 28a; *dies.*, *JZ* 2022, 53) – wurde auf die Zusammenfassung dieses Teils verzichtet.

66 Zum Begriff „Lebensstil“ *Siegrist*, in: *Weilert* (Hrsg.), *Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat*, 2015, S. 257 (261); von „Lifestyle Risk Regulation“ sprechen *Alemanno/Garde* (Hrsg.), *Regulating Lifestyle Risks. The EU, Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets*, Cambridge 2015.

67 Vgl. z.B. *Durner*, *VVDStRL* 70 (2011), S. 398 (416); *Meisterernst/Muffler*, *ZLR* 2013, 25 (33f.); *Wiebe*, *GewArch* 2016, 456 (462); *ders.*, *Unternehmerfreiheit versus Verbraucherschutz?*, 2017, S. 72.

68 Vgl. nur *Hanson/Kysar*, *N. Y. Univ. Law Rev.* 1999, 630; *Pratt*, *87 Tulane L. Rev.* (2012), 73 mwN. Allgemein *Eichenberger/Frey*, *JNPÖ* 1993, 50 (55ff.).

69 *Pratt*, *87 Tulane L. Rev.* (2012), 73 (88); *Finch/Briggs/Tallack*, *Improving health by tackling market failure*, 2020, S. 16.

70 Vgl. zu dieser Frage ansonsten *van Aaken*, in: *Anderheiden/Bürkli/Heinig/Kirste/Seelmann* (Hrsg.), *Paternalismus und Recht*, 2006, S. 109 (133ff.); *Kolbe*, *Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung*, 2017, S. 278ff.; *Kreßner*, *Gesteuerte Gesundheit*, 2019, S. 318ff.

unterstützen. Denn nur in diesen Fällen liegt eine Förderung der Autonomie der Bevölkerung vor. So lassen sich Warnhinweise und „Schockbilder“ auf Zigarettenschachteln, die „Lebensmittellampe“ und die Tabaksteuer aus Sicht der Bevölkerung rechtfertigen. Die grundrechtliche Schutzpflicht hingegen kann nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um die Bevölkerung vor sich selbst zu schützen⁷¹.

Die Industrie ist für die Lebensstilrisiken insoweit verantwortlich, als sie gesundheitsschädliche Zutaten verwendet und auf die Präferenzen der Konsumenten Einfluss nimmt, sie ist deswegen bei wertender Betrachtung Risikoakteur. Der Staat ist somit dazu berechtigt, diese Präferenzeinwirkung durch Vorgaben für Verkaufsorte und Portionsgrößen, Warnhinweis- und Kennzeichnungspflichten und die Einschränkung des Marketings inklusiver umfassender Werbeverbote zu regulieren.

2. Familiäre Gesundheitssozialisation

Mit dem Begriff „familiäre Gesundheitssozialisation“ soll die Tatsache umschrieben werden, dass der Gesundheitszustand von Kindern durch das familiäre Umfeld – insbesondere elterliche Entscheidungen – geprägt wird. Als besondere Ausgangssituation müssen hier zum einen die eingeschränkte Autonomiefähigkeit von Kin-

dern⁷² und zum anderen die Interpretation des Art. 6 II 1 GG in Rechtsprechung und Literatur verarbeitet werden, die für Eingriffe in das elterliche Erziehungsrecht zum Schutz der Kinder eine individuelle Kindeswohlgefährdung verlangen⁷³. Flächendeckende Ansätze der Risikoversorge wären danach ausgeschlossen, weil sie bereits vor der Schwelle einer Gefährdung ansetzen und nicht auf die jeweilige individuelle Situation Rücksicht nehmen. Dies führt in der Praxis zu einer Zurückhaltung des Staates gegenüber Eingriffen in das elterliche Erziehungsrecht zum Schutz der Kinder und damit zu einer Schiefelage, in der die Rechte der Kinder nur in Extremfällen Berücksichtigung finden.

Den Staat trifft aus Art. 20 I GG iVm Art. 2 I iVm Art. 1 I GG die Pflicht, Kindern ein kindgerechtes Aufwachsen mit den notwendigen Teilhabechancen zu ermöglichen, damit sich ihre Persönlichkeit entwickeln und entfalten kann. Auch die soziale Risikoversorge gegenüber Kindern muss zuallererst ihre Autonomie fördern, bevor andere Maßnahmen zu ihrem Schutz oder zur Förderung ihrer Gesundheit getroffen werden⁷⁴. Die Förderung der Autonomie führt dazu, dass den Kindern kein Lebensmodell von außen vorgegeben wird, dass sie vielmehr Präferenzeinwirkungen von außen

reflektieren können und somit selbst entscheiden können, welche Lebenspläne sie verfolgen wollen. Damit paternalistische Interventionen gar nicht erst notwendig werden, müssen „breit ausgerichtete, allgemein vorbeugende Anstrengungen“ unternommen werden⁷⁵.

Konsequenterweise muss das grundrechtliche Eltern-Kind-Verhältnis neu interpretiert werden: Die Schutzpflicht zugunsten der Gesundheit und der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes erlaubt es dem Staat über das in Art. 6 II 2 GG genannte Wächteramt, vor der Schwelle einer Kindeswohlgefährdung zum Schutz der Gesundheit der Kinder tätig zu werden. Dies kann auch flächendeckend im Rahmen von Maßnahmen der gesundheitlichen Risikoversorge geschehen. Bei der Interpretation des Art. 6 II 1 GG muss konsequent zwischen Pflege und Erziehung unterschieden werden. Die meisten elterlich verursachten Gesundheitsrisiken fallen nur unter den Begriff der Pflege, die das körperliche Wohl betrifft⁷⁶ und eher einer objektiven Bewertung zugänglich ist⁷⁷ als die Erziehung, die aus der Vermittlung von Werten besteht⁷⁸. Am weitesten reichen die Befugnisse des Staates deswegen dort, wo es um die Pflege der Kinder geht. Aus dem Gegenüber von Kindesgrundrechten und Elternrecht ergibt sich ein abgestuftes System: Der Staat darf relativ milde Maß-

71 Dies ist in der Literatur umstritten (vgl. zur Diskussion *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl. 2005, S. 103, 219ff.; *Fateh-Moghadam*, in: ders./Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, 2010, S. 21; *Martens*, DÖV 1976, 457; v. *Münch*, in: FS-Ipsen, 1977, S. 113; *Krings*, Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche, 2003, S. 209; *van Aaken*, in: Aderheiden/Bürkli/Heinig/Kirstel/Seelmann (Hrsg.), Paternalismus und Recht, 2003, S. 109 (137); *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992), die Befürworter der Heranziehung der grundrechtlichen Schutzpflicht argumentieren jedoch nicht immer konsequent-dogmatisch; Einzelfragen bleiben offen.

72 *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 397ff.

73 *Badura*, in: Maunz/Dürig, GG, Nov. 2021, Art. 6 Rn. 110; *Uhle*, in: BeckOK-GG, 15.05.2022, Art. 6 Rn. 61; *von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 69; *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 243; *Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 72; *Jeand'Heur*, Verfassungsrechtliche Schutzgebote zum Wohl des Kindes und staatliche Interventionspflichten aus der Garantienorm des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, 1993, S. 102; *Jestaedt*, in: Lipp/Schumann/Veit (Hrsg.), Kinderschutz bei Kindeswohlgefährdung, 2008, S. 5 (13f.); *Reith*, Der Erziehungs-, Bildungs- und Betreuungsauftrag des Staates im Vorschulbereich, 2014, S. 172.

74 Vgl. *Schickhardt*, Kinderethik, 2017, S. 217.

75 *Schickhardt*, Kinderethik, 2017, S. 217.

76 Siehe nur *von Landenberg-Roberg*, Elternverantwortung im Verfassungsstaat, 2021, S. 663f.

77 So auch *Burgi*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, IV, 2011, § 109 Rn. 25; *von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 71; *Huster*, Die ethische Neutralität des Staates, 2. Aufl. 2017, S. 264; *Hümmer*, ZfL 2007, 46 (50). Vgl. auch *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar, GG, Dez. 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 114ff.; *Hölbling*, Wie viel Staat vertragen Eltern?, 2010, S. 151.

78 *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 159; *Jestaedt/Reimer*, in: Bonner Kommentar, GG, Dez. 2018, Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 286.

nahmen schon früh einsetzen⁷⁹, besonders intensive Eingriffe hingegen erst ab einer Schwelle, die der Kindeswohlgefährdung nach herkömmlichem Verständnis nahekommen. Hier kann man einen Katalog von Kriterien aufstellen⁸⁰: Verbote bestimmter elterlicher Entscheidungen sind dann erforderlich, wenn die Entscheidung der Eltern vorhersehbar zu einer irreversiblen Schädigung der Gesundheit des Kindes führt⁸¹. Geht es um Entscheidungen, deren Auswirkungen nicht in diesem Maße feststehen wie bei der Unumkehrbarkeit, bei denen es sich vielmehr nur um ein Gesundheitsrisiko handelt, gelten die gleichen Grundsätze wie bei der allgemeinen gesundheitlichen

Risikoversorge. Es muss somit ermittelt werden, wie hoch der Grad an Unsicherheit ist. Wenn keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse vorliegen, ist die Entscheidungsbefugnis der Eltern größer als in den Fällen, in denen die Gesundheitsschädlichkeit gesichert ist.

Vor dem Hintergrund kann es dem Staat nicht grundsätzlich verwehrt sein, z.B. Impfpflichten zugunsten der Kinder⁸² und verpflichtende Gesundheitsuntersuchungen⁸³ zu regeln. Anders sähe es bei einer flächendeckenden Kita-Pflicht⁸⁴ aus, da hier eher die Erziehung als die Pflege betroffen ist.

V. Fazit

An dieser Stelle konnte aus Platzgründen nur ein sehr kompakter Überblick über das Recht der öffentlichen Gesundheit und mögliche Anwendungsfälle in

der Praxis gegeben werden. Festzuhalten bleibt, dass der Staat mehr zum Schutz vor Krankheiten und mehr zur Förderung der Gesundheit der Bevölkerung tun dürfte, wenn er wollte, dass er aber gleichzeitig nicht die Grenze verletzt, die Schutz- und Förderminimum ziehen, wenn er nicht mehr tut. In der deutschen Rechtswissenschaft jedenfalls gerät die Diskussion oft vorschnell in eine Schiefelage – beispielsweise durch den schnell erhobenen, aber oft nicht gerechtfertigten Paternalismusvorwurf und die die Kinderrechte nur begrenzt berücksichtigende Interpretation des elterlichen Erziehungsrechts aus Art. 6 II 1 GG.

Autorin:

Prof. Dr. Andrea Kießling
Professur für Öffentliches
Recht, Sozial- und Gesundheits-
recht und Migrationsrecht,
Fachbereich Rechtswissenschaft
Goethe-Universität Frankfurt |
Fachbereich Rechtswissenschaft
Theodor-W.-Adorno-Platz 4 | PF 83
60323 Frankfurt am Main

79 Implizit geht auch das BVerfG so vor, als es in der Entscheidung zu dem Sonnenstudoverbot für Minderjährige innerhalb der Prüfung einer Verletzung des Art. 6 II 1 GG keine Kindeswohlgefährdung prüft, sondern den Eingriff (sofern überhaupt einer vorliege) für so gering hält, dass das Verbot verhältnismäßig ist; Eltern könnten Kinder schließlich auf andere Weise UV-Strahlung aussetzen (BVerfG, NJW 2012, 1062 (1064)). – AA *Osthald*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, 2016, S. 185f.

80 Vgl. allgemein zur Notwendigkeit eines solchen Katalogs *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 (332).

81 Jedenfalls zur „Vermutungsregel“ zugunsten der körperlichen Unversehrtheit im Beschneidungskontext *Krüper*, ZJS 2012, 547 (550f.).

82 Dies gilt selbstverständlich im Ergebnis nicht für alle denkbaren Krankheitserreger; entscheidend ist auch die Wirksamkeit des Impfstoffes.

83 AA *Hölbling*, Wie viel Staat vertragen Eltern?, 2010, S. 166f.; *Wapler*, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015, S. 530.

84 So im Ergebnis auch *Schmitt*, Kindergartenpflicht?, 2011, S. 108ff.