

ANDREA KIEßLING

Das Recht
der öffentlichen Gesundheit

Jus Publicum

318

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 318



Andrea Kießling

Das Recht der öffentlichen Gesundheit

Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung
als Aufgaben des Staates

Mohr Siebeck

Andrea Kießling, geboren 1981, Studium der Rechtswissenschaft in Münster, 2006 Erstes Juristisches Staatsexamen, Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk Hamm, 2009 Zweites Juristisches Staatsexamen, 2012 Promotion in Bochum, 2021 Habilitation in Bochum, seit Mai 2022 Professorin für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Migrationsrecht in Frankfurt am Main.
orcid.org/0000-0003-0961-2831

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG). – 499374326

ISBN 978-3-16-161688-4 / eISBN 978-3-16-161689-1

DOI 10.1628/978-3-16-161689-1

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Für meinen Mann
und meine Kinder*

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2021 als Habilitationsschrift von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum angenommen. Als die Idee zu ihrem Thema aufkam, war „Public Health“ in der Rechtswissenschaft ein Nischenthema. Dies hat sich seit der Fertigstellung der Arbeit im Dezember 2020 grundlegend geändert: Seitdem wird auch in Deutschland über Public Health und damit verbundene juristische Fragen diskutiert, wenn auch bislang allein auf die Infektionsprävention und den Umgang mit Epidemien bezogen. Vielleicht lassen sich in zukünftigen Debatten über Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung und den entsprechenden staatlichen Auftrag Anregungen und Antworten in dieser Arbeit finden.

Vor der Veröffentlichung wurde insbesondere das Kapitel zu „Neu auftretenden Krankheitserregern“ inhaltlich überarbeitet. Literatur und Rechtsprechung sind insgesamt auf dem Stand vom 31.8.2022. Ich freue mich sehr, dass es durch die Förderung der DFG möglich ist, die Arbeit „Open Access“ zu veröffentlichen, was hoffentlich die Wahrnehmung auch in anderen Disziplinen befördern wird.

Großer Dank gilt Prof. Dr. Stefan Huster, der in mir das Interesse für das Thema Public Health weckte und an dessen Lehrstuhl ich – mit kurzen Unterbrechungen – 13 Jahre lang tätig war. Die Zeit an seinem Lehrstuhl mit all den mir eingeräumten Freiheiten hat mich nachhaltig geprägt. Danken möchte ich außerdem Prof. Dr. Jörg Ennuschat für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Während der Recherche und der Aktualisierung wurde ich in verschiedenen Stadien von studentischen Hilfskräften unterstützt: Mein herzlicher Dank gilt insbesondere aus meiner Bochumer Zeit Lamia Amhaouach und Lynn Schaefer, die mittlerweile wissenschaftliche Mitarbeiterinnen sind, und in Frankfurt Michel Kreilinger.

Meine Habilitationsphase war deutlich länger als geplant – große Teile dieser Strecke habe ich gemeinsam mit Dr. Berit Völmann und Prof. Dr. Rike Krämer-Hoppe zurückgelegt; ich möchte kein einziges unserer zahlreichen Gespräche missen.

Gewidmet ist das Werk meinem Mann und unseren zwei Kindern, die stets für die notwendige Erdung sorgen.

Frankfurt am Main, im November 2022

Andrea Kießling

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	9
A. Der Public-Health-Ansatz	9
I. Ziel der „öffentlichen Gesundheit“: bevölkerungsbezogene Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung	9
II. Faktoren, die den Gesundheitszustand beeinflussen	13
B. Die Erkenntnisse der Public-Health-Forschung als Grundlage evidenzbasierten Rechts	19
I. Gesundheitsberichterstattung	20
II. Public-Health-Gesetzgebung auf der Basis wissenschaftlicher Evidenz	22
III. Bevölkerungsbezogenes Recht auf Basis der Erkenntnisse der Public-Health-Forschung	29
2. Teil: Das Recht der öffentlichen Gesundheit: Bestandsaufnahme	31
A. Übertragung dieser Ausgangslage in rechtliche Kategorien	31
I. Der Gesundheitsbegriff des Rechts der öffentlichen Gesundheit	31
II. Entscheidungen unter Unsicherheit	33
III. Der bevölkerungsbezogene Ansatz	36
IV. Individuelle und kollektive Risiken	41
B. Beteiligte Rechtsgebiete und ihre Grundstrukturen	42
I. Rechtsgebiete mit starkem präventivem Gesundheitsbezug: das Präventionsrecht	43
II. Die Berücksichtigung gesundheitlicher Belange im sonstigen Recht	73
C. Eine risiko- bzw. schutzfaktorspezifische Betrachtung des Rechts der öffentlichen Gesundheit	73

I.	Neu auftretende Krankheitserreger	74
II.	Lebensstilrisiken	80
III.	Kindergesundheit und familiäre Gesundheitssozialisation	94
D.	Gründe für die Schwäche des Präventionsgedankens im geltenden Recht	104
I.	Gesetzgebungskompetenzen	104
II.	Die Relativierung der öffentlichen Gesundheit durch die Unterlegenheit der grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber den Abwehrrechten	110
III.	Normative Leitbilder statt evidenzbasierten Rechts	114
IV.	Die Abkopplung sozialer Fragen mit Gesundheitsbezug: die Offenheit des Sozialstaatsprinzips und die fehlende Verknüpfung von Sozialstaatsfragen mit Gesundheitsfragen	115
V.	Fazit	122
E.	Ansatz für eine Neubestimmung	123
I.	Strukturierung des Rechts der öffentlichen Gesundheit: Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Risikovorsorge	123
II.	Die Verfassung als Grund und Grenze des Rechts der öffentlichen Gesundheit	129
3. Teil: Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Rechts der öffentlichen Gesundheit		131
A.	Die Risikovorsorge als Gegenstand der grundrechtlichen Schutzpflichten und des Sozialstaatsprinzips	131
I.	Gefahrenabwehrrechtlich geprägte Risikovorsorge	136
II.	Soziale Risikovorsorge	145
B.	Der staatliche Auftrag	157
I.	Nachrangigkeit staatlichen Schutzes	158
II.	Kein Optimierungsgebot	168
III.	Das Minimum gesundheitlicher Risikovorsorge	170
C.	Das Maximum gesundheitlicher Risikovorsorge: die Freiheitsrechte Dritter	189
I.	Der Wert der öffentlichen Gesundheit als Faktor in der Abwägung . .	190
II.	Die Rechte Dritter	191
III.	Der Grad der Unsicherheit als Faktor in der Abwägung	193
IV.	Freiheitsrechte Dritter bei der sozialen Risikovorsorge	196
V.	Fazit	197
D.	Pflicht zum Erlass evidenzbasierten Rechts	197
I.	Die Bedeutung der Empirie für die verfassungsrechtliche Pflicht zur gesundheitlichen Risikovorsorge	198
II.	Verfassungsrechtliche Pflicht zur Evidenzbasierung	202

III. Ergebnis	216
E. Pflicht zum Erlass folgerichtigen Rechts	217
I. Wertungen bei der gesundheitlichen Risikovorsorge	219
II. Das Folgerichtigkeitsgebot als Grenze des gesetzgeberischen Wertungsspielraums	221
III. Fazit	237
F. Zusammenfassung des 3. Teils	237
4. Teil: Regulierung im Recht der öffentlichen Gesundheit	239
A. Neu auftretende Krankheitserreger	239
I. Besondere Ausgangssituation: Risikoakteur Allgemeinheit	240
II. Regelungsansatz	246
III. Querschnittsfragen	272
IV. Thesen zur Risikovorsorge im Infektionsschutzrecht	287
B. Regelungsgegenstand Lebensstilrisiken	288
I. Besondere Ausgangssituation: Eigenverantwortung vs. Marktversagen	288
II. Regelungsansatz	298
III. Querschnittsfragen	342
IV. Thesen zur Risikovorsorge bei der Regulierung von Lebensstilrisiken	353
C. Regelungsgegenstand Kindergesundheit	354
I. Besondere Ausgangssituation: eingeschränkte Autonomiefähigkeit und familiäre Gesundheitssozialisation	355
II. Regelungsansatz	360
III. Querschnittsbetrachtung: gesundes Aufwachsen durch Verhältnisprävention am Beispiel der Adipositas	401
IV. Thesen zur Risikovorsorge bei der Förderung der Kindergesundheit .	407
Zusammenfassende Thesen	409
Literaturverzeichnis	413
Sachverzeichnis	459

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	9
A. Der Public-Health-Ansatz	9
I. Ziel der „öffentlichen Gesundheit“: bevölkerungsbezogene Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung	9
II. Faktoren, die den Gesundheitszustand beeinflussen	13
1. Bedingungsfaktoren von Gesundheit	13
2. Gesundheitliche Ungleichheiten: die Erkenntnisse der Sozialepidemiologie	14
B. Die Erkenntnisse der Public-Health-Forschung als Grundlage evidenzbasierten Rechts	19
I. Gesundheitsberichterstattung	20
1. Gesundheitsberichterstattung des Bundes	21
2. Auf Landes- und kommunaler Ebene	22
II. Public-Health-Gesetzgebung auf der Basis wissenschaftlicher Evidenz	22
1. 1. und 2. Schritt: Festlegen des Public-Health-Problems	23
2. 3. und 4. Schritt: Auswahl der Methodik und Erstellung der Evidenz	25
3. Grenzen evidenzbasierter Public-Health-Gesetzgebung	28
III. Bevölkerungsbezogenes Recht auf Basis der Erkenntnisse der Public-Health-Forschung	29
2. Teil: Das Recht der öffentlichen Gesundheit: Bestandsaufnahme	31
A. Übertragung dieser Ausgangslage in rechtliche Kategorien	31
I. Der Gesundheitsbegriff des Rechts der öffentlichen Gesundheit	31
II. Entscheidungen unter Unsicherheit	33

III. Der bevölkerungsbezogene Ansatz	36
IV. Individuelle und kollektive Risiken	41
B. Beteiligte Rechtsgebiete und ihre Grundstrukturen	42
I. Rechtsgebiete mit starkem präventivem Gesundheitsbezug: das Präventionsrecht	43
1. Von der mittelalterlichen Seuchenbekämpfung bis zum Ende des Zweiten Weltkriegs	43
2. Seit Bestehen der Bundesrepublik	47
a) Gesundheitsschutzeingriffsrecht	50
aa) Risikofaktorenzentriert	50
(1) Infektionsschutzrecht	50
(2) Umweltrecht	54
(3) Lebensmittelrecht	56
(4) Glücksspielrecht	58
(5) Technischer Arbeitsschutz	61
bb) Risikogruppenzentriert	61
(1) Sozialer Arbeitsschutz	62
(2) Jugendschutzrecht	62
b) Prävention im Sozialversicherungsrecht	62
aa) Leistungen der „primären Prävention und Gesundheits- förderung“ nach §§ 20 ff. SGB V	64
bb) Medizinische Prävention	67
cc) Fazit: keine bevölkerungsbezogene Perspektive	69
c) Gesundheitsfürsorgerecht	69
d) Kinderschutzrecht und Kinder- und Jugendfürsorgerecht	71
e) Kriminalisierung gesundheitsschädlichen Verhaltens	72
II. Die Berücksichtigung gesundheitlicher Belange im sonstigen Recht	73
C. Eine risiko- bzw. schutzfaktorspezifische Betrachtung des Rechts der öffentlichen Gesundheit	73
I. Neu auftretende Krankheitserreger	74
1. Medizinische Prävention	75
2. Verhaltensprävention	76
a) Gesundheitskampagnen	76
b) Beratung und Aufklärung	76
3. Verhältnisprävention	77
a) Verhütung im Vorfeld	77
b) Bekämpfung: Distanzierung	78
aa) Absonderung	78
bb) Weitere punktuell wirkende Schutzmaßnahmen	78
c) Distanzierungsgebote ohne örtlichen Bezug zum Ausbruchsgeschehen	79
4. Offene Fragen	79
II. Lebensstilrisiken	80
1. Der Umgang mit dem Lebensstil-Risikofaktor Tabakkonsum	81

a) Verhaltensprävention	81
aa) Rauchverbot	81
bb) Gesundheitskampagnen/Gesundheitskommunikation	81
cc) Kennzeichen- und Informationspflichten – Dauerwarnhinweise	82
(1) Text-Warnhinweise	82
(2) Kombinierte Text-Bild-Warnhinweise („Schockbilder“)	82
dd) Verteuerung durch Tabaksteuer	83
b) Verhältnisprävention	84
aa) Gestaltung des Angebots – Verfügbarkeit von Tabakprodukten	84
(1) Vorgaben an die Zusammensetzung der Zigaretten	84
(2) Verkaufs- und Abgabevorgaben	85
bb) Schutz vor Beeinflussung – Marketingge- und -verbote	86
(1) Verbot klassischer Werbung in bestimmten Medien	86
(2) Einschränkung der Verkaufsförderung (Promotion)	86
(3) Verbot von Werbung wegen des Inhalts der Werbung	86
(a) Aus Jugendschutzgründen	86
(b) „Health Claims“	87
(c) Verbot der Verwendung zutreffender Informationen	87
(4) Gestaltung der Verpackung	88
2. Der Umgang mit dem Lebensstilrisikofaktor ungesunde Ernährung	88
a) Verhaltensprävention	89
aa) Gesundheitskampagnen	89
bb) Kennzeichnungs- und Informationspflichten	90
(1) Inhaltsstoffe/Zutaten	90
(2) Einfache Nährwertkennzeichnungen	90
(3) Lebensmittelampel	90
cc) Lenkungssteuern	91
b) Verhältnisprävention	91
aa) Vorgaben an die Zusammensetzung	91
bb) Marketingge- und -verbote	91
(1) Nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben	91
(2) Krankheitsbezogene Werbung	93
(3) Werbeeinschränkungen für ungesunde Lebensmittel	93
3. Offene Fragen	93
III. Kindergesundheit und familiäre Gesundheitssozialisation	94
1. Prävention und Gesundheitsförderung während der Schwangerschaft	95
a) Kennzeichnungspflichten für bestimmte Produkte	95
b) Krankheitsbezogene Werbung	95
c) Individualisierter Ansatz: Medizinische Prävention und Gesundheitsförderung	96
2. Medizinische Prävention und Gesundheitsförderung	96
3. Verhältnisprävention	98
a) Besondere Lebensmittel für Kinder	98

aa)	Zusammensetzung von Lebensmitteln für Babys und Kleinkinder	99
bb)	Kennzeichnungspflichten	100
cc)	Kindermarketingverbote	100
dd)	Marketingeinschränkungen in Bezug auf die Eltern	101
b)	Vorgaben für bestimmte Settings	102
aa)	Einschränkung des Kontakts mit Risikofaktoren	102
bb)	Gesundheitsförderung im engeren Sinne	103
4.	Offene Fragen	103
D.	Gründe für die Schwäche des Präventionsgedankens im geltenden Recht	104
I.	Gesetzgebungskompetenzen	104
1.	Perpetuierung der Pfadabhängigkeiten	104
a)	Die getrennte Betrachtung von Armut und Gesundheit	105
b)	Begünstigung des Risikofaktorenmodells durch stoff- und produktbezogene Regelungen: kein krankheitsbezogener Ansatz	107
2.	Das Vorgehen des Bundes	109
II.	Die Relativierung der öffentlichen Gesundheit durch die Unterlegenheit der grundrechtlichen Schutzpflicht gegenüber den Abwehrrechten	110
1.	Rechtsstaatliche Verteilungsregel	110
2.	Unbestimmtheit der Schutzpflicht	111
3.	Prozessuale Hürden	112
4.	Fazit: die Unterlegenheit der Schutzpflicht	113
III.	Normative Leitbilder statt evidenzbasierten Rechts	114
IV.	Die Abkopplung sozialer Fragen mit Gesundheitsbezug: die Offenheit des Sozialstaatsprinzips und die fehlende Verknüpfung von Sozialstaatsfragen mit Gesundheitsfragen	115
1.	Abbau von Ungleichheiten als Ziel des Sozialstaatsprinzips?	115
2.	Public-Health-Ethik: Ungerechtigkeit gesundheitlicher Ungleichheiten	116
3.	Kein verfassungsrechtlicher Maßstab vorhanden	120
V.	Fazit	122
E.	Ansatz für eine Neubestimmung	123
I.	Strukturierung des Rechts der öffentlichen Gesundheit: Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Risikovor- sorge	123
1.	Die Übertragung des Vorsorgegedankens: Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als Risikovor- sorge	124
2.	Das Recht der öffentlichen Gesundheit als besondere Ausprägung des Risikoverwaltungsrechts	126
3.	Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung als gesetzgeberische Entscheidungen unter Unsicherheit	127
II.	Die Verfassung als Grund und Grenze des Rechts der öffentlichen Gesundheit	129

3. Teil: Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Rechts der öffentlichen Gesundheit	131
A. Die Risikoversorge als Gegenstand der grundrechtlichen Schutzpflichten und des Sozialstaatsprinzips	131
I. Gefahrenabwehrrechtlich geprägte Risikoversorge	136
1. Gesundheit als Schutzgut	137
a) Gesundheit und Art. 2 II 1 GG	137
b) Gesundheit und Art. 2 I iVm Art. 1 I GG	139
2. Aktivierung in Risikolagen	142
II. Soziale Risikoversorge	145
1. Freiheitliche Ausrichtung	150
2. Gesundheit als Teilhabe- und Autonomievoraussetzung: Art. 20 I iVm Art. 2 II 1 GG	151
3. Förderung der Autonomie und Teilhabe als Gesundheitsförderung: Art. 20 I iVm Art. 2 I iVm Art. 1 I GG	154
4. Aktivierung in Risikolagen	157
B. Der staatliche Auftrag	157
I. Nachrangigkeit staatlichen Schutzes	158
1. Multifaktorielle Zusammenhänge und Entscheidungsautonomie	161
2. Marktversagen	164
a) Kollektive Übel	164
b) Informationsasymmetrien	166
c) Marktversagen als Anlass für staatliches Tätigwerden	166
II. Kein Optimierungsgebot	168
1. Gefahrenabwehrrechtlich geprägte Risikoversorge	168
2. Soziale Risikoversorge	170
III. Das Minimum gesundheitlicher Risikoversorge	170
1. Gefahrenabwehrrechtlich geprägte Risikoversorge: gesundheitlicher Mindestschutz	171
a) Grundsätze zur Bestimmung	171
aa) Die Rechte der Risikoakteure	173
bb) Die Rechte Unbeteiligter	175
b) Sozialadäquanz, Eigenverantwortung und Restrisiko	176
2. Soziale Risikoversorge: das gesundheitliche Existenzminimum	179
a) Das physische Existenzminimum als Gewährleistung der Autonomie- und Teilhabevoraussetzung Gesundheit	181
b) Teilhabeminimum	182
aa) Befähigungsminimum	182
(1) Edukatives Minimum	182
(2) Präferenzbildungsminimum	184
bb) Teilhabe iSd soziokulturellen Existenzminimums	184
c) Grundsätze der Bestimmung des Umfangs	185
aa) Personale Differenzierungen	186
bb) Art der Maßnahmen	186

3. Fazit	188
C. Das Maximum gesundheitlicher Risikovorsorge: die Freiheitsrechte Dritter	189
I. Der Wert der öffentlichen Gesundheit als Faktor in der Abwägung	190
II. Die Rechte Dritter	191
1. Die normative Bestimmung der Risikoakteure	191
2. Die Rechte Unbeteiligter	192
III. Der Grad der Unsicherheit als Faktor in der Abwägung	193
IV. Freiheitsrechte Dritter bei der sozialen Risikovorsorge	196
V. Fazit	197
D. Pflicht zum Erlass evidenzbasierten Rechts	197
I. Die Bedeutung der Empirie für die verfassungsrechtliche Pflicht zur gesundheitlichen Risikovorsorge	198
1. Übermaßverbot	198
2. Untermaßverbot	200
II. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Evidenzbasierung	202
1. Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung und Pflicht zur Reduzierung der Ungewissheit	204
2. Pflicht zur methodengerechten Erfassung der Wirklichkeit und Kontrolle durch das BVerfG	206
a) Die Tatsachengrundlage gesundheitsschützender Gesetze und die Überprüfung durch das BVerfG	207
b) Die Tatsachengrundlage des Schutz- und Förderminimums	211
aa) Schutzpflicht	211
bb) Existenzminimum	213
3. Pflicht zur Anpassung an geänderte Umstände	214
III. Ergebnis	216
E. Pflicht zum Erlass folgerichtigen Rechts	217
I. Wertungen bei der gesundheitlichen Risikovorsorge	219
1. Gefahrenabwehrrechtliche gesundheitliche Risikovorsorge	219
2. Soziale gesundheitliche Risikovorsorge	220
II. Das Folgerichtigkeitsgebot als Grenze des gesetzgeberischen Wertungsspielraums	221
1. Gebot der konsequenten legislativen Zweck-/Zielverfolgung	221
a) Gebot der konsequenten Zugrundelegung der Risikoeinschätzung	221
b) Gebot folgerichtiger Konzeptverwirklichung	222
aa) Zielkonflikte als Geeignetheitsproblem	224
bb) Sektorübergreifende Betrachtung und risikofaktorzentriertes System	228
cc) Die Verhinderung der Berücksichtigung von Lobbyinteressen im politischen Prozess	229
c) Zusammenspiel beider Gebote	230

d) Fazit	231
2. Gebot der abgestimmten Ausgestaltung von Regelungsstrukturen . . .	232
a) Gebot der Einhaltung selbstgesetzter Leitprinzipien	233
b) Folgerichtige Bestimmung des Existenzminimums	234
aa) Vorgaben des BVerfG aus den Entscheidungen zum Existenzsicherungsrecht	234
bb) Übertragung auf gesundheitliches Existenzminimum	236
III. Fazit	237
F. Zusammenfassung des 3. Teils	237
4. Teil: Regulierung im Recht der öffentlichen Gesundheit	239
A. Neu auftretende Krankheitserreger	239
I. Besondere Ausgangssituation: Risikoakteur Allgemeinheit	240
II. Regelungsansatz	246
1. Pflicht zum Handeln	247
2. Das Ziel der Epidemiekämpfung	247
a) Der Schutz der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems	248
b) Weitere Ziele	251
3. Risikoverteilung	252
a) Regelungsansatz gegenüber Risikogruppen	253
aa) Schutz ohne Grundrechtseingriff	254
bb) Schutz durch Grundrechtseingriff	255
b) Regelungsansatz gegenüber der Bevölkerung	256
aa) Risikoakteure bei übertragbaren Krankheiten	257
(1) Infizierte	257
(a) Nachweis vs. Verdacht	258
(b) Nachrangigkeit der Heranziehung der Allgemeinheit	260
(2) Schaffung und Kontrolle einer Infektionsquelle	261
bb) Unbeteiligte – die „Allgemeinheit“	262
(1) Verabschiedung des Störerbegriffs	263
(2) Voraussetzungen der Inanspruchnahme der Allgemeinheit	264
(a) Keine Eigenschutzmöglichkeit	264
(b) Eingeschränkte Eignung des punktuellen Ansatzes	264
(c) Schwere der Krankheit	265
(d) Der Umgang mit bestehenden Unsicherheiten	265
cc) Fazit	267
c) Regelungsansatz gegenüber Immunen	267
III. Querschnittsfragen	272
1. Die Überprüfung des Schutzkonzepts der Exekutive	272
a) Die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit von Konzepten	273
b) Pflicht zur konsequenten Zugrundelegung der Risikoeinschätzung	275
c) Gebot folgerichtiger Konzeptverwirklichung	277

d) Prozedurale Kompensation	279
2. Das IfSG als taugliche Rechtsgrundlage	280
a) Reihentests	280
b) Schutzmaßnahmen	281
aa) Die Sperrung der Generalklausel durch die Standard- ermächtigung	281
bb) Grundrechtseingriffe und Parlamentsvorbehalt	282
(1) Rechtslage bis 18.11.2020	282
(2) Rechtslage ab dem 19.11.2020	284
c) Fazit	286
IV. Thesen zur Risikoversorge im Infektionsschutzrecht	287
B. Regelungsgegenstand Lebensstilrisiken	288
I. Besondere Ausgangssituation: Eigenverantwortung vs. Marktversagen	288
1. Entlastung der Sozialkassen?	288
2. Paternalismus und Verantwortung	291
3. Regulierung von Lebensstilrisiken und das „gute Leben“	296
II. Regelungsansatz	298
1. Der Ansatz der Europäischen Union	298
a) Binnenmarktharmonisierung	300
b) Hohes Gesundheits- und Verbraucherschutzniveau	301
c) Evidenzbasierung der Unionsgesetzgebung	301
d) Europäische Vorgaben der Tabaksteuer	301
e) Vergleichbarkeit mit dem Ansatz der gesundheitlichen Risikoversorge	302
2. Der Regelungsansatz gegenüber der Bevölkerung	302
a) Das eigene Verhalten als Risikofaktor?	303
aa) Einschlägigkeit der Schutzpflicht	304
bb) Gemeinwohlbelang	307
b) Gesundheitliches Empowerment – soziale Risikoversorge	310
aa) Bereitstellung von Informationen und Abbau von Informationsasymmetrien	312
bb) Die Förderung unbeeinflusster Präferenzbildung	313
cc) Hilfe zur Verfolgung der langfristigen (statt kurzfristigen) Präferenzen	314
(1) Präferenzwiderspruch	314
(2) Bevorzugung der langfristigen Präferenz	315
(3) Mögliche Maßnahmen	316
(a) Verlangsamung des Entscheidungsprozesses zur Überwindung von Trägheit oder falscher persönlicher Risikoeinschätzung	316
(b) Lenkungssteuern	320
c) Einwirken auf soziale Normen – die langfristigen Präferenzen	323
aa) Veränderung der Präferenzen	324
bb) Verhaltensänderung durch sozialen Druck	325
d) Fazit	326

3. Die Industrie als Risikoakteur	327
a) Verbot gesundheitsschädlicher Zutaten	329
b) Einschränkung des Angebots durch Regelung der Verkaufsorte und -größen	330
c) Abbau der Informationsasymmetrie durch Informationspflichten	331
d) Einschränkung des Ausnutzens kognitiver Verzerrungen:	
Regulierung des Marketings	331
aa) Allgemeine Werbeverbote	335
bb) Verbot der Täuschung	336
cc) Verbot der Förderung des Konsums durch zutreffende Aussagen	337
dd) Pflicht zum Abdruck von Warnhinweisen	339
ee) Pflicht zum Abdruck von Schockbildern	341
e) Fazit	342
III. Querschnittsfragen	342
1. Folgerichtigkeit einzelner Konzepte	342
a) Der Umgang mit der E-Zigarette	342
b) Der Einsatz von Lenkungssteuern als Präventionsinstrument	343
c) Die konsequente Besteuerung innerhalb eines Schutzkonzepts	346
2. Die Berücksichtigung von Aspekten gesundheitlicher Ungleichheit . .	347
a) Das Potential der Pflicht zum Erlass evidenzbasierten Rechts, gesetzliche Leitbilder abzulösen	347
b) Lenkungssteuern als überproportionale Belastung der unteren sozialen Schichten?	349
aa) Individuelle Betrachtung: der Vergleich zweier Raucher aus unterschiedlichen sozialen Schichten	351
bb) Kollektive Betrachtung: die überproportionale Heranziehung der unteren sozialen Schichten zur Erzielung von Einnahmen für gesamtgesellschaftliche Aufgaben	352
IV. Thesen zur Risikovorsorge bei der Regulierung von Lebensstilrisiken . . .	353
C. Regelungsgegenstand Kindergesundheit	354
I. Besondere Ausgangssituation: eingeschränkte Autonomiefähigkeit und familiäre Gesundheitssozialisation	355
1. Lebensmittel für Kinder und Übergewicht	355
2. Risikofaktor Eltern und die Interpretation des Art. 6 II GG	357
II. Regelungsansatz	360
1. Gegenüber Kindern	360
a) Soziale Risikovorsorge	362
b) Die Förderung unbeeinflusster Präferenzbildung	364
2. Gegenüber Eltern	365
a) Welche Sachverhalte fallen in das Elternrecht?	367
b) Wann darf der Staat eingreifen?	369
aa) Die öffentliche Gesundheit als Eingriffszweck	369
bb) Die Abwendung der Kindeswohlgefährdung als Eingriffszweck	369

(1) Bestimmung der Kindeswohlgefährdung	370
(2) Verzicht auf den Begriff der Kindeswohlgefährdung	374
c) Wie darf der Staat eingreifen?	376
aa) Kriterien	376
bb) Flächendeckende Ansätze möglich?	378
cc) Denkbare Maßnahmen	379
(1) Pflege	380
(a) Impfpflicht zum Schutz der Kinder	380
(b) Verpflichtende gesundheitliche Untersuchungen der Kinder	382
(c) Ge- und Verbote gegenüber dem Kind	384
(d) Rauchverbote zum Schutz der Kinder	384
(2) Erziehung	385
dd) Fazit	387
3. Sonderfall: die Verantwortung der Schwangeren für das ungeborene Kind	388
a) Die Konstruktion der Grundrechtskollision in der Abtreibungsdebatte	389
b) Gesundheitliche Risikovorsorge in der Schwangerschaft durch Eingriff	392
aa) Eingriff in die Freiheitsrechte der Schwangeren	393
(1) Konsumver- oder -gebote	396
(2) Punktuelle Pflichten	398
bb) Verletzung des Art. 3 III 1 GG	399
c) Gesundheitliche Risikovorsorge ohne Eingriffe	400
III. Querschnittsbetrachtung: gesundes Aufwachsen durch Verhältnisprävention am Beispiel der Adipositas	401
1. Risikoakteur Eltern	401
2. Risikoakteur Unternehmen	403
a) Einschränkungen des Marketings	403
aa) Kinder als Adressaten	404
bb) Eltern als Adressaten	404
b) Zusammensetzung von Kinderlebensmitteln	405
3. Gesundheitsförderliche Settings	405
IV. Thesen zur Risikovorsorge bei der Förderung der Kindergesundheit	407
 Zusammenfassende Thesen	 409
 Literaturverzeichnis	 413
Sachverzeichnis	459

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
ABl	Amtsblatt
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome
AMG	Arzneimittelgesetz
Am J Public Health	American Journal of Public Health
Annu. Rev. Public Health	Annual Review of Public Health
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AsylbLG	Asylbewerberleistungsgesetz
Aufl.	Auflage
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
Bay.	Bayern
Bay GDVG	Bayerisches Gesundheitsdienst- und Verbraucherschutzgesetz
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebs Berater [Zeitschrift]
BbgGDG	Gesetz über den Öffentlichen Gesundheitsdienst im Land Brandenburg
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
Berl. GDG	Berliner Gesundheitsdienstgesetz
Berl. KitaFÖG	Berliner Kindertagesförderungsgesetz
BerlKomm	Berliner Kommentar
Berl. GDG	Berliner Gesundheitsdienst-Gesetz
Berl. SchulG	Berliner Schulgesetz
Beschl.	Beschluss
BevSchG	Bevölkerungsschutzgesetz – Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BoKo	Bonner Kommentar
BPUVZ	Zeitschrift für betriebliche Prävention und Unfallversicherung
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache

BremKTG	Bremisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflege
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSeuchG	Bundeseseuchengesetz
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bundesgesundheitsbl	Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz [Zeitschrift]
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BZgA	Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
bzw.	beziehungsweise
COVID-19	coronavirus disease 2019
Curr Psychiatry Rep	Current Psychiatry Reports
COVuR	COVID-19 und Recht [Zeitschrift]
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
DGE	Deutsche Gesellschaft für Ernährung
d. h.	das heißt
DiätV	Diätverordnung
Diss	Dissertation
DKFZ	Deutsches Krebsforschungszentrum
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung [Zeitschrift]
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dtsch Ärztebl	Deutsches Ärzteblatt
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DZPhil	Deutsche Zeitschrift für Philosophie
EG	Europäische Gemeinschaft
EJRR	European Journal of Risk Regulation
E.L. Rev.	European Law Review
Emory L.J.	Emory Law Journal
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Ethik Med	Ethik in der Medizin [Zeitschrift]
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR	Europarecht [Zeitschrift]
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f.	folgende
FCTC	Framework Convention on Tobacco Control
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht [Zeitschrift]

FrSaftErfrischGetrV	Verordnung über Fruchtsaft, Fruchtnektar, koffeinhaltige Erfrischungsgetränke und Kräuter- und Früchtetee für Säuglinge und Kleinkinder
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GastG	Gaststättengesetz
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GDG LSA	Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst und die Berufsausbildung im Gesundheitswesen im Land Sachsen-Anhalt
gem.	gemäß
GesDV-TH	Verordnung über den öffentlichen Gesundheitsdienst des Landes Thüringen
GesR	Gesundheitsrecht [Zeitschrift]
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GW	Wissenschaftsforum in Gesundheit und Gesellschaft [Zeitschrift]
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GlüStV	Glücksspielvertrag
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
GRC	Grundrechte-Charta der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [Zeitschrift]
GS	Gedächtnisschrift
GSZ	Zeitschrift für das gesamte Sicherheitsrecht
GuP	Gesundheit und Pflege [Zeitschrift]
Hastings Cent Rep	Hastings Center Report
HbGR	Handbuch der Grundrechte [die römische Ziffer bezeichnet den Band]
HbStR	Handbuch des Staatsrechts [die römische Ziffer bezeichnet den Band]
HCVO	Health Claims Verordnung
HIV	Humanes Immundefizienz-Virus
HmbGDG	Hamburgisches Gesundheitsdienstgesetz
Hrsg.	Herausgeber, Herausgeberin
Hs	Halbsatz
I-CON	International Journal of Constitutional Law
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinne
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IfSBG-NRW	Gesetz zur Regelung besonderer Handlungsbefugnisse im Rahmen einer epidemischen Lage von nationaler oder landesweiter Tragweite und zur Festlegung der Zuständigkeiten nach dem Infektionsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen
Int J Epidemiol	International Journal of Epidemiology
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JACR	Journal of the Association for Consumer Research

JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JAMA Intern Med.	JAMA Internal Medicine [Zeitschrift]
jM	juris die Monatszeitschrift
J Med Ethics	Journal of Medical Ethics
JMStV	Jugendmedienschutz-Staatsvertrag
JNPÖ	Jahrbuch für neue politische Ökonomie
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JURA	Juristische Ausbildung [Zeitschrift]
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KiBiZ NW	Kinderbildungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
KitaG BbG	Kindertagesstättengesetz des Landes Brandenburg
KJ	Kritische Justiz [Zeitschrift]
KKG	Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
LFGB	Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch
LG	Landgericht
lit.	litera
LKRZ	Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LMIV	Lebensmittelinformations-Verordnung
LMuR	Lebensmittel und Recht [Zeitschrift]
Losebl.	Loseblatt
LS	Leitsatz
MedR	Medizinrecht [Zeitschrift]
Monatssch Kinderheilkd	Monatsschrift Kinderheilkunde
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
nds	niedersächsisch
NdsVBl	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NichtraucherSchG NW	Nichtraucherschutzgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für Öffentliches Recht in Norddeutschland
NRW	Nordrhein-Westfalen
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NuR	Natur und Recht [Zeitschrift]
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
N.Y. Univ. Law Rev	New York University Law Review
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
JZ	Juristenzeitung
ÖGDG M-V	Gesetz über den Öffentlichen Gesundheitsdienst im Land Mecklenburg-Vorpommern

ÖGDG NW	Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
PLoS ONE	Online-Fachzeitschrift der Public Library of Science
Präv Gesundheitsf	Prävention – Zeitschrift für Gesundheitsförderung
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens [Zeitschrift]
Rev.Phil.Psych.	Review of Philosophy and Psychology
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RKI	Robert-Koch-Institut
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RSeuchG	Reichsseuchengesetz
Rspr.	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik [Zeitschrift]
RW	Rechtswissenschaft
S.	Satz, Seite
saarl.	saarländisch
saarl. ÖGDG	Saarländisches Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst
SächsGDG	Gesetz über den öffentlichen Gesundheitsdienst im Freistaat Sachsen
SächsVBl	Sächsische Verwaltungsblätter
SARS-CoV-1	severe acute respiratory syndrome coronavirus
SARS-CoV-2	severe acute respiratory syndrome coronavirus 2
SchulG NW	Schulgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit [Zeitschrift]
SGB II	Sozialgesetzbuch Zweites Buch
SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
SGB VII	Sozialgesetzbuch Siebtes Buch
SGB VIII	Sozialgesetzbuch Achtes Buch
SGB IX	Sozialgesetzbuch Neuntes Buch
SGB XI	Sozialgesetzbuch Elftes Buch
SGB XII	Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch
SOC. SCI. & MED	Social Science and Medicine [Zeitschrift]
SoldatenG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten
StGB	Strafgesetzbuch
STIKO	Ständige Impfkommision
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuW	Steuern und Wirtschaft [Zeitschrift]
StVO	Straßenverkehrsordnung
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
TabakerzG	Tabakerzeugnisgesetz
TabakerzV	Tabakerzeugnisverordnung
TabakProdV	Tabakprodukt-Verordnung
TabakStG	Tabaksteuergesetz
The Georgetown LJ	The Georgetown Law Journal
TPG	Transplantationsgesetz

u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
UTR	Umwelt- und Technikrecht [Zeitschrift]
U.C. Davis L. Rev.	UC Davis Law Review
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
VSSAR	Vierteljahresschrift für Sozial- und Arbeitsrecht
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VTabakG	Vorläufiges Tabakgesetz
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Wash. & Lee L. Rev.	Washington and Lee Law Review
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium [Zeitschrift]
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis [Zeitschrift]
z. B.	zum Beispiel
ZEFQ	Zeitschrift für Evidenz, Fortbildung und Qualität im Gesundheitswesen
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfL	Zeitschrift für Lebensrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZfWG	Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Alle Urteile und Beschlüsse ohne Angabe der Fundstelle zitiert nach juris.

Einleitung

In Europa gehen 86 % der Todesfälle und 77 % der Krankheitslast auf nicht übertragbare Krankheiten zurück¹, die durch Präventionsmaßnahmen zu einem großen Teil verhindert oder verschoben werden könnten². Auch übertragbare Krankheiten wurden noch nicht vollständig durch die Medizin zurückgedrängt, wie sich seit dem Jahr 2020 in der Corona-Epidemie zeigt. Mit der Verhütung von Krankheiten und der Verbesserung der Gesundheit befasst sich die Public-Health-Forschung – oder kurz, wie sich die beteiligten Disziplinen selbst nennen: Public Health. Im Mittelpunkt von Public Health stehen die Bevölkerung bzw. Bevölkerungsgruppen, es geht also um „überindividuelle“ Ansätze zur Verbesserung der Gesundheit der Menschen³.

Übersetzen kann man „public health“, soweit damit nicht der Forschungszweig, sondern der Forschungsgegenstand gemeint ist, mit „Gesundheit der Bevölkerung“ oder „öffentliche Gesundheit“. Der historisch belastete Begriff der Volksgesundheit hingegen wird mit Absicht vermieden, auch wenn er in Rechtsprechung⁴ und Schrifttum oft unbedarft verwendet wird. Die nationalsozialistische Terminologie wollte mit dem Begriff etwas ausdrücken, das es so nicht gibt und auch als Konstrukt im Widerspruch zum Grundgesetz steht: einen überindividuellen Volkskörper⁵. Bei „Gesundheit“ handelt es sich um ein individuelles⁶ bzw. privates⁷ Gut⁸. Mit „Gesundheit der Bevölkerung“ bzw. „öffentliche Gesundheit“ ist deswegen die Summe der privaten Güter der Einzelnen gemeint.

¹ WHO, Regionalbüro für Europa, Aktionsplan zur Umsetzung der Europäischen Strategie zur Prävention und Bekämpfung nichtübertragbarer Krankheiten (2012–2016).

² Vgl. schon *Rosenbrock*, Gesundheitswesen 2007, 647 (649).

³ *Marckmann/Strech*, in: *Strech/Marckmann* (Hrsg.), *Public Health Ethik*, 2010, S. 43 (44); *Rosenbrock*, *Bundesgesundheitsbl* 2001, 753 (754).

⁴ Das BVerfG nutzte bis in die 1990er Jahre den Begriff der Volksgesundheit (BVerfGE 7, 377 [414]; 9, 73 [82 aE]; 9, 213 [218]; 17, 232 [240]; 17, 269 [276]; 85, 248 [264 aE]), später ersetzte es diesen durch „Gesundheit der Bevölkerung“ (BVerfGE 90, 145 [174]), „Gesundheitsschutz [einer Vielzahl von Personen/der Bevölkerung]“ (BVerfG, NJW 1998, 2961 [2962]; BVerfG, GewArch 2005, 243 [244]) und „Gesundheit und Leben der Bevölkerung“ (BVerfGE 126, 112 [140]). Dazu auch *E. Frenzel*, DÖV 2007, 243.

⁵ Dazu ausführlich unten 2. Teil, A. III.

⁶ *Welti*, GesR 2015, 1 (3); *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, S. 366.

⁷ *Huster*, *Ethik Med* 2010, 289 (296); *ders.*, in: *Schumann* (Hrsg.), *Das erziehende Gesetz*, S. 193 (222).

⁸ Dazu noch unten 2. Teil, A. III.

Das Wort „public“ bezieht sich nicht nur darauf, dass es um die Gesundheit der Öffentlichkeit, also der *Bevölkerung* in diesem Sinne geht, sondern auch darauf, dass *staatliche* Maßnahmen untersucht werden⁹. Eine einheitliche deutsche Übersetzung von Public Health hat sich bislang noch nicht durchgesetzt¹⁰, so dass im wissenschaftlichen Diskurs oft der englische Begriff zu finden ist. Diese Arbeit wird für den Forschungsgegenstand den Begriff „öffentliche Gesundheit“ verwenden und damit wie der englische Begriff „Public Health“ die Doppeldeutigkeit des „öffentlich“ in sich aufnehmen. Untersucht werden sollen die staatlichen Interventionen der Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung, die mit der Absicht eingesetzt werden, auf die Gesundheit der Bevölkerung einzuwirken¹¹, und die der Staat durch Rechtsnormen regelt¹². D.h. Ausgangspunkt der Arbeit ist der Sachbereich¹³ bzw. Realbereich¹⁴ dieser Normen, der durch die Erkenntnisse der Public-Health-Forschung bestimmt wird. Die Rechtsgebiete, zu denen diese Normen gehören, bilden zusammen das Recht der öffentlichen Gesundheit. Bei ihrer Ausgestaltung stellt sich dann wiederum die Frage, welche Erkenntnisse notwendig sind, um das gesundheitsriskante Verhalten der Bevölkerung wirksam zu steuern¹⁵.

Der Fokus des Public-Health-Ansatzes auf die Bevölkerung führt dazu, dass keine individualbezogenen Maßnahmen, sondern bevölkerungsbezogene Maßnahmen ergriffen werden¹⁶. Nicht im Vordergrund der Public-Health-Forschung steht das medizinische Versorgungssystem, dessen überwiegend kurative Leistungen auf Einzelpersonen und deren Schicksal und die Ärzte als Leistungserbringer ausgerichtet sind. Betrachtungsgegenstand sind vielmehr Maßnahmen in einem Stadium, in dem noch nicht klar ist, wer genau erkranken wird bzw. würde, ob also der Einzelne, der von ihnen erfasst wird, sie überhaupt benötigt hätte. Das liegt daran, dass die Ursachenzusammenhänge, auf die eingewirkt werden soll, zwar oft auf einer statistischen Ebene vorhanden sind und somit der Erfolg bevölkerungsbezogener Präventionsmaßnahmen statistisch nachweisbar ist, aber es ist keineswegs so, dass jeder, der sich „gesundheitsriskant“ verhält oder potentiell gesundheitsgefährdenden Stoffen ausgesetzt ist, auch tatsächlich krank wird. Ob Menschen erkranken, hängt von vielen verschiedenen Faktoren ab; Kausalitäten lassen sich oft nur in begrenztem Umfang

⁹ Gostin, *Public Health Law*, S. 5 f. Vgl. auch Breckenkamp, in: Gerhardus/Breckenkamp/Razum/Schmacke/Wenzel (Hrsg.), *Evidence-based Public Health*, S. 13.

¹⁰ Vorgesprochen werden etwa „Gesundheitswissenschaften“ und „Bevölkerungsmedizin“, vgl. W. Hofmann/Schwartz, in: *Argument-Sonderband 198* (1992), S. 6 (6 f.).

¹¹ In Anlehnung an eine entsprechende Definition von „public health interventions“ von Wilson, *Public Health Ethics* 2009, 184 (188).

¹² In diesen Lebensbereichen setzt der Staat das Recht als „Public-Health-Werkzeug“ ein (von „law as a public health tool“ sprechen Moulton/Mercer/Popovic/Briss/Goodman/Thombley/Hahn/Fox, *American Journal of Public Health* 99 [2009], 17).

¹³ F. Müller/Christensen, *Juristische Methodik*, Band I, Rn. 485 ff.

¹⁴ Hoffmann-Riem, in: FS-Raiser, S. 515 (525 ff.).

¹⁵ Hierzu allgemein Petersen, *Der Staat* 40 (2010), 435; Towfigh, *I-CON* 2014, 670.

¹⁶ Breckenkamp, in: Gerhardus/Breckenkamp/Razum/Schmacke/Wenzel (Hrsg.), *Evidence-based Public Health*, S. 13.

nachweisen. Selbst ausführlich dokumentierte Zusammenhänge wie die zwischen dem Konsum von Tabak und dem Entstehen verschiedener Krebsarten¹⁷ wie Lungenkrebs (so sind bei Männern mindestens 90 % und bei Frauen 30 bis 60 % der Lungenkrebskrankungen dem Rauchen zuzuschreiben¹⁸) lassen nicht den Schluss zu, dass jeder Raucher erkranken wird. Gerettet werden durch Präventionsmaßnahmen statistische Leben und nicht konkrete Leben.

Dies führt dazu, dass Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit Regelungen sind, die nicht als Voraussetzung verlangen, dass die individuelle Situation des Betroffenen berücksichtigt wird, indem etwa an eine konkrete Bedürftigkeit oder Gefährdung angeknüpft wird. Public-Health-Gesetze verfolgen einen abstrakteren Ansatz. Sie setzen auf der Makroebene¹⁹ an und nicht auf der Mikroebene, auf der untersucht wird, inwiefern dem Einzelnen individuelle Rechte auf Gesundheit²⁰ zustehen. Nicht

¹⁷ Zigarettenrauchen gilt als die häufigste und wissenschaftlich am deutlichsten belegte Einzelursache für den Krebsstod in den Industrieländern (so BVerfGE 95, 173 184) unter Verweis auf verschiedene entsprechende Studien.

¹⁸ Gutachten 2000/2001 des Sachverständigenrates für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Band III, BT-Drs. 14/6871, S. 69.

¹⁹ Zacher, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, IX, § 28 Rn. 76; Wehkamp, in: Biendarra/Weeren (Hrsg.), Gesundheit – Gesundheit?, S. 499 (501).

²⁰ Unter diesem Schlagwort werden in der Regel noch nicht einmal Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung, sondern die Kuration von Kranken diskutiert. Ein verfassungsrechtliches „Recht auf Gesundheit“ wird meistens abgelehnt (kurz Fink, in: Merten/Papier [Hrsg.], HbGR, IV, § 88 Rn. 33; Haverkate, in: Häfner [Hrsg.], Gesundheit – unser höchstes Gut?, S. 119 [120 f.]; Steiner, in: Spickhoff [Hrsg.], Medizinrecht, Art. 2 Rn. 14 f.; Landau, in: Konrad-Adenauer-Stiftung [Hrsg.], S. 589 [592]; Höfling, in: BerlKomm, GG, Art. 2 [3. Teil], XI/12, Rn. 128: begegnet erheblichen Bedenken). Unklar bleibt dabei oft, worauf ein solches Recht überhaupt gerichtet wäre. Zum Teil enthalten Überlegungen zu „Gesundheit“ insbesondere solche zur „Hilfe bei Krankheit“ (Pestalozza, Bundesgesundheitsbl 2007, 1113 [1117]; Lang, in: BeckOK-GG, 15.5.2022, Art. 2 Rn. 82; Luthe, in: FS-Frank, S. 77 [92 ff.]; P. Kirchhof, in: Konrad-Adenauer-Stiftung [Hrsg.], Grenzen der Gesundheit, S. 442 ff., der von einem verfassungsrechtlichen Recht auf Gesundheit in diesem Sinne ausgeht). Auch Überlegungen zu einem Recht „auf bestmögliche Gesundheit“ sind nicht weiterführend, soweit sie sich auf Leistungen des Gesundheitssystems als Gegenstand eines solchen Rechts beziehen (so Welti, GesR 2015, 1 [2], der selbst darauf hinweist, dass so die „Bedeutung gesundheitsförderlicher Lebensbedingungen in den Hintergrund“ gerückt wird), jedenfalls fehlt es oft an einer klaren Abgrenzung. Auch der Begriff „Gesundheitsversorgung“ ist genauso wie der Begriff „Recht bzw. Anspruch auf Gesundheitsleistungen“ (so z. B. BVerfGE 115, 25; Becker, in: FS-Steiner, S. 50 [63]; Kingreen, VVDStRL 70 [2011], S. 152 [164]; Höfling, in: BerlKomm, GG, Art. 2 [3. Teil], XI/12, Rn. 151 ff.; Zwermann-Milstein, Grund und Grenzen einer verfassungsrechtlich gebotenen gesundheitlichen Mindestversorgung, S. 31; Wilksch, Recht auf Krankenbehandlung und Recht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum, passim) irreführend, wenn es um Therapiemaßnahmen im Krankheitsfall geht. Anstelle von „Gesundheitsversorgung“ wäre somit der Begriff „Krankenversorgung“ angemessener – der Begriff „Krankenversicherung“ hat dies verinnerlicht. Wenn man in diesem Zusammenhang überhaupt von einem „Recht auf Gesundheit“ sprechen will, wäre die Präzisierung „Recht auf Gesundheit im Krankheitsfall“ wünschenswert. Bei einem Recht auf Krankenversorgung oder Gesundheit im Krankheitsfall geht es dann dementsprechend um den Zugang zur medizinischen Versorgung im Krankheitsfall. Völlig missverständlich ist schließlich die Diskussion eines Rechts „auf staatliche Gesundheitsfürsorge“ (Schmidt-Aßmann, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen, S. 23; Schuler-Harms, in: Schmehl/Wallrabenstein [Hrsg.], Steuerungsinstrumente im Recht des Gesundheitswesens, Band 2, S. 23

nur ist „Recht auf Gesundheit“ ein unglücklicher, eher zu vermeidender Begriff²¹, weil es – im Wortsinne – schon an der Unmöglichkeit der Erfüllung scheitern muss: Der Staat kann niemals Gesundheit als Leistung erbringen oder einen gewissen Gesundheitszustand garantieren²²; ein Recht auf Gesundheit kann es deswegen „schlechterdings nicht geben“²³. Entscheidend ist aber insbesondere, dass mittels individueller Rechte keine bevölkerungsbezogene Vorsorgeperspektive abgebildet werden kann. Worum es in dieser Arbeit also nicht geht, ist ein „rights based approach to health“, wie er insbesondere im Internationalen Recht diskutiert wird²⁴.

Daraus ergibt sich gleichzeitig, dass sich diese Arbeit nicht mit dem Zugang zum Gesundheitssystem beschäftigen wird. Nicht das Versorgungssystem mit seinem Fokus auf Patienten und Patientinnen steht im Vordergrund, sondern es wird von einem weiten Begriff von Gesundheitspolitik und Gesundheitsrecht ausgegangen, der über das herkömmliche Verständnis von Gesundheitspolitik hinausgeht, das den Begriff hauptsächlich mit Krankenversorgungspolitik gleichsetzt²⁵. Selbst dort, wo das gesamte Gesundheitswesen einschließlich des Öffentlichen Gesundheitsdienstes in die Betrachtung einbezogen wird, bleibt Gesundheitspolitik begrenzt: auf die Krankenversicherung und den Infektionsschutz. Dieses Politikverständnis spiegelt sich im Recht. Gesundheitsrecht wird häufig als Krankenversicherungsrecht verstanden und/oder weist eine gewisse Nähe zum Medizinrecht auf²⁶. Hierdurch rückt auf die eine oder andere Weise der Arzt bzw. die Ärztin in das Zentrum der Betrachtung. Zum Recht der öffentlichen Gesundheit gehören dagegen neben dem Infektionsschutzrecht u. a. das Lebensmittelrecht, das Umweltrecht, das Arbeitsschutzrecht, das Glücksspielrecht, das Gesundheitsfürsorgerecht und das Betäubungsmittelrecht. Gleichzeitig müssen Gesetze, die nicht unmittelbar gesundheitsschützende Ziele verfolgen, aber soziale Gesundheitsfaktoren beeinflussen, mit in die Betrachtung einbezogen werden.

[31]), wenn auch hiermit Leistungen im Krankheitsfall gemeint sind, bezeichnet doch „Gesundheitsfürsorge“ eine Aufgabe, die aus der Armenfürsorge entstanden ist und somit soziale Aspekte mitberücksichtigt (zum Begriff ausführlich unten 2. Teil, B. I. 2. c). Ein wieder anderer Begriff der „Gesundheitsfürsorge“ findet sich bei *Mers*, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, die ihn im Sinne des Infektionsschutzes bzw. im Sinne von „Public Health“ (S. 11, 13 und passim) verwendet.

²¹ Durchgehend benutzt wird er allerdings von *Seewald*, Zum Verfassungsrecht auf Gesundheit.

²² So auch *Huster*, Der Onkologe 2011, 197; *ders.*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit, S. 10f.; *Welti*, GesR 2015, 1 (2).

²³ *Becker*, in: FS-Steiner, S. 50 (63).

²⁴ Dazu *Kaltenborn/Tröppner*, JZ 2017, 745.

²⁵ Kritisch auch *Rosenbrock/Gerlinger*, Gesundheitspolitik, S. 12; *Wehkamp*, in: Biendarra/Weeren (Hrsg.), Gesundheit – Gesundheit?, S. 499 (505).

²⁶ Das Gesundheitsrecht ausdrücklich nur in Anbindung an das Medizinrecht und das SGB V verstehend *Kingreen*, in: FS-Deutsch, S. 283 (292 f.); vgl. den Titel des Kommentars von Berchtold/Huster/Rehborn (Hrsg.): Gesundheitsrecht, der sich mit dem SGB V und dem SGB XI beschäftigt. Anders dagegen die Darstellung bei Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Band 2, die das Gesundheitsrecht in „Medizinische Behandlung“ und „Schutz vor besonderen Gesundheitsrisiken“ aufteilen.

Die bevölkerungsbezogene Perspektive verleitet die Public-Health-Forschung dazu, umfassende Präventionsmaßnahmen und unmittelbare Einwirkungen auf die sozialen Verhältnisse zu fordern, soweit diese im Verdacht stehen, krank zu machen. So wird u. a. die Reduktion des Konsums bestimmter Lebensmittelbestandteile wie Zucker und Salz (z. B. durch höhere Besteuerung oder die sogenannte „Lebensmittelampel“), die Ausweitung von Rauchverboten (z. B. in Autos, wenn Kinder anwesend sind), die Festlegung von Impfpflichten, die Umverteilung bestimmter sozialer Faktoren (wie insbesondere das Einkommen) und andere Maßnahmen zum Abbau sozialer bzw. gesundheitlicher Ungleichheiten gefordert. Die Politik scheint auch allgemein sensibler für Fragen der Prävention zu werden: Maßnahmen wie umfassende Rauchverbote schienen vor 15 Jahren und eine Masernimpfpflicht vor fünf Jahren fast undenkbar. Die Verabschiedung des Präventionsgesetzes 2015²⁷ erschien manchen als Meilenstein, der auf einer Linie mit vielen anderen jüngeren gesetzgeberischen Initiativen der vorbeugenden Sozialpolitik liege²⁸. Gleichzeitig mehren sich die kritischen Stimmen, die Deutschland nicht nur auf dem Gebiet des Polizei- und Sicherheitsrechts²⁹, sondern auch im Bereich der Gesundheit auf dem Weg zu einem umfassenden „Präventionsstaat“³⁰ sehen, der „Gesundheitspflichten“³¹ der Bürger regelt und sie umfassend bevormundet³². Im Bereich des Sicherheitsrechts wird regelmäßig das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Sicherheit ausgelotet. Für den Bereich der Gesundheit kann man nun Freiheit und Gesundheit gegenüberstellen. Gleichzeitig gilt: Nicht nur Sicherheit ist eine Voraussetzung von Freiheit – das gleiche gilt für die Gesundheit. Der Bevölkerung kann also nicht pauschal unterstellt werden, von gesundheitsschützenden und -fördernden Gesetzen stets verschont bleiben zu wollen. Hier setzt die vorliegende Arbeit an. Sie will die Erkenntnisse der Public-Health-Forschung aufgreifen und vor dem Hintergrund der dort generierten Erkenntnisse aus juristischer Sicht untersuchen, zu welchen präventiven Maßnahmen der Staat verpflichtet ist bzw. welche ihm ggf. sogar verboten sind, mit anderen Worten: das Verhältnis von Freiheit und Gesundheit analysieren.

Um ein eigenes Rechtsgebiet im engeren Sinne handelt es sich beim Recht der öffentlichen Gesundheit bislang nicht; die einschlägigen Vorschriften sind vielmehr in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten zu finden, ohne in irgendeiner Art miteinander verklammert zu sein oder aufeinander zu verweisen. Auf eine umfassende Dar-

²⁷ Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention v. 17.7.2015, BGBl I 1368.

²⁸ Jedenfalls zu letzterem *Pitschas*, VSSR 2018, 235 (248).

²⁹ Vgl. die Beiträge in Huster/Rudolph (Hrsg.), *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, 2008; *Volkman*, NVwZ 2009, 216.

³⁰ Vgl. auch den Roman von Juli Zeh „*Corpus Delicti*“ aus dem Jahr 2009, der das Bild einer in Deutschland in naher Zukunft bestehenden Gesundheitsdiktatur zeichnet. Zum Präventionsstaat im Zusammenhang mit sozialen Risiken *Denninger*, KJ 1988, 1 (10 f.).

³¹ *Eberbach*, MedR 2010, 756; Hufen, DRiZ 2014, 302. Vgl. *B. Schmidt*, *Eigenverantwortung haben immer die Anderen*; *Höfling*, ZEFQ 103 (2009), 286.

³² Vgl. *Barczak*, in: Ach (Hrsg.), *Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin*, S. 65 (insbes. 113 f.).

stellung all dieser Regelungen muss schon aus Platzgründen verzichtet werden; innerhalb der Bestandsaufnahme im 2. Teil werden jedoch die wichtigsten Rechtsgebiete und ihre Entwicklung dargestellt. Konzentrieren wird sich die Darstellung auf die Regulierungsansätze in Bezug auf drei wichtige Gesundheitsrisiken: übertragbare Krankheitserreger, Lebensstilrisiken und die familiäre Gesundheitssozialisation von Kindern. Sie stehen für die Gegenstände von *Old Public Health* und *New Public Health*. Jahrhundertlang musste der Staat Seuchen wie die Pest und später die Cholera bekämpfen, gegen die es keine kurative Therapie gab, sondern nur präventive Maßnahmen halfen. Nachdem es gelang, auf diese Seuchen mit der modernen Medizin zu reagieren, sieht sich der Staat heutzutage mit der Zunahme chronischer Krankheiten konfrontiert, die nicht geheilt werden können, so dass Patientinnen oft lebenslang das gesundheitliche Versorgungssystem in Anspruch nehmen. Auf die unterschiedlichen Krankheiten – übertragbare und nicht übertragbare – wird mit unterschiedlichen Ansätzen und Instrumenten reagiert. Mit *Old Public Health*³³ können die staatlichen Interventionsansätze bezeichnet werden, die sich der klassischen Instrumente des Ordnungsrechts bedienen; neben dem Infektionsschutz mit seinem Fokus auf übertragbare Krankheiten zählt auch der Arbeitsschutz hierzu. *New Public Health* nimmt nun auch Gesundheitsschäden, die sich der Einzelne selbst zufügt³⁴, sowie soziale Faktoren in den Blick³⁵, die unter dem Thema „soziale Gerechtigkeit“ und „gesundheitliche Chancengleichheit“ diskutiert werden³⁶. Durch die Ottawa Charta kam die Gesundheitsförderung als Interventionsansatz hinzu³⁷. Für *New Public Health* spielt somit der Lebensstil eine zentrale Rolle; er wirkt sich nicht nur auf die Gesundheit des Einzelnen aus, sondern auch auf die Gesundheit der Kinder, die durch den Lebensstil der Eltern im Rahmen der Gesundheitssozialisation geprägt werden. Schichtenspezifische Unterschiede bei den Lebensstilen haben wiederum ihren Anteil an gesundheitlichen Ungleichheiten. Charakterisierend für *New-Public-Health-Interventionen* ist, dass sie in der Regel nicht dem Ordnungsrecht entspringen, sondern mit weicheren Mitteln versuchen, Einfluss auf das Verhalten der Bevölkerung zu nehmen. Der neuere „ökologische Ansatz“ nimmt außerdem soziale Faktoren in den Blick und setzt auf Verhältnis- statt Verhaltensprävention.

In den drei Bereichen: Infektionskrankheiten, Lebensstilrisiken und die familiäre Gesundheitssozialisation von Kindern, die im Rahmen dieser Arbeit im Vordergrund stehen, zeigen sich Unzulänglichkeiten und offene Fragen der Regulierung

³³ Zum Begriff *Szagun/Starke*, Bundesgesundheitsbl 2005, 1125.

³⁴ *Buyx*, Ethik Med 22 (2010), 221 (226 Fn. 5).

³⁵ *Rosenbrock*, Bundesgesundheitsbl 2001, 753; *Breckenkamp*, in: Gerhardus/Breckenkamp/Raum/Schmacke/Wenzel (Hrsg.), Evidence-based Public Health, S. 13 (14).

³⁶ *Huster*, Ethik Med 2010, 289 (290); *ders.*, Der Onkologe 2011, 197; *ders.*, Soziale Gesundheitsgerechtigkeit; *ders.*, GGW 2012, 24 (29); *Siegrist*, in: Weilert (Hrsg.), Gesundheitsverantwortung zwischen Markt und Staat, S. 257; vgl. auch *Rosenbrock*, Gesundheitswesen 2007, 647 (648); *Mielck*, Ethik Med 2010, 235 (243); *ders.*, in: Strech/Marckmann (Hrsg.), Public Health Ethik, 2010, S. 79 (85).

³⁷ Siehe zur Entwicklung von Public Health auch *Awofeso*, Am J Public Health 2004, 705.

jeweils eigener Art, die nach einer ausführlichen Analyse der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Rechts der öffentlichen Gesundheit im 3. Teil im 4. Teil erneut aufgegriffen und vor dem Hintergrund der gefundenen verfassungsrechtlichen Ergebnisse einer Klärung zugeführt werden sollen. Während die Inhalte von *Old Public Health* öfter Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Forschung sind³⁸, war die öffentliche Gesundheit bislang weder in Form einer Gesamtbetrachtung noch mit einem Fokus auf *New Public Health* Teil einer ausführlichen rechtswissenschaftlichen Diskussion³⁹.

³⁸ Vgl. von *Steinau-Steinrück*, Die staatliche Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten; *Klafki*, Risiko und Recht; *Mers*, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat.

³⁹ Vgl. aber *Huster*, JZ 2008, 859. Siehe außerdem mit jeweils eigenen Schwerpunkten unter Ausklammerung anderer in dieser Arbeit behandelten Aspekte *Kolbe*, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung; *Kreßner*, Gesteuerte Gesundheit; *Samhat*, Gesundheitsgerechtes Verhalten.

1. Teil

Grundlagen

A. Der Public-Health-Ansatz

Für eine Analyse des Rechts der öffentlichen Gesundheit muss eingegrenzt werden, was unter „öffentlicher Gesundheit“ zu verstehen ist. Die Public-Health-Forschung verwendet zur Beschreibung des Ziels die Begriffe „Krankheitsprävention“ und „Gesundheitsförderung“. Welche Sachverhalte hiervon erfasst werden, hängt davon ab, welche Faktoren dafür verantwortlich sind, wie gesund oder krank jemand ist.

1. Ziel der „öffentlichen Gesundheit“: bevölkerungsbezogene Krankheitsprävention und Gesundheitsförderung

Die Begriffe Prävention und Gesundheitsförderung werden in der Public-Health-Forschung nicht einheitlich definiert. Zum Teil wird eine genaue Unterscheidung für entbehrlich oder jedenfalls „für die Praxis“ für unbedeutend gehalten¹. Wie später noch gezeigt werden wird², ist für das Recht eine Unterscheidung jedoch notwendig, will man die Aufgaben des Staates näher untersuchen. Deswegen wird im Folgenden von den Bedeutungen der Begriffe ausgegangen, die in der Public-Health-Forschung am weitesten verbreitet sind und an die die rechtswissenschaftlichen Begrifflichkeiten am ehesten anknüpfen können.

Prävention und Gesundheitsförderung ist gemein, dass sie auf einen Gesundheitsgewinn abzielen³. Bei der Krankheitsprävention – oft nur Prävention genannt – handelt es sich um Interventionen, die geeignet sind, das Auftreten einer Gesundheitsschädigung bzw. Krankheit durch vorbeugende Strategien zu verhindern oder zu verringern⁴. Unterschieden wird zwischen primärer, sekundärer und tertiärer Prävention. Zum Teil werden als weitere, vorgelagerte Kategorie Maßnahmen angesehen, die nicht auf eine bestimmte Bevölkerungsgruppe aufgrund spezieller Risiko-

¹ Rosenbrock/Michel, Primäre Prävention, S. 12.

² 3. Teil, A. I., II.

³ Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock, in: dies. (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 23 (24f.); Hurrelmann/Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie, S. 151.

⁴ Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock, in: dies. (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 23 (25); Hurrelmann/Richter, Gesundheits- und Medizinsoziologie, S. 150; Kolip, in: Razum/Kolip (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, S. 686 (695).

faktoren abzielen, sondern für alle Menschen nützlich sind, wie das Tragen des Sicherheitsgurtes im Auto und allgemeine Schutzimpfungen. Diese Maßnahmen werden mit dem Begriff „primordiale Prävention“ umschrieben⁵.

Auch die primäre Prävention kommt zum Einsatz, bevor eine Krankheit überhaupt entstanden ist. Das Auftreten einer solchen soll vermieden oder jedenfalls so niedrig wie möglich gehalten werden, indem den bekannten Risikofaktoren entgegengetreten wird⁶. Risikofaktoren sind „alle empirisch im Bevölkerungsmaßstab gesicherten Vorläufer und Prädiktoren von organischen und psychosomatischen Krankheiten, psychischen oder Entwicklungsstörungen“⁷. Bei der primären Prävention wird versucht, mögliche Risikofaktoren auszuschalten (z. B. durch ein Einstellen gesundheitsschädlichen Verhaltens wie des Rauchens) oder die Abwehr der Zielorganismen zu stärken (z. B. durch Schutzimpfungen)⁸. Adressiert werden Gesunde⁹, die Träger bestimmter Risikofaktoren sind.

Die sekundäre Prävention dient der Krankheitserkennung und Krankheits Eindämmung¹⁰. Hierunter fallen z. B. Screeninginstrumente im Frühstadium von Krankheiten, wie etwa Vorsorgeuntersuchungen, die Krankheiten entdecken sollen¹¹. Die Screeninginstrumente werden unabhängig von einem konkreten Krankheitsverdacht bei einzelnen Personen und damit entindividualisiert eingesetzt. Erst wenn durch die Screenings erkannt wird, dass bei Einzelpersonen eine Krankheit schon aufgetreten ist, bezwecken die weiteren Maßnahmen der sekundären Prävention die Reduzierung des Ausmaßes der Ausbreitung und der Dauer der Krankheit bei der betroffenen Person¹². Adressiert werden Personen, die als Gesunde oder Symptomlose erscheinen, bei einem positiven Befund aber zu Patientinnen und Patienten werden¹³.

Die tertiäre Prävention betrifft Menschen, die bereits an einer Krankheit im fortgeschrittenen Stadium leiden; sie ist darauf gerichtet, die krankheitsbedingten Funk-

⁵ *Kryspin-Exner/Pintzinger*, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 35 (36).

⁶ *Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock*, in: dies. (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 23 (25); *Hurrelmann/Richter*, Gesundheits- und Medizinsoziologie, S. 150; *Rosenbrock/Michel*, Primäre Prävention, S. 2.

⁷ *Franzkowiak*, Risikofaktoren und Risikofaktorenmodell, in: BZgA, Leitbegriffe der Gesundheitsförderung und Prävention, Stand: 13.6.2018.

⁸ *Leppin*, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 47 (48, 50); *Kolip*, in: Razum/Kolip (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, S. 686 (697 f.).

⁹ *Leppin*, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 47 (48).

¹⁰ *Leppin*, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 47 (48); *Rosenbrock/Michel*, Primäre Prävention, S. 2.

¹¹ *Kolip*, in: Razum/Kolip (Hrsg.), Handbuch Gesundheitswissenschaften, S. 686 (699); *Hurrelmann/Richter*, Gesundheits- und Medizinsoziologie, S. 150.

¹² *Hurrelmann/Richter*, Gesundheits- und Medizinsoziologie, S. 150.

¹³ *Leppin*, in: Hurrelmann/Richter/Klotz/Stock (Hrsg.), Referenzwerk Prävention und Gesundheitsförderung, S. 47 (49).

Sachverzeichnis

- Absonderung 53, 78, 260, 261, 281
Abtreibung *siehe* Schwangerschaftsabbruch
Adipositas 88 f., 99, 289 f., 294, 326, 356, 388, 401–407
Alkohol 13, 16, 24, 34, 57, 59, 62, 72 f., 80, 83, 85, 90–95, 100, 102, 161, 163, 176, 178, 187, 228 f., 288, 294, 299–303, 309, 312, 318, 320, 327 f., 338, 341–347, 351, 365, 384, 388 f., 393–397, 400, 403, 406 f., 409
Arbeitsschutzrecht 4, 37, 43, 61, 212, 389, 409
Armenfürsorge 45, 106, 145 f.
AsylbLG 188, 213
Autonomie 17, 119, 150, 151–156, 164, 167, 181 f., 188, 190, 237, 288, 297, 306–316, 326, 328, 331, 342, 354, 363, 378, 380 f., 397, 398 f., 407, 410
Autonomiefähigkeit 152 f., 306, 355, 360, 361, 365
Autonomieförderung 155, 179, 233, 309, 311 f., 319, 326

Befähigungsansatz 155
Beobachtungspflicht 215 f., 266 f., 279
Bevölkerungsbezogen 2, 4 f., 9–12, 14, 25, 29, 34, 36–40, 48, 50, 69, 107, 147, 155, 161, 181, 186, 239, 242, 251, 253, 263, 287, 296, 359, 385, 389, 403, 409, 411
Betäubungsmittel(recht) 4, 39, 74, 80, 82, 178, 288, 298, 303–305, 309, 388 f., 396 f., 401, 407, 409
Binnenmarktharmonisierung 280, 301, 329 f.
BSeuchG 79, 244, 250

Capability Approach 151, 155
Corona; COVID-19 1, 51–53, 75–80, 112 f., 193, 209, 236, 240–287, 411
Cholera 6, 43 f.

Eigenverantwortung 70, 117, 149 f., 160–167, 176, 233 f., 237, 288, 294, 306 f., 312, 325, 410
elterliches Erziehungsrecht 357 f., 379
Entscheidungen unter Unsicherheit 33, 127, 193, 215, 219, 246
Epidemie 1, 41, 44, 51, 75 f., 79, 88, 112, 165, 193, 216, 236, 240–287, 411
Epidemiebekämpfungsmaßnahmen 242, 252, 279, 287
Evaluation 67
Evidenzbasiert 19–23, 28 f., 114, 123, 129, 178, 197–219, 238, 291, 294, 296, 306, 311, 347, 348, 353, 411
E-Zigaretten 81–85, 229, 342 f.
Existenzminimum 70, 153, 158, 170, 179, 180–189, 213–220, 234, 235, 236–238, 351, 376 f., 410 f.
– edukatives Existenzminimum 182
– gesundheitliches Existenzminimum 170, 179–181, 188, 214–216, 234–238, 410 f.
– medizinisches Existenzminimum 182, 188
– physisches Existenzminimum 180–182, 187 f., 220, 238, 376, 410
– soziokulturelles Existenzminimum 180–185, 189, 410
Exklusion 17, 119, 147, 154, 185,

Fahrradhelm 95, 288, 367, 375
Fast-Food 295, 330
Fett 27, 89–93, 289, 292, 295, 321 f., 328, 338, 356, 365
Folgerichtigkeit 194, 217–237, 273–275, 278 f., 287, 342, 352, 411
Frühe Hilfen 68, 71
Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems 248, 251 f.

- Gefahrenabwehr 34, 50, 55–59, 79, 124–126, 136, 147, 156, 168, 171–176, 200, 219, 240, 241–246, 259, 263, 270–274, 280–286, 303–306, 309f., 327
- Gefahrverdacht 35, 241, 246
- Gesetzgebungskompetenz 59, 104, 107, 109, 122, 129, 410
- Gesetzesfolgenabschätzung 216f.
- Gesundheitsamt 97, 211, 382
- Gesundheitsbegriff 11, 31–33, 137–139, 153, 409
- Gesundheitsberatung 155
- Gesundheitsberichterstattung 20–25, 33, 97, 197, 409
- Gesundheitsbildung/Gesundheitserziehung 14, 20, 46, 312, 406
- Gesundheitsfürsorge 3f., 45–48, 69, 71, 106f., 115, 410
- Gesundheitsinformationen 155
- Gesundheitskampagne 19f., 76, 81, 89, 298, 312, 323
- Gesundheitskommunikation 81, 155
- Gesundheitskompetenz 12f., 154f., 157, 311, 402f.
- Gesundheitssozialisation 6, 18, 24, 68, 74, 94, 155, 162, 355, 369, 402
- Gesundheitsuntersuchung 22, 65–69, 76, 96, 367, 382f.
- Gesundheitswissenschaften 2, 15
- Glücksspiel 4, 58–60, 80, 178, 191, 209f., 223, 228f., 288, 307f., 409
- Glücksspielrecht 4, 58–60, 209, 223, 228f., 307, 409
- Grundrechtseingriff 132f., 142, 158, 169–175, 189–192, 196, 198, 200, 206, 216, 222, 224, 231, 238, 245, 254–259, 265–275, 282–285, 298, 302, 304, 311–321, 324–327, 330, 337, 369, 376, 379, 382–386, 392–397, 406f., 411
- Grundrechtsvoraussetzungsschutz 149, 155f.
- HCVO 56, 87, 91–95, 99, 101, 299, 336–338, 347f., 404
- Health Claims 87, 311, 314, 347
- Helmpflicht 289f., 303, 306–309
- Herz-/Kreislaufkrankung 67, 109
- HIV/AIDS 21, 28, 49, 71, 74f., 103, 246, 259
- IfSG 51–53, 72, 75–80, 97, 239–252, 257–261, 264–268, 272f., 280–287, 369, 411
- Impfpflicht 5, 24, 27, 35, 53, 72, 77f., 97, 165, 240, 272, 360, 369, 380–383, 389, 395, 398
- Infektionskrankheit 6, 13, 21, 38, 41–44, 50, 74–77, 205, 240f., 247, 281, 399
- Infektionsschutzrecht 4, 40, 43, 50–53, 239–246, 250, 261–264, 270, 276, 278, 287, 409, 411
- Informationsasymmetrie 166f., 184, 195, 312–314, 317, 331, 337, 347f., 356f.
- Informationspflicht 82, 90, 184, 331
- Inklusion 146–150, 185f., 189, 363f.
- Isolation 240, 269
- Jugendschutz 59, 77, 81, 62, 85f., 208, 272, 303, 306–309, 316f., 323, 329f., 333, 352, 360f., 365, 376, 384, 409
- Kennzeichnungspflicht 42, 94f., 100, 340f., 357, 411
- Kindergesundheit 22, 74, 94, 103, 239, 354–357, 360, 404, 407
- Kinderlebensmittel 98–101, 103, 355f., 404f.
- Kindermarketing 100, 333, 356f., 404
- Kindeswohlgefährdung 71f., 358f., 369–385, 407, 412
- Kita 72, 77f., 97, 102f., 108f., 176, 201, 214, 244, 257, 262, 278f., 280, 363f., 382, 385f., 402–406
- Kohärenz 217f., 224–231
- Kollektives Gut 36–41, 264
- Krankheitsbegriff 32
- Krebs 3, 21–25, 34, 67, 82, 107f., 122, 144, 191, 209, 340
- Lebensmittelampel 5, 19, 90, 317–319, 326, 349
- Lebensmittelrecht 4, 43, 56–58, 80, 87–89, 99, 108, 114, 123, 230, 299f., 329, 332f., 337, 353, 409
- Lebensstilrisiko/-risiken 6, 28, 74, 80f., 88, 93f., 160, 191, 239, 288, 291, 296, 298–355, 403, 411
- Lenkungssteuer 42, 73, 83, 91, 320–323, 343, 346–354
- LFBG 57f., 80

- Lungenkrebs 3, 23, 25, 34, 122
 Marketing 65, 86, 91–95, 100 f., 266, 294,
 313 f., 331–342, 354, 356 f., 365, 403 f., 412
 Marketingverbot 86, 91, 100, 331–342, 365,
 403 f.
 Marktversagen 147, 164–167, 184, 288,
 295 f., 331, 357, 410
 Masern 5, 23, 41, 52, 72, 75–78, 97, 240,
 243 f., 267, 360, 369, 380–382, 398
 Medizinische Prävention 67, 75, 96 f.
 Minderjährigenschutz *siehe* Jugendschutz

 Nachbesserungspflicht 279
 Nährwertkennzeichnung 90, 348, 402
 New Public Health 6 f., 74, 80, 288
 Nutriscore 90

 Öffentliches Gut *siehe* Kollektives Gut
 Old Public Health 6 f., 74
 Optimierungsgebot 168–170

 Pandemie 44, 53, 75 f., 175, 209, 245, 248,
 250, 252, 268, 270–273
 Pfadabhängigkeit 104 f.
 Pest 6, 43 f.
 Plain Packaging 336
 Pocken 44, 52, 74 f., 398
 Präferenzbildungsminimum *siehe* Existenz-
 minimum
 Präventionsrecht 43, 69, 72, 122
 Primärprävention 9–12, 38, 64–67, 96 f.,
 109, 406
 Public Health 1–15, 19, 22–34, 38, 40, 43,
 49 f., 64 f., 68, 74, 80, 83, 100, 114–123,
 155 f., 198, 200, 238, 251, 288, 300, 312,
 323, 348 f., 353, 402, 409
 Public-Health-Ethik 38, 116–119, 122, 155 f.

 Rationalitätsdefizit 114, 292, 311–314, 327,
 349
 Rauchverbot 5, 46 f., 81, 102, 108, 190, 210,
 224 f., 296–298, 323, 345, 384 f., 389, 406
 Recht auf Bildung 186, 274
 Restrisiko 176–179, 262, 272, 297
 Risikoakteur 19, 27, 110–112, 144, 159, 164,
 166, 168, 171–178, 189–202, 238, 240–243,
 257 f., 261 f., 287, 291, 293, 296, 298, 302,
 304, 315, 317, 328, 331, 342, 360, 366,
 376–378, 401, 403, 411
 Risikobewertung 131, 176 f., 212
 Risikoeinschätzung 221 f., 230, 231–233,
 237, 265, 275–277, 294, 316, 411
 Risikofaktorenmodell 12, 50, 107, 124, 129,
 162
 Risikoverwaltungsrecht 36, 123–128, 177,
 194, 221, 312, 340, 409
 Risikovorsorge 29, 41, 123–148, 152, 157,
 164, 167–179, 182, 188–202, 216–220, 234,
 237–241, 270–272, 280–287, 303–311,
 326 f., 339, 342, 353 f., 360–363, 378 f., 389,
 392, 397, 398–400, 407–411
 RKI 21, 23, 75
 RSeuchG 44, 50, 105

 Quarantäne 78, 240–242, 259 f., 268

 Sachverhaltsaufklärung 204–207, 216, 311,
 411
 Salz 5, 90, 93, 99, 100, 128, 191, 289, 292,
 295, 328, 355, 365, 401, 405
 Säuglingsfürsorge 45
 Schockbilder 82 f., 318–326, 341 f.
 Schule 22, 42, 60, 78, 97, 102 f., 108 f., 176,
 183, 200, 236, 250, 257, 278–283, 323, 330,
 363, 382–387, 402–407
 Schuleingangsuntersuchung 22, 97, 382
 Schutzmaßnahmen 41, 53, 78, 169, 215,
 248–254, 259 f., 265, 268, 270–273, 277,
 281–287
 Schutzkonzept 11, 157, 172, 175, 189, 194,
 202, 217, 221, 224, 229, 238, 253, 272–278,
 286 f., 342, 346, 411
 Schutzpflicht 110–115, 122, 129–144,
 156–159, 161, 166–179, 188, 190, 194 f.,
 201, 211, 213, 217, 237, 247, 253 f., 264, 266,
 303–309, 327–331, 341, 354, 357–362, 366,
 369 f., 374–376, 390, 394, 403–407, 410,
 412
 Schwangerschaft 17 f., 25, 48, 62, 68, 70 f.,
 95 f., 103, 132, 136, 318, 356, 388–401,
 407 f., 412
 Schwangerschaftsabbruch 134–136, 142,
 211, 389–394
 SGB II 69 f., 106, 181, 213 f., 234, 236

- SGB V 22, 64–70, 75, 76, 96 f., 109, 181, 269, 367, 382, 384
- SGB VIII 71 f., 77, 106, 363, 385, 387
- SGB XII 69, 70, 106, 181, 236
- Sekundärprävention 9 f., 67, 96
- Soft Drinks 322, 330
- Sozialadäquanz 94, 178 f., 188, 237, 410
- Soziale Risikovorsorge 41, 125, 128, 139, 145–148, 164, 170, 179, 182, 188, 196, 200 f., 216–220, 233, 237, 306, 310 f., 326, 354, 362 f., 410
- Sozialinvestition/Sozialinvestitionsstaat 160, 164, 363 f.
- sozioökonomischer Status 13–18, 42, 118, 295, 384, 395, 400, 409
- Sucht 58 f., 102 f., 163, 176–178, 191, 209 f., 224, 227, 228, 231 f., 292, 295, 305, 308, 312, 315 f., 321 f., 326, 329, 340, 344, 351, 395 f., 403, 406
- Tabakautomat 330
- Tabakkonsum 19, 24, 26, 34, 80–85, 95, 229, 296, 298, 321–329, 338, 340, 346, 350, 388
- Tabaksteuer 26, 83 f., 109, 289, 301, 320–322, 326, 343–346, 350–354
- Tabakwaren 24, 73, 80–86, 94, 100, 191, 195, 288, 299, 301, 313, 317, 323, 327–329, 335 f., 350 f., 384, 397, 403
- Tabakwerbung 19, 86, 109, 295, 299, 333, 336, 365
- Tatsachen- und Prognosespielraum (des Gesetzgebers) 203 f., 215, 221
- Tertiärprävention 9–11
- Text-Bild-Warnhinweise *siehe* Schockbilder
- Transfette 91, 329
- Tuberkulose 250
- Umweltrecht 4, 50, 54 f., 61, 123, 409
- Übergewicht 20, 24, 27, 88 f., 94 f., 289, 294–296, 325 f., 349, 355–357, 388 f., 401–405
- „Ursachen der Ursachen“ 163, 402
- Verhaltensprävention 6, 14, 65, 76, 81 f., 89, 155, 296, 311, 325–327
- Verhältnisprävention 14, 76 f., 81, 84, 91, 98, 103, 190, 327, 356, 401, 403
- Vorsorgeuntersuchung 10, 24, 96, 357, 360, 375, 382 f., 389, 393, 398
- Warnhinweise 82, 88, 94–95, 317–320, 336, 339–342, 354, 400, 405, 411
- Werbeverbote 26, 47, 58, 86, 109, 331–336, 347
- Wertungsspielraum (des Gesetzgebers) 203, 221
- Werbung 56, 86–88, 93–95, 98, 100 f., 224, 227, 296, 299, 314, 318, 331–336, 343, 349, 356, 365, 402, 404
- Zucker 5, 27, 89–93, 99, 128, 191, 289, 292, 295, 298, 320–323, 328, 330, 337 f., 355 f., 365, 405
- Zigaretten 3, 17, 81–88, 178, 229, 293, 295, 299, 302, 317–323, 326, 329 f., 335–347