

IV. Public Health und das Recht

1. Gesundheitsförderung in der Jurisprudenz

Dass die öffentliche Gewalt für die Gesundheit der Bevölkerung Verantwortung trägt, ist für das deutsche Recht nichts Neues. Ein Historiker hat sogar behauptet,

„(...) dass in Deutschland die öffentliche Gesundheitspflege eine Erfindung der Juristen war. (...) Sie war ein Ausfluss der naturrechtlichen Lehre von den Staatszwecken und ihrer Konkretisierung im inneren Aufbau der Verwaltung. (...) Das juristische Konzept der öffentlichen Gesundheitspflege wurde dann seit den 1840er Jahren mehr und mehr auch von Medizinern aufgegriffen und von ihnen übernommen.“²⁰²

Allerdings haben sich das Recht und die Rechtswissenschaft insoweit bisher fast ausschließlich mit der medizinischen Versorgung beschäftigt. Die spezifische Public Health-Perspektive auf Gesundheit sowie die Bedeutung der sozialen Gesundheitsdeterminanten und der sozialen Gesundheitsungleichheiten sind dagegen in der Jurisprudenz bisher kaum analysiert worden.²⁰³

2. Entgrenzung vs. Begrenzung: das Spannungsverhältnis von Recht und Public Health

Dabei besteht hier durchaus Anlass zur Reflexion. In einer prominenten Darstellung der „Konzepte einer gesundheitsförderlichen Politik“ wird die heraufkommende „Gesundheitsgesellschaft“ durch vier Maximen

202 Axel Flügel, Public Health und Geschichte, 2012, S. 73, unter Bezugnahme auf den Artikel von Robert von Mohl zur „Gesundheitspolizei“ im Staatslexikon von Rotteck/Welcker.

203 Erste Ansätze dazu etwa bei Barczak (Fn. 66), S. 65 ff.; Stefan Huster, Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859 ff. Aus der amerikanischen Diskussion vgl. Lawrence A. Gostin, Public Health Law: Power, Duty, Restraint, 2. Aufl. 2008; Wendy E. Parmet, Populations, Public Health, and the Law, 2009 und die Beiträge in Richard A. Goodman (Hrsg.), Law in Public Health Practice, 2. Aufl. 2007.

charakterisiert: „1. Gesundheit ist grenzenlos. 2. Gesundheit ist überall. 3. Gesundheit ist machbar. 4. Jede Entscheidung ist auch eine Gesundheitsentscheidung.“²⁰⁴ Dieses Programm steht zu den Prinzipien und Strukturen einer freiheitlichen Rechtsordnung in einem gewissen Spannungsverhältnis. Auf einer sehr abstrakten Ebene und gewiss etwas holzschnittartig kann man dieses Spannungsverhältnis vielleicht durch die Gegenüberstellung beschreiben, dass Public Health ein *entgrenzen-des* Projekt, das Recht dagegen ein *begrenzender* Faktor ist:

- Public Health entgrenzt *Politikbereiche*: Wenn Gesundheit „überall“ ist, ist tatsächlich – auch auf der politischen Ebene – „jede Entscheidung auch eine Gesundheitsentscheidung.“ Das Recht ordnet dagegen Handlungsfelder und Verantwortlichkeiten differenziert zu.
- Public Health ist aufgrund des *positiven Gesundheitsbegriffs* ein „grenzenloses“ Unternehmen. Mehr Gesundheit ist immer besser als weniger Gesundheit; es ist in der Logik dieser Herangehensweise auch kein Punkt erkennbar, an dem „genug“ Gesundheit erreicht wäre. Das Recht kennt gewiss auch Optimierungsgebote, ist im Kern aber auf begrenzte Zielvorstellungen bezogen.
- Public Health entgrenzt die *staatlichen Kompetenzen*: Der Zweck der Verbesserung der Gesundheit legitimiert immer weiter ausgreifendes staatliches Handeln. Wo immer für die Gesundheit noch etwas zu tun ist – und für sie ist eben „überall“ etwas zu tun –, stellt sich die Frage, ob der „Präventions- und Gesundheitsstaat“ nicht tätig werden muss. Das Recht kennt dagegen Bereiche, die staatlicher Einflussnahme entzogen sind.
- Public Health entgrenzt die *staatliche Verantwortung*: Wenn Gesundheit „machbar“ ist, scheint es keine Legitimation dafür zu geben, dieses zentrale Gut nicht zu befördern. Das Recht begrenzt dagegen die staatliche Verantwortung und findet sich damit ab, dass ein freiheitlicher Staat nicht alle Missstände beheben kann, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben.
- Public Health entgrenzt die *staatlichen Handlungsbefugnisse*: Der zentrale Zweck der Gesundheitsförderung scheint vielleicht nicht

204 Ilona Kickbusch/Susanne Hartung, Die Gesundheitsgesellschaft, 2. Aufl. 2014, S. 19.

- alle, aber sehr viele Mittel zu rechtfertigen. Dies macht anfällig für paternalistische, manipulative und andere Arten von Übergriffen. Das Recht dagegen beschränkt die Instrumente staatlichen Handelns.
- Public Health entgrenzt den *Wert der Gesundheit*: Gesundheit ist schon deshalb immer am wichtigsten, weil es der gesamten Public Health-Bewegung um die Förderung gerade der Gesundheit geht; dieser Tunnelblick fördert eine gewisse Distanzlosigkeit und eine Hypostasierung der Gesundheit. Das Recht weiß dagegen, dass Menschen auch andere Ziele verfolgen und nicht alles für die Verbesserung ihrer Gesundheit opfern. Es überlässt den Bürgern die Entscheidung, welchen Wert die Gesundheit für sie hat.
 - Public Health entgrenzt die *Kritik von Ungleichheit*: Weil Gesundheit so wichtig ist, ist jede Gesundheitsungleichheit zumindest verdächtig. Das Recht stellt dagegen primär nicht auf Ergebnisse, sondern auf Ursachen ab: An sich sind Ungleichheiten selbstverständliche, geradezu naturwüchsige Eigenschaften freiheitlicher Ordnung; problematisch sind sie grundsätzlich nur, wenn sie auf Ungerechtigkeiten beruhen.
 - Public Health entgrenzt die normative *Unterscheidung von Gebotem und Gewünschtem*, von „Principles“ und „Policies“: Verbesserungen der Gesundheit und der Abbau von Gesundheitsungleichheiten mögen manchmal dringlicher, manchmal weniger dringlich sein, stellen aber grundsätzlich ein Kontinuum dar. Die Rechtsordnung unterscheidet dagegen zwischen strikten (verfassungsrechtlichen) Verpflichtungen und (politisch zu vereinbarenden) Wünschbarkeiten.
 - Public Health entgrenzt die *Personen*. Die Konzentration auf den Gesundheitszustand von Populationen bringt unweigerlich eine aggregationistische Logik mit sich. Das Recht beruht dagegen auf einem normativen Individualismus, der einer utilitaristische Herangehensweise im Wege steht.
 - Public Health entgrenzt schließlich das *Individuum* selbst, dessen Selbstbestimmung sich auflöst im Strudel der sozialen Verhaltensdeterminanten und der „Cognitive Biases“. Das Recht dagegen schützt den Einzelnen in seiner unvollkommenen Selbstbestimmung

und kontingenten Identität, erwartet aber auch die eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens.

3. *Alles ist Gesundheit, aber Gesundheit ist nicht alles*

Mit diesen Gegenüberstellungen soll in keiner Weise geleugnet werden, dass die Gesundheitspolitik viele Einsichten von Public Health – etwa über die Vorzüge der Verhältnis- gegenüber der Verhaltensprävention – berücksichtigen sollte. Ebenso wenig soll bestritten werden, dass der Gesundheitsförderung – insbesondere im Verhältnis zur kurativen Medizin – und der Begrenzung der sozialen Gesundheitsungleichheiten größere Aufmerksamkeit zuteilwerden sollte. Schließlich kann und muss die Rechtsordnung auch nicht ignorieren, dass Selbstbestimmung und Gesundheit nicht voraussetzungslos sind und von sozialen Bedingungen abhängen; die Erkenntnisse über diese Zusammenhänge erweitern die Handlungsbefugnisse des Sozialstaats. Insoweit ist das Rechtsprinzip der Selbstbestimmung auch vielfältigen Konkretisierungen mit Blick auf die Verteilung von individueller und kollektiver Verantwortung zugänglich, die jedes Gemeinwesen immer wieder neu aushandeln muss. So spricht viel dafür, dass es tatsächlich unfair wäre, ungesunde Lebensstile mit finanziellen Folgekosten zu belegen, wo wir doch wissen, dass diese Lebensstile maßgeblich von den Lebensbedingungen geprägt werden, auch wenn wir die Anteile von individueller Entscheidung und sozialer Prägung nie eindeutig bestimmen können.²⁰⁵

Anders stellt sich das Bild aber dar, wenn aus der sozialen Bedingtheit individuellen Verhaltens geschlossen wird, dass die öffentliche Gewalt die individuellen Entscheidungen nicht respektieren müsse: Dass Menschen immer Einflüssen unterliegen und Schwächen besitzen, ist in einer freiheitlichen Ordnung gerade kein Grund, in ihre Lebensführung einzugreifen, wenn die Mindestbedingungen für individuelle Selbstbestim-

205 Vgl. dazu bereits oben bei II.1. Zu einem – gewiss nicht operationalisierbaren – Modell gestufter Verantwortlichkeit im Rahmen der Gerechtigkeitstheorie vgl. *John. E. Roemer, A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner*, in: *Philosophy & Public Affairs* 22 (1993), S. 146 ff.; *ders.*, *Equality and Responsibility*, in: *Boston Review* 20, 1995, S. 3 ff.

nung erfüllt sind. Dass diese Selbstbestimmung manchen leichter und anderen schwerer fällt, manchen gelingt und anderen misslingt und ein anspruchsvolles und gelegentlich auch anstrengendes Unternehmen ist, ist weder zu bestreiten noch zu vermeiden.²⁰⁶ Auch das Anliegen der Gesundheitsförderung muss sich in diese Prinzipien und Strukturen einer freiheitlichen Rechtsordnung einfügen. Das wird nicht gelingen, indem – wie es in der Public Health-Diskussion nicht selten geschieht – Gesundheit und Freiheit einander in einer unstrukturierten Abwägung und mit ungewissem Ausgang gegenübergestellt werden; vielmehr muss auch das Gut der Gesundheit auf den zentralen Bestimmungspunkt der individuellen Selbstbestimmung zurückbezogen werden. Der Volksmund weiß: „Alles ist nichts ohne Gesundheit“. Public Health folgert daraus: „Alles ist Gesundheit.“ Aber das Recht schränkt ein: „Gesundheit ist nicht alles.“

206 Darauf weisen zu Recht auch *Pauen/Welzer* (Fn. 143), S. 207 ff., hin.



Prof. Dr. jur. Stefan Huster

Ruhr-Universität Bochum

Juristische Fakultät

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie

Universitätsstr. 150, 44780 Bochum

Telefon +49 (0)234-32 22239, Telefax +49 (0)234-32 14271

E-Mail: stefan.huster@rub.de

Lebenslauf

- | | |
|-------------|---|
| 1984 – 1990 | Studium der Rechtswissenschaft und der Philosophie an den Universitäten Bielefeld und Frankfurt/M. |
| 1990 – 2002 | Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Assistent an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Prof. Dr. Görg Haverkate) |
| 1993 | Promotion (s.c.l.) mit der Arbeit „Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes“ (ausgezeichnet mit dem Fritz-Grunebaum-Preis der Universität Heidelberg) |

1993 – 1995	Referendariat am Landgericht Heidelberg
2001	Habilitation und Verleihung der <i>venia legendi</i> für die Fächer Staats- und Verwaltungsrecht, Sozialrecht, Europarecht und Rechtsphilosophie
WS 2002/03	Vertretung des Lehrgebietes für Deutsches und Europäisches Staats- und Verwaltungsrecht an der FernUniversität in Hagen
2003 – 2004	Universitätsprofessor (C4) an der FernUniversität in Hagen (Lehrgebiet für Deutsches und Europäisches Verfassungs- und Verwaltungsrecht)
Seit 2004	Universitätsprofessor (C4/W3) an der Ruhr-Universität Bochum (Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht und Rechtsphilosophie)
Seit 2005	Geschäftsführender Direktor des Instituts für Sozial- und Gesundheitsrecht an der Ruhr-Universität Bochum
2007	Forschungsaufenthalt am Kennedy Institute of Ethics der Georgetown University (Washington, DC)
Seit 2008	Geschäftsführer des Zentrums für medizinische Ethik e.V.
2010 – 2011	Fellow am Wissenschaftskolleg zu Berlin
2011	Ruf an die Universität Augsburg auf eine W3-Professur für Öffentliches Recht (abgelehnt)
WS 2012/13	Personenförderung des Mercator Research Center Ruhr
WS 2013/14	Leitung der Forschungsgruppe „Normative Aspekte von Public Health“ am Zentrum für interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld
SS 2014	Fellow der DFG-Kollegforschergruppe „Normenbegründung in Medizinethik und Biopolitik“ der Universität Münster
2014	Verleihung des Preises „Recht und Gesellschaft“ der Christa-Hoffmann-Riem-Stiftung
SS 2015	Fellow des Alfried Krupp Wissenschaftskollegs Greifswald

Ausgewählte Veröffentlichungen

Rechte und Ziele. Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993.

Gleichheit und Verhältnismäßigkeit. Der allgemeine Gleichheitssatz als Eingriffsrecht, in: JZ 1994, S. 541–549.

Das Verbot der „Auschwitzlüge“, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht, in: NJW 1996, S. 487–491.

(mit Görg Haverkate) Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999.

(Hrsg. mit Winfried Brugger) Der Streit um das Kreuz in der Schule. Zur religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat Band 7), Baden-Baden 1998.

Bioethik im säkularen Staat. Ein Beitrag zum Verhältnis von Rechts- und Moralphilosophie im pluralistischen Gemeinwesen, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 55 (2001), S. 258–276.

Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung (Jus Publicum Bd. 90), Tübingen 2002.

Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 176), Berlin 2004.

Grundversorgung und soziale Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: Bettina Schöne-Seifert/Alena M. Buyx/Johann S. Ach (Hrsg.), Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen, Paderborn 2006, S. 121–145.

Kultur im Verfassungsstaat, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 65 (2006), S. 51–82.

(Hrsg. mit Franz Merli) Die Verträge zur EU-Osterweiterung. Kommentar mit systematischen Erläuterungen, Berlin 2008.

Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, in: JZ 2008, S. 859–867.

(Hrsg. mit Karsten Rudolph) Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat, Frankfurt/M. 2008.

(Hrsg. mit Markus Kaltenborn) Krankenhausrecht. Praxishandbuch zum Recht des Krankenhauswesens, München 2010.

Soziale Gesundheitsgerechtigkeit. Sparen, umverteilen, vorsorgen?, Berlin 2011.

Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: DVBl. 2010, S. 1069–1077.

(mit Tatjana Hörnle) Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, in: JZ 2013, S. 328–339.

Hat das Leben keinen Preis? Absolute und relative Ansprüche im System der Gesundheitsversorgung, in: Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, hrsg. von Joachim Hruschka/Jan C. Joerden, Berlin, Bd. 22 (2014), S. 251–267.

Gleichheit statt Freiheit: Die Verschiebung der Argumentationsgewichte im Religionsverfassungsrecht unter Bedingungen des Pluralismus, in: Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, Tübingen 2015, S. 203–230.

(Hrsg. mit Josef Berchtold und Martin Rehborn) Gesundheitsrecht. SGB V und SGB XI. Kommentar, Baden-Baden 2015.