



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität  Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 128

22.03.2021

Christian Calliess:

Die Gesundheitspolitik der EU in der Corona Krise (Covid-19-Pandemie) – Reformüberlegungen mit Blick auf die Konferenz zur Zukunft Europas –

Zitiervorschlag:

VerfasserIn, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. XX, S. XX.



Christian Calliess ist Professor für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin sowie Inhaber eines Ad Personam verliehenen Jean Monnet Chair. Der Beitrag knüpft an erste Überlegungen an, die der Verfasser in seinem mit Blick auf die am 9.5.2021 beginnende Konferenz zur Zukunft Europas veröffentlichten Beitrag Öffentliche Güter im Recht der EU, Gütersloh 2020 (online verfügbar: DOI 10.11586/2020072) angestellt hat. Er ist in gekürzter Fassung in der Neuen Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) Heft 8/2021 S. 505 erschienen.

I. Europäische Versprechen und fehlende Kompetenzen in der Corona-Krise

Die Europäische Union (EU) bzw. die in ihrem Rahmen aktiven politischen Akteure neigen im Lichte der hehren Ziele der europäischen Verträge oftmals dazu, den Unionsbürgern viel zu versprechen, die europäischen Institutionen sind dann aber von ihren Zuständigkeiten her oftmals nicht in der Lage zu „liefern“: So verspricht „die EU“ z.B. einen stabilen Euroraum (Art. 119 Abs. 2 AEUV), kann diesen aber – wie die Erschütterungen im Zuge der weltweiten Finanzkrise im Jahre 2008 und die hiermit in Zusammenhang stehende Staatsschuldenkrise gezeigt haben – mangels wirtschafts- und fiskalpolitischer Kompetenzen nicht gewährleisten (vgl. Art. 121 AEUV). „Die EU“ verspricht den Bürgern Freizügigkeit ohne Grenzkontrollen in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ (Art. 67 AEUV), kann diesen aber – wie die Grenzkontrollen im Zuge der Migrationskrise und der Sicherheitskrise nach den Terroranschlägen in Paris, Brüssel und Berlin deutlich machten – am Ende nicht garantieren.¹ „Die EU“ verspricht den Bürgern eine europäische Gesundheitspolitik (Art. 168 AEUV und Art. 35 Charta der Grundrechte der EU), ist aber in einer europaweiten Pandemie auf die bloße Koordinierung der Mitgliedstaaten beschränkt. In den Augen der Bürger erscheint die EU damit als nicht handlungsfähig und verliert an Glaubwürdigkeit.

Aktuell wird dies deutlich an der Debatte um die gemeinsame Impfstoffbeschaffung, im Rahmen derer die Europäische Kommission eine koordinierende Rolle wahrgenommen hat, aber genau deswegen – was in der Öffentlichkeit oftmals übersehen wird – auf den Konsens aller Mitgliedstaaten angewiesen war. Ein Lenkungsausschuss aus Vertretern aller 27 Mitglieder sowie ein gemeinsames Verhandlungsteam aus Vertretern der Kommission, Deutschland, Spanien, Polen, Italien, Frankreich, Schweden und den Niederlanden koordinierte offenbar die Impfstoffbeschaffung mit den Herstellern. Die Entscheidung, wie viele Impfstoffdosen bei welchem Hersteller vorbestellt werden sollten, trafen die einzelnen Mitgliedstaaten jedoch soweit bekannt selbst. In diesem Zusammenhang wird die Vermutung

¹ Ausführlich hierzu und zum Euroraum *Calliess, Öffentliche Güter im Recht der EU, 2021, S. 19 ff. und 45 ff.* (online verfügbar: DOI 10.11586/2020072).

geäußert, dass wirtschaftlich weniger wohlhabende Mitgliedstaaten, die im Lenkungsausschuss mit über die Auswahl entschieden, darauf drängten, größere Kontingente der günstigeren Impfstoffe zu ordern. Diese gelangten jedoch später zur Zulassung, eine kostspielige Risikostreuung wie bei den Bestellungen der USA wurde offenbar unterlassen. Eine echte europäische Strategie der Impfstoffbeschaffung war schon aus Kompetenzgründen nicht möglich.² Ähnlich liegt es, wenn das Fehlen einer grenzüberschreitenden Strategie bei der Pandemiebekämpfung mit all seinen Folgen vermisst wird. Insoweit werden notgedrungen nationale Kontrollen an den Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten eingeführt, die den freien Personenverkehr im Binnenmarkt und die Freizügigkeit der Unionsbürger im „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, dem sog. Schengenraum, beeinträchtigen. Zugleich gibt es dann aber keine aufeinander abgestimmten Kontrollen bei der Einreise in die EU aus Drittstaaten. Im Zuge dieser Fragmentierung besteht die Gefahr, dass an und für sich sinnvolle Schutzmaßnahmen im Lichte der grenzüberschreitenden Dimension der Pandemie weder kohärent, noch effizient (vgl. insoweit Art. 13 Abs. 1 EUV) und verhältnismäßig sind.³

II. Allgemeine Prüfkriterien für eine Kompetenzübertragung auf die EU

1. Ziele und Aufgaben der EU

Die Ziele und Aufgaben, die Art. 3 EUV der EU zuweist, sind ursprünglich staatliche Aufgaben zur Verwirklichung von Gemeinwohlbelangen⁴, in der Ökonomie wird insoweit von öffentlichen Gütern gesprochen.⁵ Diese Aufgaben sind auf die EU übertragen (hochgezont) worden, um eine adäquate Aufgabenerledigung und damit Sicherung der jeweiligen öffentlichen Güter zu gewährleisten. Insoweit wären die Staaten allein angesichts der grenzüberschreitenden Dimension der jeweiligen Herausforderungen bei der Problemlösung „überfordert“ gewesen.⁶

² Vgl. „Das Impfstoffdrama“, Der Spiegel Nr. 52 v. 19.12.2020, 30; „Corona: Hat die EU bei den Impfstoffen an der falschen Stelle gespart?“, Ärzteblatt v. 21.1.2021 (online verfügbar).

³ Insbesondere zum Kohärenzgebot in der EU vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, Art. 7 AEUV, Rn. 2 ff. sowie *Calliess*, ebenda, Art. 13 EUV, Rn. 2; im Hinblick auf die Einschränkung von Grundfreiheiten: EuGH, Rs. C-358/07, Sl. 2020, I-8069 (Stoß); *Lippert*, EuR 2012, 90; *Hartmann*, EuZW 2014, 814.

⁴ Dazu *Calliess*, Gemeinwohl in der Europäischen Union – Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 173 ff.

⁵ Siehe dazu im Überblick *Steinbach/van Aaken*, *Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts*, 2019, S. 49 ff. mit einer allgemeinen Anwendung ökonomischer Analysemethoden auf europarechtliche Referenzgebiete auf S. 147 ff.

⁶ *Dietz/Ostrom/Stern*, *The Struggle to Govern the Commons*, Science 302 (2003), S. 1907 ff. und *Kaul/Blondin/Nahtigal*, *Introduction: Understanding Global Public Goods*, in: *Kaul* (Hrsg.), *Global Public Goods*,

Diese „Überforderung“ lässt sich allgemein am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips konkretisieren. Insoweit sind jedoch zwei Fragenkreise zu unterscheiden: Zum einen die Frage, ob und wie eine der EU übertragene Kompetenz *ausgeübt* werden soll. Im Zuge der Beantwortung dieser Frage wird am Maßstab des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips (Art. 5 EUV) entschieden⁷, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang die EU zur Verwirklichung eines Ziels *tätig werden* kann und soll. Art. 5 Abs. 3 EUV formuliert insoweit ein Negativkriterium, demzufolge ein Handeln der Mitgliedstaaten „nicht ausreichend“ zur Problemlösung sein darf, sowie ein Positivkriterium, nach dem die EU auf Basis eines wertenden Vergleichs „besser“ als die Mitgliedstaaten handeln können muss.⁸ Zum anderen geht es um die Frage, ob der EU eine Kompetenz zur Verwirklichung eines Ziels von den Mitgliedstaaten *übertragen werden* soll. Dies geschieht durch politische Entscheidung und vollzieht sich rechtlich im Wege einer Vertragsänderung nach den dafür in Art. 48 EUV vorgesehenen Verfahren. In diesem Rahmen können die für die Ausübung einer der EU übertragenen Kompetenz geltenden Kriterien des Subsidiaritätsprinzips freilich nur analog herangezogen werden.

Koppelt man diese Kriterien mit jenen, die im Rahmen der ökonomischen Theorie zur Bereitstellung von (europäischen) öffentlichen Gütern⁹ herangezogen werden, so sollte europäisches Handeln analog den Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV) in den Bereichen möglich sein, in denen die Mitgliedstaaten aufgrund von „policy spillovers“ im Hinblick auf die Bereitstellung und Verwirklichung eines europäischen öffentlichen Guts allein „nicht ausreichend“ handeln können, also überfordert sind, und in denen der europäischen Ebene geeignetere und wirksamere Mittel zur Verfügung stehen als der Ebene der Mitgliedstaaten („economies of scale“), die EU also im Vergleich „besser“ handeln kann.¹⁰ In diesem Rahmen gilt es, jene Bereiche zu ermitteln, in denen Maßnahmen auf EU-Ebene einen europäischen Mehrwert (European Added Value) mit sich bringen¹¹ und solchermaßen (in der

2016, S. XIII ff.; dazu im Überblick *Steinbach/van Aaken*, Ökonomische Analyse des Völker- und Europarechts, 2019, S. 49 ff.

⁷ Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit – Stärkung ihrer Rolle bei der Politikgestaltung der EU, COM(2018) 703 final vom 23.10.2018.

⁸ Ausführlich zu diesen Prüfkriterien *Calliess*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 65 ff. samt Prüfraster auf S. 271 ff. m.w.N.; jüngst *ders.*, Öffentliche Güter im Recht der EU, 2021, S. 22 ff. (online verfügbar).

⁹ Vgl. *Fuest/Pisani- Ferry*, A Primer on Developing European Public Goods, EconPol Policy Report 16, 2019, S. 7 ff.

¹⁰ *Calliess*, Öffentliche Güter im Recht der EU, 2021, S. 22 ff. (online verfügbar).

¹¹ Vgl. *Fuest/Pisani- Ferry*, A Primer on Developing European Public Goods, EconPol Policy Report 16, 2019, S. 7 ff.

Sprache der Politik¹²) die europäische Souveränität oder auch Autonomie stärken. Überall dort also, wo die Summe aller Mitgliedstaaten einen Unterschied macht und damit zugleich im globalen Kontext ein Mehrwert durch gemeinsames europäisches Handeln erzielt werden kann (sog. „Brüssel-Effekt“)¹³ besteht ein europäisches öffentliches Gut, im Hinblick auf das die EU funktions- und handlungsfähig sein sollte.

2. Kompetenzüberschießende Gehalte übertragener Ziele und Aufgaben

In diesem Zusammenhang ist freilich zu beachten, dass die Aufgaben und Ziele der EU von den Kompetenzen der EU (vgl. z.B. für die Umweltpolitik in Art. 192 AEUV) zu unterscheiden sind. Denn den Zielen und Aufgaben der EU (Art. 3 EUV, konkreter z.B. für die Umweltpolitik Art. 191 AEUV) korrespondiert in den Verträgen nicht notwendig immer auch eine Kompetenz. Dies ist zum Beispiel im Bereich der europäischen Sozialpolitik (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 151 einerseits sowie Art. 153 AEUV andererseits), Gesundheitspolitik (vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV und Art. 168 Abs. 1 und 5 EUV) oder der Wirtschafts- und Währungsunion (vgl. Art. 119 einerseits und 121 AEUV andererseits) der Fall.

Mit anderen Worten enthalten die Ziele und Aufgaben der EU manchmal kompetenzüberschießende Gehalte, die in einer Diskrepanz zur europäischen Kompetenzordnung stehen können. In diesem Fall verspricht eine Ziel- und Aufgabenbestimmung der EU mehr, als die EU aufgrund der ihr von den Mitgliedstaaten vertraglich zugewiesenen Kompetenzen einlösen kann. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die europäische Politik der öffentlichen Gesundheit, konkret die Pandemiebekämpfung. Im Lichte der Erfahrungen der Corona-Krise hat die Europäische Kommission im November 2020 einen Vorschlag zum Aufbau einer „Europäischen Gesundheitsunion“ vorgelegt, der verschiedene Maßnahmen zur effektiveren Bekämpfung von grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren in Form von umfassenden Vorsorgestrategien, institutionellen Reformen und verbindlichen Pflichten der Mitgliedstaaten und Unternehmen bündelt.¹⁴

¹² Vgl. Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Erklärung von Meseberg, Das Versprechen Europas für Sicherheit und Wohlstand erneuern, 19. Juni 2018, Pressemitteilung 214.

¹³ Dazu aus rechtlicher Sicht *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2012), S. 113 (insbes. 175 f.); vertiefend *Bradford*, *The Brussels effect*, *Northwestern University School of Law*, Vol. 107, Nr. 1 (2012); dazu im Kontext: *Hartmann/Lucas Areizaga*, in: *Kirchhof/Keller/Schmidt* (Hrsg.), *Europa in Vielfalt geeint!*, München 2020, S. 101 ff.

¹⁴ Mitteilungen der Kommission COM(2020) 724-727 final, 11.11.2020.

III. Die Corona Pandemie und die Kompetenzgrenzen der EU im Bereich der Gesundheitspolitik

Im Zuge der eingangs geschilderten Herausforderungen hat die Corona-Krise ein größeres Bewusstsein dafür geschaffen, dass die Kompetenzen der EU im Bereich der öffentlichen Gesundheit, im Unterschied zur Umwelt- und Verbraucherschutzpolitik, schwach ausgeprägt sind. Zwar erkennt der EuGH einen „allgemeinen Grundsatz“ dergestalt an, dass der Gesundheit insbesondere im Verhältnis zu ökonomischen Erwägungen „zweifelsohne vorrangige Bedeutung beizumessen ist“¹⁵, jedoch sind die Mitgliedstaaten zugleich „Herren der Gesundheitspolitik“¹⁶ geblieben: Die Zuständigkeit der EU ist gem. Art. 168 Abs. 1 AEUV in aller Regel auf die mitgliedstaatlichen Gesundheitspolitiken ergänzende, fördernde oder koordinierende Tätigkeiten beschränkt.¹⁷ An dieser begrenzten Kompetenz der EU ändert sich auch durch Art. 35 Charta der Grundrechte der EU, der ein „Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und ärztlichen Versorgung“ postuliert, nichts. Zwar lassen sich in Rechtsprechung und Schrifttum Argumente für eine Schutzdimension der europäischen Grundrechte erkennen¹⁸, jedoch stellen Art. 51 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 der Charta klar, dass die dort aufgeführten Rechte nicht zu einer Erweiterung der Zuständigkeiten der EU führen dürfen.¹⁹

Nach Art. 168 Abs. 2 AEUV kann die Kommission zwar „in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind, insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“.

Handelt die EU, so wird die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten jedoch nicht – wie im Falle verbindlicher Gesetzgebung – europäisiert oder gar beschränkt (vgl. Art. 2 Abs. 2 AEUV). Es

¹⁵ EuGH, Rs. C-221/10 P, ECLI:EU:2012:216, Rn. 99 – Artegodan GmbH.

¹⁶ Berg/Augsberg, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, Art. 168 AEUV, Rn. 16; Mögele, EuZW 2020, 297.

¹⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 168 AEUV, Rn. 3 ff. und 13 ff.; vertiefend Thym/Bornemann, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 49 ff.; differenzierend Wallrabenstein, in: Hatje/Müller-Graff/Wegener (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Europäische Querschnittspolitiken, Band 8, Baden-Baden 2014, § 8, Rn. 65 ff.; aus der Praxis: Maass/Schmidt, Die Entwicklung des EU-Gesundheitsrechts seit 2012, EuZW 2015, 85 ff.

¹⁸ Calliess, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, Heidelberg, 2006, § 44, Rn. 17; vgl. auch Sander, ZEuS 2005, 253 ff.

¹⁹ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 51 GRCh, Rn. 6 spricht insoweit von einer „Selbstverständlichkeit“.

bleibt also bei einer letztlich unverbindlichen (und daher nur im Konsens mit den Mitgliedstaaten) möglichen europäischen Koordinierung der in nationaler Hand verbliebenen Zuständigkeiten (Art. 2 Abs. 3 und 5 AEUV).²⁰ Ein Beispiel im Rahmen der Corona-Krise stellten die Versuche der EU dar, Produktionssteigerungen für Schutzausstattung wie Masken sowie Beatmungsgeräte zu bewirken. Insoweit „ersucht“ die Europäische Kommission²¹ Zulieferer „unverzüglich die Produktion zu steigern“. Nur eine solche unverbindliche Aufforderung ist im Rahmen von Art. 168 Abs. 2 AEUV möglich, so dass nicht mehr (aber auch nicht weniger) als eine freiwillige Vereinbarung über die gemeinsame Beschaffung von medizinischer Ausrüstung über öffentliche Ausschreibungen auf den Weg gebracht werden konnte. In diesem Kontext konnte zwar die Durchführung der Beschaffungsverfahren von der Kommission übernommen werden, allerdings handelte die EU im Auftrag der Mitgliedsstaaten, die formal die Käufer der Produkte blieben.²² Solchermaßen tritt – ähnlich²³ wie bei der Impfstoffbeschaffung²⁴ – nach Außen zwar die EU auf, nach Innen behalten jedoch die im Konsens entscheidenden Mitgliedstaaten den gesamten Prozess in der Hand. Verantwortung und Kompetenz fallen hier auseinander. Damit bestand von Anfang an die Gefahr, dass die EU für alle Fehler verantwortlich gemacht werden kann, obwohl sie im Innenverhältnis vollumfänglich auf die Einbindung und Zustimmung der Mitgliedstaaten angewiesen war, also gar nicht eigenständig handeln konnte.

Diese Rechtslage spiegelt sich im Harmonisierungsverbot (Art. 168 Abs. 5 AEUV) für etwaige gesetzgeberische Maßnahmen. Unter dieses Verbot fallen auch Maßnahmen

„... zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren ...“,

mithin also auch Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien wie COVID-19. Zwar konnte die EU auf Basis dieser Kompetenz ein Netz an Maßnahmen, Verfahren und Institutionen, die auch dem Schutz der menschlichen Gesundheit im Fall einer Infektionsgefahr dienen,

²⁰ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 6 AEUV, Rn. 5 und 12 ff. sowie bei Art. 2 AEUV, Rn. 19 ff.

²¹ Mitteilung der Kommission COM(2020) 112 final, 13.3.2020, 5.

²² Thym/Bornemann, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 16. m.w.N.

²³ A.A. Thym/Bornemann, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 18, die insoweit offenbar annehmen, dass es sich insoweit um eine supranationale Beschaffungsmaßnahme handelt.

²⁴ Vgl. dazu Mitteilung der Kommission COM(2020) 245 final, 7.6.2020.

aufbauen.²⁵ So ermöglicht der Beschluss 1082/2013/EU zur Verbesserung der Zusammenarbeit und Koordination die epidemiologische Überwachung und Beobachtung, frühzeitige Erkennung sowie Bekämpfung von Krankheiten in enger Abstimmung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Zentral für diese Koordination ist schon jetzt die Errichtung und Instandhaltung eines Frühwarn- und Reaktionssystems sowie die Arbeit eines „Gesundheitssicherheitsausschusses“, der sich aus Vertretern der nationalen Gesundheitsbehörden zusammensetzt, die in enger Abstimmung mit der Kommission zusammenarbeiten.²⁶ Im Lichte der Erfahrungen aus der Corona-Krise wird im Hinblick auf die avisierte „Europäische Gesundheitsunion“ von der Kommission nunmehr vorgeschlagen, die Koordinierungsmechanismen für die Vorsorge auszubauen. So soll „ein verbindlicher EU-Vorsorge- und Reaktionsplan für Gesundheitskrisen/Pandemien ausgearbeitet“ werden. In diesem Plan soll vorgesehen werden, dass die EU und die Mitgliedstaaten interoperable Pläne auf nationaler und lokaler Ebene erlassen „müssen“. Damit diese Pläne in Krisenzeiten tatsächlich durchführbar sind, sollen regelmäßige vollmaßstäbliche Übungen organisiert und After-Action- Reviews durchgeführt werden, um gegebenenfalls Korrekturmaßnahmen umzusetzen.²⁷

Zentraler Bestandteil dieses Netzwerks ist neben der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA)²⁸ aktuell das in Stockholm angesiedelte Europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (European Centre for Disease Prevention and Control, ECDC). Die unabhängige Agentur sammelt Informationen, ermittelt und bewertet auf dieser Basis Gefahren und kann Gutachten erstellen. Im Jahre 2013 wurde dem ECDC durch den erwähnten Beschluss 1082/2013/EU die Aufgabe übertragen, ein transnationales Netz bestehend aus Agentur, Kommission und Mitgliedstaaten zur epidemiologischen Überwachung übertragbarer Krankheiten zu betreiben und zu koordinieren. Überdies übernimmt das ECDC den Betrieb eines Frühwarn- und Reaktionssystems.²⁹ Als Lehre aus der Corona-Krise soll vor allem das ECDC gestärkt werden und zu einer „echten“ (also eventuell mit exekutiven Befugnissen ausgestatteten) EU-Gesundheitsagentur ausgebaut werden, die von den Mitgliedstaaten mit der Krisenvorsorge und -reaktion betraut wird. Im Zuge dessen soll das ECDC in Situationen wie

²⁵ Vgl. den Überblick bei *Thym/Bornemann*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 44 ff. und 68 ff.

²⁶ Vgl. 1 und 8 ff. des Beschlusses (EU) Nr. 1082/2013.

²⁷ Vgl. Mitteilung der Kommission COM(2020) 724, 14 ff. sowie im Detail COM(2020) 727 final, 11.11.2020.

²⁸ VO (EG) Nr. 726/2004; dazu *Orator*, Möglichkeit und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 142 ff.

²⁹ Vgl. Art. 4 ff. VO (EG) Nr. 851/2004; *Orator*, Möglichkeit und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 131 f.

der COVID-19-Pandemie in der Lage sein, den Mitgliedstaaten praktische Unterstützung zu leisten.³⁰ Soweit es um verbindliche und harmonisierende Maßnahmen geht, stoßen die Vorschläge allerdings auf die Kompetenzgrenze des Art. 168 Abs. 5 AEUV.

Wegen des Harmonisierungsverbots des Art. 168 Abs. 5 AEUV müsste sich eigentlich auch der in der Debatte befindliche europäische Impfpass in dieses Netzwerk einordnen. Insoweit hat die Kommission jedoch in ihrem Verordnungsvorschlag vom 27.3.2021 die Rechtsgrundlage des Art. 21 Abs. 2 AEUV herangezogen, was – wie sogleich zu zeigen sein wird – Fragen aufwirft.³¹

Deutlich wird anhand dieser aktuellen Beispiele, dass sowohl das skizzierte Netzwerk im Bereich des europäischen Gesundheitsschutzes als auch der Vorschlag zu seiner Fortentwicklung im Rahmen der „Europäischen Gesundheitsunion“ aufgrund des Harmonisierungsverbots des Art. 168 Abs. 5 AEUV auf den für eine Koordinierungskompetenz typischen³² unverbindlichen Maßnahmen und damit auf Freiwilligkeit und Konsens zwischen den Mitgliedstaaten bauen müssen. Gleiches gilt in gesundheitspolitischer Perspektive für den Vorschlag eines europäischen Impfpasses. Denn eine Ausnahme vom Harmonisierungsverbot gilt nur für die in Art. 168 Abs. 4 AEUV explizit aufgeführten und eng umgrenzten Bereiche, in denen es um Maßnahmen geht, die dazu bestimmt sind, „gemeinsamen Sicherheitsanliegen Rechnung zu tragen“. Nur insoweit besitzt die EU eine vollwertige (geteilte) Gesetzgebungskompetenz. Dies gilt gem. Art. 168 Abs. 4 AEUV nur für

„a) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate; diese Maßnahmen hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen;

b) Maßnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben sowie für

³⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission COM(2020) 724, 5 und 17 ff. sowie im Detail COM(2020) 726 final, 11.11.2020.

³¹ Vorschlag für eine Verordnung über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von Impfungen, Tests und der Genesung mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie (digitaler grüner Pass): vgl. COM(2021) 130 final.

³² Dazu grundlegend *Schoenfleisch*, Integration durch Koordinierung?, 2018, S. 7 ff. und 109 ff.

c) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte.“

Nur diese Maßnahmen der EU werden von Art. 4 Abs. 2 k) AEUV als „gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit“ definiert und spiegeln im Zuge der politischen Erfahrung mit Krisen (HIV-Blutkonserven, BSE, EHEC) auf die Ebene der EU gehobene Kompetenzen.³³ Folge ist, dass die Mitgliedstaaten auch nur im Anwendungsbereich des Art. 168 Abs. 4 AEUV an die europäischen Vorgaben verbindlich gebunden werden können. Im Rahmen des erwähnten Vorschlags einer "Europäischen Gesundheitsunion" soll z.B. innerhalb der EMA eine Abteilung geschaffen werden, die Ereignisse im Arzneimittelbereich beobachtet, die Krisen auslösen könnten, und die im Falle einer Krisensituation drohende Lieferengpässe bei wichtigen Arzneimitteln überwacht und gegebenenfalls abpuffert. Insoweit sollen u.a. die Zulassungsinhaber und die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, die erforderlichen Daten über vereinheitlichte IT-Tools und Schnellverfahren bereitzustellen. Auch ist eine IT-Plattform vorgesehen, die es der EMA und dem ECDC ermöglichen soll, Studien zur Sicherheit und Wirksamkeit von Impfstoffen zu koordinieren – ein Schlüsselement im Rahmen des Pandemiemanagements. Der Vorschlag soll überdies Instrumente umfassen, die sicherstellen, dass Unternehmen und Mitgliedstaaten die für eine Bewertung nötigen Daten vorlegen, da „eine belastbare und umfassende Datenlage von entscheidender Bedeutung für fundierte wissenschaftliche Gutachten und die regulatorische Entscheidungsfindung ist“.³⁴ Anders als bei den vorstehend erwähnten Vorschlägen, die unter das Harmonisierungsverbot des Art. 168 Abs. 5 AEUV fallen, kann die Kommission hier, soweit es um verbindliche und harmonisierende Maßnahmen geht, auf Art. 168 Abs. 4 c) AEUV als Kompetenzgrundlage zurückgreifen.³⁵

³³ Sander, ZEuS 2005, 253 ff.; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 168 AEUV, Rn. 18 ff.; vertiefend Schmidt am Busch, Die europäische Gesundheitssicherung im Mehrebenensystem, 2007.

³⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission COM(2020) 724, 11 ff. sowie im Detail COM(2020) 725 final, 11.11.2020.

³⁵ So Mitteilung der Kommission COM(2020) 725 final, 11.11.2020, die zusätzlich auf Art. 114 AEUV zurückgreift.

IV. Gesundheitsschutz im Binnenmarkt

Die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes³⁶ war bereits Kernziel der 1957 gegründeten Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und ist gem. Art. 3 Abs. 3 EUV bis heute eine der zentralen Aufgaben der heutigen EU. Durch Art. 26 Abs. 2 AEUV wird der Binnenmarkt als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“ legal definiert. Insoweit geht es um die Verschmelzung der nationalen Märkte zu einem einheitlichen Markt, in dem Waren und Personen ohne Grenzkontrollen und möglichst frei von jedweden Beschränkungen zirkulieren können. Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfolgt anhand zweier – im Idealfall komplementärer – Strategien, konkret im Weg der positiven und negativen Integration.³⁷

1. Positive Integration

Im Rahmen der positiven Integration wird die Freizügigkeit im Binnenmarkt durch Harmonisierungsvorschriften des europäischen Gesetzgebers verwirklicht. Insoweit verleihen vor allem die Generalnorm des Art. 114 AEUV, aber auch die spezifischen Freizügigkeitskompetenzen (z.B. Art. 21 Abs. 2 sowie Art. 46, 50, 53 AEUV) der EU eine Kompetenz zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, die sich auf das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes auswirken können.³⁸ Dies können auch nationale Regelungen im Bereich des Gesundheits- bzw. Pandemieschutzes sein, so dass die beschränkte Kompetenz der EU gem. Art. 168 AEUV insoweit ergänzt werden kann. Dem entspricht es, dass der Gesundheitsschutz gem. Art. 9 AEUV und Art. 168 Abs. 1 AEUV und ebenso wie andere den Binnenmarkt flankierende Politiken wie z.B. die Umweltpolitik (Art. 11 AEUV³⁹), die Verbraucherschutzpolitik (Art. 12 AEUV) oder auch die Beschäftigungspolitik (Art. 147 Abs. 2 AEUV) Querschnittsaufgaben darstellen und daher bei allen Maßnahmen der EU in anderen Bereichen, mithin auch im Rahmen der binnenmarktbezogenen

³⁶ Vorangegangen war das Weißbuch der Kommission zur „Vollendung des Binnenmarkts“ vom 14.6.1985 (KOM (85) 310); hierzu und zur begrifflichen Abgrenzung *Korte* in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 26 AEUV, Rn. 2 ff. und 20 ff.

³⁷ Vgl. zu den Begriffen und zur Diskussion *Scharpf*, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: Marks/Scharpf/Schmitter/Storck (Hrsg.), Governance in the European Union, London 1996, S. 15 ff.; *Korte*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 5. Aufl. 2016, Art. 26 AEUV, Rn. 10 ff. und 30 ff.

³⁸ Ausführlich hierzu die Studie von *Ludwigs*, Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag, 2004.

³⁹ Eingehend *Calliess*, Die neue Querschnittsklausel des Art. 6 ex 3c EGV als Instrument zur Umsetzung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung, DVBl. 1998, 559 ff.

Rechtsangleichung nach Art. 114 Abs. 1 AEUV immer mitberücksichtigt werden müssen. Dies unterstreicht nicht zuletzt Art. 114 Abs. 3 AEUV, demzufolge die Kommission im Hinblick auf einige dieser Politikbereiche, zu denen auch der Gesundheitsschutz zählt, in ihren Vorschlägen zur Rechtsangleichung von einem hohen Schutzniveau auszugehen hat.

Gerade weil der Wortlaut des Art. 114 Abs. 1 AEUV mit seiner finalen Orientierung jedwede „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ erlaubt, steht immer wieder die Frage im Raum, wie sich diese generalklauselartige Querschnittskompetenz zu den spezifischen Sachkompetenzen verhält, die die Mitgliedstaaten der EU zur gemeinwohlverträglichen Flankierung des Binnenmarktes, etwas im Umwelt-, Verbraucher- und Gesundheitsschutz, übertragen haben. Bekannte Konfliktfelder betreffen demgemäß auch die Abgrenzung des Art. 114 AEUV zur beschränkten Gesundheitsschutzkompetenz des Art. 168 AEUV.

a) Leitentscheidung zum Tabakwerbeverbot

Im Hinblick auf diese Frage ist die Rechtsprechung des EuGH zum europäischen Tabakwerbeverbot bekannt geworden⁴⁰, die bis heute immer wieder für Konflikte und Unstimmigkeiten sorgt.⁴¹ In seinem ersten Tabakwerbeverbotsurteil betonte der EuGH mit klaren, wenn auch knappen Worten, dass andere Artikel des AEUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV zu umgehen. Zugleich hat er freilich darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage des Art. 114 Abs. 1 AEUV erlassene Harmonisierungsmaßnahmen durchaus Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürften, ja unter Umständen dem Gesundheitsschutz im Rahmen der angestrebten Maßnahme eine „maßgebende Bedeutung“ zu kommen dürfe. Dies bestätigten vor allem Art. 114 Abs. 3 EUV und die ihm korrespondierende gesundheitspolitische Querschnittsklausel des Art. 168 Abs. 1 AEUV, die die Unionsorgane verpflichten, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus anzustreben. Dies aber eben nur als „Sekundärziel“ bzw. als Annex zur Hauptregelung.⁴² Vor diesem Hintergrund prüft der EuGH

⁴⁰ EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247; dazu die Beiträge in: *König/Uwer* (Hrsg.), Grenzen europäischer Normgebung, 2015, S. 13 ff.

⁴¹ EuGH, Rs. C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323, Rn. 26, 32 ff. (Polen/Parlament und Rat); kritisch zur jüngsten Rechtsprechung *Nettesheim*, EuZW 2016, 578 (580).

⁴² *Berg*, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 1997, S. 463 ff.

dann zum einen, ob die jeweilige, auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV gestützte Maßnahme

1. tatsächlich der „Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit“ dient⁴³; und zum anderen, ob sie
2. tatsächlich zur „Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen“ beiträgt.⁴⁴ Im Rahmen dieser Zielsetzung des Art. 114 Abs. AEUV prüft der EuGH konkret, *„ob die Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, spürbar sind. Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen“*.⁴⁵

Mit dieser zwingend auf die Beseitigung von Handelshemmnissen und spürbaren Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt bezogenen Zielrichtung macht der EuGH deutlich, dass Art. 114 Abs. 1 AEUV zwar eine allgemeine, aber eben auch keine pauschale Kompetenz für beliebige Ziele der Rechtsangleichung beinhaltet. Alles andere muss – und auch das hat der EuGH betont – als rechtsmissbräuchliche Umgehung des Harmonisierungsverbots gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV, das außerhalb der Bereiche des Art. 168 Abs. 4 AEUV gilt, angesehen werden.⁴⁶ Infolgedessen können Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien wie Corona auch nicht ersatzweise auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden.

Dies muss ausweislich des klaren Wortlauts des Art. 168 Abs. 5 AEUV *mutatis mutandis* auch im Hinblick auf die spezifischen Freizügigkeitskompetenzen der Art. 21 Abs. 2 sowie Art. 46, 50, 53 AEUV gelten. Ausdruck dessen ist z.B. die gem. Art. 288 Abs. 5 AEUV unverbindliche Empfehlung (EU) 2020/1475 vom 13.10.2020, die in Übereinstimmung mit den vorstehenden Ausführungen explizit „nur“ ein koordiniertes Vorgehen bzw. eine verstärkte Koordinierung gewährleisten soll, wenn ein Mitgliedstaat Maßnahmen zur Beschränkung der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Gesundheit ergreifen will. Mit Blick auf die Gefahr grenzüberschreitender Infektionsketten wurde diese am 1.2.2021 wiederum durch eine Empfehlung (EU) 2021/119 ergänzt.⁴⁷

⁴³ EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 95-102.

⁴⁴ EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106-114.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-376/98, Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106 ff.

⁴⁶ Warnend mit Blick auf die Querschnittsklauseln schon *Stein*, Die Querschnittsklausel zwischen Maastricht und Karlsruhe, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, Bd. II, 1995, 1439 (1441 ff.).

⁴⁷ ABl. EU L 337 vom 14.10.2020, S. 3 bzw. ABl. EU L 36 I vom 2.2.2021, S. 1.

b) Europäischer Impfpass

Demgegenüber hat nun allerdings die Kommission ihren am 17.3.2021 vorgelegten Verordnungsvorschlag für einen europäischen Impfpass (sog. „Digitaler Grüner Pass“) auf die Kompetenz des Art. 21 Abs. 2 AEUV gestützt. Damit stellt sich analog das vorstehend für das Tabakwerbeverbot skizzierte Problem: Zwar dient die Maßnahme ausweislich ihrer Begründungserwägungen auch der Freizügigkeit, im Vordergrund steht jedoch das sichere Reisen in Zeiten der Pandemie, so dass zugleich der Gesundheitsschutz betroffen ist: So sollen in dem fälschungssicheren Zertifikat nach einheitlichen Kriterien Corona-Impfungen, überstandene COVID-Erkrankungen und negative Tests vermerkt werden. Konkret umgesetzt werden soll das Zertifikat durch einen QR Code, der auf Papier oder auf dem Smartphone, vergleichbar einem Bahnticket, vorgezeigt werden kann.

Die Tätigkeit der EU soll sich – was auch die bloße Koordinierungskompetenz des Art. 168 AEUV ermöglichen würde – auf die Entwicklung einer technischen Plattform beschränken, über die sich die Impfpass-Datenbanken der Mitgliedstaaten miteinander austauschen und so die „Zertifikate“ überprüfen und gegenseitig anerkennen können. Insoweit besteht die Erwartung, dass die Mitgliedstaaten nationale Datenbanken einrichten und Test- und Impfzentren sowie Ärzte verpflichten, alle relevanten Daten über erfolgte Impfungen, negative Testergebnisse und überstandene Erkrankungen hochzuladen. Vor allem sollen die Mitgliedstaaten selbst entscheiden dürfen, welche Vorteile mit dem grünen Zertifikat konkret verknüpft sind. Für den Fall, dass sie weiterhin Quarantäne oder Tests von Inhabern der Zertifikate verlangen, sollen sie dies allerdings der Kommission und allen anderen Mitgliedstaaten anzeigen und Gründe dafür darlegen müssen.⁴⁸

Dies führt zu dem bemerkenswerten Ergebnis, dass die Kommission – trotz der Tatsache, dass sie hier eine auf Art. 21 Abs. 2 AEUV gestützte Verordnung vorschlägt – offenbar gewillt ist, im Einklang mit den geschilderten Vorgaben des Art. 168 AEUV primär unterstützend als Koordinator und Vermittler tätig zu werden. Auf diese Weise könnte ein möglicher Konflikt mit dem Harmonisierungsverbot Art. 168 Abs. 5 AEUV entschärft werden.

⁴⁸ Siehe im Einzelnen den Vorschlag für eine Verordnung über einen Rahmen für die Ausstellung, Überprüfung und Anerkennung interoperabler Zertifikate zur Bescheinigung von Impfungen, Tests und der Genesung mit der Zielsetzung der Erleichterung der Freizügigkeit während der COVID-19-Pandemie (digitaler grüner Pass): vgl. COM(2021) 130 final.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis hat die EU über das Binnenmarkt- und Freizügigkeitsrecht daher allenfalls einen indirekt regulierenden Zugriff auf das Gesundheits- und Infektionsschutzrecht der Mitgliedstaaten. Wenn sie also z.B. sekundärrechtliche Vorgaben für die Zulassung und den Vertrieb von Arzneimitteln oder Impfstoffen macht, so regelt sie primär den freien Warenverkehr im Binnenmarkt, sorgt damit aber zugleich für einheitliche (Mindest-) Standards im Hinblick auf das europäische öffentliche Gut des Gesundheitsschutzes der Unionsbürger. Insoweit existiert mit der bereits erwähnten Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA)⁴⁹ überdies eine supranationale Regulierungsagentur, die die unionsweite Prüfung und Zulassung von Medikamenten und Impfstoffen und damit gemeinsame Standards ermöglicht.

2. Negative Integration

Wo es an einer positiven Integration im Wege der europäischen Harmonisierung fehlt, kommt die negative Integration ins Spiel, die sich über die den Binnenmarkt definierenden Grundfreiheiten definiert. In deren Rahmen ist der Gesundheitsschutz dann zumeist ein Rechtfertigungsgrund für nationale Beeinträchtigungen wie Ausfuhrbeschränkungen oder Grenzkontrollen.⁵⁰

Der Gerichtshof hatte in seinem, die Grundfreiheit des Freien Warenverkehrs betreffenden Urteil *Cassis de Dijon*⁵¹ den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung aufgestellt, demzufolge jedes in einem Mitgliedsland rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis auch in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden kann und dort in der Regel frei verkehrsfähig sein muss. Damit hat er praktisch eine Vermutung für das Herkunftslandprinzip formuliert, im Zuge dessen die rechtlichen und technischen Regelungen der Mitgliedstaaten grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind. Diese Vermutung kann das Bestimmungsland aber widerlegen, indem es im Hinblick auf seine nationale Regulierung geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (z.B. nach Art. 36 AEUV sowie darüberhinausgehend im Wege von sog. zwingenden Erfordernisse des Gemeinwohls) geltend macht. Gelingt dies, so verdrängt das Bestimmungslandprinzip das Herkunftslandprinzip, mit der Folge das es zu

⁴⁹ VO (EG) Nr. 726/2004; dazu *Orator*, Möglichkeit und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 142 ff.

⁵⁰ Vertiefend *Thym/Bornemann*, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 13 ff. und 22 ff. m.w.N.

⁵¹ EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 14.

keiner gegenseitigen Anerkennung kommt, der Binnenmarkt also fragmentiert bleibt.⁵² In diesem Rahmen ist der nationale Gesundheitsschutz ein Gemeinwohlbelang, der im Rahmen des Binnenmarktes seit jeher den europäischen Grundfreiheiten auf freien Waren-, Dienstleistungs- und Personenverkehr als Ausnahme und mit diesen vermittelt über das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in einen Ausgleich zu bringen ist.⁵³

Im Zuge dessen können Grenzkontrollen aus Gründen des Pandemieschutzes gerechtfertigt werden. Dies gilt selbst für den Grundsatz des freien Warenverkehrs beeinträchtigende Exportverbote in andere Mitgliedstaaten (Art. 35 AEUV), etwa wenn es darum geht Maßnahmen zur Sicherstellung der Versorgung eines Mitgliedsstaats mit Medizinprodukten sicherzustellen. Insoweit hat der EuGH bestätigt, dass *„das Erfordernis, die regelmäßige Versorgung des Landes für wichtige medizinische Zwecke sicherzustellen, eine Behinderung des innergemeinschaftlichen Handelsverkehrs“* rechtfertigen kann, sofern die konkrete Maßnahme verhältnismäßig ist.⁵⁴ Im Rahmen dieses Ausgleichs wird das nationale öffentliche Gut des Gesundheitsschutzes im europäischen Binnenmarkt, vermittelt über die Rechtfertigungsprüfung, dann punktuell zwar zu einem europäischen öffentlichen Gut. Zugleich wird aber der Binnenmarkt als einheitlicher Raum ohne Grenzkontrollen fragmentiert. Im Kontext der Corona-Pandemie hob die Europäische Kommission insoweit freilich hervor, dass *„wesentliche Güter, die zur Eindämmung von Gesundheitsrisiken benötigt werden, alle Bedürftigen erreichen können.“*⁵⁵ Auch wenn es politisch zweckmäßig sein mag, die Verfügbarkeit von Schutzausrüstung in allen Mitgliedsstaaten der EU durch eine abgestimmte Strategie sicherzustellen⁵⁶, so ist ein solches Verständnis des Binnenmarkts als Solidaritätsinstrument rechtlich weder geboten, noch zwingend.⁵⁷

⁵² Ausführlich dazu *Calliess*, DVBl. 2007, 336 ff.

⁵³ Vertiefend dazu *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 34-36 AEUV, Rn. 74 ff. und 199 ff.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 28.3.1995 – C-324/93, ECLI:EU:C:1995:84, Rn. 37 – *Evans Medical*.

⁵⁵ Mitteilung der Kommission COM(2020) 112 final, 13.3.2020, 3.

⁵⁶ Vgl. Europäische Kommission/Europäischer Rat, Gemeinsamer europäischer Fahrplan für die Aufhebung der Maßnahmen zur Eindämmung von COVID-19, 11.

⁵⁷ *Thym/Bornemann*, in: *Huster/Kingreen* (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, 2021, Kap. 2 Rn. 14 m.w.N.

V. Diskrepanzen zwischen europäischen Zielen, Aufgaben und Kompetenzen im Bereich des Schutzes der öffentlichen Gesundheit

Wie unter II. ausgeführt ist eine Vertragsänderung vor allem dann geboten, wenn zwischen vertraglichen Zielen und Aufgaben (und damit bereits von allen Mitgliedstaaten bei der Unterzeichnung der Verträge anerkannten europäischen öffentlichen Gütern) und den der EU insoweit zustehenden Kompetenzen eine Diskrepanz besteht, im Zuge derer die EU also entweder gar nicht oder nicht hinreichend effizient zur Verwirklichung eines in den Zielen „versprochenen“ grenzüberschreitenden und insoweit europäischen öffentlichen Guts handeln kann.

1. Mögliche Lückenschließung im Bereich des Pandemieschutzes

Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Bekämpfung von Pandemien von den erwähnten spezifischen europäischen Gesetzgebungszuständigkeiten einer öffentlichen Gesundheitspolitik gem. Art. 168 Abs. 4 AEUV nicht erfasst ist. Insoweit besteht eine Diskrepanz zwischen Zielen und Aufgaben der EU einerseits und tatsächlichen Kompetenzen der EU andererseits. Die EU soll gem. Art. 168 Abs. 5 AEUV einerseits „zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten“ aktiv werden und „Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren“ ergreifen können. Jedoch soll sie sich hierbei andererseits unter Ausschluss gesetzgeberischer Harmonisierung auf bloße koordinierende Fördermaßnahmen beschränken. Wie vorstehend gezeigt wurde, ist eine bloße Koordinierungskompetenz jedoch nicht hinreichend, um eine effektive grenzüberschreitende Pandemiebekämpfung zu gewährleisten und solchermaßen die eingangs genannten Kollateralschäden durch Grenzkontrollen zu vermeiden.

Blickt man ergänzend (in systematischer Auslegung) noch in die Kompetenzkataloge der EU, so wird deutlich, dass europäischen Strategien und Maßnahmen zur Bekämpfung von Pandemien wie Corona im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 k) AEUV durchaus als „gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit“ eingeordnet werden können.

Festzuhalten ist daher, dass im Hinblick auf das europäische öffentliche Gut des Gesundheitsschutzes eine evidente Diskrepanz zwischen europäischem Versprechen und

europäischen Handlungsmöglichkeiten in Form von der EU zugewiesenen Kompetenzen besteht. Aus der vorstehend entwickelten, rechtlichen Perspektive auf europäische öffentliche Güter müsste Art. 168 Abs. 4 AEUV daher um eine europäische Gesetzgebungszuständigkeit im Hinblick auf die Bekämpfung grenzüberschreitender Pandemien ergänzt werden. Denn im Sinne der unter II. erarbeiteten Kriterien für ein europäisches öffentliches Gut, die sich in der vorstehend skizzierten analogen Anwendung der Maßstäbe des Subsidiaritätsprinzips (hier – im Rahmen der Vertragsänderung – „nur“ als politische Leitlinie) spiegeln, kommt dem grenzüberschreitenden Charakter einer Pandemie wie er in der Corona-Krise sichtbar wird sowie dem europäischen Mehrwert gemeinsamer Antworten und Strategien im Hinblick auf Vorbeugung und Bekämpfung eine maßgebliche Bedeutung zu. Zugleich würde damit gewährleistet, dass nationale Grenzkontrollen, die Binnenmarkt und Schengenraum in ihrer Funktionsfähigkeit beschränken, nicht mehr notwendig wären und solchermaßen nur noch in extremen Ausnahmefällen, also z.B. im Falle eines gänzlichen Nichthandelns oder einer evident unwirksamen europäischen Strategie noch zu rechtfertigen wären.

Um allerdings die Mitgliedstaaten nicht daran zu hindern, „mehr“ zu tun, müsste im Sinne eines Ausgleichs zwischen Solidaritäts- und Subsidiaritätsprinzip⁵⁸ und dem darauf bezogenen arbeitsteiligen Zusammenwirkens bereits vertraglich eine Schutzverstärkungsmöglichkeit zugunsten der nationalen Ebene eingeräumt werden, die dezentrale Handlungsspielräume oberhalb der europäischen Harmonisierung einräumt. Vor diesem Hintergrund könnte die Ergänzung des vorstehend dargestellten Art. 168 Abs. 4 AEUV um eine Gesetzgebungszuständigkeit unter Buchstabe d) wie folgt lauten:

„Maßnahmen zur frühzeitigen Meldung, Beobachtung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren, insbesondere im Falle von Pandemien. Diese Maßnahmen dürfen die Mitgliedstaaten nicht daran hindern, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, wenn diese zwingend erforderlich sind.“

Eine solche Kompetenzergänzung wäre – wie vorstehend gezeigt wurde – nicht zuletzt auch für die Verwirklichung einer handlungsfähigen „Europäischen Gesundheitsunion“ sowie die damit einhergehende rechtliche, finanzielle und personelle Stärkung der Europäischen Arzneimittelagentur (EMA) und des Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC) erforderlich. Denn auf Agenturen können nach dem Prinzip

⁵⁸ Dazu Calliess, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU, 2. Aufl. 1999, S. 185 ff. m.w.N.

der begrenzten Einzelermächtigung nur innerhalb der Kompetenzordnung der Verträge (Art. 5 Abs. 2 EUV) und darüber hinaus klar umrissene Ausführungsbefugnisse, die der Kontrolle des EuGH unterliegen, übertragen (delegiert) werden.⁵⁹ Deren Arbeit könnte überdies durch die Einrichtung einer neuen Agentur, die nach dem Vorbild der US-amerikanischen Agentur für biomedizinische Spitzenforschung und Entwicklung (BARDA) arbeitet, ergänzt werden.

2. Wege der Lückenschließung im Bereich des Pandemieschutzes

Unter bestimmten Voraussetzungen kommt zur Kompetenzergänzung das vereinfachte Änderungsverfahren (Art. 48 Abs. 6 EUV) infrage – so geschehen als die Verträge mit Blick auf die Legitimation des Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) im Kontext der Regeln der Wirtschafts- und Währungsunion um einen neuen Absatz 3 in Art. 136 AEUV ergänzt wurden.⁶⁰ Da es bei der vorgeschlagenen Änderung aber wohl um eine Erweiterung der Zuständigkeiten der EU geht, ist das sog. ordentliche Vertragsänderungsverfahren (ohne Einberufung eines Konvent) gem. Art. 48 Abs. 2 und 3 EUV einschlägig.

Jede Vertragsänderung bedarf im Ergebnis der Zustimmung aller Mitgliedstaaten (vgl. Art. 48 Abs. 4 bzw. Abs. 6 EUV), so dass im Falle eines fehlenden Konsenses eine „Koalition der Willigen“ in Betracht kommt.⁶¹ Als Ultima Ratio – wie z.B. beim Europäischen Fiskalvertrag von 2012⁶² – kann von den willigen Mitgliedstaaten notfalls auch ein spezifischer völkerrechtlicher Vertrag geschlossen werden.

⁵⁹ EuGH, Rs. C-270/12 -Vereinigtes Königreich gegen Europäisches Parlament und Rat, ECLI:EU:C:2014:18; ausführlich *Orator*, Möglichkeiten und Grenzen der Einrichtung von Unionsagenturen, 2017, S. 185 ff. und 459 ff.

⁶⁰ Dazu *Calliess*, ZEuS 2011, 213 (275 ff.); *ders.*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 90 ff.

⁶¹ *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 20 EUV, Rn. 1 ff.; im Kontext einer Reform der EU: *Calliess*, in: *Kirchhof/Keller/Schmidt* (Hrsg.), Europa in Vielfalt geeint!, München 2020, S. 263 (281 ff.).

⁶² Vertiefend dazu *Calliess/Schoenfleisch*, Auf dem Weg in die europäische „Fiskalunion“? – Europa- und verfassungsrechtliche Fragen einer Reform der Wirtschafts- und Währungsunion im Kontext des Fiskalvertrages, JZ 2012, S. 477 ff.

VI. Ergebnis

Der Beitrag hat anhand von juristischen und ökonomischen Prüfkriterien einen Überblick über die Möglichkeiten und Grenzen europäischen Handelns bei der Bekämpfung von Pandemien gegeben. Insoweit macht die Corona-Krise deutlich, dass die EU im Bereich der Gesundheitspolitik nur eine Koordinierungskompetenz hat und daher bei ihren Maßnahmen auf Konsens und Mitarbeit aller Mitgliedstaaten angewiesen ist. Zugleich kann jedoch nur eine gemeinsame europäische Strategie Grenzkontrollen vermeiden und effektive Maßnahmen im Umgang mit der Pandemie gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sprechen gewichtige tatsächliche und rechtliche Argumente dafür, dass die Bekämpfung von Pandemien in der vorgeschlagenen Formulierung zu einer echten Gesetzgebungszuständigkeit der EU im Rahmen von Art. 168 Abs. 4 AEUV werden sollte, die im Zuge dessen nicht mehr dem Harmonisierungsverbot des Art. 168 Abs. 5 AEUV unterliegt. Die vorgeschlagene Ergänzung versucht einen Ausgleich zwischen europäischer Verbindlichkeit und mitgliedstaatlicher Flexibilität zu formulieren: Sie kann einerseits die dargestellte offensichtliche Diskrepanz zwischen europäischer Aufgabe und Kompetenz auflösen, indem sie – unter Beachtung der Kriterien des Subsidiaritätsprinzips – eine gemeinsame europäische Strategie ermöglicht, mit deren Hilfe Grenzkontrollen vermieden und effektive Maßnahmen zum grenzüberschreitenden Schutz des europäischen öffentlichen Guts der Gesundheit im Umgang mit Blick auf eine Pandemie gewährleistet werden können. Andererseits ist sie so offen ausgestaltet, dass sie den Mitgliedstaaten die notwendige Flexibilität in Form von Spielräumen belässt.