

Sozial- und Gesundheitsrechtsverbund „Europa“

Gemeinsame soziale Verantwortung der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten durch „geteilte Zuständigkeit“ nach dem Vertrag von Lissabon

Prof. Dr. Dr. h.c. Rainer Pitschas, Dipl. Verwaltungswirt*

Inhalt

- I. „Gemeinsame soziale Verantwortung“ der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten
 1. „Wertgemeinschaft“ und soziale Integration im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents
 2. Bisherige Asymmetrie zwischen ökonomischer und sozialer Gemeinschaftsentwicklung
 3. Der Reformvertrag von Lissabon
 - a) Ziele und Steuerungsverantwortung der Union
 - b) Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten
 - c) „Re-Balancing“ des Wettbewerbsrechts
 4. Paradigmawandel für den Integrationsprozess: Zur Korrektur des „Binnenmarktmodells“
- II. Im Zentrum der gemeinsamen Sozialverantwortung: Dienste von allgemeinem Interesse
 1. Protokoll (Nr. 26) über „Dienste von allgemeinem Interesse“
 2. Abgrenzung wirtschaftlicher von nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen
 3. Ambivalenz sozialer Dienstleistungen
- III. Insbesondere: Gesundheitsdienstleistungen im Gefüge der europäischen Gesundheitspolitik
 1. Leistungen zur Gesundheitsversorgung als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
 2. Das Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse
 3. Richtlinienvorschlag der Kommission über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung
- IV. Bilanz und Ausblick

Am 1. Dezember 2009 ist nach langen Auseinandersetzungen und den dadurch bedingten Verzögerungen der Vertrag von Lissabon in Kraft getreten.¹ Einen gewichtigen Streitpunkt hierüber bildete zuvor die gemeinschaftsrechtliche Reichweite der Europä-

ischen Grundrechte-Charta. Schon in dem „Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich“, das dem Vertrag beigelegt ist, war auf Drängen Großbritanniens und Polens festgehalten worden, dass die Charta keine Ausweitung der Befugnisse des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur Geltung der Charta in den beiden Ländern bewirken würde. Dementsprechend heißt es in dem ihr zugehörigen Titel „Solidarität“ unmissverständlich „und um jeden Zweifel auszuschließen“, dass damit keine einklagbaren Rechte geschaffen würden. Auf diese Weise wollten beide Staaten verhindert sehen, dass **soziale Grundrechte** eingeklagt werden könnten. Noch ganz zuletzt drohte dann die Tschechische Republik, den Vertrag nicht zu unterzeichnen. Sie konnte dadurch erreichen, gleichfalls von der Anwendung der Charta ausgenommen zu werden.

Freilich sind diese „Sicherungen“ gegen unerwünschtes (soziales) Gemeinschaftsrecht nicht geeignet zu verhindern, dass die **sozialstaatliche Verantwortung** der Gemeinschaft in der Rechtsprechung des EuGH auch künftig zum Tragen kommt. Denn einerseits wird die Tragweite der Europäischen Grundrechte-Charta falsch beurteilt. Auch ohne sie betonen die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie ihre internationalen Verpflichtungen, die sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, aus den Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshöfe ergeben, die Existenz eines umfassenden sowie in der Praxis erprobten Grundrechtskatalogs.² Andererseits lassen sich durch das Protokoll auch keineswegs die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote, der Gleichheitssatz und die Grundfreiheiten außer Kraft setzen. Schon längst besteht auf ihrer Grundlage für die Sozialpolitik in der Gemeinschaft ein **Verantwortungsverbund** mit den Mitgliedstaaten, in dessen Zentrum immer stärker die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ (Art. 86 Abs. 2 EGV a. F.) getreten sind.³ Auch die Leistungen zur Gesund-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungswissenschaft, Entwicklungspolitik und Öffentliches Recht an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaft Speyer.

¹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2007 Nr. C 306/01 v. 17.12.2007.

² P. Kirchhof, Der europäische Staatenverbund, in: A. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 1009 (1010 ff.).

³ Vgl. EuGH, Urt. v. 11.6.2009 – C-300/07, NJW 2009, 2427 – Hans & Christophorus Oymanns GbR/AOK Rhein-

heitsversorgung gehören in diesen Kontext. Nunmehr aber gibt der in Kraft getretene Vertrag von Lissabon der gemeinsamen sozialen Verantwortung der Europäischen Union (EU) eine neue Perspektive in der Entfaltung ihres Teils der gemeinsamen sozialen Verantwortung im Verbund mit den Mitgliedstaaten. Diese **These** gilt es im Folgenden zu entfalten.

I. „Gemeinsame soziale Verantwortung“ der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten

1. „Wertgemeinschaft“ und soziale Integration im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents

Der in der ersten Hälfte dieses Jahrzehnts von dem Europäischen Konvent erarbeitete und Ende Oktober 2004 von den Staats- und Regierungschefs der 25 EU-Mitgliedstaaten unterzeichnete Vertrag über eine Verfassung für Europa („Verfassungsentwurf“-VVE)⁴ sollte die Europäische Union (EU) auf dem langen Weg zum **Europäischen Sozialstaat** einen gehörigen Schritt weiterführen.⁵ Schon in seiner Präambel sowie unter Verweis auf die in Art. I-2 VVE formulierten **Werte der Union** betonte der Entwurf, dass es sich bei ihr nicht allein um eine Wirtschafts-, sondern (auch) um eine „Wertgemeinschaft“ handle, die auf gemeinsamen sozial-ethischen und politischen Grundlagen beruhe. Dem gab die Präambel mit der Feststellung vertieften Ausdruck, dass Europa aus dem „kulturellen, religiösen und humanistischen Erbe“ schöpfe, „aus dem sich die unverletzlichen und unveräußerlichen Rechte des Menschen“ entwickelt hätten.⁶

Als **Werte der Union** benannte Art. I-2 des Entwurfs im Anschluss an das europäisch-atlantische Verfassungsverständnis die Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtstaatlichkeit und die Gehalte der Menschenrechte. Diese Werte, so führte Art. I-2 VVE aus, seien allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, „die sich durch Pluralismus, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern“ auszeichnen würde.

Der damit zum Ausdruck gebrachte umfassende **Wertebezug** des Verfassungsentwurfs hatte zum Ziel, auch das Fundament für die **soziale Integration** der

EU zu erneuern. Auf ihm sollte sich - über die ökonomische Dimension der europäischen Einigung hinausgehend - die reale Dynamik der Integration, des Zusammenwachsens von Nationen, Gesellschaften und Politiken in einem historisch entwickelten Europa entfalten.⁷ Mit der Werteorientierung wurde zugleich auf den langanhaltenden und sozialhistorisch zu beobachtenden Anpassungsprozess der Staaten in der Gemeinschaft Bezug genommen, der zu erkennen gibt, dass sich in Europa seit jeher und überall soziale, politische und ökonomische Prozesse gleichzeitig abspielen, die den eingeschlagenen Weg der europäischen Integration im Groben vorzeichnen.⁸ Ohne diesen Wertebezug wird in der Tat die soziale Integration nicht gelingen. Es genügt eben nicht die Feststellung, dass europäisches Recht als Binnenmarktordnung zunehmend auch soziale Ziele verfolgt oder auf sozialstaatliche Instrumente der Mitgliedstaaten einwirkt, aber dann - gleichsam überwölbend - eine wirtschaftsregulative Marktorganisation als Basis der „sozialen“ Europäisierung nationaler Solidargemeinschaften auszuweisen.⁹

2. Bisherige Asymmetrie zwischen ökonomischer und sozialer Gemeinschaftsentwicklung

Folgerichtig war es vor allem der Verweis auf „Solidarität“ in Art. I-2 des Verfassungsentwurfs sowie in dessen Präambel (Abs. 2), der die künftige Verpflichtung der Mitgliedstaaten betonte, die Union auf ein gemeinsames **soziales Fundament** zu stellen, auf dem sich die europäische Integration in ihrem vollen Umfang vollziehen und dabei auch „sozialen Fortschritt“ – wie ihn die Präambel als Wegziel der europäischen Einigung ansah – erreichen sollte.¹⁰

Die bisherige Entwicklung der EU hat dafür, was nicht verkannt werden darf, erhebliche Vorarbeiten erbracht. Zu erinnern ist insoweit an die deutliche Verstärkung der sozialpolitischen Flanke des Binnenmarktes im Gefolge der Gründung der Europäischen Union durch den Vertrag von Maastricht (1992)¹¹ und die Revision des Unions- und Gemeinschaftsrechts durch den Amsterdamer Vertrag (1997), mit dem auch die **Beschäftigungspolitik** Eingang in das Gemeinschaftsrecht fand.¹² Die Beschlüsse von Nizza

land/Hamburg; Th. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 4. Aufl. 2009, § 21 Rz. 43 ff., § 30 Rz. 10.

⁴ Endgültiger Text veröffentlicht in ABl. 2004 Nr. 310/01.

⁵ Th. Oppermann, *Konzeption und Struktur des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents – unter Berücksichtigung der Regierungskonferenz 2003*, in: J. Schwarze, *Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents*, 2004, S. 23 (26); ausführlicher noch U. Becker, *Die soziale Dimension des Binnenmarktes*, ebd. S. 201 (202, 206 f., 207 ff., 211 ff.); erstmals zum Konzept des „Europäischen Sozialstaats“ vgl. D. Merten/R. Pitschas (Hrsg.), *Der Europäische Sozialstaat und seine Institutionen*, 1993.

⁶ Dazu auch Oppermann (Fn. 5), S. 25, 26.

⁷ Oppermann (Fn. 5), S. 26.

⁸ Dem entsprach die Verankerung des Übergangs zur „sozialen Marktwirtschaft“ in Art. I-3 Abs. 3 des Entwurfs; vgl. auch J. Schwarze, *Das wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzept des Verfassungsentwurfs des Europäischen Konvents*, in: ders. (Fn. 5), S. 165 (166).

⁹ In diese Richtung Becker (Fn. 5), S. 209, 210.

¹⁰ Näher dazu Becker (Fn. 5), S. 207.

¹¹ Dazu etwa R. Pitschas, *Die soziale Dimension der Europäischen Gemeinschaft*, DÖV 1992, 277 ff.

¹² W. Tegtmeier, *Entwicklungstendenzen Europäischer Beschäftigungspolitik – Auf dem Weg zu einer integrierten nationalen und europäischen Strategie*, in: FS v. Maydell, 2002, S. 719 ff.

(2001)¹³ haben freilich diese Entwicklung nicht weitergeführt; insbesondere in weiten Teilen des Steuer- und Sozialversicherungsrechts blieben qualifizierte Fortschritte aus und für die Sozial- und Gesundheitspolitik der nationalstaatliche Vorbehalt unangetastet. Noch geringer waren die Fortschritte im Sektor der **Gesundheitspolitik**. Zwar hatte hier die Vertragsänderung von 1992 dem EG-Vertrag in seinem Dritten Teil Kompetenzen zum **Gesundheitswesen** eingefügt (Art. 129 EGV).¹⁴ Der Vertrag von Nizza wertete sodann die europäische Zuständigkeit für das „Gesundheitswesen“ durch die Einordnung unter dem Titel XIII (Art. 152 EGV) partiell auf. Doch musste für tiefergehende Initiativen der Gemeinschaft erst noch Raum geschaffen werden.¹⁵

Jenseits dieser ungleichzeitigen Entwicklung der Politikfelder unterlagen beide in der Vertragspolitik dem **Vorrang der Marktintegration**. So erzielte der Maastrichter Vertrag von 1992 einen geradezu erheblichen Fortschritt hinsichtlich der Intensität des wirtschaftspolitischen Integrationsprozesses durch die Einrichtung der „Wirtschafts- und Währungsunion“.¹⁶ Art. 2 EGV in der Fassung des Amsterdamer Vertrages prolongierte sodann die weitere wirtschaftliche Integration durch die „Errichtung eines Gemeinsamen Marktes“, wobei ein neuer Art. 7 a EGV das Ziel „Gemeinsamer Markt“ durch den „Binnenmarkt“ ergänzte.¹⁷ Der Vertrag von Nizza versuchte daran anschließend, auf dem Gebiet der gemeinsamen Handelspolitik der EU die volle internationale Handlungsfähigkeit zu sichern.¹⁸

Der knappe Rückblick auf die Vertragsentwicklung macht deutlich, dass die **Entstehungsgeschichte der Europäischen Union** bis auf den heutigen Tag und angesichts des Scheiterns des Verfassungsentwurfs zuallererst eine solche der Markt- und nicht der Sozialintegration durch Gemeinschaftsrecht darstellt. Ich habe an anderer Stelle im Hinblick hierauf und

¹³ Vertrag von Nizza vom 26. Februar 2001 zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger zusammenhängender Rechtsakte, ABl. EG Nr. C 80/01 v. 10. 03. 2001.

¹⁴ **R. Pitschas**, Inhalt und Reichweite des Mandats der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet der Gesundheitspolitik, ZSR 1993, 468 (478 f.).

¹⁵ **E. Eichenhofer**, Internationale Sozialpolitik, in: G. Ritter (Hrsg.), Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945, Bd. 11: 1989 – 1994 Bundesrepublik Deutschland, 2007, S. 1079 (1094); **B. Tiemann**, Die Gesundheits- und Sozialpolitik der Europäischen Union, 2005, S. 265 ff.

¹⁶ Art. 103 Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG) vom 07. Februar 1992, BGBl. 1992 II S. 1253.

¹⁷ Dazu **Oppermann/Classen/Nettesheim**, Europarecht (Fn. 3), § 23 Rz. 1.

¹⁸ **H. G. Krenzler/C. Pitschas**, Fortschritt oder Stagnation? Die gemeinsame Handelspolitik nach Nizza, EuR 2001, 442 ff.

bei der Frage nach der „sozialen Dimension“ des Europäischen Binnenmarktes von einer „Asymmetrie zwischen ökonomischer und sozialer Integrationsentwicklung“ gesprochen.¹⁹ Der **europäische Verfassungsentwurf** wollte sie mit einer prinzipiell anderen Perspektive aufheben. Der Bezug auf Marktintegration und die Firmierung des europäischen Sozialrechts als „freizügigkeitsspezifisch“ sollten durch ihn ihre Sperrwirkung gegenüber der gemeinschaftsrechtlichen Sozialintegration verlieren – das „soziale Europa“ hätte dagegen gewonnen.

3. Der Reformvertrag von Lissabon

Um so wichtiger bleibt daher die Frage, was nach dem Scheitern des Verfassungsentwurfs an sozialen Gehalten und Aufträgen im daran anschließenden **Reformvertrag von Lissabon** erhalten ist und welche Konsequenzen daraus für die künftige Verantwortungs- und Rollenverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten auf den Feldern der Sozial- und Gesundheitspolitik bzw. im Sozial- und Gesundheitsrecht zu ziehen sind.

Der Vertrag von Lissabon enthält – so beginnt die Antwort – das europäische Primärrecht, wie es auf der Konferenz der europäischen Staats- und Regierungschefs im Oktober 2007 in Lissabon verabschiedet wurde.²⁰ Er besteht aus zwei Einzelverträgen, nämlich dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) und dem bisherigen Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EG-Vertrag), der in den „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)“ umbenannt worden ist. Am 1. Dezember 2009 trat das neue Recht in Kraft. Die Ratifizierungsverfahren in den Mitgliedstaaten wurden abgeschlossen.²¹

Beide Verträge stehen **gleichrangig** nebeneinander (vgl. Art. 1 Abs.3 EUV). Sie sind aber keineswegs als eine „Europäische Verfassung“ gedacht und sie werden auch nicht als solche bezeichnet. Dennoch enthalten sie wesentliche Elemente des gescheiterten Verfassungsvertrages. An einigen Stellen werden die Vertragsvorschriften durch **Protokolle** ergänzt bzw. näher erläutert.

a) Ziele und Steuerungsverantwortung der Union

Die **Ziele der Union** werden in Art. 3 EUV erläutert. Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt, wie sie in der **Charta der Grundrechte der Europäischen Union** vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung

¹⁹ **Pitschas** (Fn. 11), 280.

²⁰ **J. Bergmann**, Bericht aus Europa: Vertrag von Lissabon und aktuelle Rechtsprechung, DÖV 2008, 305 (306).

²¹ Hierzu der (partielle) Überblick bei **Streinz**, in: **R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann**, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. Einführung mit Synopse, 2. Aufl. 2008, S. 26 f.

niedergelegt sind.²² Die Charta der Grundrechte und die Verträge werden in Art. 6 Abs. 1 EUV rechtlich als gleichrangig nebeneinander gestellt. Dies wirft, wie bereits eingangs betont, insbesondere Probleme im Hinblick auf die Verankerung „sozialer Grundrechte“ in der Europäischen Grundrechtecharta auf.²³ Doch jedenfalls sind Leistungs- und Erfüllungspflichten der Gemeinschaft aus Mindeststandards, gleichheitsbegründeten Schutzaufträgen und sozialen Förderpflichten unverkennbar.²⁴ Sie allesamt bewirken eine sich herauschälende Verantwortungsteilung zwischen Staat und Zivilgesellschaft für soziale Sicherung in der EU („Europäische Governance“²⁵). Sie trägt als Steuerungsprinzip zu der Mindestharmonisierung von Sozial- und Gesundheitsrecht sowie zu der Koordination komplexer Sozial- und Gesundheitspolitik unter Nutzung des Wettbewerbs zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bei.

b) Kompetenzverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten

Nach dem **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union** wird die Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten auch weiterhin durch den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, die Zuständigkeitsvermutung sowie durch die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit bestimmt. Letztere werden durch ein **gemeinsames Protokoll** konkretisiert.²⁶ Das Recht der Union unterscheidet ferner zwischen ausschließlichen (Art. 3 AEUV), geteilten (Art. 4 AEUV und Protokoll über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit) sowie ergänzenden Zuständigkeiten (Art. 6 AEUV). Dadurch soll ungewollten Zentralisierungstendenzen entgegengewirkt werden.²⁷ Im Rahmen der „geteil-

ten Zuständigkeit“ nehmen nach Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Nimmt man insoweit und mit Blick auf Art. 6 lit. a) AEUV die Sozialdienstleistungen und die Gesundheitsversorgung nach Maßgabe der gegenwärtigen Rechtslage und Rechtsetzung näher in den Blick, dürften künftig Kompetenzauseinandersetzungen kaum zu vermeiden sein.²⁸

Im Übrigen wird das **Subsidiaritätsprinzip** nunmehr auch auf das Verhältnis der Union zu den **Kommunen** angewendet: Die Union wird in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf **regionaler** oder auf **lokaler Ebene** ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (Art. 5 Abs. 3 EUV).²⁹

c) „Re-Balancing“ des Wettbewerbsrechts

Der „freie unverfälschte Wettbewerb“ wird überdies nicht mehr als ein Ziel, sondern als ein Instrument der EU zur Herstellung des Europäischen Binnenmarktes definiert. Damit aber gewinnen andere Instrumente, wie der Umwelt- und der Verbraucherschutz sowie die Gewährleistungen der Grundrechtecharta eine ausgleichende Gewichtung. Diese Relativierung dürfte sich ungeachtet der nachträglich eingefügten Protokollnotiz zum Wettbewerbsrecht auch bei Rechtstreitigkeiten durchsetzen.³⁰

4. Paradigmawandel für den Integrationsprozess: Zur Korrektur des „Binnenmarktmodells“

Die Antwort auf die Frage nach der Verantwortungsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten auf den Feldern der Sozial- und Gesundheitspolitik darf nach alledem nicht mehr an das ursprüngliche Verhältnis zwischen Marktintegration und sozialer Intervention anknüpfen; es geht künftig auch nicht um eine mehr oder weniger ausgefeilte „soziale Dimension“ der Binnenmarktentwicklung. Vielmehr spiegeln die Regelungen des Vertrags von Lissabon zur Sozial- und Gesundheitspolitik nunmehr den Entwurf eines **Europäischen Sozialmodells**³¹ wider

²² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, am 07. Dezember 2000 vom Europäischen Rat in Nizza proklamiert (ABl. Nr. C 364/01), in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg unterzeichneten Fassung (vgl. Fn. 1).

²³ Vgl. nur **N. Bernsdorff**, Soziale Grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Diskussionsstand und Konzept, VSSR 2001, 1 ff.; **H.-J. Blanke**, Essentialia des Entwurfs eines Verfassungsvertrages für Europa, in: Gedächtnisschrift für J. Burmeister, 2004, S. 37 (54 f., 57 f., 65, 66 f.); **R. Pitschas**, Europäische Grundrechte-Charta und soziale Grundrechte, VSSR 2000, 207 ff.

²⁴ Vgl. **E. Eichenhofer**, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl. 2006, S. 201 ff.

²⁵ Dazu näher **R. Pitschas**, Nationale Gesundheitsreform und europäische „Governance“ der Gesundheitspolitik – Zur Verpflichtung der Gemeinschaftsstaaten auf solidarischen Wettbewerb durch „offene Koordination“, VSSR 2002, 75 ff.

²⁶ Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, in: Protokoll und Erklärungen der Schlussakte zum Vertrag von Lissabon, ABl. 2007, Nr. C 306/147.

²⁷ Vgl. m. w. Nachw. **Blanke** (Fn. 23), S. 47, 60 ff.; **Ohler**,

in: Streinz/Ohler/Hermann (Fn. 21), § 11, S. 87 ff.

²⁸ **Ohler**, in: Streinz/Ohler/Hermann (Fn. 21), § 11, S. 86, 87.

²⁹ Hierzu näher **P. Pfisterer**, Kommunale Selbstverwaltung und Lokale Governance vor dem Hintergrund des europäischen Integrationsprozesses, 2009, S. 289 ff.

³⁰ **Ohler**, in: Streinz/Ohler/Hermann (Fn. 21), § 7, S. 68 spricht von einer „Schwächung wettbewerblicher Konzeption durch den Vertrag von Lissabon“.

³¹ **Europäische Kommission**: Eine konzertierte Strategie zur Modernisierung des Sozialschutzes (1999), KOM/99/0347 endg.; **dies.**: Renewed social agenda: Op-

und sie lassen gleichzeitig dessen Verselbständigung gegenüber der bloß ökonomischen Binnenmarktperspektive erkennen.

Verantwortlich dafür ist zum einen der aus dem Verfassungsentwurf partiell übernommene **Wertebezug** des Reformvertrags. Zwar liegt darin ebenso und mit der Bezugnahme auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit ein Beitrag zur Vollendung des Binnenmarkts. Dessen Entfaltung sieht sich aber auch und zugleich an die Achtung der Menschenwürde, an die Wahrung der Menschenrechte und sozialer Grundrechte sowie an Demokratie, Gleichheit, Freiheit und Rechtsstaatlichkeit gebunden. Alle diese Werte haben eine **integrative (soziale) Ausübungsperspektive**, die der Reformvertrag als Verpflichtung des Gemeinschaftshandelns auf soziale Gerechtigkeit, Solidarität und Nichtdiskriminierung benennt. Die entscheidende Frage dürfte sonach sein, ob und wie unter Berücksichtigung dieses prinzipiellen Fundamentewandels für die Geltung des Sozialen und des Gesundheitsschutzes in der Gemeinschaft deren **Kompetenzen** auf den Gebieten der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsversorgung im Verhältnis zu denen der Mitgliedstaaten künftig erweitert sind. Zu klären bleibt vor allem, ob es im Rahmen des Art. 4 Abs. 2 lit. b) AEUV („geteilte Zuständigkeit“) nur bei der bisherigen begrenzt eigenständigen gemeinschaftlichen Rechtsetzung in Form des freizügigkeitsspezifischen Sozialrechts bleiben und welchem Wandel die Methode der offenen Koordination unterliegen wird. Gleichmaßen stellt sich diese Frage im Hinblick auf die Gesundheitsversorgung.

In dem Versuch einer zunächst „generalisierenden“ Antwort auf diese Frage scheint es mir nicht zu hoch gegriffen zu sein, ungeachtet der eingangs hervorgehobenen „Sicherungen“ gegen Veränderungen von einem „verdeckten“ **Paradigmawandel** der europäischen Sozial- und Gesundheitspolitik zu sprechen. Dieser tritt in doppelter Hinsicht ein. Zum einen entfällt die bisherige Asymmetrie zwischen der umfassenden Marktintegration einerseits und der partiellen Sozialverpflichtung der Union i. S. eines bloßen Marktbezugs des Freizügigkeitsschutzes und der weitreichenden Gleichstellung zwischen Mann und Frau im Arbeitsleben andererseits. An die Stelle dessen tritt eine neue Phase des europäisch-sozialstaatlichen Integrationsprozesses, für die namentlich das **Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse** sowie die Mitteilung der Kommission über „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“ das Tor öffnen.³²

portunities, access and solidarity in 21st century Europe, COM (2008) 412 final; **Eichenhofer** (Fn. 24), S. 289 ff., 294 ff., 302 f.; **Oppermann/Classen/Nettesheim** (Fn. 3), § 30 Rz. 2 ff.

³² Vgl. Protokolle und Erklärungen (Fn. 26), ABl. 2008, Nr. C 115/308; Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein

Zum anderen sticht im Kontext der Einräumung und Garantie sozialer Rechte durch Art. 6 EUV in Verbindung mit der **Charta der Grundrechte der Union** (GRCh) vor allem die „Solidarität“ als Gewährleistungskategorie des Grundrechtsschutzes (Titel IV GRCh) hervor. Dieser Ansatz geht noch über die bislang im Gemeinschaftsrecht vorgesehene Bekämpfung von Diskriminierungen aller Art hinaus. Ist es nämlich das rationale Konzept des Reformvertrags von Lissabon, das **soziale Europa** den Bürgern näher zubringen, so meint dies auch, neben der individuellen Sozialverantwortung und deren grundrechtlichen Schutz gleichzeitig die Solidarität zwischen den Bürgern Europas (als „Unionsbürgern“) zu betonen.³³ Versuche, diese Ausrichtung zu minimieren, etwa durch die Behauptung, die Ziele der Union seien „wenig sozialpolitisch inspiriert“,³⁴ gehen demgegenüber fehl. Denn das sozialpolitische Eingliederungsthema wird in Art. 9 AEUV aufgenommen und in eine durchzusetzende **Zielorientierung** des Unionshandelns gem. Art. 6 EUV ausformuliert. Hier findet sich die Verpflichtung, soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen zu bekämpfen sowie soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes zu fördern. Aus alledem folgt eine (neue) **gemeinsame Verantwortung** der Union und der Mitgliedstaaten für die Fortentwicklung des **Europäischen Sozialmodells**, die kompetenziell unterlegt wird und der gegenüber das Protokoll über die Anwendung der Grundrechte-Charta³⁵ in seiner retardierenden Wirkung zurücktritt. Damit sind die Tore zu erweiterter gemeinschaftlicher Rechtssetzung im europäischen Gesundheits- und Sozialrecht aufgestoßen; die Methode der „offenen Koordination“ verliert ihrer Türöffnerfunktion.

II. Im Zentrum der gemeinsamen Sozialverantwortung: Dienste von allgemeinem Interesse

1. Protokoll (Nr. 26) über „Dienste von allgemeinem Interesse“

Auf dem Politikfeld der gesundheitlichen und sozialen Daseinsvorsorge sind erste entsprechende Schritte erkennbar. In ihrem Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“, das den Titel „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“ trägt sowie unter dem 20.11.2007 erschienen ist³⁶, konzentriert sich die Europäische Kommission auf die

Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ vom 20.11.2007, KOM (2007) 725 endg.

³³ **Ohler**, in: Streinz/Ohler/Herrmann (Fn. 21), § 6, S. 64, 65.

³⁴ **So Becker** (Fn. 5), S. 207.

³⁵ Vgl. dazu oben im Text vor I.

³⁶ KOM (2007) 725 endg.

Entfaltung ihrer (neuen) gemeinsamen Sozialverantwortung für die Problematik der Daseinsvorsorge in der EU einschließlich der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen.³⁷ Diese waren aus der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006³⁸ ausgeklammert worden.

Die zwischenzeitlich erzielte Einigung der Staats- und Regierungschefs der EU auf ein „Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse“, das dem Vertrag von Lissabon im vorgesehenen Verfahren beigefügt wurde³⁹, unterstützt diese Initiative. Sie stellt einen weiteren maßgeblichen Schritt auf dem Weg zu einem transparenten und belastbaren **Kompetenz- bzw. Rechtsrahmen** in den genannten Sektoren dar. Gleichzeitig enthält der neue Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union einen Art. 14 AEU anstelle des früheren Art. 16 EGV, in dem die **gemeinsame Sozialverantwortung** der Union und der Mitgliedstaaten präzisiert wird.⁴⁰ Er bietet der Gemeinschaft die notwendige Rechtsgrundlage, um tätig werden zu können.⁴¹

Das erwähnte **Protokoll** definiert hierzu die Rolle der Union im Bereich der Dienstleistungen von „allgemeinem Interesse“ auf der Grundlage deren Abgrenzung zu „wirtschaftlichen“ bzw. „marktbezogenen“ Dienstleistungen. Es bewirkt dadurch Zuständigkeitsklärungen für den Erlass des künftigen EU-Regelwerks. Mit ihm wird zwar und einerseits zum ersten Mal im europäischen Primärrecht die Zuständigkeit und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden bei der Erbringung, Organisation und Auftragsvergabe der „Dienste von

allgemeinem **wirtschaftlichen** Interesse“ festgehalten – zugleich jedoch eine weitere Kategorie der **nichtwirtschaftlichen** Dienstleistungen eingeführt. Auch dies ist erstmals im europäischen Primärrecht der Fall, wobei das Protokoll betont, dass die Regelungszuständigkeit hierfür bei den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft liegt.

Auf der anderen Seite sieht sich die bisher enge Definition der **sozialen Dienste** in der Dienstleistungsrichtlinie aufgebrochen. Das Protokoll spricht in Zusammenhang mit der Erbringung dieser Dienste nicht mehr von „bedürftigen Nutzern“, sondern von den „Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer“. Dies vergrößert die Einwirkungsmöglichkeiten der Kommission bzw. der Gemeinschaft auf das EU-Regelwerk im Bereich der („sozialen“) Daseinsvorsorge und damit auch bei den Gesundheitsdienstleistungen.⁴²

Das Protokoll gibt insofern und zunächst einen kohärenten übergeordneten Rahmen für künftige Maßnahmen auf der EU-Ebene vor. Es dient zugleich als Bezugspunkt für alle Ebenen staatlichen Handelns im Mehr-Ebenen-System der Gemeinschaft: Soziale und gesundheitliche Dienstleistungen sind entweder als wirtschaftlich oder als nichtwirtschaftlich zu gestalten bzw. zuzuordnen. Schließlich werden allgemeine und gemeinsame Werte, die der EU-Politik im Feld der Sozialdienst- und Gesundheitsdienstleistungen zugrunde liegen sollen, offenbar.

Gemeinsam mit den nationalen, regionalen und lokalen Behörden hat die EU darüber hinaus und künftig die Aufgabe, die Grundsätze und Bedingungen für die Erbringung eines breitgefächerten Spektrums von Dienstleistungen rechtlich mitzugestalten. Diese **gemeinsame Rechtsetzungsverantwortung** geht nunmehr aus dem Gemeinschaftsrecht hervor und sie wird in dem Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse, das dem Vertrag von Lissabon beigefügt ist, noch einmal besonders hervorgehoben. Als leitendes Prinzip ihrer Betätigung wird die Sicherung der Interessen der Allgemeinheit vor dem Hintergrund des Binnenmarktes erkennbar. Auch Dienstleistungen von allgemeinem **nichtwirtschaftlichem** Interesse unterliegen demzufolge grundsätzlich den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts.

2. Abgrenzung wirtschaftlicher von nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen

Das entscheidende Problem im Rahmen der dargestellten Kategorisierung von Dienstleistungen stellt sich im Hinblick auf die **Abgrenzbarkeit** wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Erbringung. Hierzu

³⁷ Demgegenüber meinen **Oppermann/Classen/Nettesheim** (Fn. 3), § 30 Rz. 4, fälschlich, durch den Vertrag von Lissabon ändere sich „kompetenziell im Bereich der Sozialpolitik ... kaum etwas“. Zum Einschluss der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen in die „Daseinsvorsorge“ s. nur **H.- F. Zacher**, Das soziale Staatsziel, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage, Bd. II: Verfassungsstaat, 2004, § 28 Rdnrn. 64 ff., 67.

³⁸ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006, Nr. L 376/36 v. 27.12.2006, Erwägungsgründe Nr. 14, 22 und 23.

³⁹ A. a. O. (Fn. 32).

⁴⁰ Zu den mit dem früheren Art. 16 EGV verbundenen Problemen der „sozialen“ Daseinsvorsorge vgl. m. w. Nachw. **R. Pitschas**, Kommunale Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt, in: Ders./J. Ziekow (Hrsg.), Kommunalwirtschaft im Europa der Regionen, 2004, S. 33 (44 ff.).

⁴¹ Maßgeblich ist insoweit und in substanzieller Übernahme der Regelungen im VVE Art. 14 Abs. 2 AEUV, mit dem „der Perspektivenwechsel vollendet (wird), der mit der Einfügung von Art. 16 EG in das Gemeinschaftsverfassungsrecht eingeleitet worden ist“, so **Th. Danwitz**, Die Rolle der Unternehmen der Daseinsvorsorge im Verfassungsentwurf, in: J. Schwarze (Fn. 5), S. 251, 258 ff.

⁴² Tendenziell anders **Becker** (Fn. 5), S. 209, 214 ff., 216 ff.; wenig sozialrechtlich orientiert **Oppermann/Classen/Nettesheim** (Fn. 3), § 30 Rz. 35 a. E.; in der hiesigen Richtung etwa **J.- C. Pielow**, „Soziale“ Daseinsvorsorge und „Dienste von allgemeinem Interesse“, in: FS F.- E. Schnapp, 2008, S. 491 (493 ff., 495 ff., 506 f.).

gibt es, wie die Rechtsprechung des EuGH zum Wettbewerbsrecht belegt,⁴³ keine Pauschalantwort. Vielmehr muss auf den jeweiligen Einzelfall abgestellt werden. Maßgebend ist nach Ansicht des EuGH die **Art der eigentlichen Tätigkeit**.⁴⁴ Sie wird nach einer Reihe von Kriterien beurteilt, wonach ein und dasselbe Gebilde sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben kann und somit für einen Teil dieser Tätigkeiten – aber nur für diesen – den Wettbewerbsregeln unterliegt.⁴⁵

Welche Probleme sich daraus ergeben, zeigt im Gesundheitssektor die gegenwärtige Diskussion über die Bindung der gesetzlichen Krankenkassen an das **Vergaberecht**.⁴⁶ Darüber hinaus kann eine Sozialeinrichtung gemeinnützige Zwecke verfolgen und zugleich mit den insoweit verfolgten Angeboten bzw. Geschäften, selbst wenn diese ohne Gewinnerzielungsabsicht getätigt werden, mit anderen Anbietern konkurrieren, wie dies etwa im Fall des § 116 b SGB V der Fall ist.⁴⁷ Die sehr zurückhaltende Auffassung des BSG zum Konkurrenzschutz bedarf insoweit zukünftig der Korrektur.⁴⁸

3. Ambivalenz sozialer Dienstleistungen

Sozialdienstleistungen gehören in der erwähnten Kategorisierung, je nach Art der betreffenden Tätigkeit, entweder zu den wirtschaftlichen oder zu den nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen. Die ersteren prägt die Absicht der Gewinnerzielung. Den letzteren rechnen auf Solidarität gegründete gesetzliche und ergänzende Handlungssysteme mit dem Zweck der sozialen Sicherung zu, die unterschiedlich organisiert sind und gegen elementare Lebensrisiken absichern.⁴⁹

⁴³ Vgl. nur EuGH, Urt. v. 16.3.2004 – AOK Bundesverband u. a., C – 264/01 u. a., Slg. 2004, I-2493; Urt. v. 5.3.2009 – Kattner Stahlbau u. a., C – 350/07 (unveröff.); Urt. v. 11.6.2009 – Hans & Christophorus Oymanns GbR u. a., C – 300/07, NJW 2009, 2427 m. w. Nachw. aus der Rspr.; zu den Abgrenzungsproblemen s. auch **Pielow** (Fn. 42), S. 503 ff.

⁴⁴ EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. Kattner (Fn. 43), Rz. 78 f., 82 f., 85, 89.

⁴⁵ EuGH, Urt. v. 5.3.2009, Rs. Kattner (Fn. 43), Rz. 35 ff., 42 f., 82.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 11.6.2009, Rs. Hans & Christophorus Oymanns GbR u. a. (Fn. 43); dazu **T. Kingreen**, Die Entscheidung des EuGH zur Bindung der Krankenkassen an das Vergaberecht, NJW, 2417.

⁴⁷ Dazu näher mit Nachw. aus der Rspr. des BSG und BVerfG **R. Pitschas**, Änderung der Versorgungsstrukturen durch Verflechtung von Leistungssektoren: Ambulante Krankenhausbehandlung nach § 116 b SGB V, MedR 2008, 473 (477 ff.).

⁴⁸ Vgl. **R. Düring**, Konkurrentenrechtsschutz im Vertragsarztrecht, in: FS F.- E. Schnapp, 2008, S. 389 (400): Die rechtliche Situation sei „entwicklungsoffen“.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 16.3.2004, Rs. AOK Bundesverband u. a., (Fn. 43) Rz. 51; Urt. v. 5.3.2009, Rs. Kattner u. a. (Fn. 43), Rz. 35, 42, 43.

Ebenso gehören dazu sonstige unmittelbar zugunsten des Einzelnen sowie ohne Absicht der Gewinnerzielung erbrachte Dienstleistungen im Rahmen der sozialen Fürsorge, Arbeitsvermittlung, Weiterbildung oder auch im Bereich der Pflegeleistungen.

Insofern diese Dienstleistungen regelmäßig auf **lokaler Ebene** erbracht werden, liegt die Verbindung mit der kommunalen Selbstverwaltung auf der Hand. Da die Union nach Art. 3 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union die Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen und die jeweilige nationale Identität achtet, die in ihren grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen einschließlich der regionalen und lokalen Selbstverwaltung zum Ausdruck kommt, entzieht sich dann allerdings die **kommunale Sozialpolitik** der geteilten Zuständigkeit i. S. des Vertragsrechts von Lissabon. Aus alledem folgt - das verdeutlicht die Mitteilung der Kommission über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen - die Anwendung des Wettbewerbs-, Beihilfen- und Vergaberechts für soziale Dienstleistungen. Nähere Regelungen hierzu sind damit auf die Tagesordnung von europäischer bzw. nationaler Rechtsetzung und Rechtsschutz gesetzt.

IV. Insbesondere: Gesundheitsdienstleistungen im Gefüge der europäischen Gesundheitspolitik

1. Leistungen zur Gesundheitsversorgung als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

Leistungen der Gesundheitsversorgung durch die soziale Krankenversicherung fallen ebenfalls unter den Oberbegriff der Dienstleistungen vom allgemeinem Interesse. Allerdings wurzelt die gemeinschaftsrechtliche Befugnis zu ihrer Regulierung noch in weiteren Vertragsbestimmungen. Das Gemeinschaftsrecht auf der Grundlage des Vertrags von Nizza hatte insofern und in Art. 3 Abs. 1 lit. p EGV ausdrücklich einen Beitrag der Tätigkeit der Gemeinschaft zur Erreichung eines „hohen Gesundheitsschutzniveaus“ vorgesehen. Ganz in diesem Sinne war mittlerweile Art. 152 EGV zur gegenwärtigen Leitnorm einer europäischen Gesundheitspolitik herangereift. Man mag darüber streiten, ob auf dieser Grundlage bereits von einem **Europäischen Gesundheitsrecht** zu sprechen ist.⁵⁰ Kein Zweifel besteht hingegen daran, dass die Gesundheitsreformen in Deutschland seit dem Jahr 2000 auch und nicht zuletzt einer europäisch-gesundheitsrechtlichen Leitvorstellung folgen, die im Kern bereits in Art. 152 EGV a. F. angelegt war (Qualitätsbezug u. a. m.).⁵¹ Hinzu tritt das europäische Leitbild

⁵⁰ Dazu die Überlegungen bei **R. Pitschas**, Deutsches und europäisches Gesundheitsrecht zwischen öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsordnung und Verbraucherschutz. Soziale Krankenversicherung als Ausnahmebereich des Art. 86 Abs. 2 EGV, ZSR 2000, 475 (481 ff., 490 ff.).

⁵¹ Ebenso **Becker** (Fn. 5), S. 206 f. m. Anm. 31.

des mündigen Patienten als informierter und aktiver Verbraucher von Gesundheitsdienstleistungen bzw. Arzneimitteln, wie es insbesondere durch Art. 153 Abs. 1 EGV in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 lit. p EGV vermittelt wurde.⁵²

Der aktuelle „Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte bei der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung“⁵³ stützt sich auch auf diese rechtliche Grundlage (nunmehr: Art. 169 AEUV); er konkretisiert ein weiteres Mal die gleichfalls festzustellende **gemeinsame Gesundheitsvorsorgeverantwortung** von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Hinzu tritt das „Recht auf Gesundheitsschutz“, wie es in der europäischen Grundrechte-Charta und damit nunmehr im Vertragswerk von Lissabon verankert ist.⁵⁴

Gemeinschaftsrechtlich ist allerdings ebenso klar, dass bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Gesundheitsbereich die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung grundsätzlich unangetastet bleiben müssen. Allerdings werden dadurch die Probleme um die Regelungszuständigkeiten und ihre Verteilung auf die Gemeinschaft und/oder auf die Mitgliedstaaten nicht geringer. Nicht zuletzt deshalb hat die EU parallel zu ihrem Vorstoß bei den Sozialdienstleistungen auch eine allgemeine Anhörung über Maßnahmen der Gemeinschaft im Gesundheitswesen und etwaige Probleme dort mit der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durchgeführt.⁵⁵ Unter Berücksichtigung der vom Rat im Juni 2006 daraufhin angenommenen Erklärung zu den „gemeinsamen Werten und Prinzipien“ der EU-Gesundheitssysteme gehört der Richtlinienentwurf für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung zum neuesten Sozialpaket, das die EU-Kommission Mitte des Jahres 2008 präsentierte.⁵⁶

Weitere (geplante) Gestaltungsschritte einer europäischen Gesundheitspolitik dürften folgen. Sie verfügen allerdings bisher über kein entsprechend ausgefächertes kompetenzielles Fundament. An der Schnittstelle zwischen Gesundheitswesen und Sozialpolitik, nämlich bei der **ambulanten und stationären Gesundheitsversorgung**, hat die EU einer eigenständigen Regulierung des Gesundheitsmarktes jedenfalls bislang noch weithin entsagen müssen. Nur wenig hat daran die Rechtsprechung des EuGH geändert,

der auf der Basis der Grundfreiheiten und der Wettbewerbspolitik die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit auf den Gebieten der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen, der Einbeziehung von Arzneimitteln in gesetzliche Leistungssysteme, der Anwendbarkeit des Vergaberechts und des Wettbewerbsrechts sowie für das Handeln von Sozialversicherungsträgern gegenüber Leistungserbringern „europäisiert“ hat – oder dies eben verweigert.⁵⁷

2. Das Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse

Indes dürfte auch hier das **Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse** den Ansatzpunkt für eine künftig veränderte Einflussnahme der EU auf Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung in der Gesundheitsversorgung bieten. Ihm entspringt ein kohärenter Rahmen für EU-Maßnahmen im Bereich der Gesundheitsversorgung.

Selbst dort, wo es um **nichtwirtschaftliche** Dienste von allgemeinem Interesse im Rahmen der Gesundheitsversorgung geht, bilden sich **drei rechtliche Ansatzpunkte** für die effektive Beteiligung der EU an der Umsetzung der gemeinsamen Gesundheitsvorsorgeverantwortung heraus. Einerseits handelt es sich um die Berücksichtigung der Leistungs- und Situationsvielfalt und der unterschiedlichen Bedürfnisse und Präferenzen der „Nutzer“ i. S. des Protokolls Nr. 26. Einen zweiten Ansatzpunkt bildet die Förderung von Qualität, Versorgungssicherheit und Erschwinglichkeit hochwertiger, gesicherter und bezahlbarer Dienste von allgemeinem Interesse. Hierzu gehört auch der **Zugang** zu Gesundheitsdienstleistungen über Ländergrenzen hinweg. Schließlich bedarf es des Schutzes der Rechte der Dienstleistungsempfänger. Hierbei denkt die Kommission an die Einsetzung einer **unabhängigen Regulierungsbehörde** mit entsprechender personeller Ausstattung und klar umrissenen Befugnissen und Pflichten. Vorstellbar ist insoweit eine „Europäische Gesundheitsagentur“.

Auf der Grundlage des Protokolls wird somit aller Voraussicht nach die Kommission an der Konsolidierung des EU-Rahmens für **nichtwirtschaftliche** Dienste von allgemeinem Interesse einschließlich der Leistungen in der Gesundheitsversorgung arbeiten und dort rechtliche Lösungen schaffen.

3. Richtlinienvorschlag der Kommission über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung

Der in diesem Zusammenhang von der Kommission vorgelegte und bereits erwähnte Richtlinienvorschlag⁵⁸ gründet auf einer unabhängigen Exper-

⁵² Pitschas (Fn. 50), 490 ff.

⁵³ Vom 2.7.2008, KOM (2008) 414 endg.; dazu der Bericht von **M. Schulte Westenberg**, Gesundheitsdienstleistungen in der EU – die geplante „Patienten-Richtlinie“, NZS 2009, 135 ff.

⁵⁴ Art. 35 GRCh.

⁵⁵ S. die Hinweise bei **Schulte Westenberg** (Fn. 53), 136 f.

⁵⁶ Vgl. p. 11 der „Renewed social agenda“ (Fn. 31).

⁵⁷ Dazu die in Fn. 43 ff. berichtete Rspr. des EuGH; s. ferner **R. Schlegel**, Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Kontext – ein Überblick -, SGB 2007, 700 ff.

⁵⁸ A. a. O. (Fn. 53); ergänzend dazu die Mitteilung der Kommission „Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung

tenanalyse des Europäischen Observatoriums für Gesundheitssysteme und Gesundheitspolitik sowie auf einer Bestandsaufnahme der Entwicklungen im Bereich der Gesundheitsversorgung in Europa. Er enthält einschlägige rechtliche Definitionen und allgemeine Bestimmungen, bevor er sich in die Hauptbereiche der gemeinsamen Grundsätze in allen EU-Gesundheitssystemen, in spezifische Maßgaben für grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung und in Vorschriften über die europäische Zusammenarbeit bei der Gesundheitsversorgung gliedert. Damit soll ein klarer und transparenter Rechtsrahmen für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung innerhalb der EU bereitgestellt werden. Er gilt namentlich für alle diejenigen Fälle, in denen ein Patient medizinische (ambulante oder stationäre) Behandlung benötigt, die in einem anderen als seinem eigenen Mitgliedstaat zur Verfügung steht. Dabei soll die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung nach Art. 169 AEUV in vollem Umfang gewahrt bleiben.⁵⁹

Besondere Aufmerksamkeit dürfte bei alledem die in der Richtlinie vorgesehene Regelung auf sich ziehen, wonach die Mitgliedstaaten sog. **nationale Kontaktstellen** für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung benennen werden. Die Überlegungen hierzu orientieren sich an der Figur des „Einheitlichen Ansprechpartners“, der bereits einen schwergewichtigen Streitpunkt in der EU-Dienstleistungsrichtlinie bildet.⁶⁰ Diesen nationalen Kontaktstellen obliegt es, Informationen für Patienten, insbesondere über ihre Rechte bei der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung und über ihre Garantien für Qualität und Sicherheit, den Schutz personenbezogener Daten, über Verfahren für Beschwerden sowie Rechtsbehelfe bei der Gesundheitsversorgung in anderen Mitgliedstaaten bereitzustellen. Abzusehen ist, dass heftige Diskussionen darüber stattfinden werden, wer die Aufgabe der Kontaktstelle übernehmen sollte. Es liegt auf der Hand, dass dies die (Zahn-)Ärztelkammern sein dürften.

Mit dieser und den weiteren Detailregelungen stellt die europäische Patientenrichtlinie bereits in ihrem Entwurf einen begrüßenswerten Ansatz der Verwirklichung gemeinsamer Gesundheitsversorgungsverantwortung in der Gemeinschaft dar. Auch ihn kennzeichnet insoweit die künftig geteilte Verantwortung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten in der Sozial- und Gesundheitspolitik.

der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung“ vom 2.7.2008, KOM (2008) 415 endg.

⁵⁹ Mitteilung der Kommission (Fn. 58), S. 11 f.

⁶⁰ Dazu die Beiträge in J. Ziekow/L. Windoffer (Hrsg.), Ein Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister – Anforderungen des Vorschlags einer EU-Dienstleistungsrichtlinie und Gestaltungsoptionen im föderalen System der Bundesrepublik Deutschland, 2007.

IV. Bilanz und Ausblick

Ziehen wir nach alledem eine **Bilanz**. Nach und nach offenbart sich im Blick auf den Vertrag von Lissabon die neue Qualität des europäischen Sozialmodells. Auf der Grundlage der klaren Unterscheidung der drei Grundkategorien Werte - Ziele – Zuständigkeiten für das Handeln der Union im Vertragswerk zeigt sich, dass die Gemeinschaft nicht nur auf gemeinsamen sozialem ethischen Werten gründet, sondern sie zugleich sozialpolitische Ziele verfolgt, denen der Umfang der ihr eingeräumten und nachgearbeiteten Zuständigkeiten entspricht. Diese Ziele verweisen mehrfach auf die soziale Verankerung des geeinten Europas und auf deren Leitaussagen. Vor allem die **Solidarität** zwischen den Generationen wird als Leitziel berufen. Konsequenter folgt daraus eine „geteilte Zuständigkeit“ für die Sozial- und Gesundheitspolitik. Ganz in diesem Sinne werden dann auch die Regelungen der Europäischen Grundrechte-Charta zu dem Recht eines jeden Menschen etwa „auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge“ oder auf „ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Geflogenheiten“ inkorporiert.

Bereits daraus wird deutlich, dass die **gemeinsame Verantwortung** von EU und den Mitgliedstaaten als Resultat der gemeinsamen Verpflichtung auf die Solidarität der „Unionsbürger“ neben der „Marktbürgerschaft“ das Fundament eines entsprechenden Regelwerks bildet. Darin liegt zunächst und zumindest partiell ein neues Verständnis von der sozialen Verantwortung der Gemeinschaft für die Durchsetzung der europäischen Grundfreiheiten. Es strahlt auf die Komplementärrechte, -freiheiten und -grundsätze aus, wie diese im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, darunter auch solchen von nichtwirtschaftlichem Interesse i. S. des Art. 14 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union zur Wirkung gelangen.

Eine besondere Bedeutung kommt für die Ausübung dieser gemeinsamen Sozialverantwortung dem **Protokoll Nr. 26** zum Vertrag von Lissabon zu. Der skizzierte Vorschlag für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung bestätigt die Begründung und Betätigung dieser gemeinsamen Sozialverantwortung auch im europäischen Gesundheitssektor. Mehr und mehr sieht sich damit das gemeinschaftsrechtliche Fundament des europäischen Sozialmodells gefestigt.