

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

Universität Bremen

ZERP

Anja Hoffmann

Der Anspruch der Unionsbürger auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung

Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen, die Rechtsprechung des EuGH und eine neue Rechtsetzungsinitiative der Europäischen Kommission

IMPRESSUM

Herausgabe &
Vertrieb:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Nachdruck:

Nur mit Genehmigung des Herausgebers

ISSN (Internet):

1868-7520

Bremen, im Juni 2009

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung.....	1
II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen.....	2
1. Vertragliche Ausgangssituation – Bedeutung der Grundfreiheiten für die europäische Integration	2
a) Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 ff. EGV	6
b) Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 EGV	6
2. Auswirkungen der europäischen Integration auf die nationalen Sozialsysteme – Kann die EG primärrechtlich gegensteuern?	7
a) Primärrechtliche Befugnisse der EG in der Sozial- und Gesundheitspolitik	8
b) Umsetzung der primärrechtlichen Befugnisse der EG in der Sozial- und Gesundheitspolitik	9
3. Zwischenfazit.....	10
III. VO (EWG) Nr. 1408/71 – Das europäische koordinierende Sozialrecht – Intendiertes Eingreifen durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht in die nationalen Gesundheitssysteme	11
1. Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen der VO (EWG) Nr. 1408/71.....	12
2. Allgemeine Rechtswirkungen der VO (EWG) Nr. 1408/71	13
3. Leistungen bei Krankheit nach Art. 18 ff. VO (EWG) Nr. 1408/71	15
a) Einführung	15
b) Gewährung von Leistungen bei Krankheit in einem anderen Mitgliedstaat	16
aa) Geldleistungen vs. Sachleistungen – Grundsätze	17
bb) Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 – Anspruch auf Gesundheitsleistungen außerhalb des zuständigen Mitgliedstaates.	18
4. Aktuelle Kritik.....	19
a) Kritik in tatsächlicher Hinsicht.....	19
b) Rechtliche Kritik	20
c) Fazit.....	20
IV. Nicht-intendierte Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts – das Eingreifen der Rechtsprechung des EuGH in die nationalen Gesundheitssysteme	22
1. Die zentrale Bedeutung des EuGH für das europäische Sozialrecht.....	22
2. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH	23
a) Kohll, Decker	23
aa) Anwendung der elementaren Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bzw. der Grundfreiheiten im Bereich der sozialen Sicherheit	24

bb) Verhältnis Grundfreiheiten und VO (EWG) Nr. 1408/71	25
cc) Beeinträchtigung der Grundfreiheiten und Rechtfertigung	26
dd) Bedeutung der Rechtsprechung Kohll und Decker.....	28
b) Smits/Peerbooms	29
c) Vanbraekel	32
d) Müller-Fauré/van Riet	33
e) Watts	34
3. Schlussfolgerungen aus den Entscheidungen des EuGH – Der EuGH als Motor gesundheitspolitischer Integration?	38
a) Grundsätze	38
b) Auswirkungen der Entscheidungen	39
V. Aktuelle Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH anhand des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung	41
1. Einführung	41
2. Hintergrund und Vorbereitung des RiL-Vorschlags	43
3. Ziele und Inhalte des RiL-Vorschlags	46
a) Ziele, Art. 1 RiL-Vorschlag.....	46
b) Inhalte ..	47
aa) Grundstruktur	47
bb) Einzelfragen	48
(1) Geltungsbereich, Art. 2 RiL-Vorschlag.....	48
(2) Zuständigkeit der Behörden des Behandlungsmitgliedstaates, Bestimmungen für die Gesundheitsversorgung in einem anderen Mitgliedstaat, Art. 5, 11 RiL-Vorschlag	49
(3) Verfahren, Art. 6 bis 9 RiL-Vorschlag.....	49
(4) Höhe der Kostenerstattung, Art. 6 und 7 RiL-Vorschlag.....	51
(5) Sonstige Regelungen, Art. 10, 12 RiL-Vorschlag.....	52
4. Verhältnis VO (EWG) Nr. 1408/71 und RiL-Vorschlag.....	53
5. Beurteilung des RiL-Vorschlags.....	54
a) Zustimmung	54
b) Kritik	55
aa) Kritik aus Sicht der Versicherten	56
(1) Vorleistungspflicht	56
(2) Kostenerstattung	57
bb) Kritik aus Sicht der Mitgliedstaaten.....	58
(1) Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes nach Art. 5 EGV	58
(2) Vorabgenehmigung für stationäre Behandlungen	59
c) Zwischenfazit.....	60

VI. Auswirkungen der Rechtsetzung der EG und der Rechtsprechung des EuGH auf den deutschen Gesetzgeber	61
1. Änderungen zum 01.01.2004, GKV-Modernisierungsgesetz	61
2. Aktueller Änderungsbedarf?.....	63
VII. Schlussbetrachtungen und Ausblick.....	64
Literaturverzeichnis	67

I. Einleitung

Im Jahr 1998 fällte der Europäische Gerichtshof (nachfolgend EuGH) zwei Entscheidungen, auf die später noch näher einzugehen sein wird, die für die Frage des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung von elementarer Bedeutung waren (und sind), aber zunächst in Deutschland und Europa für Aufregung, wenn nicht Entsetzen sorgten.¹ Die Richter hatten zu entscheiden, ob eine Vorschrift des nationalen Krankenversicherungsrechts mit dem Gemeinschaftsrecht verträglich sei, die einem Versicherten die Beschaffung von medizinischen Leistungen außerhalb seines Mitgliedstaates (nachfolgend MS) nur mit vorheriger Genehmigung des zuständigen Trägers gestattete (detailliert unter IV.). Auch wenn diese Regelung den nationalen Gepflogenheiten entsprach (vgl. § 16 Abs. 1 SGB V, wonach Versicherte ihre Sozialleistungen grundsätzlich nur im Inland erhalten können), stellte sich die für das gesamte Gemeinschaftsrecht elementare Frage: Welche Bedeutung erlangen Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit für die durch ein System der sozialen Sicherheit erbrachten Dienst- und Sachleistungen für den Einzelnen? Diese Frage hätte sich aufgrund der primärrechtlich verbürgten Grundfreiheiten eigentlich schon viel früher aufdrängen müssen. Dennoch stellte sie sich lange nicht, weil die Sozialpolitik im Normengefüge des EGV seit jeher als das alleinige Refugium des einzelnen, scheinbar insoweit souveränen, MS galt.² Nur hinsichtlich der Grundfreiheit der Freizügigkeit aus Art. 39 EGV setzte sich früh die Erkenntnis durch, dass sie eine gewisse Bedeutung bzw. Einfluss auf das Sozialrecht hat. Denn die Inanspruchnahme der Freizügigkeit forderte zwingend, dass ihr Gebrauch nicht mit dem Verlust von sozialen Rechten einhergeht.³ Die anderen Grundfreiheiten – namentlich der freie Dienstleistungs- und Warenverkehr – wurden dagegen für das Sozialrecht gänzlich als bedeutungslos angesehen.⁴ Seit den Entscheidungen des EuGH aus dem Jahr 1998 ist diese Sicht indessen, wie noch darzustellen sein wird, nicht mehr haltbar.

1 Vgl. Presserklärung des Bundesministeriums für Gesundheit Nr. 28 vom 28.04.1998, wonach eine Auszehrung der deutschen Krankenversicherung verhindert werden müsse. Beispielhaft ebenso *Kötter*, VSSR 1998, 233.

2 Oder wie es in den Schlussanträgen zu den Entscheidungen Kohll und Decker treffend formuliert wurde, als: „îlot imperméable à l’influence du droit communautaire“.

3 Dieses Ziel hat der EuGH durch die extensive Auslegung des Freizügigkeitsgedankens maßgeblich beeinflusst, wegweisend u.a. EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – Bosman. Vgl. auch *Sievekink*, ZSR 1997, 187 ff.

4 Nur einige Autoren vertraten schon früh eine andere Ansicht, zum Beispiel von *Maydell*, in: von Maydell/Schnapp, 1992, 25 ff.

Mit der vorliegenden Arbeit sollen die Grundsätze und Auswirkungen dieser Entscheidungen für den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung beleuchtet werden. Dabei wird zunächst die gemeinschaftsrechtliche Ausgangssituation dargestellt, sodann geprüft, welchen Gehalt die einzelnen Grundfreiheiten, die für die Durchsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung heranzuziehen sind, haben und welche Möglichkeiten die EG selbst besitzt, den Anspruch durchzusetzen bzw. positiv zu beeinflussen (II.). Danach soll die Frage beantwortet werden, wodurch das geltende europäische Sozialrecht geprägt ist, und dazu die erste wegweisende sozialpolitische gemeinschaftsrechtliche Maßnahme – die VO (EWG) Nr. 1408/71⁵ – in Bezug auf den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung ausgewertet und ihre Grenzen hinsichtlich der Durchsetzung des Anspruchs analysiert werden (III.). Nach der näheren Darstellung der vom EuGH aufgestellten Grundsätze in der Rechtsprechung zum bestehenden Anspruch auf europaweite Gesundheitsversorgung (IV.), wird die Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH zur Inanspruchnahme von grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen anhand des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung einschließlich Inhalt, Umfang und Grenzen des Vorschlags besprochen (V.). Abschließend erfolgt ein kurzer Ausblick auf mögliche Auswirkungen des vorgestellten Richtlinienvorschlags auf das deutsche Gesundheitsrecht mit absehbaren notwendigen Änderungen der bereits national umgesetzten Rechtsprechung des EuGH (VI.) sowie Schlussbetrachtungen und ein Ausblick (VII.).

II. Gemeinschaftsrechtliche Grundlagen

1. *Vertragliche Ausgangssituation – Bedeutung der Grundfreiheiten für die europäische Integration*

Im europäischen Integrationsprozess wächst die Mobilität innerhalb der Europäischen Union (nachfolgend EU). Das gilt für Waren, Dienstleistungen, Kapital und Arbeitskräfte, aber auch – losgelöst vom wirtschaftlichen Status – für den einzelnen Bürger. Manchmal lässt sich die medizinische Versorgung am

5 VO (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. L 149 vom 05.07.1971, S. 2 ff.; in der konsolidierten Fassung der VO vom 02.12.1996, ABl. L 28 vom 30.01.1997, S. 1 ff.; zuletzt geändert durch die VO (EG) Nr. 631/2004 vom 01.06.2004, ABl. L 100 vom 06.04.2004, 1.ff.

besten in einem anderen MS erreichen. Wenn anderswo besser, schneller oder preiswerter versorgt wird, sind Patienten auch durchaus bereit, ins Ausland zu gehen, um sich dort behandeln zu lassen. Die nationalen sozialen Sicherungssysteme der MS machen dabei einen Anspruch auf Gesundheitsversorgung häufig abhängig von Faktoren wie der Beschäftigungs- und Wohndauer des Versicherten, dem aktuellen Aufenthalt in einem MS oder der Staatsbürgerschaft. Erst wenn ein Beitrag zu den Sicherungssystemen geleistet wurde – entweder durch die Zahlung von Steuern oder durch Zwangsbeiträge⁶ –, besteht ein Anrecht auf Leistungen. Die finanzielle Solidarität wird also national (zunächst) grundsätzlich von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht.

Durch die Mitgliedschaft in der EU werden die MS indessen gezwungen, ihre sozialen Sicherungssysteme unter bestimmten Bedingungen für Personen aus anderen MS zu öffnen. Die Europäische Gemeinschaft hat es sich unter anderem zur Aufgabe gemacht, „ein hohes Maß an sozialem Schutz“ zu sichern (vgl. Art. 2 Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft⁷). Ein wesentliches Instrument zur Verwirklichung dieses Ziels ist die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes⁸ (vgl. Art. 2, 3 Abs. 1 lit. c EGV). Von Beginn an waren die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, die Europäische Gemeinschaft und die EU ein primär ökonomisches Projekt.⁹ Die Volkswirtschaften der einzelnen MS sollten miteinander kooperieren; aus dieser Kooperation sollte sodann ein Gemeinsamer Markt – seit 1986 als Binnenmarkt bezeichnet – werden. Das war und ist das zentrale Ziel der europäischen Integration. Der Binnenmarkt als “Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital ... gewährleistet ist“ (vgl. Art. 14 Abs. 2 EGV), war seit jeher der Ort, an dem sich sämtliche Grundfreiheiten entfalten können.¹⁰ Der Bereich des Sozia-

6 Zu den verschiedenen nationalen Systemen sehr ausführlich *Devetzi*, 1999, 114 f.; *Becker*, 1996; *Dehn*, Die Sozialversicherung 1996, 7 ff.; *Schulte*, ZSR 1997, 729 ff. Die Finanzierung ist entweder beitragsbezogen oder wird vom Staat (über Steuereinnahmen) voll getragen. Allen MS gemeinsam ist lediglich, dass eine umfassende Absicherung von sozialen Risiken durch wohlfahrtsstaatliche Institutionen, z.B. durch Sozialversicherungen und/oder steuerfinanzierte Einkommenstransfersysteme gewährleistet ist.

7 ABl. C 325 vom 24.12.2002, 114 ff., nachfolgend als EGV abgekürzt.

8 Zusammenfassend zu den Auswirkungen des Binnenmarktes auf die soziale Sicherheit *Schmähl*, 1990, 17 ff.; *von Maydell/Schulte*, KV 2001, 207, 208 f.

9 Zusammenfassend *Eichenhofer*, 2006, 40.

10 Wegen der konstituierenden Bedeutung für die freien Verkehrsströme und insbesondere den freien Wirtschaftsverkehr, aber auch wegen der Begründung von Individualrechten (für die Warenverkehrsfreiheit bereits EuGH, Rs. 74/76, Slg.1977, 557, Rn. 13 – *Ianelli & Volpi/Meroni*; Rs. 83/78, Slg. 1978, 2347, 2347, Rn.66, 67 – *Pigs*

len sollte dagegen von Anfang an weitestgehend ausgeklammert werden und in der Zuständigkeit der MS verbleiben.¹¹ Diese Konzeption fand ihren normativen Ausdruck zunächst in den Vorschriften des EWGV^{12 13}. Die dortigen Regelungen wiesen der Gemeinschaft insgesamt nur sehr wenige explizite Kompetenzen in diesem Bereich zu.^{14 15} Lediglich Art. 51 EWGV (heute Art. 42 EGV) verlangte früh die Koordinierung der sozialen Sicherheit zur Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer. Wie wichtig den MS dieses Anliegen war, zeigte sich darin, dass die VO Nr. 3 und Nr. 4 aus dem Jahre 1958¹⁶ zu den ersten Verordnungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft gehörten¹⁷.

Marketing Board/Redmond; für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer Rs. 48/75, Slg. 1976, 497, Rn. 19, 23 f. – Royer; für die Dienstleistungsfreiheit Rs. 33/74, Slg. 1974, 1299, Rn. 24, 26 ff. – van Binsbergen), werden die Gewährleistung des freien Warenverkehrs, des freien Personenverkehrs, des freien Dienstleistungsverkehrs und des freien Kapitalverkehrs als die vier „Grundfreiheiten“ des EG-Vertrages bezeichnet, zu denen als notwendige „Hilfsfreiheit“ der freie Zahlungsverkehr hinzutritt. Zu diesen Begriffen *Streinz*, 2005, 279 ff.

- 11 Die französische Sicht, die in einer sozialen Harmonisierung eine der entscheidenden Voraussetzungen für die Errichtung des Gemeinsamen Marktes sah, konnte sich nicht durchsetzen. Alle MS hatten sich vielmehr von Anfang an immer wieder gegen eine Harmonisierung des Sozialrechts der MS ausgesprochen. Zu den unterschiedlichen Positionen vor Abschluss der Römischen Verträge *Fuchs/Marhold*, 2006, 6 ff.; auch *Cornelissen*, in: Eichenhofer, 1993, 3; *Kuhn*, 1995, 34 ff.
- 12 Die „Römischen Verträge“ (Urfassung des EG-Vertrages) zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und Europäischen Atombehörde (Euratom) traten nach ihrer Unterzeichnung am 25.03.1957 am 01.01.1958 in Kraft.
- 13 Die Verträge waren vorrangig von einem wirtschaftsliberalen Geist geprägt. Man hatte (und hat) die Vorstellung, dass sich eine erfolgreiche Wirtschaftspolitik automatisch positiv auf die soziale Integration auswirkt, *Mestmäcker*, in: *Hasse/Molsberger/Watrin*, FS für Willgerodt, 1997, 231 f.
- 14 *Ipsen*, 1972, 932. In den Regelungen des Titels VIII über die Sozialpolitik hieß es für den Bereich der sozialen Sicherheit lediglich, dass eine enge Zusammenarbeit zwischen den MS in sozialen Fragen angestrebt werde.
- 15 Diese Kompetenzen betrafen ausschließlich die Arbeitnehmerfreizügigkeit (*Berié*, in: *Kleinhenz*, 1993, 67 f.), die Gleichbehandlung von Frauen und Männern (eine expansive Rechtsprechung des EuGH trug dazu bei, dass die EG mittlerweile über eine ernstzunehmende, wenngleich vor allem auf den Bereich der Beschäftigung begrenzte Geschlechtergleichbehandlungspolitik verfügt, *Oster/Lewis*, in *Leibfried/ Pierson*, 1995, 155 ff.), den Schutz der Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer und sozialpolitische Ausgabenprogramme (Einrichtung des Europäischen Sozialfonds).
- 16 ABl. Nr. 30 vom 16.12.1958, 561, 597.
- 17 Die Entstehungsgeschichte der Römischen Verträge und die dort getroffene Entscheidung zum Recht der Sozialversicherung sowie die spätere Umsetzung dieser Prinzipien durch die VO Nr. 3 und 4 lassen erkennen, dass es schon der Zielsetzung

Diese Verordnungen gingen später in den noch heute geltenden VO (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 auf (detailliert unter III.). Dennoch gilt bis heute weitestgehend das ursprüngliche Postulat: Fragen der Sozial- und Gesundheitspolitik gehören zu den ausschließlichen Kompetenzen der MS.¹⁸ obwohl durch den Vertrag von Maastricht¹⁹ ²⁰ und den Vertrag von Amsterdam²¹ die Befugnisse der EG in diesen Bereichen erweitert wurden.

im frühen europäischen Recht entsprach, die Gewährleistung des Rechts der Freizügigkeit der von der sozialen Sicherheit erfassten Personen durch eine Koordinierung des Sozialrechts sicherzustellen. Zur historischen Entwicklung in diesem Bereich insgesamt, *Fuchs*, NZS 2002, 337, 341.

- 18 So ausdrücklich der EuGH, Rs. 238/82, Slg.1984, 523 Rn. 16 – Duphar, wonach anerkannt wird, dass das Gemeinschaftsrecht nicht die Befugnis der MS berührt, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.
- 19 Konkret das Protokoll über die Sozialpolitik, dem ein Abkommen zwischen den MS beigefügt war, erweiterte die Kompetenzen der EG im Bereich der Sozialpolitik. Zum Inhalt des Abkommens über die Sozialpolitik auf der Grundlage des Maastrichter Vertrages insgesamt *Kliemann*, 1997, 57 f., 143 f.; *Balze*, 1994, 252 ff.
- 20 Mit dem Vertrag von Maastricht erhielt daneben die Gesundheitspolitik auf europäischer Ebene erstmals eine rechtliche Grundlage (vgl. Art. 3 lit. o) (heute p) EVG, 129 EGV a.F. (heute 152 EGV). Der Satz, dem in Art. 129 EGV a.F. die größte Bedeutung zugemessen wurde, lautete: „Die Erfordernisse im Bereich des Gesundheitsschutzes sind Bestandteil der übrigen Politiken der Gemeinschaft“. Damit deutete sich damals die bis heute beibehaltene Charakterisierung der Gesundheitspolitik als Querschnittsaufgabe an, die in der aktuellen Regelung des Art. 152 Abs. 1 EGV betont wird.
- 21 Seit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam, der sowohl den Vertrag über die Europäische Union („Maastricht-Vertrag“) als auch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft als maßgebliche primärrechtliche Rechtsgrundlagen modifizierte, gibt es eine gemeinschaftliche Sozialpolitik. Auch wenn man aufgrund der getroffenen Regelungen in dem Vertrag (aktuell im Kern die Regelungen der Artikel 136 bis 148 EGV) nicht von einer Europäischen Sozialunion sprechen kann, weil dieser Begriff, vor allem vor dem Hintergrund der Wirtschafts- und Währungsunion, ein größeres Maß an Harmonisierung voraussetzen würde, hat die Europäische Sozialpolitik insofern eine neue Qualität erhalten, als nunmehr EG und MS gemeinsame Aufgaben in der Sozialpolitik haben. Auch die europäische Gesundheitspolitik hat ihre vorläufig letzte nennenswerte Modifikation erfahren. Eine zentrale Änderung ist die in Art. 152 Abs. 1 Satz 1 EGV verankerte Bestimmung, dass die Sicherstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus Maßgabe aller Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen ist. Der Bedeutungsgewinn liegt damit darin, dass der Gesundheitsschutz zur verpflichtenden Querschnittsaufgabe aller Politikbereiche der Gemeinschaft geworden ist, vgl. *Hanika*, MedR 1998, 193, 195.

a) *Dienstleistungsfreiheit, Art. 49 ff. EGV*

Art. 49 ff. EGV sichert allen Unionsbürgern das Recht auf grenzüberschreitende Tätigkeitsausübung, höchstpersönlich oder durch Mitarbeiter zu.²² Die Dienstleistungsfreiheit steht dabei nicht nur dem Erbringer, sondern in gleicher Weise auch dem Empfänger von Diensten zu,²³ weshalb die aktive und die passive Dienstleistungsfreiheit unterschieden werden. Ein Patient, der sich in einen anderen MS begibt, um dort medizinische Leistungen in Anspruch zu nehmen, bewegt sich daher im Rahmen der passiven Dienstleistung. Gemäß Art. 49 Abs. 1 EGV sind Beschränkungen des Dienstleistungsverkehrs verboten. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind darunter alle Maßnahmen zu verstehen, die die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit „unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen“.²⁴ Die Maßnahmen können sich auf die Dienstleistung selbst, aber auch auf die Rahmenbedingungen beziehen.²⁵ Das Beschränkungsverbot umschließt Diskriminierungen und sonstige Behinderungen.²⁶ Vorschriften von MS, die sich auf die Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit beziehen, sind mit dem Gemeinschaftsrecht aber dann verträglich, wenn sie Anliegen des Allgemeininteresses oder Interessen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit verfolgen und ihrerseits nicht unverhältnismäßig sind (Art. 30, 55 i. V. m. 46 EGV, zu Rechtfertigungsgründen der Einschränkung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung als Ausfluss der passiven Dienstleistungsfreiheit unter IV.).

b) *Warenverkehrsfreiheit, Art. 28 EGV*

Die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 28 EGV gewährleistet die Freiheit der grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Verwertung von Waren. Sie wird primärrechtlich durch das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen oder Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den MS, das Verbot diskriminierender innerstaatlicher Abgaben und diskriminierender Praktiken und die Aufhebung der Zollschränken an den Binnengrenzen erreicht bzw. geschützt (vgl.

22 Zum persönlichen Anwendungsbereich der Art. 49 ff. EGV *Müller-Graf*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 49 EGV Rn. 43-59; *Borchardt*, 2006, 304 f.; *Zuleeg*, in: Due/Lutter/Schwarze, FS für Everling, 1995, Bd. 2, 1717 ff.

23 Grundlegend dazu EuGH, verb. Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377 – *Luisi und Carbone*.

24 Beispielhaft EuGH, Rs. C-439/99, Slg. 2002, I-305 Rn. 22 – *Kommission ./ Italien*.

25 Einzelfälle *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 49, 50 EGV Rn. 49, 77 ff.

26 *Müller-Graf*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 49 EGV Rn. 71 ff. und 84 ff.

23, 25, 28 bis 31 EGV). Unter dem Begriff „Maßnahmen gleicher Wirkung“ gemäß Art. 28 EGV werden alle nationalen Vorschriften und darauf gestützte Akte eines MS verstanden, die Einfuhren gegenüber dem Absatz inländischer Erzeugnisse erschweren, verteuern oder benachteiligen.²⁷ Der EuGH präzisier- te diese Formulierung in seinen Entscheidungen *Dassonville*, *Cassis de Dijon* und *Keck/Mithouard*.²⁸ Seitdem ist als Maßnahme gleicher Wirkung „jede Handelsregelung der MS zu verstehen, die den innergemeinschaftlichen Han- del unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern ver- mag“. Die Handelsbeschränkung ist daher unabhängig von ihrer Tendenz und erzielten Wirkung zu bestimmen; eine objektive und generelle Eignung zur Behinderung des freien Warenverkehrs genügt. Einschränkungen sind wieder- um ausnahmsweise zu Gunsten des Allgemeininteresses oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung möglich (vgl. Art. 30 EGV, detailliert unter IV.).

2. *Auswirkungen der europäischen Integration auf die nationalen Sozialsysteme – Kann die EG primärrechtlich gegensteuern?*

Tatsächlich hat(te) die konkrete Gestaltung der europäischen Integration Aus- wirkungen auf die nationalen Sozial- und Gesundheitspolitiken²⁹ bzw. hat(te) die Verwirklichung des Binnenmarktes nachhaltige Auswirkungen, die vor den nationalen Sozial- und Gesundheitssystemen nicht halt mach(t)e, obwohl sie im ökonomischen Kern des Binnenmarktprojekts keine Rolle spiel(t)en.³⁰ Das europäische Binnenmarktrecht und die Grundfreiheiten sind daher bereits mehrfach in Konflikt mit gesundheitspolitischen nationalen Regulierungen der MS gekommen.

27 *Becker*, EuR 1994, 168 ff.; *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, Art. 28 EGV Rn. 34-70.

28 EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 847, 857 – *Dassonville*; Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*; verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, Slg. 1993, I-6097 – *Keck*.

29 Obwohl die politische Angleichung der nationalen Gesundheitssysteme nicht ganz oben auf der Tagesordnung der EU stand (und steht), veränder(te)n sich diese unter dem Druck einer neoliberalen Wirtschaftspolitik und unter den politisch gesetzten Kriterien für die Einführung der Währungsunion, *Deppe*, 2002, 108.

30 Das Gesundheitswesen spielte in der Debatte um die sozialen Auswirkungen des Binnenmarktprojekts lange Zeit eine sehr untergeordnete Rolle, vgl. *Cecchini-Bericht*, *Cecchini*, 1988. Dieser Bericht beinhaltet die Ergebnisse einer von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebenen Studie über die wirtschaftlichen Auswirkungen der für 1992 vorgesehenen Binnenmarktvollendung.

a) *Primärrechtliche Befugnisse der EG in der Sozial- und Gesundheitspolitik*

Die EU ist derzeit, allein unter Rückgriff auf die primärrechtlichen Regelungen im EGV zur Sozial- und Gesundheitspolitik, nicht in der Lage, diesen Konflikt zufriedenstellend zu lösen. So kann die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung nicht unter die Definition des Gesundheitswesens in Art. 152 EGV subsumiert werden, weil diese Regelung ausschließlich präventive Zwecke verfolgt. Gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen zu Durchsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung können daher nicht auf Art. 152 EGV gestützt werden. Ein Handeln der EG ist insoweit nur auf zwei Arten möglich: Zum einen dadurch, dass sie aufgrund der sog. Querschnittsklausel in Art. 152 Abs. 1 UAbs. 1 EGV bei der Festlegung und Durchführung ihrer übrigen Politiken und Maßnahmen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherstellt, d.h. ihr Handeln auf anderen Gebieten mit den Erfordernissen des Gesundheitsschutzes abstimmt.³¹ Zum anderen besteht ihr Beitrag darin, dass sie auf der Grundlage von Art. 152 EGV die Zusammenarbeit der MS auf gesundheitspolitischem Gebiet fördert. Die MS sind ihrerseits verpflichtet, ihre Gesundheitspolitiken in den in Art. 152 Abs. 1 EGV genannten Bereichen (vgl. Art. 152 Abs. 2 UAbs. 2 EGV) zu koordinieren. Daraus folgt weiter, dass die Hauptverantwortung für die Gesundheitspolitik bei den MS liegt, was insbesondere durch Art. 152 Abs. 4 lit. c), Abs. 5 EGV unterstrichen wird, wonach jede Harmonisierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften ausgeschlossen wird und die ergänzende Tätigkeit der EG in keiner Weise die Verantwortung der MS für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung berührt. Auch die vertraglich verankerten originär sozialpolitischen Kompetenzen geben der EG nur die Möglichkeit, die MS zu unterstützen bzw. Tätigkeiten der MS zu ergänzen, indem sie Maßnahmen oder Mindestvorschriften (in Form von Richtlinien) erlässt, die indessen zwingend die nationalen Bedingungen berücksichtigen müssen und nicht harmonisierend wirken dürfen, vgl. Art. 136, 137 Abs. 1 lit. c) und k), 137 Abs. 2 EGV.³² Dazu kommt, dass die EG keine eigenen Sozialversicherungs- oder Sozialleistungssysteme betreibt und daher selbst auch keine Leistungen unmittelbar an die EU-Bürger gewährt.³³ Hintergrund dessen ist, dass die Systematik des

31 Vgl. *Schmidt am Busch*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 152 EGV, Rn. 41.

32 Weiterführend zu den Kompetenzen aus Art. 136 ff. EGV *Joussen*, ZIAS 2000, 191, 199 ff.; *Krebber*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV ; Art. 136 EGV Rn. 6 f.

33 Dies geschieht nach wie vor allein durch die MS. Daher könnte man meinen, dass hinter dem Begriff europäisches Sozialrecht „ein wenig Hochstapelei“ steckt, *Isensee*, VSSR 1996, 172.

EGV – unter Verzicht einer Vergemeinschaftung der Sozialpolitik und der damit verbundenen Absage an eine umfassende soziale Harmonisierung³⁴ – davon ausgeht, dass die Sozial- bzw. Gesundheitspolitik grundsätzlich Angelegenheit der MS ist.³⁵

b) *Umsetzung der primärrechtlichen Befugnisse der EG in der Sozial- und Gesundheitspolitik*

Die EG hat in der Vergangenheit dennoch versucht, die beschriebenen Widersprüche durch eine Reihe von Rechtssetzungen zu lösen. Diese gemeinschaftsrechtlichen Regelungen harmonisierten sozial- und gesundheitspolitisch relevante Regelungen auf europäischer Ebene in gewisser Weise, um ein einheitliches Sozial- bzw. Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten. Ohne die nationale Zuständigkeit für das Sozial- und Gesundheitswesen in Frage zu stellen, einigten sich die MS auf verschiedene Rahmenregelungen, die die Grundfreiheiten im Sozial- und Gesundheitsbereich präzisieren sollten. Dazu gehörten zunächst – gestützt auf Art. 141 EGV – die Durchsetzung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für gleiche Arbeit für Männer und Frauen, der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht und der – natürlich auch gesundheitspolitisch relevante – Arbeitsschutz, gestützt auf Art. 137 EGV. Dazu gehörten aber auch die – auf Art. 42, 308 EGV gestützte – VO (EWG) Nr. 1408/71 über die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern, die gegenseitige Anerkennung der Qualifikationen von Gesundheitsberufen (im Rahmen der Freizügigkeit von Arbeitskräften der Gesundheitsberufe) sowie die europäische Vereinheitlichung der Arzneimittelzulassung.

Die Tätigkeiten der EG mit unmittelbarer Sozialrechtsrelevanz lassen sich dabei in drei Bereiche einteilen. Dazu gehören das Freizügigkeits-Sozialrecht (Art. 39, 42 EGV), das Wettbewerbs-Sozialrecht (Art. 81-86 EGV) und das originäre Gemeinschafts-Sozialrecht (Art. 136 ff. EGV).^{36 37} Das Freizügig-

34 Zu den einzelnen Durchbrechungen des Harmonisierungsverbots *Schulte*, in Schmähl 2001, 9, 24, 25.

35 Ständige Rechtsprechung des EuGH, zuletzt EuGH, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 92, 121 – Watts; Rs. C-444/05, Urteil vom 19.04.2007, n.n.i.Slg.v. – Stamatelaki mit Anmerkungen *Mair*; *Eichenhofer*, ZESAR 2006, 266 ff. Zum Ganzen *Dettling*, EuZW 2006, 519 ff.

36 Zur Unterteilung *Haverkate/Huster*, 1999, 39.

37 Auf den zweiten großen Bereich – das Wettbewerbs-Sozialrecht, der ebenfalls seit längerer Zeit großen Einfluss auf die nationalen Systeme sozialer Sicherheit ausübt, indem er die nationalen Sozialsysteme mit der Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem

keits-Sozialrecht, als traditioneller Kernbestand des europäischen Sozialrechts, dient(e) der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Es sollte verhindert werden, dass den Wanderarbeitnehmern aufgrund der Wahrnehmung des Freizügigkeitsrechts sozialrechtliche Nachteile entstehen.³⁸ Zu diesem Zweck war (und ist) es erforderlich, eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit durch die nationalen Sozialrechtssysteme auszuschließen und diese Systeme zu koordinieren. Das Freizügigkeits-Sozialrecht wirkt damit auf die nationalen Rechtsordnungen ein, soweit die Regelungen grenzüberschreitender Sachverhalte – so auch bei der Durchsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung – betroffen sind. Bereits daraus ergeben sich beträchtliche Einflussmöglichkeiten. So bestimmt das Gemeinschaftsrecht beispielsweise, ob und inwieweit Sozialleistungen (dort eingeschlossen Gesundheitsleistungen) an Personen erbracht werden müssen, die in anderen MS wohnen (vgl. dazu VO (EWG) Nr. 1408/71, unter III.). Allerdings bleibt die eigentliche Ausgestaltung der Sozialordnungen – insbesondere hinsichtlich der Frage, welche Leistungen vorgesehen werden und wie das System der sozialen Sicherheit organisiert ist³⁹ – grundsätzlich weiter den MS überlassen.⁴⁰

3. *Zwischenfazit*

Die Abschließung und Abgrenzung der nationalen sozialen Sicherungssysteme gegenüber anderen Staatsangehörigen bzw. die gemeinschaftsrechtlich verankerte alleinige Zuständigkeit der MS für die Organisation ihrer sozialen Sicherungssysteme hat sich bereits sehr früh im Prozess der europäischen Integration, unter Berücksichtigung bzw. Anwendung der primärrechtlichen Grundlagen, relativiert. Die im EGV verankerte alleinige nationale Kompetenz für die Gestaltung der Sozial- und Gesundheitspolitik bzw. in Fragen der Organisation des Sozial- und Gesundheitswesens wird durch die dargestellte primärrechtliche vertragliche Situation zu Aufgaben und Zielsetzungen der EG (vgl. Art. 2 EGV, 3 Abs. 1 lit. c) und 14 Abs. 2 EGV) überlagert bzw. faktisch unterlaufen.

Verbot der Kartellbildung konfrontiert (zur Gesamthematik, *Becker*, NZS 2007, 169 ff; *Mair*, ZESAR 2008, 242, 246 m.w.N.) und den dritten Bereich wird in dieser Arbeit nicht weiter eingegangen.

38 Dieses Ziel hat der EuGH durch eine extensive Auslegung des Freizügigkeitsgedankens maßgeblich beeinflusst, *Sieveking*, ZSR 1997, 187 ff.

39 Schon EuGH, Rs.41/84, Slg. 1986, 1, 24 f. – Pinna I, wonach Art. 42 EGV Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der MS bestehen lässt und die materiellen und verfahrensmäßigen Unterschiede zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der MS nicht berührt.

40 Das freizügigkeitsspezifische Sozialrecht koordiniert daher die Sozialrechtsordnungen, harmonisiert sie aber nicht, *Haverkate/Huster*, 1999, 40.

Die Anwendung der Grundfreiheiten auf verschiedene Bereiche des Sozial- und Gesundheitswesens macht deutlich, dass sich die nationalen Zuständigkeiten in diesem Bereich in einem Spannungsfeld mit den rechtlichen Regelungen des Binnenmarktes befinden.⁴¹ Je nachdem, ob im konkreten Fall die Kompetenzen der MS oder die Bedeutung der betroffenen "Grundfreiheit" höher gewichtet werden, kann es dabei zu nachhaltigen Eingriffen in die Organisation der nationalen Sozial- oder Gesundheitssysteme kommen.⁴² Wenige Entscheidungen des EuGH haben in diesem Zusammenhang ausgereicht, um die Annahme von der Immunität nationaler sozialer Sicherungssysteme gegenüber dem Einwirkungspotenzial der Grundfreiheiten als Irrtum zu entlarven.⁴³

III. VO (EWG) Nr. 1408/71 – Das europäische koordinierende Sozialrecht – Intendiertes Eingreifen durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht in die nationalen Gesundheitssysteme

Die Grundfreiheit der Freizügigkeit⁴⁴ darf in der Logik des Binnenmarktes nicht durch das in den nationalen Gesundheitssystemen gültige Territorialprinzip, das die gesetzliche Gesundheitsversorgung auf den nationalstaatlichen Raum beschränkt,⁴⁵ begrenzt werden. Deshalb bestand auch unter den Gründungsmitgliedern der EWG von Anfang an Einigkeit, dass die Freizügigkeit auch in sozialrechtlicher Sicht abgesichert werden muss. In Umsetzung dieses Ziels wurden für die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit mit der VO (EWG) Nr. 1408/71 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und in der dazugehörigen Durchführungsverordnung VO (EWG) Nr. 574/72 Regelungen geschaffen, die (auch) die Inanspruchnahme medizinischer Leistungen im Ausland regeln soll(t)en.⁴⁶ Sie enthalten ein vollständiges und

41 *Schneider-Danwitz*, SGB 2000, 354.

42 Sinngemäß so auch *von Maydell/Schulte*, KV 2001, 207, 209.

43 *Kingreen*, NJW 2001, 2281; *Hollmann/Schulz-Weidner*, ZIAS 1998, 180, 187 f.

44 Für die grundlegende Bedeutung der Freizügigkeit, EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 – *Bosman*. Ausgangspunkt war auch dort Art. 3 lit. c) EGV.

45 Das Territorialitätsprinzip besagt, dass die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen des Landes anzuwenden sind, in dem die Beschäftigung tatsächlich ausgeübt wird (vgl. für Deutschland § 3 SGB IV). Dazu *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 19 Rn. 3.; *Steinmeyer*, KV 1999, 288 f.

46 Ausweislich der Einführung in die VO (EWG) Nr. 1408/71, wurde sie auf der Grundlage von Art. 51 EWGV (jetzt 42 EGV) und hinsichtlich der Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs auf Art. 235 EWGV (jetzt Art. 308 EGV) gestützt. Zu den Gründen *Winkler*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der EU, Art. 308 EGV Rn. 138, 139.

einheitliches System von Kollisionsnormen zur Bestimmung des anwendbaren Sozialversicherungsrechts, das den mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen vorgeht.⁴⁷ Materielle Regeln enthält die Verordnung nicht; sie gibt also keine konkreten Ansprüche auf Sozialleistungen, sondern ordnet nur an, welcher nationalen Rechtsordnung gegebenenfalls Ansprüche zu entnehmen sind.⁴⁸ Inzwischen ist die VO (EG) Nr. 883/2004 erlassen worden,⁴⁹ die die VO (EWG) Nr. 1408/71 ersetzen wird.⁵⁰ Zunächst ist die VO (EWG) Nr. 1408/71 aber weiter vorrangig von Bedeutung, denn die VO (EG) Nr. 883/2004 findet erst mit Inkrafttreten der Durchführungsverordnung (vgl. Art. 90 VO (EG) Nr. 883/2004⁵¹) Anwendung. Eine Durchführungsverordnung ist indessen bisher nicht erlassen worden (sie wird momentan für 2009 erwartet).

1. *Allgemeine Anwendungsvoraussetzungen der VO (EWG) Nr. 1408/71*

Die Anwendung des europäischen koordinierenden Sozialrechts verlangt zunächst einen Sachverhalt mit gemeinschaftsrechtlichem Bezug (vgl. Art. 2 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71).⁵² Nach Art. 4 VO (EWG) Nr. 1408/71 sind sodann alle Rechtsvorschriften der Zweige der sozialen Sicherheit, also auch Leistungen bei Krankheit (einschließlich Pflegebedürftigkeit⁵³), umfasst. Damit ist die Verordnung auf sämtliche Zweige der deutschen Sozialversicherung

47 *Nowak/Reiter*, ZESAR 2005, 53, 54; *Eichenhofer*, VSSR 1996, 187; EuGH, Slg. 1990, I-1755 – Kits van Heijningen; Slg. 1995, I-269 – Calle Grenzshop; Slg. 1997, I-1409 – Huijbrechts.

48 *Nowak/Reiter*, ZESAR 2005, 53, 54; *Devetzi*, 1999, 143.

49 ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1. Detailliert zur Entwicklung der Reform der VO (EWG) Nr. 1408/71 *Pfeifer*, Die Neuaushandlung der Koordinierung der sozialen Sicherungssysteme in der EU: Zwischen europäischer Integration und mitgliedstaatlichen Interessen, unter: http://www.europawissenschaften-berlin.de/texte/MA_Pfeifer.pdf.

50 Zu den Inhalten der VO (EG) Nr. 883/2004 *Eichenhofer*, SGB 2008, 201 f.

51 *Nowak/Reiter*, ZESAR 2005, 53, 54. Daneben bleiben die Regelungen der VO (EWG) Nr. 1408/71 Rechtsgrundlage des Sozialrechts im EWR (vgl. Art. 90 Abs. 1 lit. c VO (EG) Nr. 883/2004).

52 Dieser Bezug wird sowohl durch die Staatsangehörigkeit des Berechtigten, dessen Wohn-, Aufenthalts- oder Beschäftigungsort oder des Eintritts der Krankheit in einem der MS hergestellt, *von Maydell*, in: Schulien, 1994, Bd. 1, § 64 Rn. 72 ff.

53 Grundlegend EuGH, Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843 – Molenaar; weiterführend Rs. C-215/99, Slg. 2001, I-1901 – Jauch; Rs. C-286/03, Slg. 2006, I-1771 – Hosse.

– einschließlich der gesetzlichen Krankenversicherung – anwendbar.⁵⁴

2. *Allgemeine Rechtswirkungen der VO (EWG) Nr. 1408/71*

Sind die Anwendungsvoraussetzungen erfüllt, so bestimmen die Art. 13 bis 17 VO (EWG) Nr. 1408/71 (Kollisionsnormen⁵⁵ des Sozialrechts der EG), die den Grundsatz der Einheitlichkeit des Systems der sozialen Sicherheit festschreiben,⁵⁶ die Regeln welches MS anzuwenden sind. Danach hat immer nur ein MS – nämlich in der Regel der, in dem der Arbeitnehmer die Beschäftigung ausübt, sog. Beschäftigungslandprinzip^{57 58} – das Recht, seine sozialrechtlichen Regelungen, auch hinsichtlich von Leistungsansprüchen, anzuwenden und zwar selbst dann, wenn der Arbeitnehmer auf dem Gebiet eines anderen MS wohnt;⁵⁹ die anderen Rechtsvorschriften werden verdrängt.⁶⁰ Ziel dieser Regelung ist es, sicherzustellen, dass für jeden Betroffenen die Rechts-

54 Ausdrücklich keine Anwendung findet die VO (EWG) Nr. 1408/71 auf die Sozialhilfe, vgl. Art. 4 Abs. 4 VO (EWG) Nr. 1408/71. Dies erklärt sich daraus, dass Sozialhilfeleistungen typischerweise Personen gewährt werden, die mangels Erwerbstätigkeit gerade nicht in die Systeme der sozialen Sicherheit einbezogen sind. Zudem reagieren diese Leistungen auf individuelle Bedarfssituationen und beruhen nicht auf Beitragszahlungen. Zusammenfassend dazu *Schulte*, in: Eichenhofer, 1993, 19 ff.

55 Zur Definition des Begriffs „Kollisionsnorm“ beispielhaft *Horn*, ZIAS 2002, 120.

56 Beispielhaft EuGH, Rs. C-227/03, Slg. 2005, I-1 Rn. 34-38 – van Pommeren-Bourgondien; Rs. C-242/99, Slg. 2000, I-9083, Rn. 19 – Vogler; Rs. C-249/04, Slg. 2005, I-4535 Rn. 19, 20 – Allard.

57 Das gemeinschaftliche System der Koordinierung mitgliederschaftlicher Regelungen im Bereich der sozialen Sicherheit hat in Konkretisierung des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung eine Grundentscheidung für das sog. Beschäftigungslandprinzip (*lex loci laboris*) getroffen, *Haverkate/Huster*, 1999, 110, 111; *Nowak*, EuZW 2003, 101, 102. Mit der Entscheidung für das Beschäftigungslandprinzip (und gegen das konkurrierende Wohnlandprinzip) kann einem in einem MS Beschäftigten, aber in einem anderen MS wohnenden Unionsbürger insbesondere nicht entgegengehalten werden, die Aufnahme in das soziale Sicherungssystem des Beschäftigungsstaates sei davon abhängig, dass er auch in diesem Staat wohnt, beispielhaft EuGH, C-275/96, Slg. 1998, I-3419, 3454 – Kuusijärvi.

58 Das für den Selbständigen maßgebliche nationale Sozialrecht richtet sich nach dem Sitzstaat, das für Nichterwerbstätige maßgebliche nationale Sozialrecht nach dem Wohnstaat.

59 EuGH, Rs. C-302/84, Slg. 1986, I-1821 – Ten Holder. Dieser Grundsatz gilt aber nicht für Entsendungsfälle, in denen unter bestimmten Voraussetzungen die gesetzlichen Bestimmungen des Herkunftslandes weiter gelten sollen, vgl. zusammenfassend *Nowak/Reiter*, ZESAR 2005, 53 ff.

60 *Eichenhofer*, VSSR 1996, 187 ff.

vorschriften nur eines, aber auch mindestens eines MS gelten. Dies dient dem lückenlosen sozialen Schutz und soll Doppelversicherungen mit entsprechender doppelter Beitragsbelastung (oder auch Doppelversorgung) verhindern. Der jeweilig zuständige MS ist sodann zur sozialrechtlichen Gleichbehandlung der Bürger aus anderen MS verpflichtet (vgl. Art. 3 VO (EWG) Nr.1408/1, sog. Inländergleichbehandlung⁶¹). Danach sind die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften des MS, wie sie die Staatsangehörigen dieses Staates genießen, allen EU-Bürgern gegenüber identisch zu gewährleisten.⁶²

Darüber hinaus regelt die Verordnung, inwieweit ausländische Sachverhalte bei der sozialrechtlichen Anspruchsprüfung berücksichtigt werden müssen (Grundsatz der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten^{63 64}) und ob die Leistungen der sozialen Sicherheit auch in andere MS zu exportieren sind. Um bei grenzüberschreitenden Vorgängen den erneuten Beginn von Karenzzeiten zu vermeiden, werden bei allen Leistungsarten (außer beim Sterbegeld) zum Erwerb, zur Aufrechterhaltung oder zum Wiederaufleben eines Versicherungsanspruchs die in den einzelnen MS jeweils zurückgelegten versicherungsrelevanten Zeiten (Versicherungs-, Beschäftigungs- und Wohnzeiten) zusammengefasst (vgl. Art. 42 lit. a EGV i.V.m. Art. 18, 45 VO (EWG) Nr. 1408/71). Die VO (EWG) Nr. 1408/71 regelt indessen nicht, welche Zeiten als Beschäftigungs- oder Versicherungszeiten anzusehen sind. Dies richtete sich ausschließlich nach den Rechtsvorschriften des MS, in dem die Leistungen er-

61 Mit diesem gängigen, wenn auch nicht sehr präzisen, Begriff wird der allgemeine Umstand bezeichnet, dass die nationalen Rechtsordnungen diejenigen Aspekte eines sozialrechtlichen Sachverhalts, die eine Auslandsberührung aufweisen, in der Regel nicht mit der entsprechenden inländischen Tatbestandsverwirklichung gleichsetzen und in diesem Sinne benachteiligen. Zu den drei denkbaren Konstellationen der Benachteiligung – Unterscheidung zwischen eigenen Staatsangehörigen und Angehörigen eines anderen MS, Inlandsbezug für Tatbestandsvoraussetzungen zur Begründung sozialrechtlicher Leistungsansprüche, Ausschluss der Berechtigung für Berechtigte, die im Ausland wohnen *Cornelissen*, CMLR 1996, 44 f.; *Willms*, 1990, 58 ff.; zusammenfassend *Haverkate/Huster*, 1999, 116.

62 EuGH, Rs. 1/78, Slg. 1978, 1489 – *Kenny*; Rs. C-105/89, Slg. 1990, I-4211 – *Haji*; Rs. C-184/99, Slg. 2001, I-6193 – *Grzelczyk*. Zusammenfassend *Becker*, VSSR 2000, 221, *Becker*, ZESAR 2002, 8 ff.; *Eichenhofer*, ZIAS 2003, 404.

63 *Steinmeyer*, in: Hanau/Steinmeyer/Wank, 2002, § 21 Rn. 51; *Hänlein*, EuZW 2001, 165, 167.

64 Die Zusammenrechnung von Versicherungszeiten nach Art. 42 lit. a) EVG, 18 VO (EWG) Nr. 1408/71, die für den Erwerb und die Berechnung sozialrechtlicher Ansprüche relevant sind, spielt in der Krankenversicherung eine verhältnismäßig geringe Rolle, da deren Leistungen regelmäßig nicht die Erfüllung bestimmter Zeiten voraussetzt zu den Ausnahmen *Haverkate/Huster*, 1999, 128, 129.

bracht worden sind.⁶⁵ Das Prinzip der Portabilität (Leistungsexport) verbietet in Umsetzung des Art. 42 lit. b EGV i.V. mit Art. 10 VO (EWG) Nr. 1408/71, soziale Leistungen an den Aufenthalt im Land der leistungsgewährenden Institution zu binden.⁶⁶ Das Prinzip ist zentral für die Vermeidung mobilitätshemmender Effekte sozialer Sicherung. Dennoch ist dieses Prinzip in der VO (EWG) Nr. 1408/71 nicht generell vorgeschrieben. Danach beschränkt sich das Gebot des Leistungsexports zunächst auf Geldleistungen; Sachleistungen müssen nicht generell exportiert werden. Weiterhin betrifft das Verbot von Wohnortklauseln ausdrücklich nur Leistungen bei Invalidität, Alter oder für die Hinterbliebenen, die Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten und die Sterbegelder. Der Ausschluss bzw. die Beschränkung der Portabilität bei Arbeitslosen-, Kranken-, Mutterschafts- und Kindergeld wird mit der Abhängigkeit der Leistungen von bestimmten Verhaltensweisen und mit dem Umstand begründet, dass sich diese Leistungen nicht auf Sachleistungsansprüche beschränken (in Deutschland z.B. § 13 SGB V).⁶⁷

3. Leistungen bei Krankheit nach Art. 18 ff. VO (EWG) Nr. 1408/71⁶⁸

a) Einführung

Die Regelungen der Art. 18 bis 36 (EWG) Nr. 1408/71 und der Art. 16 bis 34 VO (EWG) 574/72), die die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungen bei Krankheit⁶⁹ sichern sollen, gelten für nahezu alle Bürger der MS,

65 EuGH, Rs. 388/87, Slg. 1989, 1203, Rn. 10, 17, 19 – Warmerdam-Steggerda; verb. Rs. C-88/95, C-102/95, C-103/95, Slg. 1997, I-869, Rn. 35 – Losada; Rs. C-306/03, Slg. 2005, I-705, Rn. 30 – Alonso.

66 EuGH, Rs. 284/84, Slg. 1986, 685, Rn. 19ff. – Spruyt; verb. Rs. 379/85, 380/85, 381/85 und 93/86, Slg. 1987, 955, Rn. 13 ff. – Giletti; *Huster*, NZS 1999, 10 ff.; *Eichenhofer*, SGB 1999, 57 f.

67 Detailliert dazu *Eichenhofer*, 2006, 90 f.

68 Zusammenfassend *Bieback*, in: *Eichenhofer*, 1993, 55 ff.

69 Der Begriff „Leistungen bei Krankheit“ im Sinne der VO (EWG) Nr. 1408/71 ist eigenständiger „europäischer“ Natur und deshalb nicht unter Zugrundelegung der jeweiligen Kriterien des nationalen Rechts auszulegen, *Schulte*, GGW 2005, 15, 18. Demzufolge fallen unter den Leistungskatalog im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. a), 18 ff. (EWG) Nr. 1408/71 sowohl die Leistungen im Rahmen der nationalen gesetzlichen Krankenversicherung, die Leistungen der Pflegeversicherung (EuGH, Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843 – Molenaar), die medizinische Rehabilitation (EuGH, Rs. 69/79, Slg. 1980, 75 – Jordens-Vosters) und die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber (EuGH, C-45/90, Slg. 1992, I-3423, 3462 ff., – Die letzten drei Be-

auch für Privatpersonen, die sich nur kurzzeitig (z.B. als Tourist) in einem anderen MS aufhalten.⁷⁰ Die Regelungen sehen vor, dass EU-Bürger krankensicherungsrechtliche Leistungen in einem anderen MS beanspruchen können, wenn sie sich dort vorübergehend aufhalten (Art. 22 Abs. 1 lit. a) VO (EWG) Nr. 1408/71⁷¹), ihren Wohnsitz dorthin verlegt haben (vgl. Art. 19 VO (EWG) Nr. 1408/71⁷²) oder vom zuständigen Leistungsträger die Genehmigung erhalten haben, sich in einem anderen MS behandeln zu lassen (Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO(EWG) 1408/71.⁷³

b) *Gewährung von Leistungen bei Krankheit in einem anderen Mitgliedstaat*

Die einzelnen Leistungen bei Krankheit werden hinsichtlich ihrer konkreten Art und Weise der Leistungsgewährung in einem anderen MS zunächst in Geld- und Sachleistungen unterschieden.⁷⁴

reiche sind hier nicht relevant und werden daher nachfolgend nicht weiter besprochen.

70 *Devetzi*, 1999, 166, 167. Vgl. im übrigen Art. 22 a VO (EWG) Nr. 1408/71, wonach Art. 22 Abs. 1 lit. a) und c) VO (EWG) Nr. 1408/71 ausdrücklich – abweichend von Art. 2 VO (EWG) Nr. 1408/71 – für alle Personen gilt, die als Staatsangehörige eines MS nach den Rechtsvorschriften eines MS versichert sind, und für die bei ihnen wohnenden Angehörigen.

71 Zu Inhalt und Voraussetzungen dieser Regelung *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 5 bis 13.

72 Art. 19 VO (EWG) Nr. 1408/71 regelt den Fall, dass eine Person, die in einem MS bei einem Träger der sozialen Sicherung versichert ist („zuständiger Träger“), sich dauerhaft in einem anderen MS aufhält (dort wohnt), vgl. *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, 2002, Art. 19 Rn. 1.

73 Die ersten zwei Konstellationen werden nachstehend nicht weiter erörtert, weil sie nicht den hier besprochenen Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung betreffen. Auch der unter V. vorgestellte Vorschlag für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung betrifft nur die Fälle der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, „in denen Behandlungen, die ein Patient benötigt, in einem anderen als seinem eigenen MS zur Verfügung stehen“, KOM (2008), 414 endg. vom 02.07.2008, 4. Der Vorschlag betrifft damit ausschließlich die Konstellation des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71.

74 Sachleistungen beziehen sich auf persönliche Dienstleistungen (insbesondere ambulante und stationäre Behandlung) sowie Heil- und Hilfsmittel. Geldmittel haben meist eine Lohnersatzfunktion. Die Unterscheidung ist gemeinschaftsrechtlich nicht formell, sondern nach Inhalt und Funktion der Leistung zu treffen. Daher wird die Erstattung der Kosten für ärztliche Behandlungen und Arzneimittel als Sachleistung

aa) *Geldleistungen vs. Sachleistungen – Grundsätze*

Anders als Geldleistungen, die unmittelbar durch den zuständigen MS erbracht (exportiert) werden können, lassen sich Sachleistungen nicht ohne weiteres exportieren, weil sie dem Berechtigten unmittelbar erbracht bzw. gewährt werden. Sie werden daher im Wohn- oder Aufenthaltsort nach den dortigen Vorschriften zu Lasten des zuständigen Trägers erbracht (Art. 19 Abs. 1 lit. a) VO (EWG) Nr. 1408/71, Art. 22 Abs. 1 i) VO (EWG) Nr. 1408/71, Art. 25 Abs. 1, Abs. 3 i) VO (EWG) Nr. 1408/71). Diese Vorschriften erweitern daher bezüglich der Sachleistungen den Versicherungsschutz des zuständigen Staates auf Leistungsfälle in anderen MS im Wege der Leistungsaushilfe⁷⁵. Der Leistungsanspruch des Versicherten, der sich in einem anderen MS aufhält, richtet sich gegen den (sog. aushelfenden) Träger seines Wohnortes, der diesen Anspruch nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften in dem Umfang und in der Form erbringt wie an seine eigenen Versicherten. Dies geschieht auf Kosten des zuständigen Trägers, der seinerseits zum Ersatz der entstandenen Kosten verpflichtet ist (vgl. Art. 36 VO (EWG) Nr. 1408/71). Damit kommt auf die in einem anderen MS erfolgende Leistungserbringung das Recht dieses MS zur Anwendung; der Patient wird in dieses System „quasi eingegliedert“. Er muss dabei in Kauf nehmen, dass die Leistungen, die das ausländische Recht vorsieht, möglicherweise hinter den Leistungen zurückbleiben, die das Recht des für ihn eigentlich zuständigen Trägers gewährt,⁷⁶ oder dass sie mit höheren Zuzahlungen verbunden sind.

Grundsätzlich bleibt festzuhalten, dass sich das „Ob“ der Leistungsberechtigung nach dem Recht des zuständigen MS (vgl. Art. 13 ff. VO (EWG) Nr. 1408/71, wonach der Träger des Beschäftigungsstaates für die grundsätzliche Leistungsberechtigung bzw. für die Voraussetzungen der Entstehung des Leistungsanspruchs verantwortlich ist) und das „Wie“ der Leistungsaushilfe nach dem Recht des aushelfenden Staates richtet.

eingestuft, so bereits EuGH, Rs. 33/65, Slg. 1965, 901 – Dekker; Rs. 61/65, Slg. 1966, 583, 607 – Vaassen-Göbbels.

75 Zum konkreten Ablauf des Verfahrens, vgl. Art. 17, 20 bis 23, 26, 27 VO (EWG) Nr. 574/72.

76 EuGH, Rs. C-451/93, Slg. 1995, I-1545, Rn. 14 – Delavant.

bb) Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 – Anspruch auf Gesundheitsleistungen außerhalb des zuständigen Mitgliedstaates

Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 ist von zentraler Bedeutung für das (europäische) Krankenversicherungsrecht.⁷⁷ Die Regelung des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 betrifft den Fall, dass sich eine Person, die in einem MS bei einem Träger der sozialen Sicherung versichert ist („zuständiger Träger“), in einem anderen MS nur vorübergehend aufhält.⁷⁸ Konkret benennt sie die Voraussetzungen, unter denen ein Versicherter in einem anderen als dem zuständigen MS Leistungen der Krankenversicherung beanspruchen kann. Genau diese Regelung gab Anlass zu der Rechtsprechung des EuGH, die feststellte, dass eine Behandlung im Ausland auch ohne vorherige Genehmigung des zuständigen Trägers möglich ist bzw. sein muss (detailliert unter IV.).

Gemäß Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 begibt sich der Versicherte gerade deshalb kurzzeitig in einen anderen MS, um sich dort medizinisch behandeln zu lassen. Dazu bedarf er grundsätzlich einer Genehmigung des zuständigen Trägers (formal ist die vorherige Zustimmung gemeint, vgl. § 182 BGB). Der Träger des zuständigen MS ist dabei in seiner Entscheidung auf Erteilung der Genehmigung nicht frei. Sie steht unter zwei Bedingungen, die im Falle ihres Vorliegens einen Anspruch auf Erteilung begründen⁷⁹. Zum einen muss der Versicherte auch nach dem Recht seines – zuständigen – Wohnstaates Anspruch auf eine medizinische Behandlung dieser Art haben. Er kann den für ihn gültigen Leistungskatalog also nicht dadurch erweitern, dass er eine (in seinem Wohnstaat nicht vorgesehene Leistung) in einem anderen MS nachfragt. Zum anderen darf der Versicherte die Leistung in seinem Wohnstaat nicht in einem Zeitraum erlangen können, der in diesem MS normalerweise für den Leistungsbezug erforderlich ist.⁸⁰ Wenn der Wohnstaat also selber die Behandlung zeitgerecht anbieten kann, so hat der Versicherte keinen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. Dies gilt – von medizinischen Eil-

77 *Schulte*, in: Schmähl, 2001, 9, 40 ff.

78 *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 19 Rn. 1, Art. 22 Rn. 1.

79 Weil die Bestimmung im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung einräumt, entfaltet sie in gewisser Weise harmonisierende Wirkung, so auch *Becker*, NJW 2003, 2272, 2273.

80 Zum Erfordernis der rechtzeitigen Erbringung der Behandlung EuGH, Rs. C-56/01, Slg. 2003, I-12403, Rn. 19 f., 25 – Inzian. Diese Entscheidung bestätigte auch, dass Art. 22 Abs. 1 lit. c), Ziffer i) VO (EWG) Nr. 1408/71, wonach die Kostenerstattung für die Gewährung von Sachleistungen in einem anderen MS von einer vorherigen Genehmigung abhängt, mit den Regelungen der Art. 49, 50 EGV vereinbar sei, da er die Freizügigkeit der Patienten fördere und die Erbringung grenzüberschreitender medizinischer Dienstleistungen erleichtere.

fällen abgesehen – selbst dann, wenn zwar Wartezeiten bestehen, diese aber in dem jeweiligen MS „normal“ sind.⁸¹

4. *Aktuelle Kritik*⁸²

Es ist festzustellen, dass, obwohl mit der Regelung des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 seit langem ein relativ klar umrissenes Verfahren für medizinische Auslandsbehandlungen in der EU existiert, diese Möglichkeit von Patienten bisher nur in sehr geringem Umfang genutzt wurde.⁸³ Der befürchtete „Medizintourismus“ existiert nicht, was auch an den sogleich darzustellenden Schwächen der Regelungen in der VO (EWG) Nr. 1408/71 liegen mag.

a) *Kritik in tatsächlicher Hinsicht*

Das Genehmigungserfordernis des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 für die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in anderen MS ist schon in tatsächlicher Hinsicht nicht einleuchtend, wenn die ausländische Behandlung für den Versicherungsträger keine höheren Kosten als die entsprechende inländische Behandlung verursacht. Damit sind nämlich von vornherein keine Auswirkungen auf das Gleichgewicht bzw. die Finanzierung des nationalen Krankenversicherungssystems zu befürchten. Das Genehmigungserfordernis in der Regelung des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 zu Gunsten des zuständigen Trägers, dem ein weites Ermessen zusteht,⁸⁴ erschwert daneben die tatsächliche Inanspruchnahme medizinischer Leistungen bzw. die Umsetzung des Anspruchs in einem anderen MS, da keine grundsätzliche Freiheit besteht, die Leistungen grenzüberschreitend zu beanspruchen.

81 Diese zweite Voraussetzung ist vor allem dann fragwürdig, wenn die Behandlung im Ausland keine höheren Kosten als die entsprechende Behandlung im Inland verursacht, *Cornelissen*, CMLR 1996, 439, 464 ff.

82 Die Unzulänglichkeit des geltenden sekundären Gemeinschaftsrechts (insbesondere unter dem Aspekt der Vereinbarkeit mit der passiven Dienstleistungsfreiheit) wurde von einigen Autoren schon früh erkannt, u.a. *Lichtenberg*, VSSR 1978, 125 ff. Umfassender Überblick über die (zu) enge Regelung des Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 auch in *Schulz-Weidner*, DRV 1997, 449 ff.; *Becker*, JZ 1997, 34 ff.

83 Zur Anzahl der Personen, die eine Vorabgenehmigung für eine medizinische Behandlung im Ausland beantragt und erhalten haben, *Schmucker*, „Europäische Integration und Gesundheitspolitik“, 2003, 21, unter: <http://www.labournet.de/diskussion/wipo/gesund/schmucker.pdf>.

84 *Schulte*, in: *Schmähl*, Berlin 2001, 9, 41 f.

b) *Rechtliche Kritik*

Zusätzlich sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung gemäß Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr.1408/71 zu restriktiv geregelt, wenn man die Grundsätze anlegt, die vom EuGH für die Genehmigungsanforderungen an eine grenzüberschreitende Leistungsbeanspruchung aus Art. 49 EGV entwickelt wurden.⁸⁵ Die enge Fassung des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO(EWG) Nr. 1408/71, wonach zwingend zwei Voraussetzungen für einen Anspruch auf Genehmigung erfüllt sein müssen, geht davon aus, dass grundsätzlich kein Anspruch besteht, so dass die Gewährleistung von der Regel zur Ausnahme wird. Ein solches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt wäre indessen nur dann zulässig, wenn seine Bedingungen strikt verhältnismäßig sind und es dem Schutz überragend wichtiger Belange dient. Die erste Voraussetzung, dass die im Ausland nachgefragte Leistung zum Leistungskatalog des zuständigen Trägers gehören muss, ist sachgemäß und erklärt sich aus dem Leistungsrecht des zuständigen Trägers, das nicht umgangen werden soll. Die zweite Voraussetzung, dass die Leistung im zuständigen MS nicht in einem Zeitraum gewährt werden kann, der im Wohnstaat üblich ist, ist indessen unverhältnismäßig. Denn das Regelungsziel, die Langsamkeit und die Warteschlangen bei der inländischen Leistungserbringung zu schützen, verdient an sich gegenüber der Dienstleistungsfreiheit keinen Vorrang. Als Regelungsziel, das wiederum die Warteschlangen und die Genehmigung rechtfertigen könnte, kommt nur der Schutz des nationalen Leistungsgefüges und -niveaus in Betracht. Können der Versicherte oder der Versicherungsträger die medizinische Leistung aber kostengünstiger und schneller in einem anderen MS beschaffen, so ist die zweite Voraussetzung weder geeignet noch erforderlich, dieses Ziel zu erreichen; vielmehr behindert sie sogar eine kostengünstige(re) Versorgung.

c) *Fazit*

Die einschränkenden Regelungen des Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71⁸⁶ stehen in einem nicht gerechtfertigten Spannungsverhältnis mit den gemeinschaftsrechtlich verankerten Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit.⁸⁷ Daneben enthalten sie nur ungenügende bzw.

85 *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 4, 41 ff., 43 ff., 60, 61.

86 Die Regelungen in Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 – Notfallbehandlung und Behandlung nach vorheriger Genehmigung – werden in der künftigen VO (EG) Nr. 883/2004 zwar gesondert geregelt. Dadurch verändert sich die Regelung in ihrer Substanz aber nicht.

87 *Eichenhofer*, VSSR 1999, 101, 109.

keine abschließenden Aussagen für alle typischen Situationen, die sich im Zusammenhang mit dem Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung ergeben.⁸⁸ Sie werden sowohl den rechtlichen Rahmenbedingungen in der Europäischen Gemeinschaft, die sich insbesondere aus den Grundfreiheiten ergeben, als auch den tatsächlichen Verhältnissen nicht ausreichend gerecht. Dennoch kann die Bedeutung der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur Koordinierung der sozialen Sicherungsrechte nicht hoch genug eingeschätzt werden. Sie lege als eine Art Grundgesetz die Basis für eine grenzüberschreitende Kooperation im Sozialbereich, dort eingeschlossen die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung.⁸⁹

88 Vgl. *Eichenhofer*, 2006, 126. Für ihn ist klar, dass die in Art. 22 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 aufgeführten Ausnahmetatbestände für die grenzüberschreitende Leistungserbringung das Recht des Versicherten auf Inanspruchnahme von Krankenbehandlung in einem anderen MS nicht mehr abschließend regeln. Ein solches Recht besteht vielmehr auch dann, falls die genannten Ausnahmetatbestände nicht vorliegen, der Versicherte dieses Recht aber für sich beansprucht.

89 *Schulte/Barwig*, 1999, 74, 89.

IV. Nicht-intendierte⁹⁰ Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts – das Eingreifen der Rechtsprechung des EuGH in die nationalen Gesundheitssysteme

1. Die zentrale Bedeutung des EuGH für das europäische Sozialrecht

Die zentrale, wenn auch politisch lange Zeit umstrittene Rolle⁹¹ für das europäische Sozialrecht spielt(e) der EuGH. Dass der Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich besondere Bedeutung zukommt, liegt vor allem daran, dass die Tätigkeit der EG im Sozialbereich sehr stark auf die Koordination der Sozialordnungen der MS ausgerichtet ist. Darum gewinnt die Rolle des EuGH, der die bestehenden Rechtsnormen verbindlich auslegt, unvermeidlich ein großes Gewicht.⁹² Die nachhaltigsten Auswirkungen auf den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung hatten deshalb die Entscheidungen des EuGH. Durch Richterrecht wurden gesundheitspolitisch relevante Urteile gefällt, die die MS in ihrem vertraglich zugesicherten Gestaltungsspielraum faktisch stark einschränk(t)en. Die aktive Rolle des EuGH hat manchen kritischen Beobachter dazu veranlasst, von einem neuen „Motor“ der Integration zu spre-

90 Man kann, weil hier, entgegen der Absicht der MS, vermittelt über die Rechtsprechung des EuGH, das europäische Binnenmarktrecht nachhaltig in die gesundheitspolitische Gestaltungskompetenz der MS eingreift und tiefgreifende Veränderungen für die Funktionsweisen der Sozial- und Gesundheitssysteme der MS nach sich zieht, von „nicht-intendierten“ Konsequenzen des europäischen Integrationsprozesses sprechen, dazu *Paton*, in: Busse/Wismar, 2002, 2 ff.

91 Dass die Rechtsprechung des EuGH – auch in Deutschland – zunächst in die Kritik geraten war, lag an zwei Gründen: Der EuGH muss(te) Normen interpretieren und Auslegungsgrundsätze entwickeln, die Gültigkeit für alle MS entwickeln, ohne dabei auf die Besonderheiten der einzelnen nationalen Sozialrechtsordnungen detailliert Rücksicht nehmen zu können. Daneben waren, bis zu den kleinen Veränderungen durch die Verträge von Maastricht und Amsterdam, die MS ausschließlich kompetent für die Ausgestaltung der Sozialrechtsordnungen, und auch nach den Vertragsänderungen können Rechtsakte in vielen Bereichen der Sozialpolitik nur einstimmig erlassen werden. Aus den zahlreichen kritischen Stellungnahmen nur *Clever*, *ZfSH/SGB* 1995, 1 ff.; *Scholz/Hoffmann*, *ZRP* 1998, 295, 297 f. Auch die politisch Verantwortlichen haben Kritik geäußert, *Blüm*, in: FS für Klein, 1994, 43, 57. Zur Diskussion über die Rechtsprechung des EuGH *Borchhardt /Schulte/ Steinmeyer*, in: Eichenhofer/Zuleeg, 1995, 11 f., 53 f., 93 f.

92 *Haverkate/Huster*, 1999, 70, 71. Zu beachten ist außerdem, dass der EuGH, anders als die anderen Organe der EG im Bereich der Sozialpolitik, nicht dem Prinzip der Einstimmigkeit unterliegt. Er entscheidet vielmehr mit der Mehrheit der beteiligten Richter nach nichtöffentlicher Beratung, Art. 27 § 1, 5 EuGH-Verfahrensordnung.

chen, der nicht ausreichend legitimiert sei.⁹³

2. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH

Grundsätzlich beruht die Rechtsprechung zur Inanspruchnahme medizinischer Leistungen in einem anderen MS auf der Erkenntnis des EuGH, dass deren nationale Beschränkungen in Konflikt mit dem Binnenmarkt und den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten geraten können.⁹⁴

a) *Kohll*⁹⁵, *Decker*^{96 97}

Der EuGH hat in beiden Fällen, die nationale Regelungen der Vorabgenehmigung zur Kostenübernahme im ambulanten Sektor betrafen, mit nahezu gleich lautender Argumentation einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit⁹⁸

93 Kritisiert wurde insofern, dass die Rolle des EuGH nicht auf der Grundlage politischer Entscheidungsprozesse basiert, sondern, dass mittels Binnenmarktrechts eine marktorientierte Transformation der Gesundheitssysteme vorangetrieben wird, die unweigerlich zu einer Überstrapazierung bzw. Aushöhlung der nationalen Gesundheitssysteme führen würde.

94 Personen, die in einem anderen MS medizinische Leistungen in Anspruch nehmen, sind als Dienstleistungsempfänger anzusehen. Sie haben aus der Dienstleistungsfreiheit ein Recht darauf, schon EuGH Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377, 401 ff. 409 – *Luisi und Carbone*. Zur grundsätzlichen Bedeutung der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH, *Becker*, NJW 2003, 2272, 2273.

95 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 – *Kohll*. Dazu *Novak*, EuZW 1998, 366.

96 EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 – *Decker*. Zu beiden Entscheidungen zusammenfassend JZ 1998, 1166 f. mit Anmerkungen *Sodan*, 1168 f.

97 In den Kontext der zwei Entscheidungen gehört eigentlich auch die Rechtssache *Molenaar*, in der der EuGH zum einen festgestellt hat, dass die Leistungen der deutschen sozialen Pflegeversicherung als Leistungen bei Krankheit im Sinne der VO (EWG) Nr. 1408/71 einzustufen sind. Zum anderen bestätigte der EuGH, dass das gewährte Pflegegeld als Geldleistung zu qualifizieren ist, mit der Konsequenz, dass es auch zu „exportieren“, d.h. an Berechtigte, die in anderen MS wohnen, ausbezahlt ist, EuGH, Rs. C-160/96, Slg. 1998, I-843 Rn. – *Molenaar*. Zu dieser Entscheidung *Bokeloh*, 1998, 115ff.

98 Er unterstrich, dass Gesundheitsleistungen, da sie gegen Entgelt erbracht werden, als Waren bzw. Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrages anzusehen sind, und die entsprechenden Bestimmungen Anwendung finden müssen. Dies gelte unabhängig davon, ob ein Bürger eines MS grenzüberschreitend in einem anderen MS Gesundheitsdienstleistungen nachfragt oder umgekehrt, Leistungserbringer eines MS in einem anderen MS Gesundheitsdienstleistungen anbieten wollen, ohne sich dort niederzulassen. Die Waren- und Dienstleistungsfreiheit des EGV greift voll, bestätigt in

(Rechtssache Kohll) und die Warenverkehrsfreiheit (Decker) angenommen.⁹⁹

aa) *Anwendung der elementaren Grundsätze des Gemeinschaftsrechts bzw. der Grundfreiheiten im Bereich der sozialen Sicherheit*

Zunächst unterstrich der EuGH erneut, dass die MS die alleinigen Kompetenzen für die Ausgestaltung ihrer nationalen Systeme der sozialen Sicherheit besitzen.^{100 101} Bei der Ausübung der Kompetenzen sind sie jedoch zwingend zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet.^{102 103} Deshalb unterliegen Maßnahmen der MS auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, die sich auf den Absatz medizinischer Erzeugnisse und Hilfsmittel und mittelbar auf deren Einfuhrmöglichkeiten auswirken können, den Vorschriften des EGV über den freien Warenverkehr (Rechtssache Decker¹⁰⁴) bzw. können die Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen nicht dazu führen, dass diese nicht unter den ele-

EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 47 f. – Smiths/Peerbooms; Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 41 f. – Vanbraekel.

99 Zu den Grundsätzen des EuGH in beiden Urteilen, zusammenfassend *Fuchs*, NZS 2002, 337, 338 f.

100 Ständige Rechtsprechung des EuGH, schon EuGH, Rs. 238/82, Slg. 1984, 523, Rn. 16 – Duphar; Rs. C-70/95, Slg. 1997, I-3395, Rn. 27 – Sodemare u.a. Danach bestimmt in Ermangelung einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene das Recht jedes MS, unter welchen Voraussetzungen zum einen ein Recht oder die Pflicht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit (EuGH, Rs. 110/79, Slg. 1980, 1445 Rn. 12 – Coonan; Rs. C-349/87, Slg. 1991, I-4501 Rn. 15 – Paraschi) und zum anderen ein Anspruch auf soziale Leistungen (EuGH, Rs. C-4/95, C-5/95, Slg. 1997, I-511 Rn. 36 – Stöber und Piosa, Periera) besteht.

101 Zu der These, dass die Kompetenzen der MS auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit noch „unberührt“ sind, kritisch *Sodan*, JZ 1998, 1168 f. Danach könnten die nationalen Kompetenzen auf diesem Gebiet aufgrund der Entwicklung des Gemeinschaftsrechts von den Gründungsverträgen (die keine gemeinschaftsrechtlichen allgemeinen sozialpolitischen Kompetenzen im engeren Sinn vorsahen), über die EEA bis zu den Verträgen von Maastricht und Amsterdam nicht mehr als „integrationsfest“ angesehen werden.

102 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 19 – Kohll; Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 Rn. 23 – Decker. Dies ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit: Zuständigkeitsvorschriften befreien nicht von der Beachtung der im Falle ihrer Aktivierung geltenden materiellen Maßstäbe. Dazu gehören auch die Grundfreiheiten. Der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts reicht daher weiter als die Kompetenzen der Gemeinschaft, *Kingreen*, NJW 2001, 3382; *ders.* EuR 2001, 724.

103 Zum Verhältnis beider Grundaussagen des EuGH, kritisch *Fuchs*, NZS 2002, 337, 340 f.

104 So auch schon EuGH, Rs. 238/82, Slg. 1984, 523 Rn. 18 – Duphar.

mentaren Grundsatz des freien (Dienstleistungs-)Verkehrs fielen (Rechtssache Kohll¹⁰⁵).¹⁰⁶

bb) Verhältnis Grundfreiheiten und VO (EWG) Nr. 1408/71

In einem zweiten Schritt klärte der EuGH, in welchem Verhältnis der Rückgriff auf die Grundfreiheiten des EGV zum Verordnungsrecht (konkret VO (EWG) Nr. 1408/71) steht: Wenn nämlich die Genehmigungspflicht im nationalen Recht gegen den EGV verstößt, so könnte daraus zu folgern sein – dies hatten einige Regierungen der MS auch vorgetragen –, dass auch Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71, der (scheinbar) ebenso eine Genehmigungspflicht anordnet, nicht mit dem Primärrecht vereinbar ist. Dieser Argumentation trat der EuGH zum einen damit entgegen, dass der Umstand, dass das nationale Recht mit der VO (EWG) Nr. 1408/71 möglicherweise wortgleich übereinstimmt, nicht zur Folge haben darf, dass eine Überprüfung am Maßstab des EGV ganz unterbleiben kann.¹⁰⁷ Zum anderen regelt Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 nach Ansicht des EuGH die geschilderten Sachverhalte gar nicht. Diese Norm stelle (nur) sicher, dass ein Versicherter im Ausland eine angesichts seines Gesundheitszustandes erforderliche Behandlung gemäß den dortigen Rechtsvorschriften, aber für Rechnung des zuständigen Trägers, erhalten kann, ohne dass ihm dadurch zusätzliche Kosten entstehen. In den vorliegenden Konstellationen sei indessen von vornherein nur Kostenerstattung nach den im Versicherungsstaat geltenden Vorschriften beantragt worden.¹⁰⁸ In beiden Fällen kam es somit nur darauf an, ob die nationale (Genehmigungs-)Regelung mit den vertraglich verankerten Grundfreiheiten des freien Waren- bzw. Dienstleistungsverkehrs vereinbar ist.

In beiden Urteilen wurde ausdrücklich nicht die Notwendigkeit der Existenz oder das Recht der Anwendung von Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr.

105 So auch schon EuGH, Rs. 279/80, Slg. 1981, 3305 Rn. 10 – Webb.

106 Die derart bewirkte Marktöffnung kommt dabei nicht nur den Patienten als Nachfragern medizinischer Dienstleistungen zu Gute. Geschützt wird ebenso der ausländische Anbieter von Gesundheitsdienstleistungen. Denn jede territoriale Begrenzung sozialer Leistungsansprüche bedeutet immer zugleich auch eine Benachteiligung des ausländischen Anbieters von Gesundheitsdienstleistungen, so schon EuGH, Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249 – Bachmann; *Bieback*, NZS 2001, 561, 569; *Tiedje/Troberg*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 49 EGV Rn. 10.

107 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 22 bis 28 – Kohll; Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 26 bis 30 – Decker.

108 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Rn. 27 – Kohll; Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 29 – Decker.

1408/71 in Frage gestellt.¹⁰⁹ Der Anspruch aus der VO (EWG) Nr. 1408/71 steht zu den innerstaatlichen Erstattungsvorschriften (die sich ihrerseits an den primärrechtlich verankerten Grundfreiheiten messen lassen müssen) in Anspruchskonkurrenz.¹¹⁰ Beide Ansprüche nebeneinander zu gewähren macht auch Sinn, da beide Ansprüche auf inhaltlich Unterschiedliches abzielen und unterschiedliche Funktionen haben.¹¹¹ Daher kann die Entwicklung des Anspruchs auf Kostenerstattung allein aus Art. 49 EGV nicht als ausreichende grundfreiheitskonforme Weiterentwicklung des Rechts der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung angesehen werden, die eine Überarbeitung des Anspruchs aus Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/1 erübrigt. Vielmehr wäre dieser Anspruch seinerseits unter dem Einfluss der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EGV zu modifizieren (was bislang, auch in der Neuregelung der VO (EG) Nr. 883/2004, nicht geschehen ist). Denn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 sind zu restriktiv formuliert, wenn man die Grundsätze berücksichtigt, die der EuGH für die Genehmigungsanforderungen an eine grenzüberschreitende Leistungsbeanspruchung aus Art. 49 EGV entwickelt hat.¹¹²

cc) *Beeinträchtigung der Grundfreiheiten und Rechtfertigung*

Zuletzt bejahte der EuGH, dass die jeweilige streitige nationale Regelung, die die Erstattung der Kosten von einer vorherige Genehmigung abhängig machte, die Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs (Rechtssache Kohll¹¹³) bzw.

109 *Schulte*, ZfSH/SGB 1999, 579 f., 653, 656.

110 Der Anspruch aus Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 gibt dem Versicherten einen weitergehenden Anspruch als die innerstaatliche Erstattungsvorschrift, weil beim Vorliegen von dessen Voraussetzungen die Kosten nicht auf die innerstaatlichen Sätze des zuständigen Trägers beschränkt sind. Vielmehr sind die beim aushelfenden Träger entstandenen Kosten (die im Einzelfall wesentlich höher sein können als die innerstaatlich zu erstattenden gesetzlichen Tarife) vom zuständigen Träger vollständig zu bezahlen, *Schulte*, in: *Schulte/Barwig*, 1999, 95.

111 Zusammenfassend *Becker*, NJW 2003, 2272, 2274 f. Daneben verlangt der Weg nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 keine Vorauslage der Kosten durch den Versicherten (es genügt der Nachweis der Leistungsberechtigung über Vordrucke), während der Weg auf der Basis des Art. 49 EGV zwar größere Wahlfreiheit eröffnet, aber auch verlangt, ein gewisses finanzielles Risiko (durch die Vorverauslagung der Kosten) zu übernehmen.

112 *Bieback*, in: *Fuchs*, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 4, 41 f., 43 f.

113 So auch schon EuGH, Rs. 286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377, Rn. 16 – *Luisi und Carbone*; Rs. C-204/90, Slg. 1992, I-249 Rn. 31 – *Bachmann*.

den innerstaatlichen Handelsverkehr (Rechtssache Decker¹¹⁴) behindert¹¹⁵ und nicht gerechtfertigt ist.¹¹⁶

Zwar kann eine Beschränkung des garantierten freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs zunächst mit zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gemäß Art. 30 EGV (konkret die erhebliche Gefahr einer Funktionsstörung und die Gefährdung der finanziellen Stabilität der Systeme der sozialen Sicherheit, die der Aufrechterhaltung einer ausgewogenen, allen Versicherten offen stehenden ärztlichen und klinischen Versorgung dienen soll) legitimiert werden.¹¹⁷ Daneben kommt eine Rechtfertigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Gesundheit gemäß Art. 55 EGV in Verbindung mit Art. 46 EGV (Art. 66 in Verbindung mit 56 EGV a.F.) in Betracht.¹¹⁸ Dazu gehören die Sicherung der Qualität der ärztlichen Leistung, die Kontrolle der Qualität der Leistungserbringung und der Erhalt einer ausgewogenen Versorgungsstruktur¹¹⁹ (flächendeckende Versorgung der gesamten Bevölkerung mit adäquaten Gesundheitsleistungen).¹²⁰ Diese anerkannten Rechtfertigungsgründe waren indessen in beiden Entscheidungen nicht gegeben, da die Erstattung der Kosten nur in Höhe des geltenden Tarifs des zuständigen (Versiche-

114 So auch schon EuGH, Rs. 18/84, Slg. 1985, 1339 Rn. 16 – Kommission/Frankreich; Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 33 bis 36 – Kohll.

115 Wobei jede unmittelbare oder mittelbare, tatsächliche oder potentielle Behinderung genügt, EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837 Rn. 5 – Dassonville.

116 Nationale Beschränkungen der Grundfreiheiten müssen sich nach der allgemeinen Dogmatik der sog. „Cassis-de-Dijon-Formel“ rechtfertigen lassen, EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – Rewe. Überblick über mögliche Rechtfertigungsgründe in *Gundel*, Jura 2001, 79 f.

117 Seit EuGH, Rs. 238/82, Slg. 1984, 523 – Duphar – ständige Rechtsprechung, wobei alle Einschränkungen zur Erreichung des Ziels zusätzlich geeignet und erforderlich sein müssen.

118 Umfassend zu möglichen Rechtfertigungsgründen *Schulz-Weidner*, KV 1998, 241-245. Rein wirtschaftliche Belange sind nie ein Rechtfertigungsgrund zur Einschränkung des „elementaren Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs“, schon EuGH, Rs. C-398/95, Slg. 1997, I-3091 Rn. 23 – SETTG; bestätigt u.a. in Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 Rn. 39 – Decker; Eichenhofer, 2006, 123.

119 Umfassend zu Inhalt und Umfang der drei Bereiche der öffentlichen Gesundheit *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 44-49.

120 So hat bereits der Generalanwalt in den Rechtssachen Decker und Kohll in seinen Schlussanträgen eingeräumt, dass an der Genehmigungspflicht unter bestimmten Umständen festgehalten werden könne, um die Erhaltung und Funktionsfähigkeit des nationalen Krankenhaussystems zu gewährleisten, EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 Rn. 37 ff. – Kohll; Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 37 – Decker. Später bestätigt in EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 71f. – Smits/Peerbooms; Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 46 f. – Vanbraekel.

rungs-)Trägers beantragt wurde, so dass von vornherein keine wesentlichen Auswirkungen auf die Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit zu befürchten waren.¹²¹ Eine Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes schied aus, weil die Bedingungen des Zugangs und der Ausübung der Tätigkeit von medizinischen Berufen Gegenstand zahlreicher Koordinierungs- und Harmonisierungsrichtlinien (z.B. Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise) sind, woraus folgte, dass z.B. niedergelassene Mediziner im Ausland als ebenso qualifiziert anerkannt werden müssen wie Mediziner im Inland.¹²²

dd) Bedeutung der Rechtsprechung Kohll und Decker¹²³

Seit diesen Entscheidungen gibt es für die Versicherten zwei Wege der grenzüberschreitenden Leistungsbeanspruchung bei vorübergehendem Aufenthalt in einem anderen MS als dem Staat des zuständigen Trägers: entweder gemäß Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 auf Sachleistungen durch den aushelfenden Träger nach dem Recht des aushelfenden Trägers auf Kosten des zuständigen Trägers oder direkt aus Art. 49 EGV¹²⁴ (oder 28 EGV) nach dem Recht des zuständigen Trägers und, wenn dieses Recht zu Unrecht nicht gewährt wird, auf Erstattung der Kosten der Leistungsbeanspruchung im Ausland in Höhe der Sätze, die der zuständige Träger nach dem für ihn geltenden Recht zu zahlen gehabt hätte.¹²⁵

Die Urteile waren der Beginn¹²⁶ einer Serie von Entscheidungen des EuGH zu Inhalt und Umfang des Anspruchs der Unionsbürger auf grenzüberschrei-

121 Zur Begründung ausführlich EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 37-42 – Kohll; Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 Rn. 37-40 – Decker.

122 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 45 bis 49 – Kohll; Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831 Rn. 41 bis 45 – Decker, mit dem Nachweis der einschlägigen Richtlinien.

123 Zusammenfassend dazu *Eichenhofer*, VSSR 1999, 101 ff., kritisch *Fuchs* NZS 2002, 337, 340 ff.

124 Dieser Anspruch ist von Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 vollständig unabhängig. Er richtet sich weder nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71, noch steht ihm dieser entgegen.

125 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 41 – Kohll; Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Rn. 38 – Decker. Weiterführend EuGH, Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 52 – Vanbraekel. *Bieback*, in: *Fuchs*, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 24 ff.

126 Anzumerken bleibt, dass die Erkenntnis der unmittelbaren Relevanz der Grundfreiheiten für die Sozialrechtsordnungen, trotz der alleinigen Kompetenz der MS zu deren Ausgestaltung, eigentlich nicht ganz neu war – so aber *Becker*, in: *Becker/Schön*, 2005, 3, 24 –, denn dieser Problemzusammenhang wurde bereits vor 30 Jahren thematisiert, *Lichtenberg*, VSSR 1978, 125 ff.

tende Gesundheitsdienstleistungen. Sie sind ein Beispiel für den großen Einfluss, den die vertraglich verbürgten Grundfreiheiten auf die sozialen Sicherungssysteme der MS ausüben.¹²⁷ Bereits diese Entscheidungen machen deutlich, welcher „Entterritorialisierung“ das nationale Sozial- und Gesundheitswesen unter dem Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts ausgesetzt ist und in welchem Maße die nationale Sozial- und Gesundheitspolitik der MS mittlerweile transnational und – unter europäischen Vorzeichen – supranational geworden ist.¹²⁸

b) *Smits/Peerbooms*¹²⁹

Da die Verfahren Kohll und Decker ein Krankenversicherungssystem betrafen, das die Leistungsbeschaffung nach dem Kostenerstattungsprinzip ausgestaltet hatte,¹³⁰ ¹³¹ stellte sich die Frage, ob die Grundfreiheiten auch gelten, wenn die Leistungen im System der Krankenversicherung ausschließlich vom Sachleistungsprinzip geprägt sind (z.B. Deutschland, Niederlande). Dies wurde vom

127 *Haverkate/Huster*, 1999, 355. Mit dem Rückgriff auf die Grundfreiheiten hat der EuGH ein Tor für den „Einfall“ des Gemeinschaftsrechts in das nationale Gesundheitsrecht der MS aufgestoßen. Anfangs gab es daher auch kritische Stimmen zu den Entscheidungen, die dem EuGH vorwarfen, dass er nicht ausreichend die bei den MS verbliebene umfassende Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherungssysteme berücksichtige und die einvernehmliche jahrzehntelange Verfahrensweise der MS missachte, beispielhaft *Schulte*, in: *Schulte/Barwig*, 1999, 91.

128 *Schulte*, in: *Schmähl*, 2001, 45 f., 51.

129 EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 – *Smits/Peerbooms*. In dieser Entscheidung wurde, ebenso wie in der Entscheidung *Vanbraekel*, der Grundsatz bekräftigt, dass die Waren- und Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich und uneingeschränkt auch in dem Bereich der sozialen Sicherheit gelten. Zusammenfassend zu dieser Entscheidung *Kingreen*, NJW 2001, 3382 ff.; *Dauck/Nowak*, EuR 2001, 741 f.

130 Das Prinzip der Kostenerstattung gilt außer in Luxemburg auch in Frankreich und Belgien. Nach diesem Prinzip tritt der Versicherte als sog. „Nachfrager“ auf dem Markt auf, zahlt erst einmal selbst für seine Leistungen und erhält seine Auslagen von der Krankenversicherung ganz oder zum Teil erstattet. Für dieses Prinzip, das die Leistungsnachfrage marktmäßig ausgestaltet, lag es nahe, das Marktrecht der Gemeinschaften und insbesondere auch die Grundfreiheiten anzuwenden.

131 Zu den in den MS sehr vielfältigen und unterschiedlich ausgestaltete Sozial- und Gesundheitssystemen ausführlich: *Devetzi*, 1999, 114 f.; *Becker*, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht. Rechtsvergleichende Untersuchung der Risikoabsicherungssysteme in Deutschland, Italien, Frankreich und Großbritannien, 1996; *Dehn*, 1996, 7 ff.; *Schulte*, ZSR 1997, 729 ff.

EuGH in dieser Entscheidung¹³², die sich zudem erstmals mit der Kostenerstattung stationärer Behandlungsleistungen¹³³ beschäftigte, ausdrücklich und gegen die Ansicht des Generalanwaltes bejaht.¹³⁴ Dies überraschte eigentlich nicht, denn bereits in einer früheren Entscheidung¹³⁵ formulierte der EuGH den Grundsatz, dass es das Gemeinschaftsrecht verbietet, unterschiedliche Koordinierungsregeln für unterschiedliche MS anzuwenden. Es war daher nur konsequent, dass der EuGH es nicht akzeptierte, dass die vom System der Kostenerstattung erfassten Versicherten die Dienstleistungsfreiheit umfassender für sich in Anspruch nehmen könnten als die durch die Krankenversicherung nach dem Sachleistungsprinzip oder in einem nationalen Gesundheitsdienst Versicherten.

Daneben bestätigte der EuGH in dieser Entscheidung, dass ein Genehmigungserfordernis für eine stationäre Behandlung in einem Krankenhaus, mit dem kein Versorgungsvertrag durch die Krankenkassen besteht, legitim sein kann,¹³⁶ da für Krankenhäuser langfristige und kostspielige Investitionen getä-

132 Inhaltlich ging es wiederum um eine Versicherte, die ohne die Genehmigung des zuständigen Trägers in einem anderen MS Heilbehandlungen in Anspruch genommen hatte und dafür nachträglich Kostenerstattung begehrte (identischer Sachverhalt auch in der Rechtssache Vanbraekel).

133 Insofern stellte der EuGH grundsätzlich fest, dass es sich auch bei Krankenhausleistungen um Dienstleistungen im Sinne des EGV handelt, die Dienstleistungsfreiheit also auch für den Krankenhaussektor gilt, EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 47-59 – Smits/Peerbooms m.w.N.

134 Im Ergebnis zustimmend *Bieback*, NZS 2001, 478 ff., 562; *Kingreen*, NJW 2001, 3382, 3383. Gegen die Anwendbarkeit der Grundsätze aus der Rechtsprechung Kohll und Decker auf das Sachleistungsprinzip (wonach Leistungen ohne Bezahlung des Versicherten direkt „in Natur“ an ihn geleistet werden) wurde argumentiert, dass es sich nicht um „entgeltliche Dienstleistungen“ im Sinne des Art. 50 EGV handelt. Dem widersprach der EuGH mit der Begründung, dass es sich konkret um Fälle der (ausnahmsweise zulässigen, vgl. § 13 SGB V) Kostenerstattung handelt, wonach der Versicherte auch im System des Sachleistungsprinzips die Möglichkeit hat, sich die Leistungen außerhalb des Kreises der vorgegebenen Leistungserbringer zu besorgen und (vorläufig) selbst zu bezahlen. Weiter wurde eingewandt, dass die erbrachten Leistungen nicht „in der Regel gegen Entgelt erbracht werden“. Dieses Argument resultierte aus der Logik des Sachleistungsprinzips, wonach zwischen Leistungserbringer und Versichertem kein Geld fließt, die Bezahlung vielmehr zwischen Leistungserbringer und Versicherungsträger erfolgt. Dem ist der EuGH unter Verweis auf zahlreiche Urteile entgegengetreten, in denen er betont, dass die Leistung nicht von demjenigen bezahlt werden muss, dem sie zu Gute kommt. Es reicht aus, dass die Leistung irgendwie, wenn auch pauschal, bezahlt wird.

135 EuGH, Rs. 41/84, Slg. 1986, 1 ff. – Pinna I.

136 EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 72-82 – Smits/Peerbooms. Im stationären Sektor kann die Freizügigkeit also eingeschränkt werden. Der EuGH erweiterte dazu die oben genannten Rechtfertigungsgründe um den Ausnahmetatbestand der

tigt werden müssen.¹³⁷ Daher muss Kostenverschwendung vermieden und die Höhe der Kosten beherrschbar gestaltet werden, um so das Angebot einer qualitativ hochwertigen Krankenhausversorgung, das ständig zugänglich ist, zu sichern.¹³⁸ Allerdings darf das nationale Zulassungssystem nur auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen.¹³⁹ Aus dem Urteil kann dabei nicht grundsätzlich geschlossen werden, dass die in vielen MS übliche Praxis, die Krankenhausbehandlung auf Plan- und Vertragskrankenhäuser zu begrenzen und damit die Versorgung durch „Warteschlangen“ zu rationieren bzw. die an sich ausreichend vorhandenen Ressourcen nach bestimmten Prioritäten zu verteilen, grundsätzlich verboten ist.¹⁴⁰ Obwohl die Entscheidung Smits/Peerbooms das Genehmigungserfordernis damit unter bestimmten Umständen für zulässig erachtet, sind daran hinsichtlich der Auslegung seiner Voraussetzungen und seiner Anwendung in der Praxis gemeinschaftsrechtliche Anforderungen zu stellen. Zu den Genehmigungsvoraussetzungen gehören nach Ansicht des EuGH die Prüfung der Erforderlichkeit (die medizinische Behandlung darf nicht in dem eigenen Versorgungssystem durch eine gleiche oder für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig befriedigt werden können, sog. Behandlungsnotstand) und die medizinische Üblichkeit (diese darf nicht auf die nationalen Besonderheiten eines Gesundheitssystems eines MS abstellen, sondern muss allein objektiv an dem Stand der internationalen Medizin gemes-

Planungssicherheit, die der Gewährleistung eines qualitativ hochwertigen und ausreichenden Angebots an Krankenhausversorgung sowie der Kostenkontrolle diene.

137 Zur Kritik an den vom EuGH „kreierten“ Rechtfertigungsgründen, weil diese beliebig richterrechtlich erweiterbar seien, *Kingreen*, 1999, 103 ff., 151 ff.; bestätigend *Hirsch*, ZEuS 1999, 503, 510.

138 Neben den genannten Gründen, die bei ihrem Vorliegen rechtfertigen, dass die Inanspruchnahme einer Krankenhausbehandlung in einem anderen MS von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werden darf, gibt es weitere Aspekte, die den grundfreiheitsbasierten Anspruch auf grenzüberschreitende Krankenbehandlung begrenzen können. Insbesondere muss der Patient die vom Recht des Versicherungsstaates vorgesehenen Leistungsvoraussetzungen erfüllen, denn das Gemeinschaftsrecht begründet im Kontext der Dienstleistungsfreiheit selbst keinen Leistungsanspruch (s.o.). Vielmehr geht es immer nur darum, einen bereits existierenden Anspruch im gesamten Binnenmarkt zu realisieren, *Kingreen*, EuR 2001, 724, *Mair*, ZESAR 2008, 242, 247.

139 Insbesondere müssen die Kriterien unabhängig vom Ort der Niederlassung des Erbringers der Versorgungsleistung sein.

140 *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 49. Dies gilt tatsächlich allerdings nur für Krankenhäuser und nicht für die meisten anderen gesundheitlichen Dienstleistungen/Dienstleister.

sen werden).¹⁴¹

c) *Vanbraekel*¹⁴²

Im Fall *Vanbraekel* entschied der EuGH, wonach sich der Erstattungsbetrag bemisst, falls eine Genehmigung zur Inanspruchnahme zur Behandlung in einem anderen MS gemäß Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 vom zuständigen Träger zu Unrecht versagt worden ist.¹⁴³ Streitig war, ob die (niedrigeren) Kosten nach dem Recht des Behandlungsstaates oder die (höheren) Kosten nach dem Recht des zuständigen MS verlangt werden können. Der EuGH unterstrich zunächst, dass nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 nur die in dem aushelfenden Staat entstandenen Kosten ersetzt werden können.¹⁴⁴ Zugleich bestätigte er, dass in einer nationalen Beschränkung auf die Kostensätze des aushelfenden MS (ohne Anspruch auf Erstattung des Differenzbetrages im zuständigen MS) eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit liegt, wenn die Kosten für die Behandlung im Staat der Versicherung mit einem höheren Betrag als im Ausland erstattet würden. Dann würde die Kostenerstattung bei grenzüberschreitender Dienstleistungsbeanspruchung schlechter behandelt als die Kostenerstattung bei Dienstleistungsbeanspruchung im Inland, dem MS des zuständigen Trägers. Aus Art. 49 EGV folge daher ein Anspruch auf die Erstattungssätze des MS des Versicherten, wenn diese höher sind als des ausländischen MS der Behandlung.¹⁴⁵

Mit diesem Urteil scheint der EuGH – bei zu Unrecht versagter Genehmigung nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 – dem Versicherten die grundsätzliche Möglichkeit einzuräumen, unter Anwendung der Leistungssätze seines zuständigen Trägers mehr Ersatz verlangen zu können, als er tat-

141 EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 83 f., 90, 99 f. – Smits/Peerbooms; *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 50-54.

142 EuGH, Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 – *Vanbraekel*.

143 Eine ähnliche Problematik stellte sich dem EuGH später erneut. In der Rechtssache *Leichtle* bestätigte er die Entscheidung in der Rechtssache *Vanbraekel*, dass, wenn die Unbegründetheit der Ablehnung der Genehmigung nachträglich festgestellt wird, daraus ein unmittelbarer Anspruch gegenüber dem zuständigen Träger auf Erstattung der Kosten in der Höhe resultiert, wie sie erfolgt wäre, wenn die Genehmigung von Anfang an ordnungsgemäß erteilt worden wäre. Danach müssen die fraglichen, zunächst zu Unrecht abgelehnten, Aufwendungen rückwirkend vom zuständigen Träger übernommen werden, EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004, I-2641 Rn. 55-59 – *Leichtle*.

144 EuGH Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 32, 33 – *Vanbraekel*.

145 EuGH Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 37, 45, 53 – *Vanbraekel*.

sächlich im MS der Leistungsaushilfe an Kosten zu tragen hatte.¹⁴⁶ Dies würde indessen das System der Leistungsaushilfe des Art. 22 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 sprengen bzw. dem Zweck der Dienstleistungsfreiheit zuwiderlaufen.¹⁴⁷ Auch die Beseitigung von Diskriminierungen bei grenzüberschreitender Mobilität würde so nicht erreicht werden.¹⁴⁸

d) *Müller-Fauré/van Riet*¹⁴⁹ 150

Diese Fälle betrafen erneut nationale Regelungen, die eine vorherige Genehmigung für ambulante und stationäre Behandlungen außerhalb des Versicherungsstaates bei Personen oder Einrichtungen, die mit der Krankenkasse keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hatten, vorsahen. Zunächst stützte sich

146 EuGH Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 53 – Vanbraekel. So auch *Borman/Petersen*, Die Angestelltenversicherung 2002, 194, 195 wonach dem Patienten ein Differenzbetrag zustände, wenn die Behandlungssätze im Versicherungsstaat höher sind. Indessen sind bei dem vom EuGH formulierten Grundsatz die besonderen Umstände des Falles Vanbraekel zu berücksichtigen: Die Vorschriften des Behandlungsstaates sahen eine nicht unerhebliche Selbstbeteiligung vor, die die Klägerin selbst hätte tragen müssen, wenn die Kostenerstattung entsprechend Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 (Erstattung nur nach den Rechtsvorschriften des Behandlungsstaates) hätte erfolgen müssen. Dies sah der EuGH als unbillig an; er wollte diesen Umstand nicht auch noch dem zuständigen Träger zu Gute kommen lassen, nachdem er zuvor die Genehmigung nach Art. 22 (EWG) Nr. 1408/71 zu Unrecht verweigert hatte, vgl. *Kingreen*, NJW 2001, 2281, 2283; in diesem Sinne auch *Novak*, EuZW 2001, 476, 477.

147 *Becker*, NJW 2003, 2272, 2275.

148 *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 29, wonach der Versicherte in dem MS der Leistungsaushilfe alles erreicht hat, was ihm zusteht. Eine Deckungslücke kann nur dann bestehen, wenn die – tatsächlich entstandenen – Reisekosten in dem MS der Leistungsaushilfe nicht, dafür aber in dem zuständigen MS vorgesehen seien. Dann wäre es gerechtfertigt, dem Versicherten zusätzlich den Ersatz dieser Reisekosten nach dem Recht und zu den Sätzen des zuständigen MS zuzugestehen.

149 Der EuGH bestätigte erneut, dass alle medizinischen Tätigkeiten von Art. 49, 50 EGV erfasst werden, ohne dass danach zu unterscheiden wäre, ob die Versorgung in einem Krankenhaus oder außerhalb davon erbracht wird und, dass der EGV, einschließlich der Grundfreiheiten, auch auf Krankenversicherungssysteme mit Sachleistungsprinzip anzuwenden sind, EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 38, 39, 93 – Müller-Fauré/van Riet. Zu der Entscheidung *Nowak*, EuR 2003, 644f.

150 In diesem Urteil hat der EuGH außerdem klargestellt, dass: „... die Verwirklichung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten die MS unvermeidlich verpflichtet, einige Anpassungen in ihren nationalen Systemen der nationalen Sicherheit vorzunehmen, ohne dass dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit ... angesehen werden könnte, EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 102 – Müller-Fauré/van Riet.

der EuGH vollumfänglich auf seine Argumentation aus der Entscheidung *Smits/Peerbooms*¹⁵¹, wonach die Freiheit zur Wahl des stationären Leistungserbringers im Rahmen sozialrechtlich geschuldeter Dienst- und Sachleistungen von den MS aus wichtigen Gemeinwohlbelangen – konkret wegen der Krankenhausplanung – eingeschränkt werden kann.¹⁵² Ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung bei stationärer Behandlung ist nach Ansicht des EuGH aber nur dann gerechtfertigt, wenn es auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im voraus bekannt sind, sich auf leicht zugängliche Verfahrensregelungen stützt und geeignet ist, dem Betroffenen zu garantieren, dass der Antrag auf Genehmigung innerhalb einer angemessenen Frist, objektiv und unparteilich behandelt wird, wobei eine Versagung der Genehmigung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anfechtbar sein muss.¹⁵³ Zugleich stellte der EuGH in dieser Entscheidung ausdrücklich die grundsätzliche Unzulässigkeit einer Beschränkung der Inanspruchnahme einer ambulanten medizinischen Behandlung in einem anderen MS fest. Eine Genehmigungspflicht für ambulante Behandlungen in einem anderen MS ist danach nie gerechtfertigt, weil nur eine Kostenübernahme zu den Sätzen und den Bedingungen des Versicherungsstaates verlangt werden kann.¹⁵⁴

e) *Watts*¹⁵⁵

Die Entscheidung *Watts* stellt eine Zusammenfassung der Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH¹⁵⁶ zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung dar, die sich sowohl mit der Auslegung bzw. Bedeutung von Art. 49, 50

151 Danach stellt eine solche Regelung eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, EuGH; Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 69 – *Smits/Peerbooms*.

152 Dazu *Becker*, NJW 2003, 2272.

153 EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 68, 85 m.w.N. – Müller-Fauré/van Riet. Zusammenfassend zu den Inhalten der Entscheidung *Becker*, NJW 2003, 2272, 2273 f. Die Grundsätze der Entscheidung bestätigte auch die spätere Entscheidung EuGH, Rs. C-8/02, Slg. 2004, I-2641 Rn. 43-47 – *Leichtle*.

154 *Frenz*, NVwZ 2003, 947, 949; *ders.* MedR 2004, 296, 297; *Novak*, EuZW 2003, 474. Kritisch dazu *Fuchs*, NZS 2004, 225, 228; *Kingreen*, ZESAR 2003, 199, 203.

155 EuGH, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 – *Watts*. Die Entscheidung betraf einen Antrag auf Kostenerstattung einer in Großbritannien wohnenden, beim staatlichen Gesundheitsdienst versicherten Frau für eine Krankenhausbehandlung in Frankreich. Zusammenfassend *Eichenhofer* ZESAR 2006, 266.

156 Überblick über die einschlägigen Urteile des EuGH zu dieser Thematik u.a. bei *Wollenschläger/Grimm*, ZIAS 2004, 335 f., 350. Zur Kritik an diesen Entscheidungen z.B. *Fuchs*, ELJ 2002, 536, 542 ff.

EGV¹⁵⁷ und 152 Abs. 5 EGV als auch Art. 22 Abs. 1 lit. c), Ziffer i), Abs. 2 (EWG) Nr. 1408/71 beschäftigt.¹⁵⁸

Zunächst stellte der EuGH fest, dass die Kriterien für die Auslegung der in Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 VO (EWG) Nr. 1408/71 enthaltenen Formulierung „...in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen normalerweise erforderlich ist“ mit dem von ihm geschaffenen Kriterium der „Rechtzeitigkeit“ im Sinne des Art. 49 EGV identisch sind.¹⁵⁹ Bei der Beurteilung der Frage der Rechtzeitigkeit sind sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls sowie der Gesundheitszustand des Patienten in der Vergangenheit und zur Zeit der Antragstellung zu beachten. Der Entscheid darf dabei nicht ausschließlich auf die Existenz von nationalen Wartelisten gestützt werden.¹⁶⁰ Dennoch spricht die Entscheidung den MS nicht das Recht ab, ein System von Wartelisten einzuführen, das darauf abzielt, die Erbringung der Behandlungen zu planen und Prioritäten nach Maßgabe der verfügbaren Mittel und Kapazitäten festzulegen. Die Versagung der Genehmigung unter Berufung auf eine Warteliste ist daher dann zulässig, wenn der MS nachweist, dass der nationale Wartezeitraum nicht den zeitlichen Rahmen überschreitet, der unter Berücksichtigung einer objektiven medizinischen Beurteilung hinsichtlich des Gesundheitszustandes des Betroffenen vertretbar ist.¹⁶¹ Ist der so ermittelte zeitliche Rahmen überschritten, ist

157 Vgl. *Eichenhofer*, ZESAR 2006, 241, 243, der den aus Art. 49 EGV abgeleiteten Anspruch als „Basisanspruch“ bezeichnet, oder *Mair* ZESAR 2008, 242, 247, der von einer primärrechtlichen Garantie spricht.

158 Weitere Entscheidungen des EuGH bestätigten die dargestellten Grundsätze. Zuletzt EuGH, Rs. C-444/05, n.n.i.Slg.v. – *Stamatelaki*, nachzulesen in ZESAR 2008, 242 ff. mit Anmerkungen *Mair*. Diese Entscheidung unterstrich, dass Art. 49 EGV auch einer nationalen Regelung eines MS entgegensteht, die jede Erstattung von Kosten der medizinischen Behandlung der bei einem nationalen Sozialversicherungsträger Versicherten in Privatkliniken in einem anderen MS ausschließt. Mit diesem Urteil hat der EuGH seine Rechtsprechung in Richtung Gleichstellung ausländischer Privatkliniken mit inländischen und ausländischen Krankenhäusern erweitert, *Becker/Walser*, NZS 2005, 449, 454, 456; *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, 2002, Art. 22 Rn. 51.

159 EuGH, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 60 ff. – *Watts*. In dem einem wie dem anderen Fall geht es um die Frage, ob die aufgrund des Gesundheitszustandes des Betroffenen erforderliche Krankenhausbehandlung im Gebiet seines Wohnstaates innerhalb eines vertretbaren zeitlichen Rahmens erbracht werden kann, der ihre Nützlichkeit und Wirksamkeit wahrt.

160 So schon EuGH, Rs. C-56/01, Slg. 2003, I-12430 Rn. 46 – *Inzian*; Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 92 – *Müller-Fauré/van Riet*.

161 Detailliert dazu EuGH, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 68-71 – *Watts*. Diese Einschränkung ist auch notwendig, weil sich sonst Patienten in einen anderen MS begeben könnten, nur um dort noch schneller, auf Kosten des zuständigen Trägers,

die Voraussetzung des Art. 22 Abs. 2 2. UAbs. 2 Voraussetzung VO (EWG) Nr. 1408/71 gegeben. Die Genehmigung kann dann nicht mit der Begründung versagt werden, die Kosten in dem Behandlungsstaat wären höher als in dem Versicherungsstaat, es fehle ein finanzieller Mechanismus, der die Erstattung durch den Träger des Behandlungsstaates vorsieht oder, ohne die Wartelisten ergäbe sich eine Beeinträchtigung der üblichen Prioritätenfolge nach Maßgabe der jeweiligen Dringlichkeit der zu behandelnden Fälle.

Der EuGH formulierte daneben, in weiten Teilen unter Bezugnahme auf die bereits vorgestellten Urteile, nochmals deutlich und teilweise klarstellend, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Patient nach Art. 49 EGV Anspruch auf Krankenhausbehandlung in einem anderen MS zu Lasten seines Versicherungsträgers hat.¹⁶² Zugleich unterstrich der EuGH erneut, dass die MS, trotz ihrer ausschließlichen Zuständigkeit in diesem Bereich, verpflichtet sind, Mechanismen für die Kostenerstattung von Krankenhausbehandlungen für den Träger des Behandlungsstaates vorzusehen; dies folge unmittelbar aus den Grundfreiheiten.

In diesem Zusammenhang ist auch die weitere dem EuGH vorgelegte Frage zu sehen: Verletzen die Regelungen der Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 und Art. 49 EGV, wonach der zuständige Träger einem Patienten auf seine Kosten eine Krankenhausbehandlung in einem anderen MS zu genehmigen hat, wenn die Wartezeit den zulässigen zeitlichen Rahmen überschreitet, die Regelung des Art. 152 Abs. 5 EGV, wonach die EG verpflichtet ist, im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung die Verantwortung der MS für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung zu wahren? Diese Frage hat der EuGH verneint und – zum wiederholten Male – darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des Art. 152 Abs. 5 EGV nicht ausschließt, dass die MS nach anderen primär- oder sekundärrechtlichen Vertragsbestimmungen (hier Art. 49 EGV, Art. 22 VO (EWG) 1408/71) verpflichtet sind, Anpassungen in ihren nationalen Systemen der sozialen Sicherheit vorzunehmen, ohne dass

Leistungen zu erhalten. Dies würde sämtliche Planungs- und Rationalisierungsanstrengungen der MS auf dem Sektor der Gesundheitsversorgung in Frage stellen. In diesem Sinne auch EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 106 – Smits/Peerbooms; Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 91 – Müller-Fauré/van Riet.

162 Danach ist Art. 49 EGV unabhängig von der Funktionsweise des nationalen Gesundheitssystems anwendbar. Beschränkungen von Art. 49 EGV z.B. wegen einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit können gerechtfertigt sein und müssen dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Eine nationale Regelung ist dabei nicht gerechtfertigt, wenn sie den vertraglich vereinbarten Grundfreiheiten ihre praktische Wirksamkeit nimmt. Ein System der vorherigen Genehmigung ist somit nur dann zulässig, wenn es auf objektiven, nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im Voraus bekannt sind.

dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich angesehen werden könnte.¹⁶³

Schließlich bestätigte der EuGH seine Grundsätze zur Höhe der zu erstattenden Kosten für Behandlungen im Ausland im Falle der Ableitung des Anspruchs aus Art. 49 EGV. Dem steht nicht entgegen, dass die Rechtsvorschriften des zuständigen MS keinen Erstattungstarif enthalten, da die Kosten in der Höhe der nationalen Bestimmungen des Trägers des Behandlungsstaates zu erstatten sind. Für den Fall, dass diese Bestimmungen keine vollständige Übernahme der Kosten vorsehen, besteht zudem ein Anspruch des Versicherten auf Übernahme der Differenz gegenüber dem zuständigen Träger, der durch den tatsächlich im Behandlungsstaat angefallenen Gesamtbetrag begrenzt ist.¹⁶⁴

163 In diesem Sinn bereits EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 102 – Müller-Fauré/van Riet; Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 144 bis 148 – Watts.

164 Zu den Grundsätzen bereits, EuGH, Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 Rn. 43-52 – Vanbraekel; Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 124-133 – Watts. Daneben sind entstandene Reise- und Unterbringungskosten für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen MS nur dann zu erstatten, wenn die Übernahme solcher Nebenkosten auch für innerstaatliche Behandlungen vorgesehen ist. Ein MS ist aus Art. 49 EGV nicht verpflichtet, die Erstattung von Nebenkosten ausschließlich für genehmigte Auslandsreisen vorzusehen, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 134-142 – Watts.

3. *Schlussfolgerungen aus den Entscheidungen des EuGH¹⁶⁵ – Der EuGH als Motor gesundheitspolitischer Integration?*¹⁶⁶

a) *Grundsätze*

Die erste und wichtigste Botschaft der Entscheidungen des EuGH war, dass das Recht des Binnenmarktes grundsätzlich auch auf die nationalen Sozial- und Gesundheitssysteme anzuwenden ist. Die MS besitzen zwar die alleinige Gestaltungskompetenz in diesem Bereich, müssen sich dabei aber an das europäische Recht halten. Durch den EuGH wurde ein neuer Weg für die Inanspruchnahme grenzüberschreitender medizinischer Versorgung geschaffen. Zusätzlich zu der nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 bestehenden Möglichkeit, nach vorheriger Genehmigung durch den nationalen Leistungs- bzw. Finanzierungsträger medizinische Sachleistungen nach den Rechtsvorschriften des aushelfenden Trägers am Wohn- oder Aufenthaltsort auf Kosten des zuständigen Trägers zu nutzen, können Versicherte nun auch, ohne Dringlichkeit und ohne vorherige Genehmigung, medizinische Güter und Dienstleistungen in anderen MS beanspruchen, und haben grundsätzlich Anspruch auf Erstattung zu den Kostensätzen, die im Versicherungsstaat gelten.¹⁶⁷ Dies gilt nicht nur für den ambulanten, sondern auch für den stationären Sektor, der als Dienstleistung im Sinne des Art. 50 EGV definiert wurde. Für den stationären Sektor wurden allerdings weitergehende Ausnahmetatbestände zugelassen, die eine Einschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen. Aus den Urteilen des EuGH können daher folgende Grundsätze abgeleitet werden: Jede ambulante Versorgung, zu der ein Bürger in seinem MS berechtigt ist, kann er

165 Bei aller Richtigkeit der Entscheidungen des EuGH vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen, soll nicht unerwähnt bleiben, welche Auswirkungen ein durch die Rechtsprechung ermöglichter (verschärfter) Wettbewerb zwischen den einzelnen nationalen Gesundheitswesen auf die bestehenden Solidarprinzipien im Gesundheitssystem und in der Krankenversicherung haben kann. Die Funktion eines sozialen Gesundheitssystems, Risiken abzusichern, die die Bewältigungsmöglichkeiten von Individuen und Familien übersteigen, kann durch die ausschließliche Implementierung von Marktmechanismen unterlaufen werden. Zusammenfassend *Rosenbrock*, in: Deppe/Burkhardt, 2002, 24-35; kritisch auch *Becker*, NJW 2003, 2272, 2276.

166 Zustimmend u.a. *Bergmann*, SGB 1998, 449, 452. Ablehnend – weil die politische Gestaltungsfreiheit und das Demokratiegebot verletzt wird z.B. *Neumann-Duesberg*, in: Schulte/Barwig, 1999, 89 ff., 91.

167 Die in Art. 22 Abs. 1 VO (EWG) Nr. 1408/71 aufgeführten Ausnahmetatbestände für die grenzüberschreitende Leistungserbringung regeln das Recht des Versicherten auf Inanspruchnahme von Krankenbehandlung in einem anderen MS daher nicht mehr abschließend, dazu *Godry*, in: Schulte/Barwig, 1999, 112 f., 115.

auch ohne vorherige Genehmigung in einem anderen MS in Anspruch nehmen. Die Kosten dieser Versorgung müssen bis zu der Höhe erstattet werden, die auch für die Versorgung im eigenen MS erstattet werden würden. Jede stationäre Versorgung, zu der ein Bürger in seinem MS berechtigt ist, kann er mit der vorherigen Genehmigung auch in einem anderen MS in Anspruch nehmen. Diese Genehmigung muss erteilt werden, wenn das eigene Gesundheitssystem die Versorgung nicht innerhalb der entsprechend der Erkrankung medizinisch notwendigen Frist sicherstellen kann. Auch die Kosten dieser Versorgung müssen mindestens bis zu der Höhe erstattet werden, die auch im eigenen MS erstattet werden würden.¹⁶⁸

b) *Auswirkungen der Entscheidungen*

Die Entscheidungen des EuGH griffen nachhaltig in die nationalen Gesundheitssysteme der MS ein. Entgegen dem „Harmonisierungsverbot“ aus Art. 152 Abs. 5 EGV eröffnen die Grundfreiheiten des Binnenmarktes der europäischen Ebene einen Zugang zu nationalstaatlich relevanten gesundheitspolitischen Entscheidungen. Auch nach den Entscheidungen des EuGH ist es indessen nicht zu einem massenhaften „Medizintourismus“ gekommen. Die Hinderungsgründe dafür sind zahlreich und wohl eher praktischer bzw. nicht-rechtlicher Natur. Danach stehen sprachliche und kulturelle Barrieren, große räumliche Distanz, bürokratische Hindernisse, fehlende Informationen und nicht zuletzt das Interesse an einer vertrauten Arzt-Patient-Beziehung der tatsächlichen Durchsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung entgegen.

168 Die Kostenerstattung bis zur Höhe der im zuständigen MS geltenden Vergütungssätze folgt aus der vorgestellten Rechtsprechung, *Langer*, NZS 1999, 537, 540; *von Maydell/Schulte*, KV 2001, 207; *Schulte*, ZfSH/SGB 1999, 579 f., 653, 656; *Kingreen*, NJW 2001, 3382. Dies könnte indessen zu kurz gedacht sein: Denn so wird der mögliche Umfang der Dienstleistungsfreiheit von der finanziellen Ausstattung des sozialen Systems des zuständigen Trägers bzw. MS abhängig gemacht. Sind die Vergütungssätze höher als in anderen MS, kann der Versicherte die Leistung in allen MS ungehindert in Anspruch nehmen, ansonsten nicht. Daher machen einige Autoren den Vorschlag, den Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 auszuweiten und eine Genehmigung auch bei eigentlich verfügbarem Leistungsangebot im zuständigen MS zu erteilen, u.a. *Eichenhofer*, VSSR 1999, 101, 113, 117 ff., mit der Folge, dass Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Aufenthalts- oder Wohnortes nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften (auch hinsichtlich der Höhe) erbracht werden müssen.

Worin besteht aber dann die eigentliche Bedeutung der vorgestellten Urteile des EuGH? Mit der Anwendung des Binnenmarktrechts auf die nationalen Gesundheitssysteme wurde ein Einfallstor für einen bis dahin geschützten Bereich sozialer Sicherheit geöffnet. Es wäre dennoch verkehrt, dem EuGH die alleinige Schuld an der „faktischen Aushöhlung“ der nationalen Gesundheitssysteme zu geben. Der Gerichtshof brachte und bringt nur diejenigen Rechtsvorschriften zur Anwendung, die gemeinschaftsrechtlich vereinbart sind und ihm somit bei der Auslegung zur Verfügung stehen. Dies sind in erster Linie ökonomische Regelungen. Hier macht sich wieder das Ausklammern der sozialen Dimension auf europäischer Ebene bemerkbar. Um die Übermacht der ökonomisch ausgerichteten europäischen Integration zu verhindern, wäre eine weitergehende Verankerung sozialer und damit einhergehend auch gesundheitspolitischer Normen im europäischen Vertragswerk notwendig. Diese Chance wurde indessen zuletzt in der gescheiterten Europäischen Verfassung bzw. im Vertrag von Lissabon¹⁶⁹ (wieder) vertan.¹⁷⁰ Ein weiterer richtiger Schritt wäre gewesen, die Problematik der grenzüberschreitenden Krankenbehandlung als eine Kernfrage des europäischen koordinierenden Sozialrechts dort zu regeln, wo sie insgesamt geregelt ist. Namentlich hätten sich die Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH in Art. 20 VO (EG) Nr. 883/2004 in der Form wieder finden müssen, dass die bisher zu restriktiv formulierten Grundsätze zur Erteilung einer vorherigen Genehmigung angepasst worden wären, was indessen nicht geschehen ist.¹⁷¹ ¹⁷² „Ohne eine deutliche und massive Änderung des EG-Vertrages selbst, besteht aber für die europäischen Organe – einschließlich des EuGH – kein Anlass, die in sich konsequente ausschließlich binnenmarktorientierte Linie der europäischen Integration aufzugeben.“¹⁷³ Einer ausschließlich marktorientierten Verrechtlichung der Gesundheitspolitik

169 Die offizielle Bezeichnung lautet: Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet am 13.12.2007 in Lissabon, ABl. C 306/1 vom 17.12.2007. Zusammenfassend zu den Inhalten des Vertrages *Hatje/Kindt*, NJW 2008, 1761 ff.

170 Die in den Regelungen der Art. 136 ff. EGV, 152 EGV enthaltenen Kompetenzen der EU in der Sozial- und Gesundheitspolitik wurden nicht weiter ausgebaut.

171 *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, Art. 22 Rn. 4, 41 ff., 43 ff.

172 Systematisch falsch erschiene es mir indessen, in die VO (EWG) Nr. 1408/71 (jetzt VO (EG) 883/2004) komplett die zusätzlichen, durch die Entscheidungen Decker und Kohll gewährten, und sodann weiter modifizierten, Ansprüche aufzunehmen. Denn die Verordnung beruht auf Art. 42 EGV (als Ausfluss der Freizügigkeit der Arbeitnehmer), während die Urteile des EuGH sich auf Art. 49, 50 EGV stützen, vgl. zusammenfassend *Langer*, NZS 1999, 537, 541.

173 *Schulz-Weidner*, KV, 1998, 241-245.

auf europäischer Ebene kann nur durch die vertragliche Verankerung solidarischer Prinzipien und umfassender gesundheitlicher Versorgungsansprüche begegnet werden. Solange dies nicht geschieht, wird der EuGH seine Rolle als „Regulierungs-Motor“ europäischer Sozial- und Gesundheitspolitik beibehalten.

V. Aktuelle Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH anhand des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung

1. Einführung

Durch die vom EuGH parallel zur VO (EWG) Nr. 1408/71 aufgezeigte Möglichkeit zum Anspruch auf Gesundheitsleistungen in einem anderen MS, wurde das Repertoire der Gestaltungsformen für die grenzüberschreitende Leistungserbringung um eine Variante erweitert. Kritiker wenden deshalb ein, dass durch die Rechtsprechung des EuGH das System nur noch schwerer verständlich und die tatsächliche Leistungserbringung weiter verkompliziert wurde¹⁷⁴ bzw. es in diesem Bereich an Transparenz und Rechtssicherheit fehle¹⁷⁵. Dieses Problem sah auch die Kommission, die bereits im Jahr 2003 nach Wegen suchte, „wie die Rechtssicherheit im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung im Anschluss an die Entscheidungen des EuGH über das Recht der Patienten auf Inanspruchnahme medizinischer Versorgung in einem

174 *Eichenhofer*, VSSR 1999, 101, 119, 120. Er plädierte daher schon früh für eine Abschaffung der Zweigleisigkeit von Ansprüchen aus Art. 22 VO (EWG) Nr. 1408/71 und aus Art. 49 EGV. Als Lösung sah er die Reform der Art. 19-22 VO (EWG) Nr. 1408/71 mit folgendem Wortlaut: „Die von einem System sozialer Sicherheit in einem MS erfasste Person hat aufgrund dieses Rechtsverhältnisses Anspruch auf sämtliche Dienst- und Sachleistungen, die sie nach dem Recht ihres MS beanspruchen kann, auch gegenüber den Leistungserbringern anderer MS. Die Leistungserbringer rechnen mit dem zuständigen Staat auf der Basis der für ihre Leistungen im Erbringergestaat maßgeblichen Sätze ab; eine Beschränkung der Vergütung auf die im zuständigen Staat für vergleichbare Leistungen gewährte Vergütung ist unstatthaft“. Ein weiterer kritischer Ansatz ging dahin, den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung auf der Basis von Art. 42 EGV und der VO (EWG) Nr. 1408/71 zu fördern bzw. fortzuentwickeln, *Fuchs NZS* 2002, 337, 342 ff.

175 *Mair*, ZESAR 2008, 242, 248.

anderen MS verbessert werden könnte“¹⁷⁶. Auch wenn die Kommission die Urteile des EuGH an sich für klar und in sich schlüssig hält, sah sie dennoch die Notwendigkeit, für mehr Klarheit zu sorgen, um eine allgemeine und effektive Anwendung der Rechte auf grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen sicherzustellen. Denn in vielen Bereichen bestanden (und bestehen) nach wie vor Unsicherheiten, wie die Grundsätze des EuGH in der Praxis von Patienten, Beschäftigten des Gesundheitswesens und den Regulierungsbehörden der MS anzuwenden bzw. umzusetzen sind.

Der zunächst gestartete Versuch¹⁷⁷, Grundsätze für die Erstattung von Kosten grenzüberschreitender Behandlungsleistungen in der zwischenzeitlich verabschiedeten Dienstleistungs-Richtlinie¹⁷⁸ zu verankern, war zuvor gescheitert.¹⁷⁹

176 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 2. Vgl. auch Bericht über den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der EU sowie Mitteilung der Kommission, Reaktion auf den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über die Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union, KOM (2004) 301 endg. vom 20.04.2004.

177 Die Kommission hatte zunächst vorgeschlagen, die Konsequenzen aus der Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich grenzüberschreitender Leistungen der Krankenbehandlung im Rahmen der zu erlassenden Dienstleistungs-RiL zu regeln, vgl. Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg.; Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg. vom 21.05.2003. Dazu *Eichenhofer*, 2006, 127.

178 KOM (2004) 2 endg. vom 13.01.2004; heute RiL 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 vom 27.12.2006, 36 ff.

179 Der diesbezügliche Art. 23 des Richtlinienvorschlags der Kommission über Dienstleistungen im Binnenmarkt, der Bestimmungen über die Anwendung des Freizügigkeitsprinzips auf die Gesundheitsdienstleistungen enthielt, wurde nicht in die Endfassung der Dienstleistungs-RiL übernommen. Das Europäische Parlament und der Rat waren der Auffassung, dass mit den vorgesehenen Formulierungen den Besonderheiten der Gesundheitsdienstleistungen, insbesondere hinsichtlich ihrer fachlichen Komplexität, ihrer Bedeutung in der öffentlichen Meinung und der umfassenden öffentlichen Finanzierung, nicht ausreichend Rechnung getragen worden war, KOM (2008), 414 endg., 2 vom 02.07.2008. Vgl. auch Bericht des Europäischen Parlaments über die Auswirkungen und Folgen der Ausklammerung von Gesundheitsdiensten aus der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, A 6-0173/2007 vom 10.05.2007.

Nachdem lange Zeit ein Handeln in diesem Bereich angekündigt war,¹⁸⁰ liegt nunmehr seit dem 02.07.2008 ein Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (nachfolgend RiL-Vorschlag) vor.¹⁸¹ Der Vorschlag stützt sich als Ermächtigungsgrundlage bezeichnenderweise auf Art. 95 EGV,¹⁸² der untrennbar mit dem Binnenmarktkonzept des Art. 14 EGV verbunden ist.¹⁸³

2. *Hintergrund und Vorbereitung des RiL-Vorschlags*

Im Jahr 2003 riefen die Gesundheitsminister der MS die Kommission dazu auf, neue Wege zu suchen, wie die Rechtssicherheit im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung verbessert werden könnte¹⁸⁴. Dies war

180 Schon in ihrer Strategieplanung für das Jahr 2007 gab es eine Ankündigung für einen weitergehenden Vorschlag der Kommission, KOM (2006) 122. endg. vom 14.03.2006.

181 KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008. In diesem Zusammenhang auch Mitteilung der Kommission, Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 415 endg. Die Kommission entschied sich damit gegen die Alternative, Fragen der Kostenerstattung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH ergänzend in der VO (EWG) Nr. 1408/71 bzw. VO (EG) Nr. 883/2004 zu regeln. Dies ist konsequent, da die entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung zum Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung unmittelbar auf den Grundfreiheiten basieren, wogegen die VO (EWG) Nr. 1408/71 den Anspruch aus der (theoretischen) Eingliederung des Patienten in die nationalen Vorschriften eines anderen MS begründet.

182 Vgl. detailliert KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 7, wonach diese Rechtsgrundlage sowohl hinsichtlich der Zielsetzung des Vorschlags als auch hinsichtlich des Inhalts gerechtfertigt sei und vollauf im Einklang mit den Anforderungen der Art. 95 und 152 EGV stehe. Dagegen wurde bereits während einer Stakeholder-Debatte am 15.07.2008 im Europäischen Parlament die Ansicht geäußert, dass die Rechtsgrundlage des RiL-Vorschlags angefochten werden könnte. Zugleich deutete Madelin, der Direktor der Generaldirektion Gesundheit und Verbraucherschutz an, dass die Diskussion über den RiL-Vorschlag insgesamt mehrere Jahre dauern könnte, detailliert unter: <http://www.euractiv.com/de/gesundheit/streitumgrenzuebergreifendegesundheitsversorgung/article-174313>.

183 Nach Art. 95 EGV können nicht nur Richtlinien, sondern insgesamt alle notwendigen Maßnahmen der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des Binnenmarktes erlassen werden. Die Rechtssetzung erfolgt im Verfahren nach Art. 251 Abs. 2 EGV, mit qualifizierter Mehrheitsentscheidung im Rat und mit Zustimmung des Europäischen Parlaments. Dazu *Tietje*, in: Grabit/Hilf, Das Recht der EU, Art. 95 EGV Rn. 2, 5.

184 Bericht über den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der EU von 2004, unter:

eine Reaktion auf die bereits im Juni 2002 vom Rat erlassenen Schlussfolgerungen über die Freizügigkeit von Patienten und der Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der EU, die besagten, dass auf europäischer Ebene ein Rahmen zur Erleichterung der Zusammenarbeit und zur Gestaltung der Entwicklung auf diesem Gebiet nötig ist, der bislang fehlt(e).¹⁸⁵ Die Kommission reagierte auf diese Herausforderungen mit einer übergeordneten politischen Strategie, die eigens dem Aspekt der gesundheitlichen Versorgung gewidmet war und die, nach öffentlicher Konsultation von über 280 Beteiligten¹⁸⁶, in zwei einander ergänzende Mitteilungen aus dem Jahr 2004¹⁸⁷ mündete. Parallel dazu wurden weitere Vorschläge zur Modernisierung und zur Vereinfachung der VO (EWG) Nr. 1408/71 unter Berücksichtigung der oben ausgewerteten Rechtsprechung des EuGH erarbeitet, die den Rechtsrahmen für die Erstattung der Kosten für die gesundheitliche Versorgung in einem anderen

http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/patient_mobility_en.htm. Der umfangreiche Bericht enthält 19 spezifische Empfehlungen und unterstreicht die Zuständigkeit der MS hinsichtlich der Organisation ihrer Gesundheitssysteme. Ebenso Mitteilung der Kommission, Reaktion zu dem Reflexionsprozess auf hoher Ebene über die Patientenmobilität und die Entwicklungen der gesundheitlichen Versorgung in der EU. Diese Mitteilung sieht daneben – meines Erachtens zu Recht – den ersten und wichtigsten Schritt zur Durchsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung darin, den Unionsbürgern einen klaren Überblick über ihre Rechte auf Kostenerstattung für die gesundheitliche Versorgung in einem anderen MS zu geben, KOM (2004) 301 endg. vom 20.04.2004, 5, 6, 8, 10, 20.

185 Schlussfolgerungen des Rates der Gesundheitsminister über die Freizügigkeit von Patienten und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung, Ratsdokument Nr. SN 200/02 vom 21./22.06.2002.

186 Die Konsultation zu der spezifischen Initiative im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung wurde offiziell im September 2006 mit der Veröffentlichung der Mitteilung der Kommission, Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen, SEK (2006) 1195/4 vom 26.09.2006 eingeleitet, in der alle betroffenen Akteure ersucht wurden, sich an der Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zu beteiligen. Zu den Ergebnissen vgl. Zusammenfassung des Berichts über die Beiträge zur Konsultation über Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen unter: http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/docs//health_services_rep_en.pdf.

187 Mitteilung der Kommission, Reaktion auf den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über die Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der EU, KOM (2004) 301 endg. vom 20.04.2004 und Mitteilung der Kommission, Modernisierung des Sozialschutzes für die Entwicklung einer hochwertigen, zugänglichen und zukunftsfähigen Gesundheitsversorgung und Langzeitpflege: Unterstützung der einzelstaatlichen Strategien durch die „offene Koordinierungsmethode“, KOM (2004) 2 endg. vom 25.02.2004.

MS abstecken sollten.¹⁸⁸ Die vom Rat im Juni 2006 verabschiedeten Schlussfolgerungen zum Thema „Gemeinsame Werte und Prinzipien in den EU-Gesundheitssystemen“¹⁸⁹ bestätigten das bereits in der Mitteilung der Kommission benannte oberste Ziel, wonach die Unionsbürger vor allem einen klaren Überblick über ihre Rechte und Ansprüche auf Kostenerstattung für die gesundheitliche Versorgung in einem anderen MS erhalten müssten, um diese tatsächlich in Anspruch zu nehmen. Daneben sprach sich der Rat ausdrücklich für eine rechtliche Verankerung dieser Rechte auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene aus, um die Rechtssicherheit zu erhöhen.¹⁹⁰ Auch das Europäische Parlament beteiligte sich an den Diskussionen über die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung und forderte, einen Rechtsrahmen für grenzüberschreitende Bestimmungen im Bereich der Gesundheitsversorgung zu schaffen.¹⁹¹ Dazu unterstrich es in dem Bericht über die Auswirkungen und Folgen der Ausklammerung von Gesundheitsdiensten aus der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt aus dem Jahr 2007 nochmals, dass der Zugang zu grenzüberschreitenden Gesundheitsdiensten erforderlich ist, um die Freizügigkeit der Bürger innerhalb der Gemeinschaft zu verwirklichen.¹⁹² Die Kommission unterbreitete schließlich, bevor sie den sogleich näher zu besprechenden RiL-Vorschlag vorlegte, am 23.10.2007 einen neuen Ansatz für eine zukünftige

188 KOM (2004) 301 endg., 6 vom 20.04.2004.

189 ABl. C 146/1 vom 22.06.2006. Hinsichtlich der dort verankerten Arbeitsprinzipien, die für alle nationalen Gesundheitssysteme gelten (u.a. Qualität, Sicherheit, wissenschaftsbasierte und ethisch abgesicherte Versorgung, Patientenausrichtung, Entschädigung, Achtung der Privatsphäre und Vertraulichkeit bei der Verarbeitung personenbezogener Daten), muss sichergestellt sein, dass sie in der gesamten EU gelten. Zur Sicherung dieses Ziels ist es angebracht, vorzuschreiben, welcher MS die Einhaltung dieser Prinzipien gewährleisten muss (dazu sogleich).

190 10173/06 SAN 168 SOC 302 MI 132, vom 05.06.2006, 5 f.

191 U.a. Bericht über die Patientenmobilität und die Entwicklungen der gesundheitlichen Versorgung in der EU, A 6-0129/2005 endg. vom 29.04.2005; Entschließung zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, B 6-0098/2007 vom 08.03.2007; Bericht über die Auswirkungen und Folgen der Ausklammerung von Gesundheitsdiensten aus der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, A 6-0173/2007 endg. vom 10.05.2007; Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, P 6_TA (2007) 0073 vom 15.03.2007, 2, 3.

192 A 6-0173/2007 vom 10.05.2007, 5, Ziff. 5. Daneben bestätigte der Bericht, dass der EGV einschließlich seiner spezifischen Vorschriften über Dienstleistungen auf Gesundheitsdienstleistungen Anwendung findet und dass jeder EU-Bürger das uneingeschränkte Recht hat, in jedem MS nach medizinischer Versorgung zu suchen, A 6-0173/2007 vom 10.05.2007, Ziff. 11.

europäische Gesundheitsstrategie.¹⁹³ Darin unterstreicht sie einerseits die Hauptzuständigkeit der MS für die Gesundheitspolitik und die gesundheitliche Versorgung ihrer Bürger,¹⁹⁴ bestätigt andererseits indessen auch die Zuständigkeit der EG für Fragen des freien Waren-, Personen- und Dienstleistungsverkehrs. Am 02.07.2008 legte die Kommission sodann eine erneuerte Sozialagenda¹⁹⁵ vor. Damit einhergehend wurden 19 Initiativen in den Bereichen Beschäftigung und Soziales, Bildung und Jugend, Gesundheit, Informationsgesellschaft und Wirtschaft verabschiedet. Einen Teil dieser Sozialagenda bildet der vorgestellte RiL-Vorschlag¹⁹⁶.

3. *Ziele und Inhalte des RiL-Vorschlags*¹⁹⁷

a) *Ziele, Art. 1 RiL-Vorschlag*

Der RiL-Vorschlag will, unter Berücksichtigung der Grundwerte Universalität, Zugang zu einer Gesundheitsversorgung von guter Qualität, Gleichbehandlung und Solidarität (vgl. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 RiL-Vorschlag¹⁹⁸), einen allgemeinen, eindeutig abgesteckten Gemeinschaftsrahmen für eine sichere, hochwertige und effiziente grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in der EU schaffen,¹⁹⁹ der die Freizügigkeit von Gesundheitsdienstleistungen und ein

193 Weißbuch „Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2008 – 2013“, KOM (2007) 630 endg. vom 19.10.2007.; Begleitpapier zum Weißbuch „Gemeinsam für die Gesundheit: Ein strategischer Ansatz der EU für 2008 – 2013“, SEK (2007) 1375 vom 23.10.2007.

194 Zugleich weist die Kommission auf die wichtige Rolle hin, die der Union im Reformvertrag hinsichtlich der Gesundheitspolitik zugewiesen worden sei.

195 Zu den Inhalten EU-Nachrichten, Ausgabe 24, 4 ff. Detailliert auch unter: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=547>.

196 KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008.

197 Ziele und Inhalte des RiL-Vorschlags werden nur insoweit erörtert, als diese für das gewählte Thema – namentlich für die Klarstellung der Rechtsprechung zu Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr.1408/71 – relevant sind. Die weiteren wichtigen Bereiche des RiL-Vorschlags (z.B. Überwachung, Qualitäts- und Sicherheitsstandards, Entwicklung europäischer Referenznetze/-zentren, Gesundheitstelematik „e-Health“) werden nicht näher besprochen.

198 Zusammenfassend dazu Schlussfolgerungen des Rates „Gemeinsame Werte und Prinzipien in den EU-Gesundheitssystemen“, ABl. C 146/1 vom 22.06.2006.

199 Zu den Gründen im Einzelnen KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 7-9, wonach es für Patienten und Angehörige der Gesundheitsberufe oft schwierig ist, festzustellen, welche Rechte auf Kostenerstattung bestehen bzw. zur Anwendung kommen. Der RiL-Vorschlag will daher den vom EuGH entwickelten Grundsätzen einen ver-

flächendeckendes hochwertiges Gesundheitsschutzniveau gewährleistet. Der Vorschlag zielt auf alle die Fälle ab, in denen die Behandlung, die ein Patient benötigt, in einem anderen als dem eigenen MS zur Verfügung steht.²⁰⁰ Konkret will der Vorschlag daher die Konstellation des Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr.1408/71 und die Rechtsprechung des EuGH konkretisieren, um so für die EU-Bürger die vorgesehenen Verfahren zur Kostenerstattung klar und verständlich zu machen. Gleichzeitig will der RiL-Vorschlag nicht die primärrechtlich verankerte Zuständigkeit der MS für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung untergraben (vgl. Art. 152 Abs. 5 EGV).²⁰¹

b) Inhalte

aa) Grundstruktur

Der RiL-Vorschlag gliedert sich in drei Hauptbereiche:²⁰² Innerhalb des ersten Bereichs werden zunächst Ziele, der Geltungsbereich und das Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsvorschriften festgelegt. Sodann werden Begrifflichkeiten definiert und schließlich gemeinsame Grundsätze für alle EG-Gesundheitssysteme (sie entsprechen den Festlegungen des Rates im Juni 2006) aufgestellt, die darlegen, welcher MS für die Einhaltung der gemeinsamen Grundsätze der Gesundheitsversorgung verantwortlich ist und worin diese Verantwortlichkeit im Einzelnen besteht (Art. 1 bis 5, Kapitel I und II RiL-Vorschlag). In einem zweiten Bereich steckt der RiL-Vorschlag einen spezifischen Rahmen für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung ab. Dazu wird festgelegt, welche Ansprüche die Patienten auf gesundheitliche Versor-

lässlichen Rechtsrahmen geben. Vgl. auch Mitteilung der Kommission, Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 415 endg. vom 02.07.2008, 2, 12.

200 KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 4.

201 Gemäß der Rechtsprechung des EuGH, zuletzt EuGH, Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 147 – Watts, schließt diese Bestimmung im übrigen nicht die Möglichkeit aus, dass die MS nach anderen Vorschriften des EGV (z.B. Art. 49 EGV) oder nach Gemeinschaftsmaßnahmen, die auf der Grundlage des Vertrages erlassen wurden, verpflichtet sind, ihre einzelstaatlichen Systeme der Gesundheitsversorgung und Sozialversicherung anzupassen. Wie der EuGH ausdrücklich festgestellt hat, ist dies nicht als Eingriff in die souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich zu werten.

202 Vgl. Mitteilung der Kommission, Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 415 endg., vom 02.07.2008, 3, 4.

gung in einem anderen MS haben, einschließlich der Beschränkungen, welche die MS für eine solche Versorgung in einem anderen MS festlegen können, und bis zu welcher Höhe die Kosten für grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung erstattet werden (Art. 6 bis 12, Kapitel III RiL-Vorschlag).²⁰³ Schließlich will der RiL-Vorschlag einen Rahmen für die europäische Zusammenarbeit bei der Gesundheitsversorgung (z.B. zur Zusammenarbeit in Grenzregionen, zur Anerkennung von Verschreibungen aus dem Ausland, zu europäischen Referenznetzen, zur Datenerhebung) festlegen, damit diese Zusammenarbeit wirkungsvoller und nachhaltiger gestaltet werden kann (Art. 13 bis 18, Kapitel IV RiL-Vorschlag).²⁰⁴

bb) Einzelfragen

(1) Geltungsbereich, Art. 2 RiL-Vorschlag

Der RiL-Vorschlag ist nach seinem Wortlaut auf alle Arten von Gesundheitsdienstleistungen anwendbar, unabhängig davon, wie sie national organisiert, ausgeführt oder finanziert werden.²⁰⁵ Mit dieser Regelung wird der Rechtsprechung des EuGH Rechnung getragen, wonach die Ausgestaltung der nationalen Systeme der sozialen Sicherung nicht dazu führen kann (und darf), dass einzelne Bestimmungen nicht unter den elementaren Grundsatz des freien Verkehrs fallen.²⁰⁶ Zu den grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen im Sinne des RiL-Vorschlag gehören die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen im Ausland (sog. Patientenmobilität), grenzüberschreitende Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen (z.B. Ferndiagnose, telemedizinische Dienstleistungen) und ständiger oder vorübergehender Aufenthalt eines Gesundheitsdienstleisters (oder seiner Angestellten).

203 Grundsätzlich stützen sich diese Regelungen auf den durch den EuGH festgelegten Grundsatz, dass die Patienten einen Anspruch auf Kostenerstattung in Höhe der Kosten haben, die für die Behandlung in ihrem Land erstattet werden würden.

204 Dieser Bereich wird nicht erörtert, weil er nicht das gewählte Thema betrifft.

205 Im Bereich der Langzeitpflege gilt der RiL-Vorschlag indessen nicht für die Unterstützung von Familien oder Einzelpersonen, die über einen längeren Zeitraum einen besonderen Pflegebedarf haben. So ist er nicht anwendbar auf Heime oder betreutes Wohnen oder die Unterstützung von älteren Menschen oder Kindern durch Sozialarbeiter, ehrenamtliche Pflegekräfte oder Fachkräfte mit Ausnahme von Angehörigen der Gesundheitsberufe, Erwägungsgrund 9 des RiL-Vorschlages.

206 Erwägungsgründe 9 und 12 des RiL-Vorschlages.

(2) *Zuständigkeit der Behörden des Behandlungsmitgliedstaates, Bestimmungen für die Gesundheitsversorgung in einem anderen Mitgliedstaat, Art. 5, 11 RiL-Vorschlag*

Damit ein Patient vorher weiß, die Regelungen welches MS (Versicherungsstaat oder Behandlungsstaat) für ihn gelten, wird festgelegt, dass die tatsächliche Organisation und Bereitstellung der Gesundheitsversorgung ausschließlich den Rechtsvorschriften des Behandlungsstaates unterliegt (in Übereinstimmung mit den festgeschriebenen Grundsätzen aus Art. 5 Abs. 1 RiL-Vorschlag, sog. klinische Aufsicht).²⁰⁷ Konkret soll dadurch den Patienten klar werden, welche Behörden die Standards der Gesundheitsversorgung festlegen und überwachen. Ein wesentlicher von dem Behandlungsstaat zu gewährleistender Grundsatz betrifft dabei die Gleichbehandlung. Danach genießen Patienten anderer MS die gleiche Behandlung wie die Staatsangehörigen des Behandlungsstaates und dürfen nicht diskriminiert werden (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. g) RiL-Vorschlag). Eine Diskriminierung bzw. Unterscheidung nach verschiedenen Patientengruppen ist nur dann gerechtfertigt, wenn der MS nachweist, dass dies aus legitimen medizinischen Gründen gerechtfertigt ist, etwa bei spezifischen Maßnahmen für Frauen oder für bestimmte Altersgruppen (z.B. kostenlose Impfung für Kinder). Daneben wird in Art. 11 RiL-Vorschlag festgelegt, dass auch die tatsächliche Erbringung bzw. Durchführung der Gesundheitsversorgung den Regeln des Behandlungsmitgliedstaates unterliegt.

(3) *Verfahren, Art. 6 bis 9 RiL-Vorschlag*

Die MS waren und bleiben zuständig für die Organisation und Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen und die medizinische Versorgung. Sie behalten daher ihre allgemeinen Bedingungen, Anspruchskriterien und regulatorischen bzw. administrativen Verfahren für die Inanspruchnahme bzw. Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen und die Kostenerstattung bei. Dabei können sie ihre Leistungen weiterhin an Bedingungen knüpfen (z.B. Konsultation eines Allgemeinmediziners, bevor ein Facharzt aufgesucht werden darf, auch für Patienten, die den Facharzt in einem anderen MS aufsuchen möchten). Voraussetzung ist allerdings, dass diese Bedingungen notwendig, dem Ziel angemessen

207 Die formulierten Grundsätze stützen sich auf die Schlussfolgerungen des Rates vom Juni 2006 über gemeinsame Werte und Prinzipien in den EU-Gesundheitssystemen (ABl. C 146/1 vom 22.06.2006), so dass größere Anpassungen nicht absehbar sind. Soweit dies dennoch notwendig wird, erarbeitet die Kommission daneben Leitlinien zur Erleichterung der Umsetzung der festgelegten Grundsätze, vgl. Art. 5 Abs. 3 RiL-Vorschlag. Zusammenfassend zu den Inhalten von Art. 5 RiL-Vorschlag Erwägungsgründe 12-15.

sen und nicht willkürlich oder diskriminierend sind. Dazu schreibt der RiL-Vorschlag vor, dass diese allgemeinen Bedingungen und Verfahren in objektiver, transparenter und diskriminierungsfreier Weise angewandt werden müssen und keine Behinderung des freien Personenverkehrs darstellen dürfen (vgl. Art. 6 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 RiL-Vorschlag).²⁰⁸ Daneben müssen sie vorab bekannt sein, primär auf medizinischen Erwägungen basieren und keine zusätzlichen Belastungen für den Patienten darstellen (vgl. Art. 6 Abs. 4 Satz 2 RiL-Vorschlag).²⁰⁹

Der RiL-Vorschlag legt weiter fest, dass jede Gesundheitsdienstleistung, die nicht Krankenhausbehandlung im Sinne des RiL-Vorschlags ist,²¹⁰ als ambulante Behandlung gilt (vgl. Art. 7, 8 Abs. 1 lit. a) oder b) RiL-Vorschlag). Für die Kostenerstattung für alle ambulanten Behandlungen wird, unter konsequenter Übernahme der Rechtsprechung des EuGH, das Erfordernis bzw. das Recht einer Vorabgenehmigung generell verneint (Art. 7 RiL-Vorschlag).²¹¹ Daneben wird ein System der Vorabgenehmigung²¹² für die Kostenübernahme bei Krankenhausbehandlungen in einem anderen MS gestattet, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind: Wenn die Kosten dieser Behandlung, wäre sie im

208 Siehe auch KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 19 (Verfahrensgarantien).

209 Erwägungsgrund 28 des RiL-Vorschlags.

210 Da es keine in allen Gesundheitssystemen der Gemeinschaft einheitliche Definition der Krankenhausbehandlung gibt und Unterschiede in der Auslegung ein Hindernis für die Freiheit des Patienten zur Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen darstellen könnten (so KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 18), definiert der RiL-Vorschlag den Begriff Krankenhausbehandlung. Nach Art. 8 Abs. 1 RiL-Vorschlag bedeutet eine Krankenhausbehandlung in der Regel eine Behandlung, die zumindest eine Übernachtung des Patienten einschließt. Daneben können besonders hoch spezialisierte bzw. kostenintensive Behandlungen oder Behandlungen, die ein besonderes Risiko für den Patienten oder die Bevölkerung bedeuten, als Krankenhausbehandlung eingestuft werden. Die Kommission legt für diese Behandlungen eine regelmäßig zu aktualisierende Liste vor (vgl. Art. 8 Abs. 2 RiL-Vorschlag).

211 Dazu Erwägungsgrund 29 des RiL-Vorschlags. Unabhängig davon kann in einzelnen MS das Angebot an ambulanten Dienstleistern begrenzt sein oder es können nationale Planungsmechanismen greifen, die nur im Inland gelten, einschließlich Bedingungen, Anspruchskriterien und ordnungspolitischen und administrativen Verfahren. Diese Mechanismen dürfen dann auf die grenzüberschreitende ambulante Behandlung angewendet werden, sofern die Freizügigkeit im Binnenmarkt gewahrt bleibt und solche Einschränkungen des Zugangs zu ambulanten Behandlungen notwendig, angemessen und diskriminierungsfrei sind, KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 17, 18.

212 Dies stellt, in Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH, kein generelles System der Vorabgenehmigung dar, sondern ist auf die in Art. 8 Abs. 3 RiL-Vorschlag genannten Fälle begrenzt, KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 16, 17.

eigenen Versicherungsstaat erbracht worden, von der Krankenkasse des Versicherten übernommen worden wären und wenn verhindert werden soll, dass das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems des MS und/oder die Planung und Rationalisierung im Krankenhaussektor durch Überkapazitäten, Ungleichgewicht bei der Bereitstellung von Krankenhausdienstleistungen und logistischer wie finanzieller Vergeudung untergraben wird bzw. die Gefahr einer solchen Untergrabung droht²¹³ bzw. wenn es dem Zweck der Aufrechterhaltung einer ausgewogenen ärztlichen und Krankenhausversorgung für alle bzw. der Bewahrung von Behandlungskapazitäten oder ärztlicher Kompetenz im Hoheitsgebiet des MS dient. In diesen Fällen muss die Vorabgenehmigung zusätzlich, in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH, angemessen und auf das Notwendige begrenzt sein (vgl. Art. 8 Abs. 4 RiL-Vorschlag).²¹⁴

(4) *Höhe der Kostenerstattung*²¹⁵, Art. 6 und 7 RiL-Vorschlag

Das Recht auf Erstattung der Kosten der in einem anderen MS erbrachten Gesundheitsdienstleistungen aus der eigenen gesetzlichen Sozialversicherung, welches vom EuGH, unter Berufung auf Art. 49, 50 EGV, mehrfach anerkannt wurde, wird vom RiL-Vorschlag (lediglich) ausdrücklich bestätigt.

Danach kommen auch Patienten, die sich nicht unter den in der VO (EWG) Nr. 1408/71 vorgegebenen Umständen in einen anderen MS begeben, in den Genuss der Kostenerstattung aufgrund der Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs (und der Bestimmungen des RiL-Vorschlags). Dies gilt jedoch nur, wenn ein Anspruch auf eine solche Behandlung auch im eigenen Land besteht (Art. 6 Abs. 1 Sätze 1 und 3 RiL-Vorschlag). Die Kosten für eine medizinische Behandlung (unabhängig, ob ambulant oder stationär) in einem an-

213 Erwägungsgrund 31 des RiL-Vorschlags.

214 Auf jeden Fall können, wie bei der Behandlung außerhalb von Krankenhäusern, nationale Einschränkungen, die die MS aus Gründen der Planbarkeit anwenden, einschließlich Bedingungen, Anspruchskriterien und ordnungspolitischen und administrativen Verfahren, auch auf die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in Krankenhäusern angewendet werden, sofern die Freizügigkeit im Binnenmarkt gewahrt bleibt, und solche Einschränkungen des Zugangs zur Krankenhausbehandlung notwendig, angemessen und diskriminierungsfrei sind, KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 19.

215 Die Kostenerstattung beruht auch im Rahmen des RiL-Vorschlags nicht auf der Übertragung von Sozialversicherungsansprüchen zwischen den MS oder einer anderweitigen Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Vielmehr werden ausschließlich die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur Kostenerstattung umgesetzt, vgl. KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 15.

deren MS hat der Versicherungsstaat mindestens²¹⁶ bis zu der Höhe zu erstatten, die abgedeckt wäre, wenn die gleichen oder vergleichbare Gesundheitsdienstleistungen im Versicherungsstaat erbracht worden wären (Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 RiL-Vorschlag). Dabei dürfen jedoch die tatsächlichen Kosten der erhaltenen Gesundheitsdienstleistungen nicht überschritten werden (Art. 6 Abs. 2, RiL-Vorschlag).²¹⁷ Der RiL-Vorschlag hindert die MS daneben nicht daran, ihre Regelungen für Sachleistungen auf die Gesundheitsversorgung in einem anderen MS, in Übereinstimmung mit ihren eigenen Bestimmungen, auszudehnen; eine Möglichkeit, die bereits mehrere MS praktizieren.²¹⁸

Sofern allerdings die Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung nach Art. 22 Abs. 1 lit. c), Abs. 2 VO (EWG) Nr. 1408/71 vorliegen, muss die Genehmigung erteilt werden bzw. die Kostenübernahme (wenn die Genehmigung zu Unrecht verneint wurde) in voller Höhe der Kosten in dem Behandlungsstaat erfolgen;²¹⁹ die Anwendung der Art. 6, 7, 8 und 9 des RiL-Vorschlags scheidet dann aus (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1, 3, 4, Art. 9 Abs. 1 RiL-Vorschlag).

(5) *Sonstige Regelungen, Art. 10, 12 RiL-Vorschlag*

Da Informationen, die Patienten in den einzelnen MS zu Aspekten der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung erhalten können, bislang sehr begrenzt sind,²²⁰ sind die MS verpflichtet, nationale Kontaktstellen einzurichten

216 Eine nationale Regelung, die die Erstattung der Behandlungskosten zu den in dem MS geltenden Tarifen vorsieht, ist ebenfalls zulässig, soweit sie den Grundsatz der Mindesterstattung in Höhe des Versicherungsstaates wahrt bzw. wenn dies günstiger für die Patienten ist.

217 Unabhängig davon bleiben die MS umfassend zuständig, den Umfang der Krankheitskostendeckung für ihre Bürger selbst festzulegen. Deshalb werden nennenswerte Auswirkungen auf die Finanzierung der nationalen Gesundheitsfürsorgesysteme verhindert, so Erwägungsgrund 21 des RiL-Vorschlags.

218 KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 16.

219 Erwägungsgrund 32 des RiL-Vorschlags. Dies ist die Konsequenz aus der Rechtsache Vanbraekel, in der der EuGH entschied, dass es nicht zu Lasten des Patienten gehen darf, dass eine Genehmigung nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71 zu Unrecht verweigert wurde. Er hat dann einen Anspruch in Höhe der Kosten des Behandlungsstaates, obwohl eigentlich Art. 49 EGV (in Verbindung mit der daraus resultierenden Folge der Kostenerstattung nur in Höhe der vorgesehenen Kosten des Versicherungsstaates) zur Anwendung käme.

220 Dieser Umstand stellt bislang einen der tatsächlichen Haupthinderungsgründe bei der Durch- bzw. Umsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung dar.

und gegenüber der Kommission zu benennen. Diese Kontaktstellen, die zur Zusammenarbeit verpflichtet sind, sollen den Zugang zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung erleichtern, indem maßgebliche Informationen zur Verfügung gestellt werden (vgl. Art. 12 RiL-Vorschlag).²²¹ Weiterhin müssen die MS den Patienten transparente und schnelle Verwaltungsverfahren garantieren, insbesondere hinsichtlich der Rückerstattung von (vorverauslagten) Kosten (Entscheidung normalerweise innerhalb von 15 Tagen, in Eilfällen auch schneller)²²² und hinsichtlich der Überprüfung von jeder die Gesundheitsversorgung betreffende Verwaltungsentscheidung. Schließlich soll jeder MS sicherstellen, dass Mechanismen zum Schutz der Patienten und zur Entschädigung in Bezug auf die in seinem Hoheitsgebiet erbrachte Gesundheitsversorgung bestehen, die nach Art und Umfang dem Risiko angemessen sind.²²³

4. *Verhältnis VO (EWG) Nr. 1408/71 und RiL-Vorschlag*²²⁴

Der RiL-Vorschlag sieht ausdrücklich vor, dass seine Regelungen den bestehenden Rahmen für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lassen bzw. nicht ändern (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. f) RiL-Vorschlag). Er soll (nur) neben sämtlichen allgemeinen Grundsätzen Anwendung finden, auf denen die Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit basieren (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a) bis g) RiL-Vorschlag, Prinzip der Kohärenz).²²⁵ Mit dem RiL-Vorschlag wird lediglich eine alternative Regelung eingeführt, die auf den Grundsätzen der Freizügigkeit und den Grundsätzen

221 Vgl. zusammenfassend KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 20.

222 Erwägungsgrund 33 des RiL-Vorschlages.

223 Kritik an den vorgesehenen Informationspflichten übte bereits der Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 14/2970 vom 11.07.2008, S. 6, der darin einen nicht gerechtfertigten Verwaltungsaufwand sieht, der in keinem Verhältnis zum Nutzen steht.

224 Am Rande: Der RiL-Vorschlag lässt die Kostenübernahme für Gesundheitsdienstleistungen, die während eines vorübergehenden Aufenthalts in einem anderen MS aus dringenden medizinischen Gründen notwendig werden (Art. 22 Abs. 1 lit. a) VO (EWG) Nr. 1408/71) unberührt.

225 Ausdrücklich auch Mitteilung der Kommission, Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 415 endg. vom 02.07.2008, 5, 6. Danach dient die VO (EWG) Nr. 1408/71 weiterhin als allgemeines Instrument und „Sicherheitsnetz“, damit gewährleistet ist, dass Patienten sich in einem anderen MS versorgen lassen können, wenn sie in ihrem eigenen Land die Gesundheitsdienstleistungen nicht innerhalb eines annehmbaren Zeitraums in Anspruch nehmen können.

zen der Entscheidungen des EuGH basiert. Für den Patienten sind die beiden Systeme kohärent: Entweder es gelten die Regelungen des RiL-Vorschlags oder die VO (EWG) Nr. 1408/71. In jedem Fall muss der Patient, der eine Vorabgenehmigung beantragt hat, diese Genehmigung nach Maßgabe der VO (EWG) Nr. 1408/71 (konkret Art. 22 Abs. 2 Satz 2) erhalten, wenn deren Voraussetzungen vorliegen. Denn der Patient soll durch den RiL-Vorschlag nicht seiner (oft) günstigeren Ansprüche aus der VO (EWG) Nr. 1408/71²²⁶ beraubt werden. Dieser Anspruch darf aufgrund des verbürgten Rechts des Patienten, entscheiden zu können, welchen Mechanismus zur Kostenerstattung er bevorzugt, nicht verweigert werden.

5. *Beurteilung des RiL-Vorschlags*²²⁷

a) *Zustimmung*

Grundsätzlich ist der RiL-Vorschlag zu begrüßen, will er doch in erster Linie den Patienten Unterstützung und gleichwertige Behandlung bei der Durchsetzung ihres Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in al-

226 Günstiger, weil eine Kostenerstattung durch den Träger des Versicherungsstaates nach den Rechtsvorschriften (auch hinsichtlich der Höhe) des Behandlungsstaates erfolgen muss, weil er in das Versicherungssystem des Behandlungsstaates „quasi-eingegliedert“ ist.

227 Grundsätzlich ist es noch sehr früh für abschließende Beurteilungen oder Stellungnahmen zu dem RiL-Vorschlag, da die Beratungsprozesse auf politischer Ebene – nach der Sommerpause – gerade erst begonnen haben. Eine erste Aussprache zum RiL-Vorschlag hat im Plenum des Europäischen Parlaments am 25.09.2008 im Rahmen des „Sozialpakets“ Teil 2, Abschnitt „Gesundheit“ stattgefunden. Federführend für die Beratung auf der Ebene der Ausschüsse wird der Ausschuss ENVI des Europäischen Parlaments sein. Die Beratungen in den Ausschüssen haben im Oktober 2008 begonnen. Auf der Ebene der Ratsarbeitsgruppen (RAG) Gesundheit hat die formale Beratung des Entwurfs – nach Vorstellung durch die Kommission am 08.07.2008 in der RAG – mit den Sitzungen vom 23.07.2008 und vom 02.09.2008 begonnen. Die Bundesregierung arbeitet derzeit an einer ersten politischen Einschätzung und hat erste Positionen (z.B. die Herausnahme der Pflegedienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der RiL) abgestimmt. Der Bundesrat berät derzeit, auf der Grundlage des Beschlusses vom 24.11.2006 (BR-Drucks. 820/06), über einen ersten allgemeinen Bundesratsbeschluss zum RiL-Vorschlag. Am 29.09.2008 hat das Bundesgesundheitsministerium zudem eine große Konferenz zum RiL-Vorschlag in Berlin abgehalten, zu der die Landesgesundheitsministerien sowie die Verbände und Organisationen eingeladen waren.

len MS garantieren.²²⁸ Nach Ansicht der Kommission liegt der Mehrwert des Richtlinienvorschlags darin, die durch die Rechtsprechung des EuGH neu eröffneten Möglichkeiten für den Patienten im Gesundheitswesen klarzustellen.²²⁹ Dazu schafft die Richtlinie – wenn sie von Rat und Europäischem Parlament verabschiedet wird²³⁰ – tatsächlich einen übersichtlichen und klar verständlichen Rahmen für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung. Dabei gilt nach wie vor: Die MS sind für die Organisation und Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen und medizinischer Versorgung zuständig. Ihnen (und ihren nationalen Einrichtungen) obliegt auch die konkrete Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit.²³¹

b) *Kritik*

Dennoch bleibt die Frage: Bedarf es tatsächlich einer weiteren sekundärrechtlichen Regelung, um die vom EuGH aus dem EGV entwickelten Ansprüche der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung für die EU-Bürger verständlicher zu machen?²³² Oder wird durch die Schaffung einer weiteren

228 Nach Ansicht des Zentrums für Europäische Politik stärkt der RiL-Vorschlag die individuelle Wahlfreiheit und den Wettbewerb, unter:
<http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/binnenmarkt/gesundheitsdienstleistungs-ri/>.

229 Vgl. zu den Auswirkungen des RiL-Vorschlags für die Bürger zusammenfassend Mitteilung der Kommission, Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 415 endg. vom 02.07.2008, 9 f.

230 Die Chancen sind indessen gering, dass der RiL-Vorschlag bis zum Sommer 2009 (Europawahl im Juni 2009) das Mitentscheidungsverfahren passiert. Wahrscheinlicher ist, dass er im Wahlkampf „zerrieben“ wird. Eine erste Prüfung des Vorschlags durch den Rat wird voraussichtlich für September/Oktober 2008 erwartet, eine erste Lesung könnte im Frühjahr 2009 im Europäischen Parlament stattfinden. Nach der Wahl im Juni 2009 müssten die Lesungen allerdings von vorne beginnen und neue Berichterstatter ernannt werden.

231 Vgl. Mitteilung der Kommission, Ein Gemeinschaftsrahmen für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM (2008) 415 endg. vom 02.07.2008, 2, 3, 5. Die von einigen MS geäußerte Kritik, dass durch den RiL-Vorschlag die ihnen vertraglich zugesicherte Befugnis der selbständigen Organisation der Gesundheitsversorgung (vgl. Art. 152 Abs. 5 EGV) nicht mehr gewahrt sei, kann unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH entkräftet werden, beispielhaft, EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 102 – Müller-Fauré/van Riet; Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 92 – Watts.

232 Der Vertreter eines MS behauptete insofern im Rahmen der Stakeholder-Debatte am 15.07.2008, dass die Bestätigung der einschlägigen Rechtsprechung als Grundlage für eine Richtlinie fragwürdig sei; eine Begründung gab es dafür allerdings nicht.

Rechtsnorm die Unübersichtlichkeit der verschiedenen Anspruchsalternativen und damit die Unverständlichkeit bzw. Unsicherheit nur weiter erhöht?²³³ Wäre es daneben nicht Aufgabe des RiL-Vorschlags gewesen, die grundsätzlich richtigen Ansätze der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Umsetzung in der Praxis bzw. einzelne Unzulänglichkeiten anzupassen anstatt sie nur zu übernehmen?

Man könnte dem RiL-Vorschlag nämlich zunächst vorwerfen, dass er nur genau die Rechte der Patienten zusammenfasst bzw. übernimmt, über die der EuGH bereits entschieden hat. Augenscheinlich wiederholt er lediglich die bereits durch den EuGH herausgearbeiteten Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Kostenübernahme in einem anderen MS besteht. Nur in Bezug auf die im Rahmen der Durchsetzung des Anspruchs auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung zwingend notwendigen Informationen formuliert er eine Verpflichtung der MS zur Vorhaltung von Mechanismen bzw. nationalen Kontaktstellen (vgl. Art. 10, 12 RiL-Vorschlag), wodurch tatsächlich ein breiteres Verständnis bzw. Wissen in der Bevölkerung der MS über den Anspruch erreicht werden kann.²³⁴

aa) Kritik aus Sicht der Versicherten

(1) Vorleistungspflicht

Eine Frage betrifft den Umstand, dass EU-Bürger, die die Gesundheitsversorgung in einem anderen MS auf der Grundlage des RiL-Vorschlags in Anspruch nehmen, zunächst in Vorleistung treten müssen (das verauslagte Geld wird erst nachträglich vom Versicherungsstaat auf Antrag erstattet). Dadurch könnte es

233 Diese Ansicht vertritt die Deutsche Sozialversicherung Arbeitsgemeinschaft Europa e.V. (DSVAE), wonach keine Notwendigkeit besteht, neben dem nationalen Recht und der VO (EWG) Nr. 1408/71 eine weitere Rechtsquelle auf europäischer Ebene zu schaffen, Stellungnahme der Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherungen vom 02.09.2008, unter: http://www.deutsche-sozialversicherung.de/de/europa/dokumente/dl1/Stellungnahme_DSVAE_RL_Vorschlag_Patientenrechte_KOM_2008_414_endg.pdf. Ebenso der AOK-Bundesverband in seiner Stellungnahme vom 18.08.2008, nicht veröffentlicht, wonach offene Fragen zur Patientenmobilität innerhalb der bereits bestehenden Möglichkeiten geregelt werden könnten.

234 Vereinzelt wird die Befürchtung geäußert, dass durch die Informationsstellen ein erheblicher Verwaltungsmehraufwand mit entsprechend hohen Kosten zu erwarten ist, der in keinem Verhältnis zum zu erwartenden Nutzen für die Patienten steht. Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits jetzt in den einzelnen MS Anlaufstellen existieren dürften, deren Arbeitsweisen nur an die Vorgaben in dem RiL-Vorschlag angepasst werden müssten.

tatsächlich dazu kommen, dass sich nur wohlhabende Bürger eine Gesundheitsversorgung im Ausland leisten könnten, für ärmere Bevölkerungsschichten eine solche Gesundheitsversorgung indessen von vornherein unmöglich ist. Dies würde eher zur Ungleichheit als zur bezweckten Gleichheit führen. Tatsächlich ergibt sich die Konsequenz der Vorleistung (im Unterschied zu dem Anspruch auf Kostenübernahme nach Art. 22 Abs. 1 lit. c) VO (EWG) Nr. 1408/71, wonach der Patient für geplante medizinische Behandlungen in einem anderen MS vorher (nur) eine Genehmigung besorgen und vorlegen muss, konkret Formular E 112) aus der Rechtsprechung des EuGH. Eine Modifizierung dieses Verfahrens hätte im Rahmen des RiL-Vorschlag festgeschrieben werden können, weil tatsächlich (vom EuGH aus den Grundfreiheiten entwickelt bzw. abgeleitet und von dem RiL-Vorschlag bestätigt) ein Anspruch auf Gesundheitsversorgung in einem anderen MS besteht, deren Kosten vom eigenen Versicherungsträger getragen werden müssen. Ein unzulässiger Eingriff in die nationalen Versicherungssysteme wäre nicht gegeben, weil die Erstattung der Kosten der Höhe nach auf die Kosten begrenzt ist, die im eigenen Sozialversicherungssystem gezahlt worden wären. Daher wären tatsächlich keine negativen Konsequenzen für die nationalen Sozialsysteme zu befürchten gewesen.

(2) *Kostenerstattung*

Daneben kann man an dem vorgesehenen System der Rückerstattung für gleiche oder ähnliche Gesundheitsversorgung im Ausland entsprechend den nationalen Standards für gleichwertige Behandlungen zweifeln (vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 2, Art. 6 Abs. 4 Satz 2 RiL-Vorschlag). Denn die nationalen Gesundheitsdienstleistungen im Allgemeinen und der Zugang zu unterschiedlichen Behandlungen und deren Kosten im Besonderen sind in den 27 MS nicht vergleichbar bzw. sehr unterschiedlich. Daher erscheint es praktisch sehr schwierig, das in dem RiL-Vorschlag vorgesehene Rückerstattungssystem zu schaffen, weil es an vergleichbaren Größen fehlt.²³⁵ Damit könnte die Richtlinie in einem (vielleicht dem) wesentlichen Bereich der Kostenerstattung nicht wirksam sein. Dadurch würden Patienten wiederum an der tatsächlichen Inanspruchnahme des Anspruchs gehindert. Des Weiteren könnte man dem RiL-Vorschlag vorwerfen, dass er die angestrebte Gleichheit zugleich wieder untergräbt, da die vorgesehene Rückerstattung (bis maximal zur Höhe der Kosten

235 Nach Ansicht der Deutschen Krankenhausgesellschaft kann das Rückerstattungssystem nicht funktionieren, weil die nationalen Gesundheitssysteme nicht vergleichbar sind. Weil man die Gesundheitssysteme nicht vergleichen kann, wird vorgeschlagen, europäische Leistungspakete zu schnüren, die für jeden Bürger zugänglich sind und bei denen die Preise für die Leistungen einheitlich wären. Ob dies allerdings noch innerhalb der Kompetenzen der EG liegen würde, ist sehr fraglich.

für die gleichen oder ähnliche Gesundheitsdienstleistungen im Versicherungsstaat) für Patienten aus ärmeren MS nicht ausreicht, um die Behandlungskosten für hochwertige Gesundheitsdienstleistungen in reicheren MS zu decken. Jede andere Regelung würde indessen nachhaltig in das finanzielle Gleichgewicht der nationalen Sicherungssysteme eingreifen und wäre weder mit den Regelungen des EGV (insbesondere Art. 152 Abs. 5 EGV) und den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH vereinbar.

bb) Kritik aus Sicht der Mitgliedstaaten

Trotz der Zugeständnisse in dem RiL-Vorschlag²³⁶ an die MS ist vor auszusehen, dass sich viele Regierungen (im Vorfeld bereits Schweden und Spanien) gegen die Umsetzung heftig wehren werden, weil sie die Befürchtung haben, die alleinige Kontrolle über ihre Gesundheitssysteme zu verlieren²³⁷ bzw. weil sie eine Überschwemmung ihrer Gesundheitssysteme durch Gesundheitstouristen zu Lasten der heimischen Patienten befürchten. Kontroverse Debatten sind auch in Deutschland zu erwarten, denn der RiL-Vorschlag ist im Hinblick auf seine Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitswesen sicherlich nicht zu unterschätzen.²³⁸

(1) Verletzung des Subsidiaritätsgrundsatzes nach Art. 5 EGV²³⁹

Es wird bemängelt, dass die Formulierung des Art. 5 Abs. 3 RiL-Vorschlag: „Soweit dies notwendig ist, um die Erbringung grenzüberschreitender Gesundheitsdienstleistungen zu erleichtern, erarbeitet die Kommission, ..., in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten Leitlinien,“, einen nicht notwendigen,

236 Zunächst war sogar geplant, auch die Kostenerstattung für stationäre Behandlungen in einem anderen MS grundsätzlich nicht von einer vorherigen Genehmigung abhängig zu machen.

237 So dürften sich insbesondere mangelgesteuerte Staatssysteme (z.B. der britischer National Health Service) gegen die Voraussetzungen, unter denen eine Genehmigung für eine stationäre Behandlung im Ausland erteilt werden muss, wehren.

238 Der Hauptgeschäftsführer der Deutschen Krankenhausgesellschaft (DKG) Baum hat bereits erklärt, dass der RiL-Vorschlag zwar im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH konsequent ist, aber bei der weiteren Umsetzung höchste Zurückhaltung geboten ist, weiterführend unter: <http://www.dkgev.de>.

239 Die Kommission sieht das Prinzip der Subsidiarität grundsätzlich nicht als verletzt an, weil die MS nach ihrer Meinung keine ausreichende Klarheit über die Kostenerstattung für im Ausland erbrachte Gesundheitsdienstleistungen herbeiführen können. Daneben sei das EG-Handeln notwendig, um Sicherheit und Effizienz der Gesundheitsversorgung zu gewährleisten, KOM (2008) 414 endg. vom 02.07.2008, 9 f.

unverhältnismäßigen Eingriff in die Gestaltungskompetenzen der MS darstellt.²⁴⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Formulierung „soweit dies notwendig ist“ zunächst klarstellt, dass nicht zwangsläufig mit einem Tätigwerden der Kommission in Form des Erlasses von Leitlinien zu rechnen ist. Daneben arbeiten die Kommission und die MS bei der Erstellung der Leitlinien, die die Organisation und Bereitstellung der Gesundheitsversorgung erleichtern sollen, zwingend zusammen. Die Regelung geht daher nicht über die Grundsätze in der Rechtsprechung des EuGH hinaus. Problematischer erscheint die Regelung des Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. b) RiL-Vorschlag, wonach ausschließlich die Kommission berechtigt sein soll, Spezialbehandlungen festzulegen, die sodann gegebenenfalls einem Genehmigungserfordernis unterliegen (oder eben nicht). Es erscheint insofern tatsächlich fraglich, wie es zu rechtfertigen ist, dass die MS einerseits für die Bestimmung des Leistungsumfangs der nationalen Genehmigungserfordernisse und der Erstattungsätze zuständig bleiben (vgl. Art. 6 Abs. 3 RiL-Vorschlag), andererseits aber die Definition der Leistungsart für Spezialbehandlungen (nämlich ambulant oder stationär) der Kommission obliegt.

(2) *Vorabgenehmigung für stationäre Behandlungen*

Entsprechend der Rechtsprechung des EuGH ermöglicht Art. 8 Abs. 3 RiL-Vorschlag den MS, ein System der Vorabgenehmigungen für stationäre Behandlungen unter bestimmten nachzuweisenden Bedingungen vorzusehen. Dabei fällt auf, dass die in den Entscheidungen des EuGH genannten Rechtfertigungsgründe zum Teil wortwörtlich übernommen wurden. Es wurden zwei Untergruppen gebildet, nämlich das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Sozialversicherungssystems²⁴¹ einerseits, und die Planung und Rationalisierung im Krankenhaussektor (Krankenhausplanung)²⁴², die Aufrechterhaltung einer ausgewogenen ärztlichen Krankenhausversorgung für alle und die Bewahrung von Behandlungskapazitäten und ärztlicher Kompetenz andererseits. Deshalb kann nicht eingewandt werden, der RiL-Vorschlag gehe über die

240 Stellungnahme des AOK-Bundesverbandes vom 18.08.2008, nicht veröffentlicht; Der Landtag von Baden-Württemberg äußerte ausdrücklich, dass der RiL-Vorschlag so nicht akzeptiert werden könne, weil insbesondere des Subsidiaritätsprinzip nicht ausreichend gewahrt sei, Landtag von Baden-Württemberg, Drucks. 14/2970 vom 11.07.2008, S. 3, 5 f.

241 Rechtfertigungsgrund seit EuGH, Rs. C-238/82, Slg. 1984, 523 – Duphar; bestätigt in EuGH Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931 Rn. 38 – Kohll; Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 72 bis 82, 87 – Smits/Peerbooms.

242 EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 81, 82 – Smits/Peerbooms; Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn. 67 – Müller-Fauré/van Riet.

Rechtsprechung des EuGH hinaus,²⁴³ weil das System der Vorabgenehmigung zum Sonderfall werde.²⁴⁴ Vielmehr stellt Art. 8 Abs. 3 RiL-Vorschlag eine konsequente Umsetzung der vom EuGH entwickelten Grundsätze für ein nationales System der Vorabgenehmigung für stationäre Krankenbehandlung dar.

c) *Zwischenfazit*²⁴⁵

Mit dem noch (lange) nicht angenommenen RiL-Vorschlag hat die Kommission ein weites Feld für umfangreiche Diskussionen eröffnet.²⁴⁶ Denn auch wenn immer wieder betont wird, dass die letzte Verantwortung für die sozialen Sicherungs- und Gesundheitssysteme bei den MS liegt, lässt der Vorschlag keine Zweifel daran, dass der Druck auf die MS zur Modernisierung und Harmonisierung der Gesundheitssysteme wächst.

243 So aber *Danner*, *Ärztepost*, Herbst 2008, 12, 13, weil die Rechtsprechung des EuGH eine generelle Vorabgenehmigungspflicht bei stationären Auslandsbehandlungen einräume.

244 Ebenso die Stellungnahme der Spitzenorganisationen der Deutschen Sozialversicherung vom 02.09.2008, 11, wonach der EuGH in seiner Rechtsprechung davon ausgehe, dass der Genehmigungsvorbehalt im Krankenhausbereich grundsätzlich aufgrund der besonderen Natur der von Krankenhäusern erbrachten Gesundheitsdienstleistungen gerechtfertigt wäre. Deshalb wird gefordert, die Nutzung von Genehmigungsvorbehalten für stationäre Krankenhausbehandlung in den Ermessensspielraum der einzelnen MS (ohne die in Art. 8 Abs. 3 RiL-Vorschlag genannten Bedingungen nachzuweisen) zu stellen, dazu unter: http://www.deutsche-sozialversicherung.de/de/europa/dokumente/dl1/Stellungnahme_DSVAE_RL_Vorschlag_Patientenrechte_KOM_2008_414_endg.pdf. Diese Forderung widerspricht indessen ausdrücklich der gefestigten Rechtsprechung des EuGH, seit EuGH, Rs. C-157/99, Slg. 2001, I-5473 Rn. 71, 73, 74, 76, 80 bis 82 – Smits/Peerbooms.

245 Zu einer ersten ökonomischen Folgenabschätzung vom 05.09.2008, unter: <http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/binnenmarkt/gesundheitsdienstleistungs-rl/>.

246 Erste nationale und europäische Reaktionen sind bereits zu verzeichnen (s.o.). Auch ein Entschließungsantrag des Europäischen Parlaments vom 27.08.2008 liegt vor. Nach seiner Ansicht sind Gesundheitsdienstleistungen (nur) Teil der sozialen Sicherung und keine Angelegenheit des Marktes. Daher bestünde auch keine Notwendigkeit (und keine Zuständigkeit der EG), die Gesundheitsversorgung auf der Grundlage von Binnenmarktregeln zu regulieren. Vielmehr solle der Kommissionsvorschlag im Rahmen der VO (EG) 883/2004 verankert werden, B6-0379/2008 vom 27.08.2008, S. 5, Ziff. 8.

VI. Auswirkungen der Rechtsetzung der EG und der Rechtsprechung des EuGH auf den deutschen Gesetzgeber²⁴⁷

Unmittelbar nach der Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Decker²⁴⁸ und Kohll²⁴⁹ hatte der damalige Gesundheitsminister Seehofer vertreten, dass deren Grundsätze auf das deutsche Krankenversicherungsrecht nicht anwendbar seien, da dieses durch das Sachleistungsprinzip und nicht – wie in den ersten entschiedenen Fällen – durch das Kostenerstattungsprinzip geprägt sei.²⁵⁰ Nachdem die Entscheidungen Smits/Peer-booms²⁵¹, Vanbraekel²⁵² und Müller-Fauré/van Riet²⁵³ folgten und diese Ansicht ausdrücklich widerlegten, musste der deutsche Gesetzgeber reagieren.²⁵⁴

1. Änderungen zum 01.01.2004, GKV-Modernisierungsgesetz²⁵⁵

Mit dem am 01.01.2004 in Kraft getretenen GKV-Modernisierungsgesetz erfolgte die Umsetzung der Rechtsprechung des EuGH,²⁵⁶ und erstmals im deutschen Recht wurde ein allgemeiner Anspruch auf Kostenerstattung für medizinische Leistungen innerhalb der EU begründet.²⁵⁷ Bis dahin galt grundsätzlich, dass der Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung ruht, wenn der Versicherte sich im Ausland aufhält (vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1 SGB V,

247 Insgesamt dazu *Knappe*, in: Schmähl, 2001, 137, 148 f., 166 f.

248 EuGH, Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1871 – Decker.

249 EuGH, Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1935 – Kohll.

250 Feststellungen des Bundesgesundheitsministeriums, ZdSH/SGB 1998, 689 f.

251 EuGH, Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5383 – Smits/Peerbooms; dazu *Kingreen*, NJW 2001, 3382 ff.

252 EuGH, Rs. C-368/98, Slg. 2001, I-5363 – Vanbraekel.

253 EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 – Müller-Fauré/van Riet; dazu *Becker*, NJW 2003, 2272 ff.; *Kötter*, ZESAR 2003, 301 ff.

254 Dabei wurde zunächst nicht einheitlich beurteilt, welche Konsequenzen aus den Urteilen für das deutsche Krankenversicherungsrecht zu ziehen waren, vgl. *Kötter*, ZESAR 2003, 301, 309 ff.; *Bieback*, in: Fuchs, Kommentar EuroSozR, 2002, Art. 22 Rn. 58.

255 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung – kurz: GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) vom 14.11.2003, BGBl. I S. 2190.

256 Aus der Begründung zu dem Gesetzentwurf geht hervor, dass der Gesetzgeber den Anspruch auf Krankenbehandlung im Ausland in enger Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGH ausgestalten wollte, vgl. BT-Drucks. 15/1170, 63 f., 15/1525, 80.

257 *Höfler*, in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Bd. 1, § 13 SGB V Rn. 48.

sog. Territorialitätsprinzip).²⁵⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat zur Verortung des Anspruchs den Standort des Art. 13 SGB V gewählt.²⁵⁹ Danach haben Versicherte gemäß § 13 Abs. 4 Satz 1 SGB V anstelle²⁶⁰ von Sach- und Dienstleistungen einen Anspruch auf Kostenerstattung für die Behandlung von Leistungserbringern in anderen MS. Dabei dürfen nur solche ausländischen Leistungserbringer²⁶¹ in Anspruch genommen werden, bei denen die Bedingungen des Zugangs und der Ausübung des Berufes Gegenstand einer Richtlinie sind²⁶² oder die im jeweiligen nationalen System der Krankenversicherung des Aufenthaltstaates zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind (vgl. Art. 13 Abs. 4 Satz 2 SGB V).²⁶³ Entsprechend der Entscheidung Müller-Fauré/van Riet kann eine Kostenübernahme im Ausland nur insoweit verlangt werden, als das Krankenversicherungssystem des MS der Versicherungszugehörigkeit die Deckung garantiert.²⁶⁴ Konkret besteht ein Anspruch daher höchstens in Höhe der Vergütung, die die Krankenkasse bei Erbringung als Sach-

258 Hiervon machte § 18 Abs. 1 SGB V a.F. insofern eine bedeutsame Ausnahme, als eine Kostenübernahme erfolgen konnte, wenn eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Kenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit nur im Ausland möglich war (Ausfluss des sog. Sicherstellungsauftrags der Krankenkassen, vgl. § 12 SGB V). Die Neufassung des § 18 SGB V zum 01.01.2004 beschränkte den Anwendungsbereich der Vorschrift auf Behandlungen außerhalb des Geltungsbereichs des EGV und des Abkommens über den EWR, da seit diesem Zeitpunkt für Behandlungen innerhalb der EU § 13 Abs. 4 bis 6 SGB V gilt (dazu sogleich).

259 Dies verwundert nicht, denn schon bisher waren in § 13 SGB V die Ausnahmen zum Sachleistungsprinzip und die Tatbestände der Kostenerstattung geregelt. Zum Normzweck des § 13 SGB V *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale KV/PV, § 13 SGB V Rn. 2 ff.

260 Diese Formulierung besagt, dass grundsätzlich ein Anspruch des Anspruchstellers auf Krankenbehandlung gegenüber seiner Krankenversicherung bestehen muss.

261 Auch wenn § 13 Abs. 4 SGB V mittelbar den Zugang europäischer Leistungserbringer zum inländischen Krankenversicherungssystem absichert, sind diese nicht von den Regelungen des SGB V befreit, *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale KV/PV, Art. 13 SGB V Rn. 35.

262 Dies ist auf dem Gebiet der medizinischen Berufe weitestgehend der Fall; Übersicht der verschiedenen Richtlinien, *Schlag*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 47 EGV Rn. 15 und 30.

263 Durch diese Regelung wird indessen nur die Strukturqualität gesichert. Die zugleich notwendige Prozess- und Ergebnisqualität (zum Begriff *Kötter*, ZESAR 2003, 301, 307) kann dadurch gesichert werden, dass gemäß dem ebenfalls zum 01.01.2004 eingeführten Art. 140e SGB V individualrechtliche Verträge zwischen Krankenkassen und ausländischen Leistungserbringern geschlossen werden dürfen, die zur Versorgung der Versicherten verpflichten, *Fuchs*, NZS 2004, 225, 230; BT-Drucks. 15/1525, 123.

264 EuGH, Rs. C-385/99, Slg. 2003, I-4509 Rn.106 – Müller-Fauré/van Riet.

leistung im Inland zu tragen hätte (vgl. § 13 Abs. 4 Satz 3 SGB V).²⁶⁵ Schließlich legt § 13 Abs. 5 Sätze 1 und 2 SGB V im Sinne der Rechtsprechung Smits/Peerbooms fest, dass die Kostenerstattung bei stationärer Behandlung in einem anderen MS unter bestimmten Voraussetzungen an die vorherige Zustimmung der Krankenkasse geknüpft ist (und auch werden darf).²⁶⁶ Die Versagung der Zustimmung für die Kostenübernahme für eine stationäre Behandlung ist nur gerechtfertigt, wenn die gleiche oder eine ebenso wirksame, dem allgemeinen Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung rechtzeitig im Inland erlangt werden kann. Schließlich folgt im Umkehrschluss aus der Formulierung in § 13 Abs. 4 und 5 SGB V, dass ein bei einer Krankenversicherung in Deutschland Versicherter für eine ambulante Behandlung in einem anderen MS grundsätzlich keiner vorherigen Genehmigung bedarf.

2. *Aktueller Änderungsbedarf?*

Nachdem der deutsche Gesetzgeber bereits mit der Einführung des § 13 Abs. 4 bis 6 SGB V im Rahmen des GKV-Modernisierungsgesetzes eine weitgehende Umsetzung der vorgestellten Rechtsprechung des EuGH sichergestellt hat,²⁶⁷ musste er in der Folge, insbesondere im Rahmen des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes²⁶⁸, keine weiteren Anpassungen des nationalen Rechts vornehmen.

Dies gilt weitestgehend auch in Bezug auf den nun von der Kommission vorgelegten RiL-Vorschlag, da er sich hinsichtlich Inhalt und Umfang auf die bereits bekannten Grundsätze des EuGH beschränkt. Im Hinblick auf die Regelung des Art. 8 Abs. 3 RiL-Entwurf erscheint allerdings eine Überarbeitung des Wortlauts des § 13 Abs. 5 Satz 2 SGB V notwendig, wobei insbesondere auch die – von der Kommission noch zu benennenden – ambulanten Behand-

265 Zugleich ist der Anspruch beschränkt auf die Erstattung der tatsächlich entstandenen Kosten in dem anderen MS, auch wenn diese niedriger sind als die Kosten, die im Versicherungsstaat für diese Behandlung bezahlt bzw. erstattet worden wären, *Wagner*, in: Krauskopf, Soziale KV/PV, § 13 SGB V Rn. 38.

266 Diese Regelung ist im Zusammenhang mit § 275 Abs. 2 Satz 3 SGB V zu lesen, wonach die Krankenkasse vor Kostenübernahme einer Auslandsbehandlung durch den Medizinischen Dienst der Krankenkasse (MDK) prüfen lassen muss, ob die Behandlung nur im Ausland möglich ist.

267 Die Bestimmungen der Kostenerstattung in Art. 6 des RiL-Vorschlags entsprechen im Wesentlichen den Regelungen des § 13 Abs. 4 bis 6 SGB (zu einer Ausnahme sogleich).

268 Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbes in der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 02.02. 2007, BGBl. I S. 378.

lungen in einem ausländischen Krankenhaus berücksichtigt werden müssten, vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. b) i.V.m. Abs. 2 RiL-Vorschlag. Daneben steht die Regelung des Art. 4 lit. e) RiL-Vorschlag, die als zulässige Gesundheitsdienstleister alle natürlichen und juristischen Personen definiert und dadurch den Kreis der Leistungserbringer, die gesetzlich Versicherte in anderen MS in Anspruch nehmen dürfen, erweitert,²⁶⁹ im Widerspruch zu der aktuellen Regelung des § 13 Abs. 4 Satz 2 SGB V²⁷⁰ und muss angepasst werden. Schließlich müsste die Regelung des § 13 Abs. 4 Satz 5 SGB V gestrichen werden, weil sie im Widerspruch zu der Vorschrift des Art. 6 Abs. 3 RiL-Vorschlag steht, wonach die nationalen Bestimmungen zur Kostenerstattung kein Hemmnis für die grenzüberschreitende Patientenmobilität darstellen dürfen.²⁷¹

VII. Schlussbetrachtungen und Ausblick

Die EG wirkt – wie gesehen – auf verschiedenen Ebenen unmittelbar oder mittelbar, intendiert oder nicht-intendiert auf die Sozial- und die Gesundheitspolitik der MS ein und beeinflusst so, direkt oder indirekt, den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung. Zwar ordnen die primärrechtlichen Verträge sowohl die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung (vgl. Art. 152 Abs. 5 EGV) als auch die Gestaltung der nationalen Sicherungssysteme (vgl. Art. 136 Abs. 1, Art. 137 Abs. 1 EGV) der Zuständigkeit der MS zu.²⁷² Daneben sollen gemeinschaftsrechtlich soziale Ansprüche jedoch koordiniert (vgl. Art. 42 EGV) bzw. bei der Festlegung und Durchführung aller Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt werden (vgl. Art. 152 Abs. 1 EGV). Deshalb wird der rechtliche (und auch der politische) Rahmen, den das Gemeinschaftsrecht und die Gemeinschaftspolitik den MS setzen, immer enger, und es werden die Wechselwirkungen zwischen europäischem Recht und europäischer Politik einerseits und nationalem Sozialrecht und nationaler Sozialpolitik

269 Diese Erweiterung wurde durch den EuGH bereits bestätigt, EuGH, Rs. C-444/05, n.n.i.Slg. v. – Stamatelaki mit Anmerkungen *Mair*.

270 Dort heißt es: „Es dürfen nur solche Leistungserbringer in Anspruch genommen werden, bei denen ... oder die im jeweiligen nationalen System der Krankenversicherung des Aufenthaltsstaates zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind.“ Konkret sind danach bisher nur Leistungserbringer mit einem Versorgungsvertrag mit der jeweiligen Krankenkasse zur Leistungserbringung berechtigt.

271 Konkret könnten solche Kürzungen geeignet sein, den Patienten von einer Behandlung im Ausland abzuschrecken.

272 Das primärrechtlich verankerte Subsidiaritätsprinzip nach Art. 5 EGV unterstreicht diese Aussage.

immer intensiver.

Der Einfluss der EG auf den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung ist an mehreren Stellen deutlich geworden. Zunächst wirkt das Freizügigkeits-Sozialrecht auf die nationalen Sozial- und Gesundheitspolitiken ein, das die Ansprüche auf Leistungen bei Krankheit koordiniert. Die primärrechtlich garantierten Grundfreiheiten leiten zu einem anderen Bereich des Gemeinschaftsrechts über, aus dem sich mittelbare Möglichkeiten ergeben, den Anspruch herzuleiten. Die bisher größte Einflussmöglichkeit auf den Anspruch des Einzelnen auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung hat (nach wie vor) die Rechtsprechung des EuGH. Mit dessen Anwendung des Binnenmarktrechts auf die nationalen Gesundheitssysteme öffnete sich ein wirkungsvolles Einfallstor auf europäischer Ebene in die nationalen Sozial- und Gesundheitssysteme. Da die Urteile rechtlich verbindlich sind und sich das Richterrecht unmittelbarer politischer Einflussnahme entzieht, hat der EuGH eine mächtige Position auch in der Sozial- und Gesundheitspolitik erhalten. Auf diesem Weg setzte sich eine binnenmarktorientierte Verrechtlichung europäischer Sozial- und Gesundheitspolitik durch, die die nationalen Sozial- und Gesundheitssysteme nachhaltig in ihren Funktionsprinzipien betraf (und betrifft).²⁷³ Ein Grundproblem betrifft dabei das durch den EuGH hervorgerufene Spannungsverhältnis, wonach einerseits beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts die MS für die Gestaltung ihrer sozialen Sicherungssysteme allein zuständig sind, andererseits dabei aber im Rahmen ihrer Gestaltungsbefugnis das Gemeinschaftsrecht zu beachten haben.²⁷⁴ Man muss insoweit konstatieren, dass sich die Vorstellung, einerseits die wirtschaftliche Integration Europas voranzutreiben (Verwirklichung des Binnenmarktes) und gleichzeitig die sozial- und gesundheitspolitischen Angelegenheiten auf nationaler Ebene zu belassen, als unrealistisch erwiesen hat. Die Anknüpfungspunkte und Verflechtungen zwischen beiden Bereichen sind zu eng, als dass sie formal voneinander getrennt behandelt werden könnten.

Kann man aufgrund der dargestellten Entwicklung im Gemeinschaftsrecht und in der Rechtsprechung des EuGH nach wie vor davon sprechen, dass ein materielles europäisches Sozial- und Gesundheitsrecht nur rudimentär vorhanden ist?²⁷⁵ Oder muss man für den Teilbereich der Gesundheitsdienstleistun-

273 So auch *Schmucker*, Europäische Integration und Gesundheitspolitik, 2003, 137, unter: <http://www.labournet.de/diskussion/wipo/gesund/schmucker.pdf>.

274 Vgl. zur Auflösung dieses Spannungsverhältnis den interessanten Ansatz von *Bieback*, in: Igl, 1999, 663 f., 688 f., 691; wonach er auf das in der verfassungsrechtlichen Methodenlehre angewandte Prinzip der praktischen Konkordanz zurückgreift, um beiden Ebenen des Rechts den ihnen gebührenden Rang und Stellenwert zukommen zu lassen.

275 *Isensee*, VSSR 1996, 169, 171 f.; *Kretschmer*, SGB 2008, 65, 68.

gen aufgrund der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und des vorgelegten Richtlinienvorschlages der Kommission schon von einem bereits dichter ausgeformten europäischen Gesundheitsmarktrecht sprechen?²⁷⁶ Würde man der zweiten Frage zustimmen, schließt sich automatisch die Frage an, welche weitere Entwicklung der Gesundheitssektor im Europäischen Binnenmarkt nehmen soll.²⁷⁷ Schließlich stellt sich die Frage, wie insofern die zwiespältigen Aussagen des EuGH, wonach einerseits die MS für die Ausgestaltung ihrer nationalen Sozialsysteme zuständig sind, gleichzeitig aber das Gemeinschaftsrecht zu beachten haben,²⁷⁸ zu bewerten sind.

Man kann zunächst feststellen, dass die nationale Sozialstaatlichkeit zunehmend einer „Europäisierung“ ausgesetzt ist. Dies gilt auch und besonders für die Gesundheitspolitik.²⁷⁹ Ein Grund dafür ist, dass die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen nicht nur eine soziale Dimension aufweist, sondern auch eine sehr bedeutsame wirtschaftliche Komponente. Die Einbettung der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen in das System der sozialen Sicherheit ändert nämlich nichts an dem Waren- und Dienstleistungscharakter von Gesundheitsgütern und Gesundheitsdienstleistungen und damit auch an der Zugehörigkeit zum Binnenmarkt und der daraus folgenden Anwendbarkeit der entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten. Will man aber die Gestaltung der Sozial- und Gesundheitspolitik, und konkret den Anspruch auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung, nicht weiterhin ausschließlich dem binnenmarktorientierten Richterrecht überlassen, bedarf es aktiver politischer Gestaltungsprozesse auch auf europäischer Ebene. Der RiL-Vorschlag ist ein richtiger Schritt in diese Richtung, der auch ausreichend die primärrechtlichen Vorgaben, insbesondere in Art. 152 EGV, beachtet. Denn die Vielfalt und konkrete Ausgestaltung der nationalen Gesundheitssysteme wird davon im Grunde nicht berührt, sondern kann weiterhin bestehen bleiben. Dennoch bleibt abzuwarten, wie sich die MS zu dem RiL-Vorschlag verhalten werden, da bereits in der Vergangenheit die nur vorsichtigen Versuche, eine stärkere sozial- und gesundheitspolitische Kompetenz auf der europäischen Ebene zu verankern, von heftigem Widerstand der MS begleitet war. Ohne eine Verankerung weiterer sozial- und gesundheitspolitischer Ziele in den europäischen Verträgen wird sich indessen die ausschließlich auf die Mechanismen des Marktes zugeschnittene Entwicklung der EU fortsetzen.

276 So *Frenz*, NVwZ 2003, 947.

277 *von Maydell*, VSSR 1999, 19.

278 Zuletzt EuGH, Rs. C-372-04, Slg. 2006, I-4325 Rn. 110; Rs. C-444/05 Rn. 23, n.n.v. – *Stamatelaki*.

279 Vgl. *Busse*, in: *Busse/Wismar*, 2002, 2 ff. Die Autoren haben die Auswirkungen des Binnenmarkts auf die Gesundheitssysteme der MS untersucht.

Literaturverzeichnis

- Balze**, Die sozialpolitischen Kompetenzen der EU, Baden-Baden 1994.
- Becker**, Von „Dassonville“ über „Cassis“ zu „Keck“ – Der Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 30 EGV, EuR 1994, 162-174.
- Becker**, Staat und autonome Träger im Sozialleistungsrecht, Rechtsvergleichende Untersuchung der Risikoabsicherungssysteme in Deutschland, Italien, Frankreich und Großbritannien, Baden-Baden 1996.
- Becker**, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, JZ 1997, 534-544.
- Becker**, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots für die Gleichstellung von Sachverhalten im koordinierten Sozialrecht, VSSR 2000, 221-247.
- Becker**, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, 8-12.
- Becker**, Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt, NJW 2003, 2272-2277.
- Becker**, „EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen“, NZS 2007, 169-176.
- Becker/Schön (Hrsg.)**, Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, Tübingen 2005.
- Becker/Walser**, Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr – von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU, NZS 2005, 449-456.
- Bergmann**, Grundstrukturen der Europäischen Gemeinschaft und Grundzüge des gemeinschaftsrechtlichen Sozialrechts, SGB 1998, 449-461.
- Bieback**, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH – das Urteil des EuGH „Smits/Peer-booms“, NZS 2001, 561-569.
- Blüm**, Europäische Sozialpolitik nach Maastricht, in: Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik, Festschrift für Franz Klein, Köln 1994, 43-60.
- Bokeloh**, Export von Pflegeleistungen innerhalb der Europäischen Union, in: Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht an die Universität Bonn (Hrsg.), Die Krankenversicherung in der Europäischen Union“, Bonn 1998, 115-132.
- Borchhardt**, Die rechtlichen Grundlagen der EU, 3. Aufl., Heidelberg 2006.
- Borman/Petersen**, „Entscheidungen aus dem Europa- und Verfassungsrecht“, Die Angestelltenversicherung 2002, 194-205.
- Busse/Wismar (Hrsg.)**, The European Union and Health Services. The Impact of the Single European Market on Member States, Amsterdam 2002.
- Callies/Ruffert (Hrsg.)**, EUV/EGV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 3. Aufl., München 2007.

- Cecchini**, Europa 1992. Der Vorteil des Binnenmarktes, Baden-Baden 1988.
- Clever**, EuGH-Rechtsprechung im Sozialbereich – Kritik, aber auch hoffnungsvolle Zuversicht, ZfSH/SGB 1995, 1-14.
- Cornelissen**, “The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security”, Common Market Law Review 1996, 439-471.
- Danner**, Auf dem Weg zum EU-Gesundheitsmarkt ohne Grenzen?, Ärztepost, Herbst 2008, 12-14.
- Dauck/Nowak**, Das Recht auf unionsweite, bestmögliche medizinische Versorgung, EuR 2001, 741-745.
- Dehn**, Die soziale Sicherheit in Europa, Die Sozialversicherung 1996, 7-16.
- Deppe**, Zur sozialen Anatomie des Gesundheitssystems. Neoliberalismus und Gesundheitspolitik in Deutschland, 2. Aufl., Frankfurt/Main 2002.
- Deppe/Burkhardt (Hrsg.)**, Solidarische Gesundheitspolitik. Alternativen zu Privatisierung und Zwei-Klassen-Medizin, Hamburg 2002.
- Dettling**, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für die Gesundheitssysteme?, EuZW 2006, 519-524.
- Devetzi**, Die Kollisionsnormen des Europäischen Sozialrechts, Berlin 1999.
- Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.)**, Die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes im Wandel, in: Festschrift für Everling, Baden-Baden 1995, Band 2.
- Eichenhofer (Hrsg.)**, Reform des europäischen koordinierenden Sozialrechts, Köln, Berlin, Bonn, München 1993.
- Eichenhofer**, Nationales und supranationales Sozialrecht, VSSR 1996, 187-204.
- Eichenhofer**, Das europäische koordinierende Krankenversicherungsrecht nach den EuGH-Urteilen Kohll und Decker, VSSR 1999 101-122.
- Eichenhofer**, Export von Sozialleistungen nach Gemeinschaftsrecht, SGB 1999, 57-62.
- Eichenhofer**, Unionsbürgerschaft – Sozialbürgerschaft?, ZIAS 2003, 404-417.
- Eichenhofer**, Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., Berlin 2006.
- Eichenhofer/Zuleeg (Hrsg.)**, Die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeits- und Sozialrecht im Streit, Köln 1995.
- Frenz**, Arztdienstleistungsfreiheit und Sozialversicherungen, NVwZ 2003, 947-949.
- Frenz**, Grenzüberschreitende medizinische Leistungen und Grundfreiheiten im Spiegel der EuGH-Rechtsprechung, MedR 2004, 296-300.
- Fuchs (Hrsg.)**, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2002.
- Fuchs**, „Luxemburg locuta – causa finita – quaestio non soluta, NZS 2002, 337-348.
- Fuchs**, Free Movement of Services and Social Security – Quo vadis?, European Law Journal 2002, 536-555.

- Fuchs**, Das neue Recht der Auslandskrankenbehandlung, NZS 2004, 225-230.
- Fuchs**, Was bringt die neue VO (EG) Nr. 883/2004?, SGB 2008, 201-210.
- Fuchs/Marhold**, Europäisches Arbeitsrecht, Wien 2006.
- Grabitz/Hilf (Hrsg.)**, Das Recht der Europäischen Union, München, Stand: 05/08.
- Gundel**, Die Rechtfertigung von faktisch diskriminierenden Eingriffen in die Grundfreiheiten des EGV, Jura 2001, 79-85.
- Hänlein**, Übergangsregelungen beim EU-Beitritt der MOE-Staaten im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der sozialen Sicherheit, EuZW 2001, 165-170.
- Hanau/Steinmeyer/Wank**, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002.
- Hanika**, Europäische Gesundheitspolitik. Stärkung der Kompetenzen der EU im Gesundheitswesen durch die Neufassung des Art. 152 EGV, MedR 1998, 193-196.
- Hasse/Molsberger/Watrin**, Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, in: Ordnung in Freiheit, Festschrift für Willgerodt zum 70. Geburtstag, Stuttgart 1997.
- Hatje/Kindt**, Der Vertrag von Lissabon – Europa endlich in guter Verfassung?, NJW 2008, 1761-1768.
- Haverkate/Huster**, Europäisches Sozialrecht, Baden-Baden 1999.
- Hirsch**, Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, ZEuS 1999, 503-512.
- Hollmann/Schulz-Weidner**, Der Einfluss der EG auf das Gesundheitswesen der Mitgliedstaaten, ZIAS 1998, 180-214.
- Horn**, Die Kollisionsnormen der VO (EGW) Nr. 1408/71 und die Rechtsprechung des EuGH, ZIAS 2002, 120-154.
- Huster**, Grundfragen der Exportpflicht im europäischen Sozialrecht, NZS 1999, 10-17.
- Igl (Hrsg.)**, Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung, Wiesbaden 1999.
- Ipsen**, Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Isensee**, Soziale Sicherheit im europäischen Markt, VSSR 1996, 169-185.
- Joussen**, Die Stellung europäischer Sozialpolitik nach dem Vertrag von Amsterdam, ZIAS 2000, 191-213.
- Kasseler Kommentar**, Sozialversicherungsrecht, Band 1, Kassel, Stand 03/07.
- Kingreen**, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999.
- Kingreen**, Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, NJW 2001, 3382-3385.

- Kingreen**, Das Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem EuGH-Urteil Müller-Fauré/van Riet, ZESAR 2003, 199-204.
- Kleinhenz (Hrsg.)**, Soziale Integration in Europa, Band 1, Berlin 1993.
- Kliemann**, Die europäische Sozialintegration nach Maastricht, Baden-Baden 1997.
- Kötter**, Die Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft in den Rechts-sachen Decker und Kohll: Der Vorhang zu und alle Fragen offen?, VSSR 1998, 233-252.
- Kötter**, Die Entscheidung des EuGH in den Rechtssachen Müller-Fauré/van Riet – Harmonisierung der sozialen Sicherung im Krankheitsfall durch die Rechtsprechung des EuGH?, ZESAR 2003, 301-311.
- Krauskopf**, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung. Kommentar, Mün-chen, Stand: 03/08.
- Kretschmer**, Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaf-ten aus der Warte der Sozialgerichtsbarkeit, SGB 2008, 65-76.
- Kuhn**, Die soziale Dimension der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 1995.
- Langer**, Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen – Reformbedarf für die VO (EWG) 1408/71?, NZS 1999, 537-542.
- Leibfried/Pierson (eds.)**, European Social Policy: Between Fragmentation and Inte-gration, Washington 1995.
- Lichtenberg**, Ärztliche Tätigkeiten, klinische Leistungen und freier Dienstleistungs-verkehr im Gemeinsamen Markt, VSSR 1978, 125-150.
- Mair**, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 19.4.2007, Rs. C-444/05 – Stamatela-ki“, ZESAR 2008, 246-249.
- Novak**, EG-Grundfreiheiten und Europäisches Sozialrecht, EuZW 1998, 366-369.
- Novak**, EuGH – Übernahme von Krankenhauskosten in anderem Mitgliedstaat II, EuZW 2001, 476-477.
- Nowak**, EU-Osterweiterung, Personenfreizügigkeit und staatliche Schutzpflichten im Bereich der sozialen Sicherheit, EuZW 2003, 101-107.
- Nowak**, Zur grundfreiheitlichen Inanspruchnahme von Gesundheits-dienstleistungen im europäischen Binnenmarkt, EuR 2003, 644-656.
- Nowak/Reiter**, Grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung und Sozialver-sicherungspflicht im Europäischen Wirtschaftsraum, ZESAR 2005, 53-61.
- Schmähl (Hrsg.)**, Soziale Sicherung im EG-Binnenmarkt, Baden-Baden 1990.
- Schmähl (Hrsg.)**, Möglichkeiten und Grenzen einer nationalen Sozialpolitik in der EU, Berlin 2001.
- Schneider-Danwitz**, Freizügigkeit der Versicherten in der Krankenversicherung, SGB 2000, 354-359.
- Scholz/Hofmann**, Perspektiven der europäischen Rechtsordnung, ZRP 1998, 295-302.

- Schulin (Hrsg.)**, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Krankenversicherungsrecht, Band 1, München 1994.
- Schulte**, Europäische Vorgaben für die nationalen Gesundheitssysteme – Ziele und Instrumente, GGW 2005, 15-24.
- Schulte**, Vergleichende Wohlfahrtsstaatsforschung in Europa, ZSR 1997, 729-748.
- Schulte**, Zur Kritik des europäischen koordinierenden Sozialrechts, ZfSH/SGB 1999, 579-584, 653-674.
- Schulte/Barwig**, Freizügigkeit und Soziale Sicherheit, Baden-Baden 1999.
- Schulz-Weidner**, Die Konsequenzen des europäischen Binnenmarktes für die deutsche Rentenversicherung, DRV 1997, 449-473.
- Schulz-Weidner**, Rechtliche Entwicklungen bei Krankenkassenleistungen im Ausland, Die Krankenversicherung 1998, 241-245.
- Sievekling**, Der Europäische Gerichtshof als Motor der sozialen Integration der Gemeinschaft, ZSR 1997, 187-208.
- Steinmeyer**, Hat das Territorialitätsprinzip in der GKV noch Zukunft?, Die Krankenversicherung 1999, 288-291.
- Streinz**, Europarecht, 7. Aufl., Heidelberg 2005.
- Streinz (Hrsg.)**, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003.
- von der Groeben/Schwarze (Hrsg.)**, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2004.
- von Maydell/Schnapp(Hrsg.)**, Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik, Berlin 1992.
- von Maydell**, Auf dem Wege zu einem gemeinsamen Markt für Gesundheitsleistungen in der Europäischen Gemeinschaft, VSSR 1999, 3-19.
- von Maydell/Schulte**, Gesundheitsmarkt ohne Grenzen in Europa, Die Krankenversicherung 2001, 207-213.
- Willms**, Soziale Sicherung, Baden-Baden 1990.
- Wollenschläger/Grimm**, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH auf das nationale Sozialrecht, ZIAS 2004, 335-365.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

*siehe unsere Homepage: www.zerp.uni-bremen.de (Publikationen)

- DP 7/91, *Gerd Winter* (Hrsg.), Die Europäischen Gemeinschaften und das Öffentliche, Dezember 1991 (P)
- DP 3/92, *Ines Katharina Gerwien*, Die Kontrolle von Pestiziden in exportierenden Industrieländern und Entwicklungsländern, am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und Malaysias, Oktober 1992 (P)
- DP 7/93, *Michelle Everson*, To the Constitutional Position of the Citizen of the United Kingdom, Dezember 1993 (P)
- DP 3/94, *Monika Jagels-Sprenger*, Der Fall PVC. Ein ungewisses Risiko und seine rechtliche Bewältigung, März 1994 (P)
- DP 4/94, *Geoffrey Woodroffe/Philip Rawlings/Chris Willett*, Financial Services in the United Kingdom, März 1994 (P)
- DP 5/94, *Edda Castelló*, Untersuchung von Beschwerdesystemen für Finanzdienstleistungen, März 1994 (P)
- DP 8/94, *E. Alexandridou/M.-T. Marinos/C. Mastrokostas/G. Triantaphyllakis*, Financial Services in Greece, Juli 1994 (P)
- DP 1/97, *Dorothee Eidmann*, Ausländer und Verwaltung. Eine Skizze am Beispiel des Ausländeramtes in Bremen, Januar 1997 (P/E)
- DP 2/97, *Josef Falke/Armin Höland*, Die Rechtspraxis der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Vorüberlegungen zu einem neuen Forschungsprojekt, März 1997 (P/E)
- DP 3/97, *Edwige Lefebvre*, A Historical Profile of Belgium: From Urban to Modern Belgian Citizenship, Juli 1997 (P/E)
- DP 4/97, *Edwige Lefebvre*, The Belgian Constitution of 1831: The Citizen Burgher, Juli 1997 (P/E)
- DP 5/97, *Edwige Lefebvre*, French Republicanism in Algeria: „Citoyen-Colon“ versus „Sujet-Musulman-Français“, Juli 1997 (P/E)
- DP 6/97 *Ulrich K. Preuß/Armin Höland* (eds.), The Normative Foundation of the Polity, Oktober 1997 (P/E)
- DP 7/97 *Konstanze Plett*, Rechtliche Hindernisse auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen, Oktober 1997 (E)
- DP 1/98, *Wolf Sauter*, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications, and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach?, Januar 1998 (P/E)
- DP 1/99 *Jürgen Neyer/Dieter Wolf/Michael Zürn*, Recht jenseits des Staates, März 1999 (E)

- DP 2/99 *Josef Heimann*, „Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr“ – der neue Titel IV EGV unter besonderer Berücksichtigung des Schengen-Protokolls, Oktober 1999 (P/E)
- DP 1/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Flächentarifvertrag und Günstigkeitsprinzip. Zusammenfassung einer empirischen und rechtlichen Untersuchung der Anwendung von Flächentarifverträgen in den Betrieben, März 2000 (P/E)
- DP 2/00 *Armin Höland/Uwe Reim/Holger Brecht*, Association-Level Agreements and Favourability Principle, Dezember 2000 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des

- Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)
- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, März 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem "sozialen Defizit" des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypothec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)

- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)
- DP 1/09 Florian Rödl, Europäische Arbeitsverfassung, Februar 2009, (P/E)
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, März 2009 (P/E)

Online verfügbare ZERP-Arbeitspapiere

(ZERP-Arbeitspapiere erscheinen nur online)

- WP 1/2009 *Christoph U. Schmid*, Vom effet utile zum effet néolibéral. Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus' des Europäischen Gerichtshofs, März 2009
- WP 2/2009 *Anja Hoffmann*, Der Anspruch der Unionsbürger auf grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung. Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen, die Rechtsprechung des EuGH und eine neue Rechtsetzungsinitiative der Europäischen Kommission, Juni 2009