

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

an der Universität Bremen

ZERP

Nikola Lafrenz

**Die Pflegeversicherung als Teil der
Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen
Union**

Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes

ZERP-Diskussionspapier 2/2002

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung	1
B.	Die deutsche Pflegeversicherung.....	2
C.	Die Verordnung (EWG) 1408/71	5
D.	Die maßgeblichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes	8
I.	Die Rechtssache C-70/95 Sodemare SA u. a. ./.. Regione Lombardia	8
1.	Sachverhalt	8
2.	Die Bestimmungen des italienischen Rechts.....	9
3.	Die Entscheidung des EuGH	10
4.	Ergebnis	11
a)	Bewertung der Entscheidung.....	14
aa)	Mittelbare Diskriminierung	11
bb)	Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	13
II.	Die Rechtssachen C-20/96 Kelvin Albert Snares ./.. Adjudication Officer und C-297/96 Vera A. Partridge ./.. Adjudication Officer....	13
1.	Sachverhalt	14
2.	Die Bestimmungen des Vereinigten Königreichs	15
3.	Die Entscheidung des EuGH	15
a)	Beitragsunabhängige Leistungen	16
b)	Schließung einer Regelungslücke	17
4.	Ergebnis	19
a)	Schaffung einer "opt-out-Klausel"	19
III.	Die Rechtssache C-160/96 Manfred Molenaar und Barbara Fath-Molenaar ./.. Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg ...	19
1.	Sachverhalt	20
2.	Die Pflegeversicherung nach dem SGB XI.....	21
3.	Die Entscheidung des EuGH	21
a)	Der Export von Pflegeleistungen	21
aa)	Zuordnung der deutschen Pflegeversicherung zu einer Risikoart gem. Art. 4 Abs. 1 VO 1408/71	22
bb)	Einordnung als Geld- oder als Sachleistung.....	24
b)	Die Beitragspflicht.....	25
4.	Ergebnis	26
a)	Reaktion des deutschen Gesetzgebers	27
b)	Bewertung der Entscheidung.....	27
IV.	Wichtige Entscheidungen des EuGH zu Krankenversicherungsleistungen.....	29
1.	Die Rechtssachen Decker und Kohll.....	29

a)	Sachverhalt	29
b)	Die Entscheidung des EuGH.....	30
aa)	Können die elementaren Grundsätze des freien Verkehrs im Bereich der sozialen Sicherheit überhaupt zur Anwendung kommen?.....	30
bb)	Wie ist die VO Nr. 1408/71, hier Art. 22, zu verstehen?	31
cc)	Vorliegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über den freien Verkehr.....	33
(1)	Eingriff in die Freiheitsrechte.....	34
(2)	Rechtfertigungsgründe.....	35
(a)	Kostenargument	36
(b)	Argument der Qualitätssicherung	37
(c)	Bestandsgefährdungsargument	37
c)	Ergebnis	38
2.	Die Rechtssachen Smits (Geraets) und Peerbooms	38
a)	Sachverhalt	38
b)	Die Bestimmungen der Niederlande	39
c)	Argumentation des EuGH.....	39
aa)	Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs	40
bb)	Definition der Begriffe "Üblichkeit" und "Notwendigkeit"	41
3.	Die Rechtssache Vanbraekel	42
a)	Sachverhalt	42
b)	Argumentation des EuGH.....	42
4.	Ergebnis	44
a)	Weitere Stärkung der Grundfreiheiten	44
b)	Überbewertung der Dienstleistungsfreiheit im Fall Vanbraekel.....	45
V.	Die Rechtssache C-215/99 Friedrich Jauch ./. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.....	46
1.	Sachverhalt.....	46
2.	Die Bestimmungen des österreichischen Rechts	47
3.	Die Entscheidung des EuGH.....	47
a)	Sonderleistung.....	48
b)	Beitragsunabhängige Leistung	49
4.	Ergebnis	50
E.	Gesamtergebnis	51
F.	Fazit	52
	Literaturverzeichnis	55

A. Einleitung

In den vorgestellten Entscheidungen geht es um grenzüberschreitende Pflege- bzw. Gesundheitsleistungen und den Export von Geld- bzw. Sachleistungen im Pflege- bzw. Gesundheitssektor zwischen den Mitgliedstaaten.

Für die Sozialpolitik, zu der auch die Pflegeversicherung gehört, gilt innerhalb der Europäischen Union (EU) grundsätzlich der Kompetenzvorbehalt der nationalen Gesetzgeber,¹ da es bisher keine Harmonisierung des nationalen Sozialrechts auf Gemeinschaftsebene gibt.² Gründe für die Ablehnung einer Harmonisierung sind auf Seiten der Mitgliedstaaten zunächst die hohe Sensibilität des sozialen Bereichs³ und seine direkte Auswirkung auf die Bürger des jeweiligen Mitgliedstaates.

Es besteht zudem ein Spannungsverhältnis zwischen den Marktfreiheiten und dem Gesundheitsschutz,⁴ da die Versorgung von Kranken und Pflegebedürftigen nicht ohne jede Einschränkung nach rein marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichtet werden kann und darf.⁵

Weiterhin wäre eine Harmonisierung des Sozialrechts auch ein praktisches Problem, da sich die Systeme der sozialen Sicherheit innerhalb der Gemeinschaft beträchtlich unterscheiden⁶. Die historische Entwicklung der Systeme der sozialen Sicherung hat in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedliche Wurzeln und hat sich – im Gegensatz zum immer schon grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr – von Anfang an auf die nationale Ebene konzentriert.

In den meisten nationalen Sicherungssystemen gilt der Grundsatz der territorialen Beschränkung der Leistungserbringung⁷, d. h. Erfüllungsort bzw. der Ort der Leistungserbringung ist prinzipiell das Inland. Zum Abbau von

1 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.6.1988 Rs. C-39/86 (Laire ./ Universität Hannover), Slg. I-1988, S. 3161 ff.; EuGH, Urt. v. 17.2.1993 (Poucet u. Pistre), Slg. I-1993, S. 637 ff.; *Schulte*, in: Soziale Sicherheit, Einführung, S. XV; *Kötter*, ZSF 2000, S. 27; *Luthe*, in: SGb 2000, S. 508.

2 Vgl. EuGH, Urteil vom 7. 2.1984 (Rs. Duphar), Slg. 1984, S. 523, Tz. 16; EuGH, Gemeinsame Schlussanträge des Generalanwalts Tesouro vom 16.9.1997, (Rs. Decker und Kohl), Slg. 1998, I-1834, T. 17; *Kötter*, ZSF 2000, S. 27.

3 Vgl. *Langer*, NZS 1999, S. 538.

4 Vgl. *Hollmann/Schulz-Weidner*, ZIAS 1998, S. 186.

5 Vgl. *Kingreen*, NJW 2001, S. 3382.

6 Vgl. die Darstellung bei *Langer*, NZS 1999, S. 537; *Sieveling*, Soziale Sicherheit, Länderberichte, S. 37 ff.; EU-Kommission Pflegebedürftigkeit im Alter, S. 77 ff.; *Klein*, S. 54 ff.

7 Vgl. dazu *Zechel*, S. 14; *Hollmann/Schulz-Weidner*, ZIAS 1998, S. 195; *Eichenhofer*, VSSR 2/1999, S. 102.

Hindernissen bei der Verwirklichung der Arbeitnehmerfreizügigkeit⁸ wurden lediglich Koordinierungsregeln wie die VO (EWG) Nr. 1408/71⁹ eingeführt, die jedoch die materiellen und verfahrensmäßigen Unterschiede zwischen den Systemen der Mitgliedstaaten nicht berühren.¹⁰ Die Mitgliedstaaten haben weiterhin das Recht, die Voraussetzungen für die Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit zu ändern oder sogar zu verschärfen, sofern diese Voraussetzungen keine offene oder versteckte Diskriminierung bewirken.¹¹

Durch die vorgestellten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) wird eine Entwicklung in der Rechtsprechung des EuGH aufgezeigt, die die grundsätzliche Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts auf Sachverhalte der sozialen Sicherheit bejaht und so das Verhältnis zwischen nationalem Sozialrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht – und hier vor allem den Grundfreiheiten¹² – aus einem neuen Winkel beleuchtet.

B. Die deutsche Pflegeversicherung

Diese Arbeit wird sich, trotz der engen Verknüpfung zwischen der Kranken- und der Pflegeversicherung¹³ in Deutschland, hauptsächlich mit Entscheidungen zu Pflegeleistungen befassen.

Wie in der Einleitung bereits ausgeführt, unterliegen auch die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten haben diese Leistungen daher entsprechend ihrem jeweiligen traditionellen Verständnis geregelt und organisiert. Dies führt zu den unterschiedlichsten Ausformungen von Systemen für Pflegeleistungen in den einzelnen Mitgliedstaaten der EG. So werden Pflegeleistungen im Rahmen der Rentenversicherung, der Krankenversicherung oder der Sozialhilfe gewährt, wobei auch der Umfang der Leistungen sehr unterschiedlich ist.¹⁴ Die Bundesrepublik Deutschland hat, ähnlich wie die Niederlande,¹⁵ ein eigenständiges System der Pflegeversicherung geschaffen, das zwar der Krankenversicherung angegliedert ist, für das aber

8 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.1998, (Rs. Molenaar), Slg. I-843, Tz. 14.

9 Vgl. Fn. 34.

10 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.1.1986 (Rs. Pinna), Slg. 1986, Tz. 201.

11 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger vom 6.5.1997, Tz. 94.

12 Vgl. *Reich*, Bürgerrechte, S. 62: Grundfreiheiten des Warenverkehrs, der Personenfreizügigkeit, der Dienstleistung und des Kapital- und Zahlungsverkehrs.

13 Vgl. *Brackmann*, (Schomburg), X, Kap. 1, S. 3.

14 Vgl. dazu u. a. *Sieveking*, Soziale Sicherung, Länderberichte, S. 37 ff.; EU-Kommission, Pflegebedürftigkeit im Alter, S. 77 ff.; *Klein*, S. 54 ff.

15 Vgl. *Proske*, S. 204.

eigene Beiträge zu entrichten sind.

In Deutschland wurde das Pflegeversicherungsgesetz mit Wirkung zum 1. Januar 1995 durch das Sozialgesetzbuch XI (SGB XI) als Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit¹⁶ eingeführt. Dadurch wurde ein neuer, eigenständiger Zweig der Sozialversicherung geschaffen,¹⁷ der die bisherige Pflegevorsorge in Deutschland grundlegend umgestaltete.¹⁸

Die Pflegeversicherung soll Kosten decken, die durch die Pflegebedürftigkeit der Versicherten entstehen. Ziel der Reform war eine sozialversicherungsrechtliche Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit, die bis dahin fast immer in die Abhängigkeit von Sozialhilfe geführt hatte.¹⁹

Pflegebedürftig sind Personen, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung für die gewöhnlichen Verrichtungen im täglichen Leben, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, in erheblichem Maß der Hilfe Dritter bedürfen.

Die Verrichtungen des täglichen Lebens umfassen

- Körperpflege,
- Ernährung,
- Mobilität.
- Führung des Haushalts.²⁰

Nach dem SGB XI²¹ haben sämtliche Personen, die in der Krankenversicherung pflichtversichert oder freiwillig versichert sind, Beiträge an das System der Pflegeversicherung zu entrichten; Versicherungsfreiheit – wie in der Krankenversicherung möglich – besteht nicht.²²

Die Pflegeversicherung eröffnet zunächst den Anspruch auf Leistungen zur Deckung der Kosten, die durch von Dritten zu Hause geleistete Pflege entstehen.²³ Diese Leistungen der sogenannten "häuslichen Pflege", deren Umfang von der Pflegebedürftigkeit der betreffenden Person abhängt und je nach

16 Vgl. § 1 SGB XI.

17 Vgl. *Eichenhofer*, VSSR 4/94, S. 323; *Klein*, S. 16.

18 Vgl. *Landolt*, ZIAS 2001, S. 114.

19 Vgl. *Klein*, S. 15; zur Entstehungsgeschichte: *Schulin*, (Schulin), § 1, Rn. 1 ff.

20 Vgl. *Schmidt*, S. 33 ff.; *Schulin*, (Kummer), § 13, Rn. 8.

21 Vgl. §§ 20-26 SGB XI.

22 Vgl. *Brackmann*, (Schomburg), X, Kap. 1, S. 7; *Schulte*, in: *Arbeit und Sozialpolitik*, Teil 1, S. 36; *Bieback*, VSSR 1999, S. 268.

23 Vgl. *Schulin*, (Leitherer), § 16, Rn. 1 ff.

dem Schweregrad der Pflegebedürftigkeit in drei Pflegestufen gestaffelt erbracht wird, können in Form von Pflegeeinsätzen durch zugelassene ambulante Pflegedienste erbracht werden. Die häusliche Pflege wird dann als Sachleistung erbracht.

Nach Wahl des Begünstigten kann sie auch in Form einer monatlichen Beihilfe, des "Pflegegeldes" oder als Kombination von Geld- und Sachleistungen, erbracht werden.²⁴

Dies ermöglicht es dem Begünstigten, die Form der Hilfe zu wählen, die seines Erachtens für ihn in seinem Zustand am besten geeignet ist.²⁵

Auch das Pflegegeld ist nach dem Schweregrad der Pflegebedürftigkeit gestaffelt, die Monatsbeträge liegen aber deutlich unter denen, bis zu denen jeweils Sachleistungen erbracht werden,²⁶ da die Leistungserbringung durch zugelassene Pflegedienste als vorrangig eingestuft wurde.²⁷

Außerdem gilt der Grundsatz, dass die häusliche Pflege Vorrang vor der stationären Unterbringung hat.²⁸ Die Pflegeversicherung eröffnet aber auch den Anspruch auf Übernahme der Kosten für die Pflege des Versicherten in Wohnheimen oder Pflegeeinrichtungen und auf Leistungen für urlaubsbedingte Kosten der Vertretung des Dritten, der den Pflegebedürftigen gewöhnlich pflegt. Zudem besteht ein Anspruch auf Leistung und Entschädigung für verschiedene durch die Pflegebedürftigkeit verursachte Kosten, wie zum Beispiel den Kauf oder das Anbringen von Hilfsmitteln oder für Maßnahmen zur Verbesserung des Wohnumfeldes.

Schließlich übernimmt die Pflegeversicherung unter bestimmten Bedingungen die Beiträge zur Renten-, Invaliditäts- und Unfallversicherung des Dritten, der den Versicherten pflegt.²⁹

Der deutsche Gesetzgeber war allerdings bei der Schaffung des SGB XI darauf bedacht, die Leistungspflicht auf das Inland zu begrenzen.³⁰ Gem. § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI ist die Inanspruchnahme von Leistungen der Pflegeversicherung davon abhängig, dass der Versicherte sich in Deutschland aufhält, bzw. sich nicht länger als 6 Wochen im Kalenderjahr im Ausland aufhält.

Dies führte unweigerlich zu Konflikten mit dem EG-Recht auf Freizügigkeit,

24 Vgl. *Schulin*, (Leitherer), § 16, Rn. 6 ff., 66 ff., 114 ff.; *Klein*, S. 92.

25 Vgl. *Schmidt*, S. 11; *Bieback*, VSSR 1999, S. 257.

26 Vgl. *Klein*, S. 93; *Bieback*, VSSR 1999, S. 258.

27 Vgl. *Bieback*, VSSR 1999, S. 252.

28 Vgl. *Schulin*, (Leitherer), § 16, Rn. 3.

29 Vgl. dazu den Überblick über die verschiedenen Leistungen bei *Schulin*, (Leitherer), § 16, § 17, § 18, § 19.

30 Vgl. *Zuleeg*, DVBL 1997, S. 445.

wobei hier insbesondere die Freizügigkeit der Arbeitnehmer³¹ nach Art. 39³² des EG-Vertrages (EGV) betroffen ist. Gleichgelagerte Probleme traten auch in den anderen Mitgliedstaaten auf, die ähnliche Leistungen wie die der deutschen Pflegeversicherung gewährten.

C. Die Verordnung (EWG) 1408/71

Im Hinblick auf die Gewährleistung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 39 EGV stellt sich hier demnach die Frage, ob und wie die soziale Sicherheit bei der Grenzüberschreitung gewährt werden kann oder muss.

Auf der Grundlage von Art. 42 EGV³³ konkretisieren die Koordinierungsbestimmungen der Verordnung (VO) (EWG) 1408/71³⁴ ("Wanderarbeitnehmerverordnung") die vom EG-Vertrag vorgegebenen Grundsätze. Mit ihr wird allerdings keine selbständige Regelung der sozialen Sicherheit für die Arbeitnehmer und deren Familienangehörigen geschaffen, die innerhalb der Gemeinschaft den Wohnort wechseln. Sie soll auch nicht die verschiedenen einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften harmonisieren oder gar vereinheitlichen. Sie koordiniert vielmehr die nationalen Vorschriften, indem sie ihnen eine Reihe von Vorschriften überordnet, deren oberstes Ziel es ist, solche Hindernis zu überwinden, die für sie aufgrund nationaler Vorschriften über soziale Sicherheit bestehen und die dem durch den Vertrag gewährten Recht auf Freizügigkeit entgegenstehen.³⁵

Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung bekräftigt,³⁶ dass die Normen des europäischen Sozialrechts im wesentlichen zu sichern hätten, dass der Gebrauch der Freizügigkeit (Art. 39 EGV) keine Nachteile auf dem Gebiet der sozialen

31 Vgl. *Klein*, S. 17: Von der Arbeitnehmerfreizügigkeit machten 1998 ca. 5 Mio. Gemeinschaftsangehörige Gebrauch; ausführlich *Reich*, S. 165 ff.

32 Nach der neuen Nummerierung seit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam am 1.5.99 Art. 234 EGV; im Folgenden wird nur die neue Nummerierung verwandt.

33 Vgl. *Klein*, S. 37 ff.

34 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. EG Nr. L 149, S. 2), kodifizierte Fassung durch die VO(EG) Nr. 118/97 vom 2. 12.1996 (ABl. 1997, L28, S. 4), zuletzt geändert durch VO (EG) Nr. 1223/98 vom 4.6.1998.

35 Vgl. Rs. *Snares*, Schlussanträge des Generalanwalts Leger vom 6.5.1997, Tz. 7; *Groeben/Thiesing/Ehlermann* (Willms) Art. 51, Rn. 1; *Füßler*, NJW 1998, S. 1762; *Zuleeg*, in: *Ebsen*, S. 103.

36 Vgl. EuGH, Urt. v. 18.5.1989 (*Troiani*), Slg. 1989,1333, Tz. 20; EuGH, Urt. vom 5.3.1998 (*Molenaar*), Slg. 1998, 843, Tz. 14.

Sicherung zur Folge hat.³⁷

Weder der EGV selbst noch das Koordinierungssystem stellen jedoch einen allgemeinen Grundsatz der freien Ausfuhr aller Sozialleistungen auf.³⁸

Zum Abbau von Hindernissen ist es erforderlich, die nationalen Bestimmungen anhand der VO 1408/71 zu begutachten und dahingehend zu überprüfen, ob und inwieweit europäisches Sozialrecht eingreift und koordinierend im Sinne der Gewährleistung der Freizügigkeit wirkt.

Die VO 1408/71 ist auf alle gesetzlichen Systeme der sozialen Sicherheit anzuwenden, unabhängig davon, wie diese organisiert sind.³⁹

Hinsichtlich des Exports von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit, also wenn ein pflegebedürftiger Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates sich in einem anderen Mitgliedstaat aufhält oder dort sogar wohnt und Leistungen in Anspruch nehmen muss, greifen die nationalen Vorschriften des Ursprungsstaates nicht. Wie im Fall des SGB XI (s. S. 5) werden bei grenzüberschreitenden Sachverhalten entsprechende Leistungen oft sogar ausgeschlossen.

Nach der Systematik der VO 1408/71 kommt ein Export von Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nur in Betracht, wenn das vom nationalen Versicherungssystem versicherte Risiko einer der in Art. 4 Abs. 1 der VO 1408/71 genannten Risikoarten, wie

- Leistungen bei Krankheit und Mutterschaft,
- Leistungen bei Invalidität,
- Leistungen bei Alter,
- Leistungen an Hinterbliebene,
- Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten,
- Sterbegeld,
- Leistungen bei Arbeitslosigkeit,
- Familienleistungen

zuzuordnen ist und insofern die für sie jeweils vorgesehenen Spezialnormen den Export vorsehen.⁴⁰ Der Leistungskatalog ist abschließend und umfaßt den

37 Vgl. *Eichenhofer*, JZ 1995, S. 1047.

38 Vgl. Rs. *Snares*, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 82.

39 Vgl. *Langer*, ZIAS 1997, S. 317.

40 Vgl. *Füßer*, NJW 1998, S. 1762.

gesamten sachlichen Geltungsbereich der Koordinierungsregelung.⁴¹ Daher ist ein Zweig der sozialen Sicherheit, der nicht aufgeführt ist, nicht für den Export qualifiziert, auch wenn er den Begünstigten einen Rechtsanspruch auf Leistung einräumt.⁴² Demzufolge ergibt sich ein Einwirken des Gemeinschaftsrechts nur indirekt und in den Grenzen des Leistungskatalogs. Um festzustellen, ob eine Leistung exportierbar ist, müssen die jeweiligen nationalen Normen geprüft und im Sinne der VO 1408/71 überprüft werden.

Nach Art. 4 VO 1408/71 gilt diese VO für die allgemeinen und die besonderen, die mit Beiträgen finanzierten und die beitragsfreien Systeme der sozialen Sicherheit. Leistungen der Sozialhilfe fallen allerdings nicht unter die Verordnung.

Art. 4 Abs. 2a und b sowie Art. 10a VO 1408/71 stellen eine Sonderregel auf, nach der die VO nicht nur für die Systeme der sozialen Sicherheit, sondern auch für beitragsunabhängige Sonderleistungen (= sog. Mischleistungen aus Leistungen der Systeme der sozialen Sicherheit und zum Beispiel der Sozialhilfe) gilt.⁴³ Solche Mischleistungen liegen vor, wenn sie von Beitragszahlungen des Beziehers unabhängig und an das wirtschaftliche und soziale Umfeld des Leistungsstaates gebunden sind. Beitragsunabhängige Sonderleistungen fallen jedoch nur dann in den Geltungsbereich der VO 1408/71, wenn sie die besonderen Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 2a oder 2b erfüllen.⁴⁴

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EuGH sind die gebrauchten materiell-sozialrechtlichen Begriffe als internationale Begriffe zu verstehen. Also ist durch Rechtsvergleich herauszufinden, ob Leistungen bei Pflegebedürftigkeit systematisch als Teil der in Art. 4 Abs. 1 VO 1408/71 aufgeführten Leistungsarten als beitragsunabhängige Sonderleistungen oder als eigenständiger Zweig der Sozialversicherung begriffen werden müssen.⁴⁵

41 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 8.

42 Vgl. Landolt, ZIAS 2001, S. 120.

43 Vgl. Fuchs, (Fuchs), Art. 4, Rn. 25 ff.

44 Vgl. Landolt, ZIAS 2001, S. 121.

45 Vgl. EuGH, Urt. v. 16.7.1992 (Hughes), Slg. I-4839, Tz. 14; EuGH, Urt. v. 5.3.1998 (Molenaar), Slg. I-843 Tz. 19; Eichenhofer, VSSR 1994, S. 323 ff.

D. Die maßgeblichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes

Die unterschiedlichen Ergebnisse, zu denen der EuGH in den einzelnen Entscheidungen kommt, zeigen einmal die Entwicklung der Rechtsprechung auf, machen aber auch deutlich, welche weitreichenden Folgen die unterschiedlichen nationalen Regelungen und die rechtliche Einordnung der Pflegeleistungen hinsichtlich des Leistungsexports bei Pflegebedürftigkeit für den einzelnen haben.

I. Die Rechtssache C-70/95 Sodemare SA u. a. ./ Region Lombardien

In der Rechtssache C-70/95 Sodemare SA u.a. ./ Region Lombardien, EuGH Urteil vom 17. Juni 1997, Slg. I-1997, S. 3395 ff. hat sich der EuGH mit der Behandlung gemeinnütziger und kommerzieller Sozialeinrichtungen befasst.

1. Sachverhalt

Die luxemburgische Gesellschaft Sodemare SA ist Betreiberin von Seniorenheimen und hat zwei Tochtergesellschaften mit Sitz in Italien. Die Tochtergesellschaften wurden von der zuständigen italienischen Behörde ermächtigt, Wohnheime für Senioren zu betreiben.⁴⁶ Sie stellten in der Folge bei dem Gesundheits- und Fürsorgeamt der Region Lombardei Anträge auf Kostenerstattung für gesundheitsbezogene Sozialhilfeleistungen in ihren Seniorenheimen. Da die Tochtergesellschaften einen Erwerbszweck verfolgten, wurden die Anträge abgelehnt. Die Ablehnung der Anträge hatte zur Folge, dass für die Bewohner der kommerziellen Einrichtungen der Tochtergesellschaften der Sodemare SA höhere Unterbringungskosten entstanden als bei anderen, nicht-kommerziellen Einrichtungen, denen diese Kosten teilweise vom Fürsorgeamt erstattet wurden. Die nicht-kommerziellen Heime waren daher für potentielle Bewohner attraktiver, was zu einer geringeren Auslastung der kommerziellen Tochtergesellschaften der Sodemare SA führte.⁴⁷ Von den 430 Seniorenwohnheimen der Region Lombardei sind 425 nicht-kommerziell und erhalten damit die Unterstützung des Fürsorgeamtes; sie alle haben höhere Aus-

46 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.6.1997, Slg. I-1997, S. 3395 ff. (Rs. Sodemare), Tz. 12.

47 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 14.

lastungsquoten als die kommerziellen Heime.⁴⁸

Das von der Sodemare SA und ihrer Tochtergesellschaften angerufene Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia setzte das Verfahren aus und wandte sich im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV mit 5 Fragen an den EuGH.

Zusammengefaßt sollte geklärt werden, ob eine nationale Regelung gegen Gemeinschaftsrecht verstößt, die es nur privaten Wirtschaftsteilnehmern, die keinen Erwerbszweck verfolgen, erlaubt, sich an der Durchführung eines Systems der Sozialhilfe dadurch zu beteiligen, dass sie Verträge mit den zuständigen Behörden schließen, die einen Anspruch auf Erstattung der Kosten von gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe durch diese Behörden vorsehen.⁴⁹

Das nationale Gericht führte aus, dass die streitige Vorschrift der Region Lombardei sich dahin gehend auswirke, dass die Erbringung der gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe im wesentlichen den ohne Gewinnstreben arbeitenden Gesellschaften vorbehalten sei.⁵⁰

2. *Die Bestimmungen des italienischen Rechts*

Das italienische Recht unterscheidet bei der Sozialhilfe, zwischen allgemeinen Leistungen und solchen, die die Gesundheitspflege betreffen. Die Sozialhilfe umfaßt im Bereich der Gesundheitspflege unter anderem die Unterbringung älterer gebrechlicher Personen in Pflegeheimen zum Zweck der Betreuung.

Auch in diesem Fall hatte daher der EuGH über die Problematik von Pflegeleistungen zu entscheiden.

Im Gegensatz zu der Praxis in anderen italienischen Regionen,⁵¹ finanziert die Region Lombardei gesundheitsbezogene Sozialhilfeleistungen, die von privaten Betreibern von Seniorenheimen erbracht werden, nur, wenn die Betreiber ohne Gewinnerzielungsabsicht, also nicht-kommerziell bzw. gemeinnützig tätig sind.⁵² Diese erhalten eine besondere Bescheinigung. Sie unterliegen erhöhten Anforderungskriterien⁵³ und erhalten dafür im Gegenzug Erstattungen für bestimmte Sozialhilfeleistungen, die die Heime für ihre Bewohner erbringen müssen.⁵⁴

48 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, v. 6.2.1997, Tz. 7, 9.

49 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 21.

50 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 11.

51 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 9.

52 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 1; 2.

53 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 5-10.

54 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 12.

3. Die Entscheidung des EuGH

Der EuGH hat keinen Verstoß gegen EG-Vertragsrecht festgestellt. Grundsätzlich hielt er die Niederlassungsfreiheit hier für einschlägig, da die Tochtergesellschaften der luxemburgischen Sodemare SA ihren dauerhaften Sitz in Italien hatten und insofern die Dienstleistungsfreiheit nicht tangiert sei⁵⁵.

Die Niederlassungsfreiheit, die die ungehinderte Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten in allen Mitgliedstaaten garantiert, umfaßt auch das Recht, Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten zu gründen.⁵⁶ Das Gericht relativierte die Niederlassungsfreiheit unter Berufung auf die verbliebenen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit.⁵⁷ Insbesondere das italienische Sozialhilfesystem beruhe auf dem Grundsatz der Solidarität mit hilfebedürftigen Personen.⁵⁸ Der Ausschluß kommerzieller Anbieter sei nach den Vorstellungen der Region Lombardei dasjenige Mittel, das den ausschließlich sozialen Zwecken dieses Systems am besten entspreche. Denn diese nicht-kommerziellen Wirtschaftsteilnehmer verfolgten vorrangig soziale Zwecke, so dass sie nicht durch den Zwang, Einkünfte mit ihren Dienstleistungen erzielen zu müssen, negativ beeinflusst würden.

Im Rahmen der den Mitgliedstaaten verbliebenen Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Sozialpolitik sei daher die Auffassung, dass die sozialen Ziele nur unter Ausschluß kommerzieller Anbieter zu erreichen seien, nicht zu beanstanden. Der Ausschluß kommerziell tätiger Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten von der Kostenerstattung könne diese daher weder sachlich noch rechtlich unangemessen benachteiligen.⁵⁹

Auch ein Verstoß gegen Wettbewerbsregeln konnte das Gericht nicht feststellen. Insbesondere erlaube insofern nichts den Schluß, dass den geförderten nicht-kommerziellen Unternehmen durch das Verhalten der Region Lombardei eine den Wettbewerb beeinträchtigende Machtstellung eingeräumt oder hierdurch in wettbewerbswidriger Weise etwaigen Kartellabsprachen zwischen den geförderten Unternehmen Vorschub geleistet werde.⁶⁰

55 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 24.

56 Vgl. *Oppermann*, Rn 1591.

57 Vgl. *Luthe*, SGB 2000, S. 507.

58 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 29; 31.

59 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 33.

60 Vgl. Rs. Sodemare, Tz. 43.

4. *Ergebnis*

Nach der EuGH Entscheidung verstoßen die streitigen Regelungen nicht gegen Gemeinschaftsrecht. Danach findet die Niederlassungsfreiheit ihre Grenzen in dem vom EuGH anerkannten Ziel, dass auf dem Grundsatz der Solidarität beruhende Systeme nur mit Organisationen zusammenarbeiten, die nicht auf Gewinnerzielung angelegt sind.⁶¹

a) *Bewertung der Entscheidung*

Diese Entscheidung sollte jedoch kritisch betrachtet werden, da das Verhältnis von nationalen Regelungen der Systeme der sozialen Sicherheit zu den Grundfreiheiten des EGV vom EuGH nur oberflächlich geprüft wurde⁶² und m. E. im Gegensatz zu den nur wenig später ergangenen Entscheidungen steht⁶³ (s. S. 34 ff.).

Auch der Generalanwalt teilt in seinen Schlußanträgen nicht in allen Fragen die Entscheidung des Gerichts.⁶⁴

Er kommt zu dem Ergebnis: "Eine nationale Rechtsvorschrift, die das Recht, mit örtlichen Behörden der sozialen Sicherheit Verträge über die Erbringung öffentlich finanzierter, gesundheitsbezogener Leistungen der Sozialhilfe zu schließen, privaten Einrichtungen vorbehält, die ohne Gewinnstreben arbeiten, stellt eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit und somit eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit dar, wenn es sehr wahrscheinlich ist, dass sich solche Einrichtungen in dem betroffenen Mitgliedstaat niederlassen."⁶⁵

aa) *Mittelbare Diskriminierung*

Zwar stimmt es, dass kommerzielle Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten genauso behandelt werden, wie italienische Gesellschaften mit Erwerbszweck, die in der Region Lombardei ebenfalls von der Erstattung ihrer Kosten ausgenommen sind.⁶⁶ Deshalb liegt zunächst keine sichtbare Diskriminierung vor. Allerdings

61 Vgl. *Langer*, ZIAS 1997, S. 319.

62 Vgl. *Luthe*, SGB 2000, S. 507.

63 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.1998, Slg. I-1998, S. 843 (Molenaar), EuGH, Urt. v. 28.4.1998, Slg. 1998, I-1831 (Decker); EuGH, Urt. v. 28.4.1998, Slg. 1998, I-1931 (Kohl).

64 Vgl. Rs. Sodemare, Schlusssanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 41.

65 Vgl. Rs. Sodemare, Schlusssanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 53.

66 Vgl. Rs. Sodemare, Leitsätze Tz. 2.

muss dies im Zusammenhang damit gesehen werden, dass die ohne Gewinnabsicht betriebenen Heime fast ausschließlich italienische sind.⁶⁷

Daher könnte es sich hier um eine mittelbare Diskriminierung handeln. Eine solche liegt vor, wenn eine Regelung nationalen Rechts zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit gilt, sich ihrem Wesen nach aber eher auf Ausländer als auf Inländer auswirken kann oder von Inländern leichter zu erfüllen ist und folglich die Gefahr besteht, dass sie Ausländer besonders benachteiligt. Eine Diskriminierung liegt nur dann nicht vor, wenn die Regelung objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht.⁶⁸

Im vorliegenden Fall werden 95 % der Plätze in Seniorenheimen von nicht-kommerziellen Gesellschaften gestellt.⁶⁹ Es handelt sich bei diesen nicht-kommerziellen Gesellschaften um einen Gesellschaftstyp, der vorwiegend inländisch geprägt ist und daher für inländische Gesellschaften den Vorteil bietet, dass für sie die Erlangung von staatlichen Zuschüssen möglich ist, ohne eine Umstellung der Gesellschaftsform vornehmen zu müssen.⁷⁰

Das vorliegende Gericht hat daher m. E. Recht, wenn es ausführt, dass die streitige Vorschrift der Region Lombardei sich dahingehend auswirkt, dass die Erbringung der gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe im wesentlichen den ohne Gewinnstreben arbeitenden – italienischen – Gesellschaften vorbehalten sei.⁷¹ Italien hat keinen Nachweis erbracht, dass diese Bevorzugung objektiv gerechtfertigt sei, denn auch die kommerziellen Gesellschaften könnten den strengeren Vorschriften, wie sie mit der Gewährung von Leistungserstattungen verbunden sind, unterworfen werden.⁷² Eine Gewinnerzielungsabsicht muss sich nicht automatisch nachteilig auf die Qualität der Seniorenheime auswirken.

Daher liegt hier ein Fall der mittelbaren Diskriminierung vor.⁷³

Der Generalanwalt führt weiter aus, dass auch auf der Grundlage der Solidarität errichtete Systeme der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten sich an die Regeln des Gemeinschaftsrechts halten müssten.⁷⁴

Auf beide Aspekte ist der EuGH nicht näher eingegangen. Und dies ist das eigentlich überraschende an diesem Fall.

67 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 1.

68 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.5.1996, Slg. 1996, I-2617 (O' Flynn/Adjudication Officer); *Oppermann*, Rn. 1521; *Groeben/Thiesing/Ehlermann*, (Zuleeg), Art. 7, Rn 4.

69 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 7.

70 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 34.

71 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 11.

72 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 39; *Luthe*, SGB 2000, S. 507.

73 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 41.

74 Vgl. Rs. Sodemare, Schlussanträge des Generalanwalts Fennelly, Tz. 28; 31.

bb) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Obwohl hier mit der Niederlassungsfreiheit ein Freiheitsrecht des Binnenmarktes beschränkt und dies vom EuGH auch bejaht worden ist, hat er unter Verweis auf die verbliebene Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Sozialpolitik und den Grundsatz der Solidarität des italienischen Systems keine umfassende Rechtfertigungsprüfung vorgenommen. Auf die Verhältnismäßigkeit der Vorschrift, d. h. die Zweck-Mittel-Relation ist der EuGH überhaupt nicht eingegangen.⁷⁵

Wie oben bereits gesagt, steht diese Entscheidung m.E. im Gegensatz zu nur wenig später ergangenen Entscheidungen⁷⁶ (s. S. 34 ff.). Eine Erklärung für diese unterschiedliche Bewertung könnte darin liegen, dass in den vorgelegten Fällen verschiedene Seiten der sozialen Systeme beurteilt werden. Im vorliegenden Fall geht es um die Finanzierung eines nationalen Systems der sozialen Sicherheit, bei dem die Interessen von Konkurrenten auf Anbieterseite betroffen waren. In den später ergehenden Entscheidungen geht es um die Leistungsgewährung an einzelne Bürger der Europäischen Union, die von ihren Grundrechten Gebrauch machen wollten.⁷⁷ Es ist dennoch fraglich, ob der EuGH den Fall *Sodemare SA* heute noch einmal in gleicher Weise entscheiden würde.

II. Die Rechtssachen C-20/96 *Kelvin Albert Snares ./.* Adjudication Officer und C-297/96 *Vera A. Partridge ./.* Adjudication Officer

Die Rechtssachen C-20/96 *Kelvin Albert Snares ./.* Adjudication Officer, EuGH Urteil vom 4. November 1997, Slg. I-1997, S. 6057 ff. und C-297/96 *Vera A. Partridge ./.* Adjudication Officer, EuGH Urteil vom 11. Juni 1998, Slg. I-1998, S. 3467 ff. werden hier zusammen behandelt, da der Generalanwalt⁷⁸ sowie der EuGH⁷⁹ im Fall *Partridge* auf die Ausführungen zum Fall *Snares* verweisen. Es geht in beiden Ausgangsverfahren um die Frage, ob die Regelungen des Vereinigten Königreichs, dessen Staatsbürger Herr *Snares* und Frau *Partridge* sind, hinsichtlich der Leistungen bei Pflegebedürftigkeit einen Export dieser

75 Vgl. *Luthe*, SGb 2000, S. 507.

76 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.1998, Slg. I-1998, S. 843 (*Molenaar*); EuGH Urt. v. 28.4.1998, Slg. 1998, I-1831 (*Decker*); EuGH, Urt. v. 28.4.1998, Slg. 1998, I-1931 (*Kohl*).

77 Vgl. *Langer*, ZIAS 1997, S. 320.

78 Vgl. Rs. *Partridge*, Schlussanträge des Generalanwalts Leger vom 5.3.98, Tz. 20.

79 Vgl. Rs. *Partridge*, Tz. 28.

Leistungen zulassen, wenn der Leistungsempfänger außerhalb des Vereinigten Königreiches lebt.

1. Sachverhalt

Mr. Snares ist britischer Staatsangehöriger. Er erlitt im April 1993 einen schweren Unfall. Aufgrund dieses Unfalls wurde ihm ab September 1993 vom Vereinigten Königreich eine disability living allowance (Unterhaltsbeihilfe für Behinderte, im Folgenden: DLA) auf Lebenszeit gewährt.

Im November 1993 verlegte Mr. Snares dauerhaft seinen Wohnsitz nach Teneriffa, Spanien, um sich dort von seiner Mutter pflegen zu lassen. Daraufhin entzog ihm der zuständige Adjudication Officer die Leistung der DLA, mit der Begründung, dass durch den, nicht nur vorübergehenden, Wegzug aus Großbritannien die Voraussetzungen der britischen Bestimmungen zur Erteilung der DLA nicht mehr gegeben seien.

Sowohl der Adjudication Officer als auch das Salisbury Social Security Appeal Tribunal, das den eingelegten Rechtsbehelf abwies, begründeten ihre Entscheidung damit, dass die nationalen Rechtsvorschriften aufgrund der durch die Verordnung (EWG) Nr. 1247/92 erfolgten Änderungen der Verordnung 1408/71 die Zahlung der DLA ab dem 1. Juni 1992, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der VO 1247/92, von einer Wohnortvoraussetzung hätten abhängig machen dürfen. Der vom Kläger angerufene Social Security Commissioner hob die Entscheidung des Tribunals auf und wandte sich im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV mit der Frage an den EuGH, ob die DLA im Hinblick auf die VO 1408/71 wie vor ihrer Änderung 1992 exportierbar sei, oder ob durch die Neuregelung die Wohnortvoraussetzung des Art. 10a der VO 1408/71 gelte.

Die gleichgelagerte Rechtssache Partridge:

Ms. Vera A. Partridge war britische Staatsangehörige und erhielt eine staatlichen Altersrente und eine Beamtenpension. Sie war 83 Jahre alt, weshalb ihr keine DLA, sondern aufgrund einer Übergangsregelung für über 65-jährige, ab dem 21.07.1992 der niedrigere Satz der sogenannten attendance allowance (AA – Pflegegeld für Behinderte) bewilligt wurde.

Am 27.07.1993 zog die Klägerin mit ihrem Sohn nach Frankreich, woraufhin der zuständige Adjudication Officer ihr am 29.07.1993 die AA entzog, da durch den nicht nur vorübergehenden Wegzug aus Großbritannien die Voraussetzungen der britischen Bestimmungen zur Erteilung der AA nicht mehr gegeben seien.

2. *Die Bestimmungen des Vereinigten Königreichs*

Im Vereinigten Königreich waren ursprünglich 2 Leistungen bei Invalidität vorgesehen. Neben der Attendance Allowance (AA), dem Pflegegeld für Behinderte, gab es die Mobility Allowance (MA), die Mobilitätsbeihilfe. Sowohl AA als auch MA wurden je nach Grad der Behinderung in verschiedenen hohen Sätzen gewährt.

Am 01.04.1992 wurde durch den Disability Living Allowance and Disability Working Allowance Act 1991 die Disability Living Allowance (DLA), Unterhaltsbeihilfe für Behinderte, geschaffen. Die DLA besteht aus

- einem Pflegebestandteil, der für pflegebedürftige Personen bestimmt ist und der früheren AA entspricht, und
- einem Mobilitätsbestandteil, der für Personen bestimmt ist, deren Gehfähigkeit beeinträchtigt ist, und der früheren MA entspricht.

Beim Pflegebestandteil wird je nach Art der Behinderung und Grad der daraus resultierenden Pflegebedürftigkeit einer von 3, beim Mobilitätsbestandteil wird je nach Grad der Gehbehinderung einer von 2 verschiedenen Sätzen gezahlt. Die ersten beiden Sätze des Pflegebestandteils entsprechen der AA, der erste Satz der Mobilitätsbeihilfe entspricht der MA. Für Personen über 65 Jahre galten weiterhin die alten Rechtsvorschriften.

Die DLA und die in ihr aufgenommenen Bestandteile AA und MA setzen keine Arbeitsunfähigkeit voraus und werden ungeachtet der Bedürftigkeit gewährt. Allerdings ist Voraussetzung, dass der Leistungsempfänger innerhalb des Vereinigten Königreichs wohnen muss bzw. sich nur vorübergehend (Urlaub o. ä.) außerhalb des Vereinigten Königreiches aufhalten darf. Bei der DLA handelt es sich um eine beitragsunabhängige Leistung, die eine "Mischnatur" hat, da sie sowohl Elemente der bloßen Sozialfürsorge als auch solche der sozialen Sicherheit umfasst.⁸⁰

3. *Die Entscheidung des EuGH*

In der Rechtssache Partridge lehnt der EuGH sich an seine kurz zuvor getroffene Entscheidung in der Rechtssache Snares⁸¹ an. Er stellte fest, dass die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit zunächst danach zu beurteilen seien, ob sie in den in Art. 4 VO 1408/71 definierten sachlichen Geltungsbereich fielen.

80 Vgl. Rs. Partridge, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 24.

81 Vgl. Rs. Partridge, Tz. 33.

a) *Beitragsunabhängige Leistungen*

Genau wie die DLA in der Rechtssache Snares ist die AA in der Rechtssache Partridge als beitragsunabhängige Sonderleistung gem. Art 4 Abs. 2a VO 1408/71 einzustufen. Denn beide weisen nach dem EuGH die wesentlichen charakteristischen Merkmale einer beitragsunabhängigen Sonderleistung auf, nämlich

- Mischnatur aus Sozialfürsorge und Leistung der sozialen Sicherheit,
- Unabhängigkeit von Beschäftigungs- und Versicherungszeiten,
- Arbeitsunfähigkeit ist keine Voraussetzung und
- sie wird ungeachtet der Bedürftigkeit gewährt, also keine Sozialhilfeleistung.⁸²

Hierbei ist bezüglich der AA zu beachten, dass Art. 4 Abs. 2a VO 1408/71 erst durch die am 01.06.1992 in Kraft getretene VO 1247/92 vom 30.04.1992⁸³ eingefügt wurde.

Zudem wird die AA im Anhang VI der VO 1408/71 als eine Geldleistung bei Invalidität definiert. Vor der Einfügung des Art 4 Abs. 2a war sie daher exportierbar.⁸⁴ Sie konnte daher gem. Art. 10 VO 1408/71 nicht deshalb z. B. versagt, gekürzt, gestoppt oder eingezogen werden, weil der Berechtigte im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnte als in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hatte.

Der EuGH führt jedoch in seinen Entscheidungen aus, dass durch die VO 1247/92 eine neue Rechtslage gelte und dass Art. 2 VO 1247/92 lediglich Bestandsschutz gewähre. Das heißt, dass nur Leistungen, die bereits vor Inkrafttreten dieser VO gewährt wurden bzw. deren Voraussetzungen bereits vorher vorlagen, auch weiterhin gewährt werden.⁸⁵ Bei Betroffenen wie in den vorliegenden Entscheidungen bei Mr. Snares und Ms. Partridge, bei denen die Voraussetzungen zum Erhalt der DLA und der AA erst im September 1993 bzw. am 21.07.1992, also nach dem Inkrafttreten⁸⁶ der VO 1247/92 vorlagen, gelte die Definition des Art. 4 Abs. 2a VO 1408/71. Die DLA und die AA würden also von den neuen Koordinierungsregeln als beitragsunabhängige Sonderleistung erfasst.⁸⁷

Diese beitragsunabhängigen Sonderleistungen könnten gem. Art. 10a VO

82 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, vom 6.5.1997, Tz. 63.

83 ABl. Nr. L 136/1.

84 Vgl. Rs. Partridge, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 13.

85 Vgl. Rs. Partridge, Tz. 24.

86 01.06.1992.

87 Vgl. Rs. Partridge, Tz. 33; 34.

1408/71 auf den Wohnmitgliedstaat beschränkt werden, wenn die Leistungen in Anhang II a der VO 1408/71 für den entsprechenden Mitgliedstaat aufgeführt würden. Dieses trifft für die DLA und die AA zu, sie sind in Anhang II a aufgeführt. Demzufolge seien beide beitragsunabhängige Sonderleistungen, die nach Art. 10a VO 1408/71 und den entsprechenden nationalen Regelungen des Vereinigten Königreichs nicht exportiert werden müssten. Denn der Disability Living Allowance Act schreibt vor, dass die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit nur Personen gewährt werden, die im Vereinigten Königreich wohnen bzw. sich nur vorübergehend im Ausland aufhalten.

Da diese Einschränkung durch Art 10a der VO 1408/71 gedeckt seien, bestehe kein Widerspruch zur Koordinierungsregel.

Der EuGH hat sich in der Rs. Snares auch der Frage zugewandt,⁸⁸ ob die Neuregelungen, die durch die VO 1247/92 eingeführt wurden, mit dem EGV, hier vor allem den Art. 42 und 308 vereinbar seien, da der Kläger vorgebracht hatte, seine Rechte seien im Vergleich zur alten Rechtslage verschlechtert worden.

b) *Schließung einer Regelungslücke*

Vor der Einführung des Art. 4 Abs. 2a und Art 10a regelte die VO 1408/71 nur die Unterscheidung in Fälle der sozialen Sicherheit im engeren Sinne und Fälle der Sozialhilfe. Demgemäß konnten nur Fälle der sozialen Sicherheit, nicht aber Fälle der Sozialhilfe gemäß Art. 10 Abs. 1 in andere Mitgliedstaaten exportiert werden. Die Regelung enthielt jedoch keine Definition der beiden Begriffe; es gab vor allem keine Regelung für "gemischte oder zusammengesetzte Leistungen", wie hier die beitragsunabhängigen Sonderleistungen. Da es keine besonderen Vorschriften für diese Leistungen gab, neigte der EuGH bei diesen gemischten "Sammelleistungen" – unabhängig von der nationalen Einstufung durch den jeweiligen Mitgliedstaat – zu einer extensiven Auslegung der Leistungen der sozialen Sicherheit. Waren wesentliche Merkmale vorhanden, wurden sie Leistungen der sozialen Sicherheit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der VO 1408/71 gleichgestellt.⁸⁹

Diese Regelungslücke wurde durch die Neuerung der VO 1247/92 mit einer speziellen Koordinierungsregel geschlossen.⁹⁰ Grundsätzlich sind nun auch beitragsunabhängige Sonderleistungen exportfähig, die nicht unter Art. 4 Abs. 1 sondern unter Abs. 2 der VO 1408/71 fallen. Davon ausgenommen sind nur die in Anhang II a für den einzelnen Mitgliedstaat explizit ausgeschlossen und somit an

88 Vgl. Rs. Snares, Tz. 38.

89 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger Tz. 8; 11 ff.

90 Vgl. Rs. Snares, Tz. 88; *Fuchs*, (Fuchs), Art. 4, Rn 27.

das Wohnortprinzip gebunden Leistungen.

Der EuGH führte aus, zu dieser Einschränkung sei der nationale Gesetzgeber auch berechtigt gewesen, da der Grundsatz der Exportierbarkeit von Leistungen sozialer Sicherheit nur so lange gelte, wie der Gemeinschaftsgesetzgeber keine Ausnahmenvorschrift erlassen habe.⁹¹

Außerdem hat der EuGH anerkannt, dass die Gewährung von eng an das soziale Umfeld gebundenen Leistungen sehr wohl davon abhängig gemacht werden könne, dass der Empfänger im Mitgliedstaat des zuständigen Trägers wohnt, da diese Leistungen eng an bestimmte wirtschaftliche und soziale Kontexte des jeweiligen Mitgliedstaat gebunden sein könnten.⁹² Diese Leistungen sollen einen bestimmten Lebensstandard – der von dem betreffenden Staat unter Berücksichtigung des durchschnittlichen Lebensstandards festgelegt werde und der in den einzelnen Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sein könne – mittels einer Mindestleistung festlegen. Es handle sich insofern um Leistungen, die sowohl auf den Empfänger als auch auf sein Umfeld abstellten.⁹³

Grundsätzlich bestehe gem. Art. 10 a der VO 1408/71 dann ein Anspruch gegen den neuen Wohnsitzstaat. Der Umstand, dass die Leistung der sozialen Sicherheit im neuen Wohnsitzstaat u. U. geringer sei oder in der Form nicht existiere, könne nicht zur Ungültigkeit der Regelung führen. Es sei vielmehr eine Folge der trotz der Koordinierung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit zwischen den Mitgliedstaaten noch bestehenden Unterschiede.⁹⁴

Solange die aufgestellten Voraussetzungen keine offene oder versteckte Diskriminierung beinhalteten, bestimme das nationale Recht, unter welchen Voraussetzungen zum einen ein Recht auf Anschluss an ein System der sozialen Sicherheit oder eine Verpflichtung hierzu und zum anderen ein Anspruch auf Leistungen des nationalen Systems bestehe.⁹⁵ Daher könne ein Mitgliedstaat die Voraussetzungen für den Erhalt von sozialen Leistungen auch verschärfen.⁹⁶

Da für den Erhalt der DLA bzw. der AA im Vereinigten Königreich kein Staatsangehörigkeitserfordernis bestehe,⁹⁷ liege auch kein Fall der Diskriminierung vor.

91 Vgl. Rs. Snares, Tz. 41; EuGH, Urt. v. 31.03.77 (Rs. Bozzone), Slg. 1977, S. 687; EuGH, Urt. v. 12.07.90 (Rs. Kommission/Frankreich), Slg. 1990 I-3163, Tz. 16.

92 Vgl. Rs. Snares, Tz. 41, 43; EuGH Urt. v. 27.09.88 (Rs. Lenoir), Slg. 1988, 5391, Tz. 16.

93 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 85.

94 Vgl. Rs. Snares, T. 44, 51.

95 Vgl. EuGH, Urt. v. 24.4.1980 (Rs. Coonan), Slg. 1980, 1445, Tz. 12; EuGH, Urt. v. 30.1.1997 (Rs. Stöber u. Piosa Pereira), Slg. I-1997, 511, Tz. 36.

96 Vgl. Rs. Snares, Tz. 45; Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 94.

97 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 6.

4. *Ergebnis*

Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass die nationalen Regelungen sowie die Bestimmungen der VO 1408/71 mit dem EGV vereinbar sind.

Da die Kläger das Vereinigte Königreich mit der Absicht verlassen hätten, ihren Lebensabend in anderen Mitgliedstaaten zu verbringen und sich dort niederzulassen, sei ihr Anspruch auf DLA und AA mit ihrer Ausreise aus dem Vereinigten Königreich verfallen.

Der EuGH sieht in den Neuerungen der VO 1247/92 von 1992 eine Erhöhung der Rechtssicherheit, da auch "Sammelleistungen" nun von der VO 1408/71 erfasst seien.

a) *Schaffung einer "opt-out-Klausel"*

Der Unionsbürger hat nun eine höhere Rechtssicherheit, kann sich aber im Einzelfall, wie in den vorliegenden Fällen zu sehen ist, schlechter stellen, als vor der Einführung der Regelung. Zudem blieb die Einstufung früher dem EuGH vorbehalten, der bei gemischten Leistungen zu einer extensiven Auslegung der Leistungen der sozialen Sicherheit und damit zur Exportfähigkeit neigte⁹⁸. Durch die neue Möglichkeit, eine beitragsunabhängige Sonderleistung durch die Aufzählung in Anhang II a vom Export auszuschließen, sind die Entscheidungsmöglichkeiten des EuGH in diesem Bereich eingeschränkt worden. Die Mitgliedstaaten können nun vorab selbst entscheiden, welche Sonderleistungen exportfähig und welche an das Wohnortprinzip gebunden sein sollen. Damit wurde eine "opt-out-Klausel" geschaffen, die den Mitgliedstaaten nationale Handlungsspielräume wiedereröffnet und die Harmonisierung des Sozialrechts weiter verzögert.

III. Die Rechtssache C-160/96 Manfred Molenaar und Barbara Fath-Molenaar ./ Allgemeine Ortskrankenkasse Baden-Württemberg

In der Rechtssache C-160/96 Molenaar ./ AOK Baden Württemberg, EuGH Urteil vom 5. März 1998, Slg. I-1998, S. 843 ff. befasst sich der EuGH mit der Frage der Exportierbarkeit von Leistungen der deutschen Pflegeversicherung und

98 Vgl. Rs. Snares, Schlussanträge des Generalanwalts Leger, Tz. 12.

der generellen Pflicht zur Zahlung von Pflegeversicherungsbeiträgen für Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung.

1. Sachverhalt

Herr Manfred Molenaar, niederländischer Staatsangehöriger, und seine deutsche Ehefrau Barbara Fath-Molenaar wohnten in Frankreich, waren aber beide in Deutschland als Arbeitnehmer erwerbstätig und waren daher auch (freiwillig) in der deutschen gesetzlichen Krankenversicherung versichert.

Mit der Einführung der Pflegeversicherung in Deutschland wurden beide ab dem 01.01.1995 automatisch der deutschen Pflegeversicherung angeschlossen.⁹⁹ Zweimal teilte ihnen die AOK mit, dass sie zwar beitragspflichtig seien, jedoch keinen Anspruch auf Leistungen aus der Pflegeversicherung hätten, solange ihr Wohnsitz in Frankreich und nicht in Deutschland liege.

Im Ausgangsverfahren beantragten daher die Kläger beim Sozialgericht Karlsruhe festzustellen, dass sie nicht verpflichtet seien, Beiträge zur Pflegeversicherung zu leisten, solange sie wegen der Wohnortklausel in § 34 I Nr. 1 SGB XI (s. S. 5) nicht in den Genuss der Leistungen der Pflegeversicherung kommen könnten, da dies einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art. 12 und 39 EGV darstelle.

Das SG Karlsruhe legte dem EuGH die Rechtssache im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV mit der Frage zur Prüfung vor, ob Art. 39 II EGV so auszulegen sei, dass ein Mitgliedstaat daran gehindert sei, ein System der sozialen Sicherheit zur Deckung des Risikos der Pflegebedürftigkeit im Rahmen einer gesetzlichen Versicherungspflicht zu errichten und dabei Personen mit Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat zu Pflichtbeiträgen heranzuziehen, obwohl gleichzeitig für diese ein Leistungsanspruch wegen ihres Wohnsitzes ausgeschlossen sei bzw. ruhe.¹⁰⁰

Als "Heilung" der möglichen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Regelung wie § 34 I Nr. 1 SGB XI zog das SG Karlsruhe damit allein die Möglichkeit in Betracht, Wanderarbeitnehmer von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Pflichtversicherung herauszunehmen.¹⁰¹

99 Vgl. *Brackmann*, (Schomburg), X, Kap. 1, S. 5; Schmidt, S. 14.

100 Vgl. SG Karlsruhe, Beschl. v. 28.3.1996 – S 11 P 676/75, in: *Sieveling*, Soziale Sicherung, im Anhang, S. 316 ff.

101 Vgl. *Füßer*, NJW 1998, S. 1762.

2. *Die Pflegeversicherung nach dem SGB XI*

Das Sozialgesetzbuch XI – Soziale Pflegeversicherung – (SGB XI) sieht vor, dass jedes Mitglied einer deutschen Krankenversicherung ohne Rücksicht auf seinen Wohnsitz nach § 20 SGB XI beitragspflichtig ist.¹⁰² Die Versicherungspflicht für sonstige Personen ist gem. § 21 SGB XI an den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort im Inland geknüpft.

Wie in Abschnitt B (S. 5) bereits ausgeführt, ruht gem. § 34 SGB XI der Anspruch auf Leistungen aus der Pflegeversicherung, wenn und solange sich der Versicherte mehr als 6 Wochen im Ausland aufhält. Ehegatten und Kinder von Versicherten sind nach § 25 I Nr. 1 SGB XI nur versichert, wenn sie ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort oder Wohnsitz in Deutschland haben.

Das bedeutet, dass nach deutschem Recht die Mitglieder der Pflegeversicherung, die sich längerfristig im Ausland aufhalten, zwar beitragspflichtig sind, jedoch keinen Anspruch auf Leistungen aus der Pflegeversicherung haben.¹⁰³ Ehegatten und Kinder von Versicherten haben nur Anspruch auf Leistungen, wenn sie – unabhängig vom Versicherten – in Deutschland wohnen. Daraus ergibt sich, dass die Versicherten gleiche Beiträge zahlen müssen, unabhängig davon, ob ihre Angehörigen in Deutschland leben oder nicht.

3. *Die Entscheidung des EuGH*

Der EuGH erweiterte die ihm vorgelegte Frage, indem er zunächst auf die grundlegende Frage abstellte, ob nicht die Leistungen der deutschen Pflegeversicherung in andere Mitgliedstaaten exportierbar sein müssten.

a) *Der Export von Pflegeleistungen*

Der EuGH stellte zunächst fest, dass es für die Exportierbarkeit von Leistungen der Pflegeversicherung darauf ankomme, ob das von der Pflegeversicherung versicherte Risiko unter eine der in Art. 4 Abs. 1 VO 1408/71 genannten Risikoarten (s. S. 7) falle und inwiefern die für sie jeweils vorgesehenen Spezialnormen den Export vorsehen würden.¹⁰⁴

Teilleistungen zugunsten pflegebedürftiger Personen gibt es in den einzelnen

102 *Schulin*, (Leitherer), § 12, Rn. 20, Grundsatz: "Pflegeversicherung folgt der Krankenversicherung" gem. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB XI.

103 *Schulin*, (Engelhard), § 26, Rn. 34; *Schulin*, (Leitherer), § 15, Rn 137.

104 Vgl. *Füßer*, NJW 1998, S. 1762.

Mitgliedstaaten seit langem, sei es im Rahmen der Sozialversicherung, wie der Altersversicherung, der Invaliditätssicherung usw., oder sei es im Rahmen der Sozialhilfe.¹⁰⁵ Die Mehrzahl der Mitgliedstaaten kennt allerdings kein umfassendes Pflegeversicherungssystem, das als beitragsfinanzierte Sozialversicherung ausgestaltet wäre.¹⁰⁶ Zwar gab es die Tatsache der "Pflegebedürftigkeit" schon immer, Gegenstand der Sozialversicherung ist das Risiko der Pflegebedürftigkeit in der EU jedoch erst seit kurzem;¹⁰⁷ daher fehlte bisher eine europarechtliche Einordnung.

aa) *Zuordnung der deutschen Pflegeversicherung zu einer Risikoart gem. Art. 4 Abs. 1 VO 1408/71*

Da auch das deutsche Pflegeversicherungsgesetz erst nach dem Erlass der VO 1408/71 geschaffen wurde und Pflegeleistungen dort nicht explizit aufgeführt sind, war zu prüfen, ob und unter welche der in Art. 4 Abs. 1 VO 1408/71 abschließend aufgezählten Risikoarten das Risiko der Pflegebedürftigkeit fiel.¹⁰⁸

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine Leistung dann eine Leistung der sozialen Sicherheit, wenn sie den Begünstigten aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes gewährt wird, ohne dass im Einzelfall eine in das Ermessen gestellte Prüfung des persönlichen Bedarfs erfolgte und wenn sie sich auf eines der in Art. 4 Abs. 1 der VO 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht.¹⁰⁹

Alle am Verfahren beteiligten waren sich darüber einig, dass das Beitragsystem der deutschen Pflegeversicherung von der VO 1408/71 prinzipiell erfasst wird, da die Begünstigten einen Rechtsanspruch auf die Leistung haben¹¹⁰ und dieser auch nicht – wie zum Beispiel die Sozialhilfe – an die Bedürftigkeit geknüpft ist.

Lediglich die Zuordnung zu einer der Risikoarten war umstritten.

In der Literatur wurden alle Risiken von Krankheit (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a)¹¹¹ über Invalidität (Art. 4 Abs. 1 Buchstabe b)¹¹² bis Alter (Art. 4 Abs. 1

105 Vgl. *Sieveking*, Soziale Sicherheit, S. 37 ff.; *Klein*, S. 54 ff.; 88 ff.; EU-Kommission Pflegebedürftigkeit im Alter, S. 77 ff.

106 Vgl. *Landolt*, ZIAS 2001, S. 127.

107 Vgl. *Geiger*, NJW 2001, S. 2772.

108 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 20.

109 Vgl. EuGH, Urt. v. 20.6.1991 (Newton), Slg. 1991, I-3017; RS Molenaar, Tz. 20.

110 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 16.

111 So der deutsche Gesetzgeber, BT-Drucksache 12/5262, S. 82; die österreichische und die schwedische Regierung.

112 So *Füßler*, in: Arbeit und Sozialpolitik 1996, S. 34.

Buchstabe c)¹¹³ als einschlägig angesehen. Teilweise wurde auch die Meinung vertreten, dass die deutsche Pflegeversicherung von zwei oder gar mehreren Risiken nach Art. 4 der Verordnung erfasst¹¹⁴ sei, nämlich von Krankheit und Invalidität bzw. Krankheit, Invalidität und Alter.

Demgegenüber entschied der EuGH in diesem Fall, dass die Leistungen der deutschen Pflegeversicherung nach dem SGB XI der Förderung der Selbständigkeit der Pflegebedürftigen, vor allem in finanzieller Hinsicht, diene. Die Pflegeversicherung solle insbesondere die Vorbeugung und Rehabilitation fördern und den Vorrang der häuslichen Pflege vor der Heimpflege unterstreichen. Damit stellten die Leistungen der Pflegeversicherung nach Ansicht des EuGH eine Ergänzung der Krankenversicherung dar, mit der sie nach dem organisatorischen Aufbau ohnehin eng verknüpft seien, um den Gesundheitszustand und die Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen zu verbessern.

Also seien sie Leistungen bei Krankheit im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchstabe a) der VO 1408/71.¹¹⁵

Daher ist nach dem EuGH hier Art. 19 Abs. 1 Buchstaben a und b VO 1408/71 für den Export einschlägig.

Nach Art. 19 Abs. 1 erhält ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als des zuständigen Staates wohnt und die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates für den Leistungsanspruch erforderlichen Voraussetzungen... erfüllt, in dem Staat, in dem er wohnt,

- a) Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Wohnortes nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften, als ob er bei diesem versichert wäre;
- b) Geldleistungen vom zuständigen Träger nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften. ...

Diese Regelung gilt gem. Art. 25 Abs. 1 a und b auch für Arbeitslose sowie gem. Art. 28 Abs. 1 a und b der VO 1408/71 für Rentner, die unter die Rechtsvorschriften eines anderen als des Mitgliedstaates fallen, in dem sie wohnen.

113 So *Schirp*, NJW 1996, S. 1582.

114 *Zuleeg*, DVBl 1997, S. 449.

115 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 22 ff.; (25).

bb) Einordnung als Geld- oder als Sachleistung

Nach Art. 19 Abs. 1 der VO 1408/71 ist entscheidend, ob es sich bei den Leistungen der Pflegeversicherung um Sach- oder um Geldleistungen bei Krankheit handelt. Sind die Leistungen als Sachleistungen einzustufen, wären sie gem. Art. 19 Abs. 1 a) VO nicht exportierbar, sondern müssten nur nach Maßgabe des Rechtes des Wohnsitzstaates erbracht werden.

Sind es hingegen Geldleistungen gem. Art. 19 Abs. 1 b) , ist der zuständige Träger, also die Krankenkasse in Deutschland, zum Export verpflichtet.

Die Bundesregierung argumentierte, das Pflegegeld sei zweckgebunden zur Sicherstellung der Pflege durch selbstbeschaffte Personen. Es solle die eigentliche Leistung, nämlich die Sachleistung der Pflege, nur ersetzen. Damit sei es im Sinne der Transferregelungen ein "Sachleistungssurrogat", welches nur ausnahmsweise an die Stelle der Pflegesachleistung trete¹¹⁶ und damit wie eine Sachleistung nicht exportierbar.

In der Rechtssache Vaasen-Göbbels¹¹⁷ hatte der EuGH noch ausgeführt, dass Sachleistungen durch Zahlungen des verpflichteten Trägers, insbesondere in der Form der Kostenübernahme oder -erstattung erbracht würden, während Geldleistungen im wesentlichen dazu bestimmt seien, den Verdienstaufschlag des erkrankten Arbeitnehmers auszugleichen.

Einen Ausgleich für Verdienstaufschlag stellt das Pflegegeld, zumindest für den Versicherten selbst, nicht dar.

Der EuGH hat seine Rechtsprechung in diesem Fall jedoch weiterentwickelt und sieht in der Zahlung von Pflegegeld nun eine Geldleistung.

Er räumt ein, dass die Leistungen der Pflegeversicherung auch Merkmale von Sachleistungen aufweisen würden, so würden z. B. bestimmte Kosten für Pflegepersonal oder -hilfsmittel abgedeckt. Ein "Export" (nämlich für Rechnung des zuständigen Trägers) dieser Leistungen käme daher nur dann in Betracht, wenn gem. Art. 19 a) nach den Vorschriften des Verbleibestaates ein Anspruch auf Leistungen gleicher Art bestehe.

Zwar räumt der EuGH ein, dass auch das Pflegegeld bestimmte Kosten decken solle, die durch die Pflegebedürftigkeit verursacht worden seien; insbesondere solle es die Aufwendungen für eine Pflegeperson ersetzen.

Allerdings sprechen nach dem EuGH entscheidende Faktoren dafür, dass das Pflegegeld als Geldleistung i. S. Art. 19 Abs. 1 Buchstabe b VO 1408/71

116 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 29; BT-Drucksache 12/5262, S. 82.

117 EuGH, Urt. v 30.6.1966, Rs. 61/65 (Vaasen-Göbbels), Slg. 1966, S. 583 ff. (607).

anzusehen sei, da es sich von den typischen Sachleistungen der Krankenversicherung unterscheide.¹¹⁸

So erfolge die Auszahlung des Pflegegeldes periodisch und unabhängig davon, ob bestimmte Auslagen für Pflege entstanden seien oder Nachweise über entsprechende Ausgaben vorgelegt würden. Das Pflegegeld habe eine feste Höhe, die sich nicht nach den tatsächlich entstandenen Kosten für die Lebenshaltung des Pflegebedürftigen richte. Der Begünstigte habe weitgehende Freiheit bei der Verwendung des Pflegegeldes und könne die Pflege in der von ihm selbst gewählten Weise sicherstellen. Insbesondere könne er das Geld auch als Belohnung für Angehörige oder andere Personen, die ihn unentgeltlich pflegten und versorgten, verwenden. Das Pflegegeld stelle somit eine finanzielle Unterstützung dar, die es ermögliche, den Lebensstandard des Pflegebedürftigen insgesamt durch einen Ausgleich der durch seinen Zustand verursachten Mehrkosten zu verbessern. Die reine Kostenersatzfunktion trete daher in den Hintergrund.¹¹⁹

Seiner Argumentation folgend, definiert der EuGH die Leistungen der Pflegeversicherung als Geldleistungen, die nach Art. 19 Abs. 1 Buchstabe b VO 1408/71 vom zuständigen Träger (hier der deutschen Krankenkasse) nach den für ihn geltenden Rechtsvorschriften auch am Wohnort in anderen Mitgliedstaaten ausbezahlt sind¹²⁰. Daraus folgt, dass § 34 Abs. 1 Nr. 1 SGB XI, der den Export von Leistungen der Pflegeversicherung verbietet, gegen die gemeinschaftsrechtlichen Regeln in Art. 19 I, 25I und 28 I der VO 1408/71 und damit auch gegen die Art. 39 und 43 des EGV verstößt.¹²¹

b) Die Beitragspflicht

Entsprechend der vorgelegten Frage stellt der EuGH fest, dass die Einführung eines sozialen Pflichtversicherungssystems zur Deckung des Risikos der Pflegebedürftigkeit wie hier der sozialen Pflegeversicherung gemeinschaftsrechtlich nicht bedenklich sei. Weiterhin stellte er fest, dass eine Beitragspflicht zur Pflegeversicherung auch für Wanderarbeitnehmer bestehe und diese sich nicht vollständig oder auch nur teilweise von der Beitragszahlung befreien lassen könnten.¹²²

Dies liege nach dem EuGH zum einen in der oben festgestellten Ex-

118 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 33; ähnlich auch *Schirp*, NJW 1996, S. 1582 (1583).

119 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 34 ff.; zur Einordnung auch *Bieback*, VSSR 1999, S. 257.

120 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 36.

121 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 39.

122 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 40.

portierbarkeit von Geldleistungen aus der Pflegeversicherung begründet und zum anderen auch darin, dass selbst Sachleistungen der Pflegeversicherung nach Art. 19 Abs. 1 Buchstabe a) VO 1408/71 vom Träger des jeweiligen Wohnortstaates für Rechnung des zuständigen Trägers gewährt werden müssten, wenn das Recht des Wohnortstaates vergleichbare Leistungen vorsehe.

Der zuständige Träger könne nicht verpflichtet sein, vor dem Anschluss an ein Pflichtversicherungssystem zu prüfen, ob der Arbeitnehmer die Leistungen des Kranken- bzw. Pflegeversicherungssystems in vollem Umfang auch in jedem Mitgliedstaat in Anspruch nehmen könne. Dies sei auch faktisch nicht möglich, da sich zum Beispiel der Wohnsitz des Arbeitnehmers auch nach Beitragszahlung aber vor Inanspruchnahme der Versicherungsleistung jederzeit ändern könnte.¹²³

Ein Anspruch auf Befreiung würde dagegen zur Folge haben, dass die von der Kranken- bzw. Pflegeversicherung gedeckten Risiken je nachdem, ob die angeschlossenen Personen im oder außerhalb des Beschäftigungslandes wohnten, unterschiedlich wären¹²⁴.

Würde dem Wanderarbeitnehmer die Beitragszahlung freigestellt, würde dies einer Aufforderung durch den zuständigen Staat an den Wanderarbeitnehmer gleichkommen, auf die Rechte aus Art. 19 Abs. 1 VO 1408/71¹²⁵ zu verzichten. Das stünde aber im Widerspruch zum EG-Vertrag, insbesondere zum Diskriminierungsverbot und der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Art. 12 und 39 Abs. 2 EGV und auch zur VO 1408/71 insgesamt. Durch die Entrichtung von Beiträgen zum System der Kranken- bzw. Pflegeversicherung ergebe sich auch ein Anspruch auf die entsprechenden Leistungen bei der Erfüllung der Voraussetzungen des zuständigen Staates, soweit sie mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht in Einklang stünden¹²⁶.

4. *Ergebnis*

Der EuGH kommt abschließend zu dem Ergebnis, dass es zwar nicht gegen Art. 12 und 39 Abs. 2 EGV verstoße, wenn ein Mitgliedstaat Personen, die in seinem Gebiet arbeiten, jedoch in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, zu Beiträgen zu einem System der sozialen Sicherheit zur Deckung des Risikos der Pflegebedürftigkeit heranziehe. Es verstoße jedoch gegen die Art. 19 Abs. 1 bzw. 25 Abs. 1 und 28 Abs. 1 VO 1408/71, den Anspruch auf eine Leistung der sozialen

123 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 41.

124 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 42.

125 Für Arbeitslose bzw. Rentner kommen hier die Art. 25 Abs. 1 bzw. 28 Abs. 1 VO 1408/71 in Frage.

126 Vgl. Rs. Molenaar, Tz. 44.

Sicherheit, die eine Geldleistung bei Krankheit darstelle, wie z. B. das Pflegegeld, davon abhängig zu machen, dass der Versicherte in dem Staat wohnte, in dem er der Versicherung angeschlossen sei.

a) *Reaktion des deutschen Gesetzgebers*

Eine der ersten Reaktionen des deutschen Gesetzgebers auf dieses Urteil waren Überlegungen, wie man den Charakter der Sachleistungen stärker betonen könnte, um den Export des Pflegegeldes zu verhindern.¹²⁷

Dies macht deutlich, wie begrenzt die Öffnungsbereitschaft des deutschen Sozialversicherungsrechts noch immer ist¹²⁸ und wie sehr die Mitgliedstaaten im sozialpolitischen Bereich noch dem Territorialprinzip verhaftet sind.

Glücklicherweise wurden diese Überlegungen nicht umgesetzt.

Seit der Molenaar-Entscheidung werden Geldleistungen aus der deutschen Pflegeversicherung in andere Mitgliedstaaten und den EWR¹²⁹ exportiert. Jedoch wurde die maßgebliche Vorschrift in § 34 Abs. 1 Nr. 1 im SGB XI nicht der Praxis entsprechend geändert,¹³⁰ sie wird seitdem nur europarechtskonform ausgelegt.¹³¹ Die Rechtslage sollte jedoch m. E. auch im Gesetz endlich klargestellt werden.¹³²

b) *Bewertung der Entscheidung*

Der EuGH hat entschieden, dass Geldleistungen im Rahmen der Pflegeversicherung exportierbar seien und dass dies aus Art. 19 Abs. 1 b) der VO 1408/71 folge. Er hat damit die Frage des vorlegenden Gerichts umgangen, das das Verhältnis des deutschen Rechts der Pflegeversicherung zur Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EGV klären lassen wollte¹³³.

Dem EuGH reichte für den vorliegenden Fall jedoch die VO 1408/71 zur Anspruchsgewährung aus, so dass er für seine Entscheidung nicht auf das Primärrecht des EG-Vertrags zurückgegriffen hat (anders in den Rs. Kohll und

127 So der damalige sozialpolitische Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, Gerd Andres (heute: parl. Staatssekretär im BMA) gegenüber der Leipziger Volkszeitung am 12.03.1998, S. 1; vgl. auch *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 107.

128 Vgl. *Fißer*, NJW 1998, S. 1762 (1763).

129 Europäischer Wirtschaftsraum mit Norwegen, Island und Liechtenstein.

130 Vgl. *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 108.

131 Vgl. *Brackmann*, (Schomburg), X, Kap. 3, S. 16 ff.; *Schmidt*, S. 43.

132 So auch *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 108; 117.

133 Vgl. *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 107; 110.

Decker, s. S. 37 ff.).

Bei Sachleistungen hat sich der EuGH offenbar (noch) nicht daran gestoßen, dass die Versicherten, die im Ausland wohnen, zum Teil ganz erhebliche Leistungseinbußen hinnehmen müssen, wenn die Leistungen im Wohnortstaat hinter den Leistungen des zuständigen Staates zurückbleiben.¹³⁴

Nach verbreiteter Ansicht können Sachleistungen nicht ins Ausland verbracht werden, diese Auffassung wird auch von der Regelung in Art. 19 Abs. 1 a) VO 1408/71 gedeckt.¹³⁵

Es ist jedoch fraglich, ob damit nicht gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 Abs. 2 EGV verstoßen wird.¹³⁶ Denn danach umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung. Es gilt damit ein allgemeines Behinderungsverbot.¹³⁷ Wenn Sachleistungen aufgrund des am Wohnort geltenden Rechts dem einzelnen im Ausland lebenden Versicherten vorenthalten bleiben, kann dies eine Behinderung seiner Freizügigkeit darstellen. Ob eine solche Behinderung gerechtfertigt sein könnte, bleibt einer Prüfung durch den EuGH vorbehalten.

Ein weiteres Argument, das für den Export von Sachleistungen spricht, ist die Eigenbeitragspflicht der Versicherten.¹³⁸ Denn der Versicherte hat Beiträge zu seiner Pflegeversicherung gezahlt, ohne im Ausland in jedem Fall den vollen Leistungsumfang der Sachleistungen erhalten zu können. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts besteht für sozialversicherungsrechtliche Vergünstigungen jedoch der Schutz der Eigentumsgarantie, wenn sie auf Eigenleistungen des Versicherten beruhen.¹³⁹ Auch auf den Eigentumsschutz ist der EuGH im vorliegenden Urteil nicht eingegangen.

Die Entscheidung des EuGH in einem konkreten Fall des unterbliebenen Sachleistungsexports aus der Pflegeversicherung bleibt hier abzuwarten.

134 Vgl. *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 106.

135 Anderer Meinung *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 113.

136 So auch *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 111.

137 Ausführlich dazu *Reich*, S. 165 ff., (177); *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 110.

138 Vgl. *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 113.

139 Vgl. BVerfG (Urt. v. 16.7.1985), E 69, 272 (300 f.); (Urt. v. 12.2.1986), E 72, 9 (18-22).

IV. Wichtige Entscheidungen des EuGH zu Krankenversicherungsleistungen

Die Entscheidungen des EuGH in den folgenden Rechtssachen sind ebenfalls von Bedeutung für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit.

Da es sich hier jedoch nicht um Entscheidungen zu Pflegeleistungen, sondern zu Krankenversicherungsleistungen handelt, werden die Fälle kürzer zusammengefasst.

1. Die Rechtssachen Decker und Kohll

Grundsätzliche Bedeutung geht von den Rechtssachen Decker und Kohll¹⁴⁰ aus.

a) Sachverhalt

In beiden Entscheidungen geht es um grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen und die Erstattung der in anderen Mitgliedstaaten entstandenen Kosten durch die luxemburgischen Krankenversicherungsträger. In Luxemburg gilt grundsätzlich das Kostenerstattungsprinzip.¹⁴¹

In der Rs. Decker handelte es sich um den Erwerb einer Brille bei einem Optiker in Belgien nach Maßgabe der Verschreibung eines in Luxemburg niedergelassenen Augenarztes. In der Rs. Kohll ging es um Kosten für eine Zahnregulierung bei einem Zahnarzt in Deutschland.

In beiden Fällen lehnten die luxemburgischen Krankenkassen die Kostenerstattung ab. In der Rs. Decker, weil das Hilfsmittel (die Brille) ohne vorherige Genehmigung im Ausland erworben wurde. In der Rs. Kohll, weil die Behandlung nicht dringend gewesen sei und auch in Luxemburg hätte erfolgen können.

Beide Fälle wurden dem EuGH zur Vorabentscheidung gem. Art. 234 EGV vorgelegt. Der Gerichtshof sollte erstens entscheiden, wie die Art. 28 und 30 bzw. 49 und 50 EGV in diesen Fällen auszulegen seien.

Zweitens sollte geklärt werden, ob sich die Beurteilung ändere, wenn die

140 EuGH, Urt. v. 28.4.1998, C-120/95 Nicholas Decker ./ Caisse de maladie des employés privés, Slg. 1998, I-1831 und EuGH, Urt. v. 28.4.1998, C-158/96 Raymond Kohll ./ Union des caisses de maladie, Slg. 1998, I-1931.

141 Vgl. *Schneider-Danwitz*, SGB 2000, S. 355; *Bieback*, NZS 2001, S. 562.

streitige nationale Regelung den Zweck verfolge, eine finanziell ausgewogene, allen offenstehende ärztliche und klinische Versorgung in einer bestimmten Region aufrechtzuerhalten.

b) Die Entscheidung des EuGH

Zwar handelt es sich um verschiedene Grundfreiheiten, im ersten Fall um die **Warenverkehrsfreiheit**, im zweiten um die **Dienstleistungsfreiheit**, jedoch sind Prüfungsfolge und Argumentation weitgehend gleich, so dass die rechtliche Beurteilung für beide Fälle zusammen beschrieben wird¹⁴².

Der EuGH hat wegen der Einwände der beklagten luxemburgischen Krankenkassen folgende Prüfungsreihenfolge gewählt:

Zunächst hat er die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes des freien Verkehrs im Bereich der sozialen Sicherheit behandelt. Dann die Auswirkungen der VO 1408/71 und schließlich die konkrete Anwendung der Bestimmungen über den freien Warenverkehr bzw. im zweiten Urteil über den freien Dienstleistungsverkehr.

aa) Können die elementaren Grundsätze des freien Verkehrs im Bereich der sozialen Sicherheit überhaupt zur Anwendung kommen?

Obwohl es keine Harmonisierung des Sozialrechts auf Gemeinschaftsebene gebe, müssten die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Befugnisse das Gemeinschaftsrecht beachten.¹⁴³ Das heißt, der EGV bindet auch in diesem Bereich die Mitgliedstaaten. Sie dürften ihre Kompetenzen nicht so nutzen, dass es zu einer diskriminierenden Unterscheidung zwischen Inländern und Angehörigen der übrigen Mitgliedstaaten komme.¹⁴⁴

Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass auch Maßnahmen der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit, die sich auf den Absatz medizinischer Erzeugnisse und mittelbar auf deren Einfuhrmöglichkeiten auswirken könnten, den Vorschriften des EG-Vertrages über den freien Warenverkehr¹⁴⁵ unterlägen.

Das gleiche gelte für die Vorschriften über den Dienstleistungsverkehr. Auch Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen, wie der sozialversicherungs-

142 Vgl. Rs. Decker, Schlussanträge des Generalanwalts Tesauo, vom 16. September 1997 Slg. 1998, I-1834, Tz. 3, der die Fälle ebenfalls gemeinsam behandelt.

143 Vgl. Rs. Decker I-1831, Schlussanträge des Generalanwalts Tesauo, Tz. 17 und 25.

144 Vgl. EuGH, Urt. v. 24.4.1980 (Rs. Coonan), Slg. 1980, 1445, Tz. 12.

145 Vgl. EuGH, Urt. v. 7.2.1984 (Rs. Duphar), Slg. 1984, 523, Tz. 18.

rechtliche Charakter oder die Daseinsvorsorge, würden sie nicht von den elementaren Grundsätzen des freien Verkehrs ausnehmen,¹⁴⁶ denn der Bereich der sozialen Sicherheit sei kein gemeinschaftsrechtsfreier Raum.

Die Tatsache, dass die streitigen Regelungen zum Bereich der sozialen Sicherheit gehören, schließe daher eine Anwendung des Art. 28 EGV bzw. 49 EGV nicht aus.¹⁴⁷

bb) Wie ist die VO Nr. 1408/71, hier Art. 22, zu verstehen?

Die Vorschrift sieht, soweit hier von Bedeutung, folgendes vor:

Artikel 22:

(1) Ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates für den Leistungsanspruch erforderlichen Voraussetzungen, gegebenenfalls unter Berücksichtigung des Artikels 18, erfüllt und

a)

b)

c) der vom zuständigen Träger die Genehmigung erhalten hat, sich in das Gebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben, um dort eine seinem Zustand angemessene Behandlung zu erhalten,

hat Anspruch auf:

i) Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Aufenthalts oder Wohnorts nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften, als ob er bei diesem versichert wäre; die Dauer der Leistungsgewährung richtet sich jedoch nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates;

ii) Geldleistungen vom zuständigen Träger nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften. Im Einvernehmen zwischen dem zuständigen Träger und dem Träger des Aufenthalts- oder Wohnorts können diese Leistungen jedoch vom Träger des Aufenthalts- oder Wohnorts nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates für Rechnung des zuständigen Trägers gewährt werden.

(2)

146 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.12.1981 (Rs. Webb), Slg. 1981, 3305, Tz. 10.

147 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 21; Rs. Decker, Tz. 25.

Nach Auffassung der beklagten Krankenkassen, stellt Art. 22 der VO 1408/71 den Grundsatz auf, dass – mit Ausnahme von Notfällen (geregelt in Art. 22 a) – für die Kostenübernahme einer Behandlung im Ausland zwingend vorab eine Genehmigung des zuständigen Trägers der Sozialversicherung einzuholen sei. Der luxemburgische Code des assurances sociales, der genau dies ebenfalls fordert, sei daher mit der Verordnung konform. Für den Fall, dass die nationale Regelung gegen EG-Recht verstoße, sei daher auch die Verordnung gemeinschaftswidrig.

Zudem sei Luxemburg durch Art. 22, Abs. 1 i) der Verordnung gezwungen, bei einer Kostenerstattung den u.U. höheren Betrag des Leistungsstaates zu zahlen, wodurch, bei Anerkennung einer Leistungspflicht, das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sickersicherheit in Luxemburg beschädigt werden könnte und die Einheit der Tarife der sozialen Sicherung gefährdet sei, da in Luxemburg die entsprechende Leistung (in der Rechtssache Decker) mit einer Pauschalvergütung abzugelten sei.

Der EuGH beschäftigte sich zuerst mit dem Verhältnis von Primärrecht und Sekundärrecht.

Der Umstand, dass eine nationale Maßnahme möglicherweise einer Bestimmung des abgeleiteten Rechts – hier dem Art. 22 der Verordnung 1408/71 – entspricht, könne nicht zur Folge haben, dass sie nicht mehr an den Bestimmungen des EGV zu messen sei.¹⁴⁸ Bei der VO Nr. 1408/71 handle es sich um Sekundärrecht, also um aus dem Primärrecht des EG-Vertrages abgeleitetes Recht.¹⁴⁹ Es wurde geschaffen mit dem Ziel, die nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten zu koordinieren und so das Freizügigkeitsrecht der Arbeitnehmer auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit zu unterstützen;¹⁵⁰ also um der Durchsetzung des Primärrechts zu dienen. Primärrecht könne daher nicht durch Sekundärrecht "ausgehebelt" werden. Vielmehr müsse das Sekundärrecht, wie auch jede nationale Maßnahme, am Primärrecht gemessen werden.

Bei vertragskonformer Auslegung könne Art. 22 daher nur den Leistungsumfang für genehmigte Leistungen regeln. Danach könne ein Sozialversicherter, der vorab von seinem zuständigen Träger die Genehmigung für eine Auslandsleistung erhalten habe, den Tarif des Leistungslandes von dem für ihn zuständigen Versicherungsträger im Trägerstaat zurückverlangen, selbst wenn der Auslandstarif höher sei als der nationale Tarif des zuständigen Trägers. Durch diese Norm solle Sicherheit für die Patienten geschaffen werden. Das bedeutet, wenn eine Versorgung im Ausland für erforderlich erachtet wurde und dies durch das Genehmigungsverfahren festgestellt ist, soll der Versicherte vor zusätzlichen

148 Vgl. auch *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 111.

149 Vgl. *Reich*, S. 76 ff.

150 Vgl. *Zechel*, S. 16.

Kosten geschützt werden,¹⁵¹ die ihm im Inland nicht entstanden wären.

Aus dieser zweckgerichteten und am EG-Vertrag orientierten Auslegung folge, dass der Fall der Kostenerstattung für die Inanspruchnahme von Leistungen ohne vorherige Genehmigung von Art. 22 nicht untersagt, sondern vielmehr gar nicht erfasst werde.¹⁵²

Art. 22 könne daher kein Hinderungsgrund für die beklagte luxemburgische Krankenkasse sein, in anderen Mitgliedstaaten entstandene Kosten für nicht genehmigte Leistungen nach den Tarifen des zuständigen also hier des luxemburgischen Versicherungsträgers zu erstatten. In den vorliegenden Fällen hätte die Kostenerstattung daher durch die Zahlung des luxemburgischen Pauschalpreises für Brillen, bzw. durch die Erstattung der entsprechender luxemburgischen Tarife für eine entsprechende Zahnbehandlung erfolgen können. So wäre auch die Einheit der Tarife der nationalen Sozialversicherungsträger nicht gefährdet worden. Im Fall Decker war die Notwendigkeit einer Brille durch die Verordnung eines luxemburgischen Arztes festgestellt worden, auch die Zahnbehandlung im Fall Kohll war ärztlich notwendig, so dass die Versicherungsleistungen zu luxemburgischen Tarifen auch bei Leistungen im Inland angefallen wären.

Daraus folge, dass Art. 22 VO 1408/71 nur einen "Mindestschutzcharakter" für die von ihr erfassten Fälle habe. Tatbestände, die darüber hinausgingen bzw. von der Verordnung nicht erfasst würden, seien direkt und ausschließlich an den Grundsätzen des EG-Vertrages zu prüfen.

cc) Vorliegen eines Verstoßes gegen die Bestimmungen über den freien Verkehr

Daher war zu prüfen, ob die streitigen Regelungen des Code des assurances sociales gegen die konkreten Freiheitsrechte verstoßen.

Da in der Rechtssache Kohll die Dienstleistungsfreiheit berührt ist und in der Rechtssache die Decker Warenverkehrsfreiheit, stimmt die Prüfung beider Fälle nicht genau überein. Soweit möglich, werden beide Fälle jedoch zusammengefasst.

151 Vgl. Rs. Decker I-1834, Schlussanträge des Generalanwalts Tesauo in Tz. 55, 57.

152 Vgl. Rs. Decker, Tz. 29, Rs. Kohll Tz. 27.

(1) *Eingriff in die Freiheitsrechte*

Prüfung anhand der Bestimmungen über den freien Warenverkehr für die Rs. Decker:

Art. 28 EGV verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung. Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sind staatliche Maßnahmen, die die Einfuhr einer Ware völlig verbieten oder nach Menge, Wert o. ä. begrenzen. Maßnahmen gleicher Wirkung sind alle Maßnahmen, die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Warenverkehr unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.¹⁵³

Die streitige Regelung hindert den Sozialversicherten nicht direkt daran, medizinische Erzeugnisse und Hilfsmittel in einem anderen Mitgliedstaat zu erwerben oder in den Trägerstaat der zuständigen Sozialversicherung einzuführen, denn die Genehmigungspflicht ist nur Bedingung für die Erstattung der Kosten, der Kauf selbst wird nicht von den Regelungen erfasst.

So führt auch die Beklagte an, es gebe weder ein Einfuhrverbot für Brillen noch ein Verbot, diese im Ausland zu kaufen, weswegen Art. 28 EGV nicht verletzt sei.

Dem hält der EuGH entgegen, dass die streitige Regelung, die die Erstattung der Kosten, die in einem anderen Mitgliedstaat angefallen sind, von einer vorherigen Genehmigung abhängig mache, faktisch die luxemburgischen Sozialversicherten veranlasse, medizinische Erzeugnisse und Hilfsmittel vorzugsweise im Trägerstaat der Sozialversicherung zu kaufen, damit sie keine finanziellen Nachteile zu tragen hätten. Da der überwiegende Anteil an medizinischen Waren von Sozialversicherten gekauft wird, die auf die Erstattung der Kosten angewiesen seien, könne der freie Warenverkehr spürbar gehemmt werden, auch wenn dies nicht der eigentliche Zweck der Regelungen gewesen sei.

Damit sei die Regelung geeignet, den innergemeinschaftlichen Handel mittelbar zu behindern.¹⁵⁴

Prüfung anhand der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr für die Rs. Kohll:

Art. 49 EGV verbietet **Beschränkungen** des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft.

Entgeltliche ärztliche bzw. zahnärztliche Leistungen zählen als freiberufliche

153 «Dassonville-Formel», vgl. EuGH, Urt. v. 11.7.1974 (Rs. Dassonville), Slg. 1974, 837, Tz. 5.

154 Vgl. Rs. Decker, Tz. 36.

Tätigkeiten zu den gemäß Art. 50 d) EGV geschützten Dienstleistungen.¹⁵⁵ Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs umfasst dabei die aktive und die passive Dienstleistungsfreiheit,¹⁵⁶ also nicht nur die Freiheit des Anbieters einer Dienstleistung, sondern auch die Freiheit der Leistungsempfänger, sich zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben.¹⁵⁷

Auch in diesem Fall stellt der EuGH fest, dass die streitigen Regelungen die Sozialversicherten zwar nicht hindern, sich an einen Dienstleistungserbringer in einem anderen als dem Trägerstaat zu wenden, die fehlende Kostenerstattung aber einen Anreiz für die Versicherten darstelle, Leistungen nur im Trägerstaat der eigenen Sozialversicherung in Anspruch zu nehmen, um vor der Kostenbelastung geschützt zu sein.¹⁵⁸

Daher sei auch hier im Ergebnis festzustellen, dass Regelungen, die die Erstattung von Kosten einer zahnärztlichen Behandlung, die in einem anderen Mitgliedstaat anfallen, im Unterschied zu den Kosten einer gleichen Behandlung im Versicherungsstaat von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen, eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs sowohl für den Erbringer der Dienstleistung als auch für den Sozialversicherten darstellen.¹⁵⁹

(2) *Rechtfertigungsgründe*

Zu prüfen war daher, ob die einschränkenden Regelungen objektiv gerechtfertigt sind. Rechtfertigungsgründe für Eingriffe in die Freiheitsrechte können sich sowohl aus den Vertragsausnahmen der Art. 30 bzw. 46 i. V. m. 55 EGV ergeben, wie auch aus den durch die Rechtsprechung entwickelten zwingenden Gründen des Allgemeinwohls.¹⁶⁰

Dafür müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

Es darf keine gemeinschaftsrechtliche Regelung für den Tatbestand bestehen, da nationale Ausnahmeregelungen subsidiär gegenüber gemeinschaftsrechtlichen Ausnahmeregelungen sind.

Es muss ein Grund des Allgemeinwohls vorliegen, der nicht rein wirtschaftlicher Natur ist.

Die Regelung muss geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten

155 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.10.1991 (Rs. Grogan), Slg. 1991, I-4685, Tz. 21.

156 Vgl. *Eichenhofer*, VSSR 2/1999, S. 103.

157 Vgl. EuGH, Urt. v. 31. 01.1984, (Rs. Luisi u. Carbone), Slg. 1984, 377, Tz. 16.

158 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 34.

159 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 35.

160 Vgl. EuGH, Urt. v. 20.2.1979 (Rs. Rewe-Zentral-AG), Slg. 1979, 649 = "Cassis de Dijon-Urteil"; zu einheitlichen Rechtfertigungsgründen: *Novak*, DB 1997, S. 2589.

Ziels zu gewährleisten und nicht über das zur Erreichung des Ziels Erforderliche hinausgehen.¹⁶¹

Wie oben bereits ausgeführt, wird der Tatbestand weder von einer Regelung im Primärrecht noch in der VO 1408/71 erfasst, so dass die nationalen Ausnahmeregelungen zu prüfen sind.

Die Beklagten rechtfertigen sich in beiden Fällen mit dem Argument, dass die Grundrechte des EGV nicht absolut gelten würden, sondern eine Begrenzung der Freiheitsrechte mit dem Kostenargument, dem Argument der Qualitätssicherung und dem Bestandsgefährdungsargument zu rechtfertigen sei:

Dem hielt der EuGH folgendes entgegen:

(a) Kostenargument

Rein wirtschaftliche Gründe könnten Beschränkungen im Sinne von Art. 30 und 46 EGV nicht rechtfertigen.

Möglich sei aber eine Beschränkung wegen zwingender Gründe des Allgemeininteresses. Das Kostenargument könne daher ein legitimer Grund sein, wenn darin zugleich die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit gesehen werden könnte, wenn also durch zusätzliche Kosten eine Gefahr für die medizinische Versorgung der Bevölkerung des Mitgliedstaaten entstehen würde. Voraussetzung sei jedoch, dass eine wirkliche Gefahr bestehe.¹⁶²

Da jedoch, wie bereits ausgeführt, ohne vorherige Genehmigung kein Anspruch auf Erstattung der höheren Tarife des Leistungslandes bestehe, sondern die Erstattung vielmehr nach den Tarifen des Trägerstaates (in der Rs. Decker mit dem luxemburgische Pauschalbetrag) erfolgen könnte, ergäben sich bei einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat die gleichen Kosten wie im Trägerstaat. Wesentliche Auswirkungen für das Budget des Staates Luxemburg seien daher nicht ersichtlich. Gründe für eine Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts würden nicht bestehen und seien aus dem Vorbringen der Beklagten auch nicht ersichtlich.

161 Vgl. ausführlich dazu Rs. Decker I-1834, Schlussanträge des Generalanwalts Tesauero, Tz. 45 ff.

162 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 41.

(b) Argument der Qualitätssicherung

Auch das Argument der Sicherung des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung durch die Kontrolle medizinischer Leistungen in anderen Mitgliedstaaten, könne innerhalb der Gemeinschaft nicht als Rechtfertigung anerkannt werden. Die Bedingungen der Ausbildung, der Anerkennung von Diplomen und des Zugangs und der Ausübung der Tätigkeit von Optikern, Ärzten, Zahnärzten u. a. seien Gegenstand mehrerer Koordinierungs- und Harmonisierungsrichtlinien¹⁶³, so dass kein Grund ersichtlich sei, warum Optiker oder Zahnärzte in verschiedenen Mitgliedstaaten von unterschiedlicher Qualität sein sollten. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Qualität in allen Mitgliedstaaten gleich gut sei. Daher seien Beschränkungen der Verkehrsrechte, unter Berufung auf die Notwendigkeit der Überprüfung der Qualität medizinischer Leistungen in anderen Mitgliedstaaten, nicht gerechtfertigt.

(c) Bestandsgefährdungsargument

Obwohl das Ziel eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche Versorgung aufrechtzuerhalten, eng mit der Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit verbunden sei, könne dieses Ziel zu den in Art. 46 EGV aufgezählten Rechtfertigungsgründen gehören, wenn es zur Erzielung eines hohen Gesundheitsschutzes beitrage.¹⁶⁴ Dies sei jedoch nur dann der Fall, wenn dies zur Erhaltung des Umfangs oder des medizinischen Niveaus der Heilkunde im Inland für die Gesundheit oder das Überleben der Bevölkerung erforderlich sei.¹⁶⁵

Denkbar sei dies zum Beispiel bei der Bereitstellung und Unterhaltung von Krankenhausplätzen oder Spezialisten. Gerade bei kleineren Mitgliedstaaten, wie Luxemburg, könne eine massive Abwanderung von Sozialversicherten in andere Mitgliedstaaten dazu führen, dass nicht genutzte Kapazitäten wegen fehlender Finanzierungsmöglichkeiten abgebaut werden müssten und bestimmte medizinische Leistungen dann in diesem Mitgliedstaat nicht mehr erlangt werden könnten. Von den Beklagten sei jedoch kein objektiver Grund vorgetragen worden, nach dem in den streitigen Fällen eine konkrete Gefährdung des medizinischen Niveaus ersichtlich wäre, oder dass die streitigen Regelungen zur Erhaltung eines unabdingbaren Niveaus der Heilkunde im Inland erforderlich seien.

163 Vgl. Rs. Decker, Tz. 42; Rs. Kohll, Tz. 47.

164 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 50.

165 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 51.

c) *Ergebnis*

In beiden Fällen hat der EuGH entschieden, dass die streitigen nationalen Regelungen Eingriffe in die Grundrechte darstellen. Rechtfertigungsgründe für den nationalen Genehmigungsvorbehalt hat er nur für Ausnahmefällen anerkannt.

Aus den Entscheidungen folgt, dass die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit nicht als gemeinschaftsrechtsfreie Räume anzusehen sind. Obwohl die Mitgliedstaaten weiterhin die Alleinzuständigkeit für den Sozialsektor haben,¹⁶⁶ wirken sich sozialpolitische Maßnahmen in der Praxis wirtschaftlich aus und berühren damit die Binnenmarktregelungen.¹⁶⁷ Daher unterliegt jede sozialrechtliche nationale Maßnahme dem Prüfungsmaßstab des Gemeinschaftsrechts.

2. *Die Rechtssachen Smits (Geraets) und Peerbooms*

a) *Sachverhalt*

Die Niederländerin Frau Smits litt an der parkinsonschen Krankheit und begab sich in eine deutsche Klinik, die eine spezielle, sogenannte kategoriale und multidisziplinäre, klinische Behandlung dieser Krankheit vornimmt. Diese Methode wird in den Niederlanden nicht praktiziert.

Herr Peerbooms, ebenfalls Niederländer, war nach einem Unfall ins Koma gefallen und wurde in einer Klinik in Österreich behandelt, die eine spezielle Neurostimulationstherapie anbot. Zu dieser Therapie hätte er in den Niederlanden keinen Zugang gehabt, da sie sich dort noch im Versuchsstadium befand und nur für eine Altersgruppe verfügbar war, zu der Herr Peerbooms nicht gehörte.

Die niederländischen Krankenkassen verweigerten in beiden Fällen die Kostenübernahme, da die Behandlungen in ärztlichen Kreisen als nicht üblich angesehen wurden und nicht notwendig gewesen seien¹⁶⁸. In dem folgenden Rechtsstreit legte das nationale Gericht den Fall im Vorabentscheidungsverfahren gem. Art. 234 EGV dem EuGH vor.

166 Vgl. Fn. 1.

167 *Luthe*, SGB 2000, S. 508.

168 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 C-157/99 Rs. Smits, verheiratete Geraets ./ Stichting Ziekenfonds VGZ und Peerbooms ./ Stichting CZ, Slg. I 2001, S. 5473, Tz. 25 ff.

b) *Die Bestimmungen der Niederlande*

In den Niederlanden besteht ein Sachleistungssystem, nach dem die Versicherten keinen Anspruch auf Erstattung von Kosten haben, sondern auf die medizinische Versorgung selbst, die kostenlos erbracht wird. Die Regelungen beruhen auf einem System von vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen und den Erbringern von Gesundheitsleistungen, hier den Krankenhäusern.¹⁶⁹

Im Regelfall kann sich ein Versicherter nur in einer Einrichtung behandeln lassen, mit der seine Krankenversicherung einen Vertrag geschlossen hat. Für die Versorgung in Einrichtungen, mit denen keine vertraglichen Bindungen bestehen, ist eine Genehmigung der Krankenkasse erforderlich.¹⁷⁰ Unabhängig davon, ob diese Einrichtung ohne Vertragsbindungen in den Niederlanden oder im Ausland liegen, wird eine Genehmigung nur erteilt, wenn nachgewiesen ist, dass dies für die medizinische Versorgung des Versicherten notwendig ist.¹⁷¹

Nach ständiger niederländischer Rechtsprechung müssen für den Nachweis der Notwendigkeit einer Behandlung mit einem Nicht-Vertragspartner zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

Erstens muss die Behandlung in ärztlichen Kreisen üblich sein und zweitens muss die Behandlung für die medizinische Versorgung des Versicherten notwendig sein.

In der praktischen Prüfung wird für den ersten Punkt auf die in den ärztlichen Kreisen in den Niederlanden herrschende Auffassung abgestellt. Bei dem Merkmal der Notwendigkeit wird zudem vor Auslandsbehandlungen geprüft, ob nicht auch rechtzeitig eine ausreichende und angemessene Behandlung bei einem Nicht-Vertragspartner in den Niederlanden erfolgen könne¹⁷².

c) *Argumentation des EuGH*

Der EuGH entschied, dass hier wie in der Rechtssache Kohll (s. S. 41), ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit i. S. der Art. 49 und 50 EGV vorliege. Auch eine stationäre Krankenhausbehandlung sei eine Leistung, die in den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit falle.

Auch wenn die Leistungen des niederländischen Sozialsystems kostenlos an die Versicherten erbracht würden, handle es sich doch um eine wirtschaftliche

169 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 3.

170 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 20.

171 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 20; 21.

172 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 22.

Betätigung. Es könne nicht darauf ankommen, ob die entstandenen Kosten durch den Versicherten selbst oder durch die Versicherung übernommen würden, da Art. 50 EGV nicht verlange, dass eine Dienstleistung von demjenigen bezahlt werde, dem sie zugute komme.¹⁷³

aa) Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

Wie bereits in den Rs. Kohll und Decker festgestellt (s. S. 41), führt das Erfordernis einer Genehmigung vor Behandlungsbeginn faktisch zu einer Hemmung des freien Dienstleistungsverkehrs.

Daher prüfte der EuGH, ob die Beschränkung des Verkehrs medizinischer Dienstleistungen objektiv gerechtfertigt sei. Er übernahm seine Argumentation aus den Rs. Kohll und Decker, wonach eine Rechtfertigung sowohl in der Gefährdung des Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit als auch in der Notwendigkeit, Umfang und Niveau der medizinischen Versorgung aufrechtzuerhalten, gesehen werden könne (s. S. 42 ff.). Bereits in den Rs. Kohll und Decker sah der EuGH die Besonderheiten der Krankenhausversorgung, da die Zahl von Krankenhäusern, die geographische Verteilung sowie deren qualitative Ausstattung national planbar sein müssten, um eine angemessene und hochwertige Versorgung zu gewährleisten.¹⁷⁴ Würden zahlreiche Versicherte die Versorgung in anderen Mitgliedstaaten wahrnehmen, während die niederländischen Einrichtungen eine angemessene, gleichwertige Behandlung anböten, so könnten die Patientenströme ins Ausland sämtliche Planungs- und Rationalisierungsanstrengungen in Frage stellen, die dazu dienten, Überkapazitäten von Krankenanstalten, Ungleichgewichtigkeiten und logistische wie auch finanzielle Verschwendung und Verluste zu verhindern.¹⁷⁵

Zur notwendigen Bedarfsplanung sei daher ein System vertraglicher Vereinbarungen zwischen den Krankenversicherungen und den Leistungsanbietern notwendig. Es müsse sowohl ein ausgewogenes Angebot an qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung gesichert als auch die damit verbundenen Kosten beherrscht werden.¹⁷⁶

Grundsätzlich sei daher ein Genehmigungserfordernis im Gegensatz zu der ambulanten Dienstleistung in der Rs. Kohll sowohl notwendig als auch erforderlich.

Allerdings sei dieser Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nur gerechtfertigt,

173 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 47 ff.; 57; *Kingreen*, NJW 2001, S. 3383.

174 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 76; 105.

175 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 106.

176 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 77-79.

wenn er auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhe, die im voraus bekannt und gerichtlich überprüfbar seien.¹⁷⁷

Daher dürfe hier auch nicht unterschieden werden zwischen in- und ausländischen Leistungserbringern sondern nur zwischen solchen Institutionen, mit denen ein Vertrag abgeschlossen sei und solchen ohne Vertrag. Dies sei zwar theoretisch der Fall, da bei beiden Varianten eine Genehmigung erforderlich ist, jedoch müsse auch der Maßstab, nach dem die Genehmigungen erteilt würden, für alle gleich sein.¹⁷⁸

bb) Definition der Begriffe "Üblichkeit" und "Notwendigkeit"

Der EuGH befasste sich daher mit den Begriffen der "Üblichkeit" und der "Notwendigkeit" einer beabsichtigten Behandlung.

Eine Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn die beabsichtigte medizinische oder chirurgische Behandlung als in ärztlichen Kreisen üblich betrachtet werden kann. Um eine Benachteiligung der ausländischen Leistungserbringer zu vermeiden, könne hier nicht auf die Üblichkeit in niederländischen ärztlichen Kreisen abgestellt werden, sondern nur auf den Stand der internationalen Medizin. Das bedeutet, dass sich die Beurteilung des "Üblichen" nach auf internationaler Ebene allgemein anerkannten medizinischen Standards und hinreichend erprobten Therapien richten muss.

Der EuGH folgerte weiter, dass eine medizinische Leistungserbringung im Ausland "notwendig", bzw. erforderlich sein könne, sobald kein Vertragspartner der Krankenversicherungen in der Lage sei, rechtzeitig die erforderliche Leistung zu erbringen. Vor der Erteilung einer Genehmigung dürfe daher nicht noch geprüft werden, ob ein Nicht-Vertragspartner in den Niederlanden dazu in der Lage wäre. Dies wäre eine Bevorzugung von inländischen Nicht-Vertragspartnern und würde eine nicht gerechtfertigte Diskriminierung darstellen.¹⁷⁹

Im Ergebnis mussten daher zumindest die Kosten für die Komabehandlung von Herrn Peerbooms – er konnte zudem geheilt werden – übernommen werden, da die Behandlung nach den Maßstäben der internationalen Medizin allgemein akzeptiert und erstattungsfähig war und für ihn in den Niederlanden nicht zur Verfügung gestanden hatte.¹⁸⁰ Die Behandlungsmethode von Frau Smits war auch nach internationalen medizinischen Standards noch nicht hinreichend

177 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 80; 90; *Bieback*, NZS 2001, S. 562.

178 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 103; 107.

179 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 101; 107.

180 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 39.

anerkannt,¹⁸¹ so dass die Genehmigung nicht hätte erteilt werden müssen. Eine Kostenübernahme musste daher nicht erfolgen.

3. *Die Rechtssache Vanbraekel*

a) *Sachverhalt*

Eine Belgierin beantragt bei ihrer Krankenversicherung die Genehmigung, eine orthopädische Operation in Frankreich vornehmen zu lassen. Die Genehmigung wurde verweigert, weil sie kein ausreichendes medizinisches Gutachten vorgelegt habe, das die Notwendigkeit einer Operation im Ausland bestätige. Die Belgierin ließ die Operation trotzdem in Frankreich durchführen. Zwischenzeitlich bestätigte ein belgisches Gericht, dass ein Krankenhausaufenthalt im Ausland medizinisch notwendig gewesen war, da die Behandlung dort zu besseren Bedingungen erfolgen konnte als in Belgien. Die Genehmigung hätte daher nach dem einschlägigen belgischen Recht erteilt werden müssen. Daher sollen der Klägerin die Kosten gem. Art. 22 Abs. I c) der VO 1408/71 erstattet werden.

Das vorliegende Gericht fragte den EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens gem. § 234 EGV, ob die Erstattung der Kosten der Krankenhauspflege nach der Regelung des Staates des zuständigen Trägers (hier Belgien) oder nach der Regelung des Staates zu erfolgen habe, in dessen Gebiet die Krankenhauspflege gewährt worden sei (hier Frankreich). Wobei anzumerken ist, dass die tatsächlich entstandenen Kosten geringer waren, als sie in Belgien gewesen wären.¹⁸² D. h. die in Frankreich in Anspruch genommene Behandlung war besser und billiger als eine Behandlung in Belgien.¹⁸³

b) *Argumentation des EuGH*

Der EuGH entschied, dass Art. 22 Abs. 1 c) der VO 1408/71 (s. S. 36 f.) nicht die Erstattung zu den im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit geltenden Sätzen regle. Wenn eine Genehmigung erteilt worden sei, gebe es einen Erstattungsanspruch gegen den zuständigen Träger auf eine Erstattung in der Höhe, wie sie bei dem Träger des Aufenthaltsortes nach seinen Rechtsvorschriften entstanden sei.¹⁸⁴ Das wäre in diesem Fall die Erstattung des niedrigeren

181 Vgl. Rs. Smits; Peerbooms Tz. 30.

182 Vgl. EuGH, Urt. v. 12.7.2001 C-368/98, Rs. Abdon Vanbraekel ./ Alliance nationale des mutualités chrétiennes, Slg. I 2001, S. 5363, Tz. 19; 24.

183 Vgl. Novak, EuZW 2002, S. 476.

184 Vgl. Rs. Vanbraekel, Tenor des Urteils.

französischen Tarifs gewesen. Danach habe die Klägerin nach der nachträglichen Erteilung der Genehmigung zunächst einen Anspruch aus Art. 22 Abs. 1 c) der VO 1408/71 auf Erstattung der tatsächlichen – in Frankreich angefallenen – Kosten.¹⁸⁵

Art. 22 der VO 1408/71 gebe keinen weitergehenden Anspruch, hindere aber auch den zuständigen Träger nicht an einer ergänzenden Erstattung des Differenzbetrages, da er bei einer ergänzenden Erstattung, wie sie hier in Frage stünde, nicht einschlägig sei.

Der EuGH stütze sich daher für einen weitergehenden Anspruch auf Erstattung des Differenzbetrages direkt auf Art. 49 EGV.

Er entschied, dass nach den Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr vom zuständigen Träger eine ergänzende Erstattung zu gewähren sei, wenn die im Behandlungsmitgliedstaat entstandenen Kosten niedriger waren als sie im zuständigen Mitgliedstaat gewesen wären.¹⁸⁶

Ob dies nur gelten soll, wenn – wie im vorliegenden Fall – eine vorherige Genehmigung gem. Art. 22 Abs. 1 VO 1408/71 zu Unrecht verweigert worden ist, geht aus dem Tenor des EuGH nicht hervor.

Der EuGH führte dazu aus, dass jede Regelung gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße, die Leistungen von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber innerstaatlichen Dienstleistungen erschwere. In dem Umstand, dass eine Sozialversicherte eine weniger günstige Erstattung erhalten solle, wenn sie sich einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat unterziehe, als wenn sie die gleiche Behandlung im Staat der Versicherungszugehörigkeit in Anspruch genommen hätte, sieht er eine Benachteiligung. Denn diese Leistungsdifferenz sei zweifellos geeignet, Versicherte davon abzuhalten, sich zur Behandlung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben. Daher sei die Dienstleistungsfreiheit sowohl der Versicherten als auch der Dienstleistenden behindert.

Für diese Behinderung sei auch keine objektive Rechtfertigung ersichtlich. So könne die Finanzierung des nationalen Systems der sozialen Sicherheit nicht beeinträchtigt sein, wenn genau der gleich hohe Satz zu leisten sei, wie bei einer Dienstleistung im Inland, da es zu keiner zusätzlichen finanzielle Belastung komme.¹⁸⁷

185 Vgl. Rs. Vanbraekel, Tz. 34.

186 Vgl. Rs. Vanbraekel, Tenor des Urteils; Tz. 53.

187 Vgl. Rs. Vanbraekel Tz. 52.

4. Ergebnis

a) Weitere Stärkung der Grundfreiheiten

Im Anschluss an die Rs. Kohll und Decker, in denen es um die Öffnung des Gesundheitsmarktes für den ambulanten Bereich ging, macht der EuGH in den drei besprochenen Fällen grundsätzliche Aussagen zur ungerechtfertigten Verweigerung der Kostenübernahme für eine Krankenhausbehandlung im Ausland und zu den Gründen, welche ein Genehmigungsverfahren für stationäre Behandlungen rechtfertigen können.¹⁸⁸

Zunächst erscheint es, als habe er seine Rechtsprechung in den Rs. Kohll und Decker nachträglich wieder eingeschränkt und den Mitgliedstaaten mehr Spielraum eingeräumt, da er prinzipiell ein Genehmigungserfordernis anerkennt. Aber schon in den Rs. Kohll und Decker war der EuGH bei der Rechtfertigungsprüfung auf die Besonderheiten bei der Unterhaltung von Krankenhauspätzen und ähnlichen Fällen eingegangen¹⁸⁹ und hatte den Genehmigungsvorbehalt nicht ausgeschlossen. Dies wird nun für den Krankenhausbereich konkretisiert.¹⁹⁰

(Der EuGH hat in den vorliegenden Fällen auf "Krankenanstalten" abgestellt. Ob ein Genehmigungsvorbehalt für alle stationären Einrichtungen gerechtfertigt ist – vor allem wenn diese wie Rehabilitationseinrichtungen oder Pflegeheime weniger kostenintensiv sind – bleibt abzuwarten, ist aber eher fraglich.¹⁹¹).

Dabei ist der EuGH auch in den neuen Entscheidungen bei der in den Rs. Kohll und Decker erkennbaren Linie geblieben, denn er schränkt auch hier den Entscheidungsfreiraum der Mitgliedstaaten zugunsten des freien Dienstleistungsverkehrs weiter ein.

Dadurch, dass er bei den Begriffen der "Üblichkeit" und der "Notwendigkeit" nicht auf den nationalen Maßstab abstellt, sondern ausdrücklich einen internationalen Maßstab zugrunde legt, entzieht er die Beurteilung des Genehmigungserfordernisses den nationalen Maßstäben und zwingt die Mitgliedstaaten die in der Gemeinschaft üblichen Maßstäbe zugrunde zu legen. Dies ist ein weiterer Schritt zur Angleichung der Systeme der sozialen Sicherheit.

188 Vgl. *Novak*, EuZW 2002, S. 476.

189 Vgl. Rs. Kohll, Tz. 51.

190 Vgl. *Schulte*, in: Arbeit und Sozialpolitik, Teil 2, S. 43.

191 Vgl. *Schulte*, in: Arbeit und Sozialpolitik, Teil 2, S. 46.

b) *Überbewertung der Dienstleistungsfreiheit im Fall Vanbraekel*

In der Rechtssache Vanbraekel allerdings ist der EuGH m. E. über das Ziel hinausgeschossen. Er hatte hier zu entscheiden, zu wessen Gunsten sich der durch den Preisunterschied in den Mitgliedstaaten ergebende Vorteil auswirken sollte.¹⁹² Er hat sich gegen die Kasse und für den Versicherten entschieden, was zunächst positiv erscheint. Er hat dies damit begründet, dass dem Versicherten eine Erstattung in "ebenso vorteilhafter Höhe" zu gewähren sei, wie er sie bei einer Behandlung im eigenen Mitgliedstaat erhalten hätte.¹⁹³ Hierbei verkennt der EuGH jedoch, dass der einzelne bei einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat vor ungerechtfertigten Mehrkosten geschützt sein soll, die ihn davon abhalten könnten, medizinische Dienstleistungen im Ausland wahrzunehmen. Wenn die Erstattung genau die Höhe der entstandenen Kosten deckt, ist er hingegen genauso gestellt, wie bei einer Behandlung im Inland. Es ist daher m. E. ohne Erstattung kein Nachteil erkennbar, der ihn von einer grenzüberschreitenden Behandlung abhalten könnte.¹⁹⁴

Wenn er nun aber eine Erstattung bekommt, die über die tatsächlichen Kosten hinausgeht, dann ist er nicht nur vor einer zusätzlichen Belastung geschützt, sondern kann sich durch die Behandlung im Ausland sogar bereichern. Der Versicherte kann also, wenn er sich in Mitgliedstaaten mit besonders günstigen Tarifen behandeln lässt, an jeder Behandlung verdienen. Das läuft dem Sinn eines Versicherungsschutzes gegen Krankheitskosten entgegen. Zudem könnte es zu einem "Behandlungstourismus" zu Billiganbietern, wie zum Beispiel Portugal oder – nach einer Aufnahme der Beitrittskandidaten – den neuen östlichen Mitgliedstaaten führen. Dadurch könnte es zu einer Umlenkung von Patientenströmen kommen, die dem gesamten medizinischen Sektor in den alten Mitgliedstaaten schaden würde, da die vorhandenen Kapazitäten nicht mehr ausgenutzt würden bzw. die – berechtigterweise – hochpreisige Qualität nicht mehr zu halten sein könnte.

Es bleibt daher zu hoffen, dass die ergänzende Erstattung nur in den Fällen zum Tragen kommt, bei denen eine Genehmigung für eine Auslandsbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu Unrecht verweigert worden ist.¹⁹⁵

192 Vgl. *Novak*, EuZW 2002, S. 476.

193 Vgl. Rs. Vanbraekel Tz. 46.

194 So auch *Kingreen*, NJW 2001, S. 3383.

195 So sehen es *Novak*, EuZW 2002, S. 477 und ansatzweise auch *Kingreen*, NJW 2001, S. 3383; dem Urteil ist dies jedoch nicht zu entnehmen.

V. Die Rechtssache C-215/99 Friedrich Jauch ./. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter

Die Rechtssache C-215/99 Friedrich Jauch ./.. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, EuGH Urteil vom 8. März 2001, Slg. I-2001, S. 1901 ff. ist das jüngste Urteil des EuGH zur Pflegeversicherung.

1. Sachverhalt

Herr Jauch ist deutscher Staatsangehöriger und hat immer im deutschen Grenzgebiet zu Österreich gewohnt. Rund 40 Jahre war er in Österreich beschäftigt und daher auch dort Mitglied der Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter, von der er seit seinem Ruhestand auch eine Pension bezieht. Eine deutsche Rente bezieht er nicht. Als der Kläger pflegebedürftig wurde, lehnten die deutschen Stellen unter Hinweis auf die Entscheidung in der Rs. Molenaar die Übernahme von Kosten für Pflegeleistungen ab, da Herr Jauch als Arbeitnehmer in einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland weder kranken- noch pflegeversichert gewesen ist. Auch die österreichischen Stellen lehnten die Leistung von Pflegegeld ab. Da er nicht in Österreich wohne, sei er auch nicht anspruchsberechtigt.¹⁹⁶

Im folgenden Rechtsstreit berief sich die beklagte österreichische Pensionsversicherungsanstalt darauf, dass Pflegegeld nach dem österreichischen Bundespflegegeldgesetz in Anhang II a der VO 1408/71 als beitragsunabhängige Sonderleistung i. S. von Art. 10a der VO 1408/71 eingetragen sei, auf die wegen des Wohnortfordernisses des Art. 10a nur im betreffenden Mitgliedstaat wohnhafte Personen Anspruch hätten.

Das angerufene Landesgericht Feldkirch setze das Verfahren aus und legte es dem EuGH zur Vorabentscheidung gem. § 234 EGV mit der Frage vor, ob es sich bei der streitigen Geldleistung tatsächlich um eine beitragsunabhängige Sonderleistung i. S. des Art. 4 II a i. V. m. Art. 10a der VO 1408/71 handle. Die Zweifel des Gerichts waren durch die besonderen Finanzierungsmodalitäten bei der Einführung des Pflegegeldes entstanden. Denn finanziert werde die Leistung, die der Bund erbringen müsse, nach den Angaben des Gerichts, durch eine Erhöhung der Krankenversicherungsbeiträge.¹⁹⁷

196 Vgl. EuGH, Urt. v. 8.3.2001, Slg. I-2001, S. 1901 ff., Rs. Jauch, Tz. 10-12.

197 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 13; 14.

2. *Die Bestimmungen des österreichischen Rechts*

Die Gewährung von Pflegegeld ist in Österreich seit 1993 durch das Bundespflegegeldgesetz vorgesehen. Danach erhalten Pflegebedürftige einen pauschalierten Zuschuss für Betreuung und Hilfe, um ihre Möglichkeiten zu verbessern, ein selbstbestimmtes und bedürfnisorientiertes Leben zu führen. Anspruch auf Pflegegeld haben nach dem Bundespflegegeldgesetz jedoch nur Betroffene, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben.

Das Pflegegeld wird von den Trägern der gesetzlichen Pensions- und Unfallversicherung ausgezahlt. Jedoch hat der Bund den Trägern der gesetzlichen Pensionsversicherung die nachgewiesenen Aufwendungen für das Pflegegeld sowie die sonstigen damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen zu ersetzen.¹⁹⁸

3. *Die Entscheidung des EuGH*

Der EuGH stellte fest, dass es gegen Art. 19 Abs. 1 der VO 1408/71 (s. S. 27) verstoße, den Anspruch auf Pflegegeldleistungen nach dem Bundespflegegeldgesetz an den Aufenthalt in Österreich zu knüpfen.¹⁹⁹

Der EuGH prüfte dafür zunächst, ob es sich bei dem Pflegegeld überhaupt um eine beitragsunabhängige Sonderleistung handelt, die unter Art. 4 Abs. 2a der VO 1408/71 zu fassen sei und daher gem. Art. 10a in Verbindung mit Anhang II a der VO 1408/71 von der Exportierbarkeit ausgeschlossen werden könnte.

Denn die Ausnahmevorschrift des Art. 10a der VO 1408/71 sei eng auszulegen und nur auf Leistungen anwendbar, die ihren Tatbestand (auch wirklich) erfüllten.²⁰⁰

Nach Auffassung der österreichischen Regierung genügt die Eintragung einer Leistung in die Liste des Anhangs II a der VO 1408/71, um diese Leistung als beitragsunabhängige Sonderleistung zu qualifizieren. Sie stützt sich dabei auf die EuGH Urteile zu den Rs. Snares und Partridge. Der EuGH führt dazu aus, dass in beiden Fällen die Natur der jeweiligen Leistungen als beitragsunabhängige Sonderleistungen nicht streitig gewesen sei, so dass diese Fälle nichts über den vorliegenden Fall aussagen könnten.²⁰¹

Daher kann die Auffassung vertreten werden, dass der Eintrag im Anhang II a

198 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 8; 9.

199 Vgl. Rs. Jauch, Tenor des EuGH.

200 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 21.

201 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 17.

zwar erforderlich ist, damit eine beitragsunabhängige Sonderleistung im Sinne von Art. 4 Abs. 2a der Ausnahmebestimmung von Art. 10 a unterliegt, eine Leistung aber nicht automatisch zu einer beitragsunabhängigen Sonderleistung wird, nur weil sie in Anhang II a aufgeführt ist.²⁰²

Der EuGH hat daher beide Tatbestandsmerkmale einzeln geprüft:

a) *Sonderleistung*

Die österreichische Regierung führte an, dass Pflegegeld zu den sozialpolitischen Maßnahmen der Regierung gehöre und daher eine Sonderleistung darstelle. Zudem weise das Risiko der Pflegebedürftigkeit eine größere Nähe zur Armut als zur Krankheit auf, so dass es nicht unter die Art. 4 Abs. 1 VO 1408/71 abschließend aufgeführten Risiken falle.

Der EuGH hielt die nationale Einordnung des Pflegegeldes und seine dortige Rechtsnatur nicht für maßgeblich und verwies auf seine Entscheidung in der Rs. Molenaar (s. S. 23 ff.). Das österreichische Pflegegeld sei den Leistungen der deutschen Pflegeversicherung wesensgleich. Es werde ebenfalls aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandes gewährt.²⁰³ Zum einen bestehe auch im österreichischen Recht ein Anspruch auf Pflegegeld nur für Bezieher einer Pension nach dem allgemeinen Sozialversicherungsrecht. Läge hingegen eine Sonderleistung vor, müsste sie jedem zustehen, der in Österreich pflegebedürftig werde; dies sei jedoch nach österreichischem Recht nicht der Fall.²⁰⁴

Zum anderen obliege die Auszahlung den Pensionsversicherern, dies spreche ebenfalls für eine Leistung der sozialen Sicherheit.²⁰⁵

Das Risiko des Eintritts einer Pflegebedürftigkeit stehe zudem in keinem konkreten Zusammenhang mit den wirtschaftlichen oder sozialen Verhältnissen in einem Mitgliedstaat. Außerdem sei auch die Möglichkeit des Pflegebedürftigen, sich durch den Einsatz finanzieller Mittel Hilfe leisten zu lassen, nicht an einen bestimmten sozialen oder gesellschaftlichen Kontext gebunden.²⁰⁶

Inhaltlich sei es eine Ergänzung der Leistungen der Krankenversicherung, da es den Gesundheitszustand und die Lebensbedingungen der Pflegebedürftigen verbessern solle. Das Pflegegeld sei daher – unabhängig davon ob es beitragsunabhängig sei oder nicht – als eine finanzielle "Leistung bei Krankheit" im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. a der VO 1408/71 anzusehen. Da es bereits unter Abs. 1

202 Vgl. Rs. Jauch, Schlussanträge Generalanwalts Alber vom 14.12.2000, Tz. 66; 68.

203 Vgl. Rs. Jauch Tz. 26.

204 Vgl. Rs. Jauch, Schlussanträge des Generalanwalts Alber, Tz. 111.

205 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 27.

falle, könnte es von Art. 4 Abs. 2a der VO 1408/71 nicht mehr erfasst werden.

b) *Beitragsunabhängige Leistung*

Wie oben bereits erwähnt, werden die Auslagen der Pensionsversicherer für die Pflegegelder vom Bund erstattet. Dies spricht zunächst für eine beitragsunabhängige Leistung.

Die österreichische Regierung hat jedoch die für diese Ausgaben notwendigen Mittel im Bundeshaushalt durch Kürzungen des Bundeszuschusses für die Pensionsversicherung freigesetzt. Zum Ausgleich dafür wurde der von den Pensionsversicherungsträgern geschuldete Betrag zur Krankenversicherung um den gleichen Betrag verringert. Daraufhin wurden die Krankenversicherungsbeiträge für die Sozialversicherten erhöht, um dies zu kompensieren.²⁰⁷ Die österreichische Regierung räumte ein, dass die Erhöhung der Krankenversicherungsbeiträge über den Umweg der Kürzung der Bundeszuschüsse zur Pensionsversicherung zur Finanzierung des Pflegegeldes vorgenommen worden sei.²⁰⁸

Daraus folgert der EuGH, dass durch diese Verknüpfung mit den gestiegenen Krankenkassenbeiträgen das Pflegegeld durch die Versicherten finanziert worden und dadurch – zumindest mittelbar – beitragsabhängig sei.²⁰⁹ Zudem komme das so finanzierte Pflegegeld nur den Sozialversicherten zugute.²¹⁰

Das Pflegegeld sei damit keine Sonderleistung und zudem beitragsabhängig. Es erfülle daher nicht den Tatbestand des Art. 10a der VO 1408/71, nach dem die von Art. 4 Abs. 2 a der VO erfassten beitragsunabhängigen Sonderleistungen an den Berechtigten ausschließlich in ihrem Wohnmitgliedstaat gewährt werden.²¹¹

Vielmehr handle es sich bei dem Pflegegeld um eine Leistung bei Krankheit gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a der VO 1408/71, die dem allgemeinen Koordinationsystem und vor allem der Exportpflicht unterliege.²¹² Es sei daher gem. Art. 19 Abs. 1 b) der VO 1408/71 als eine Geldleistung unabhängig davon auszuführen, in welchem Mitgliedstaat ein Pflegebedürftiger wohne, der die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen erfülle.

206 Vgl. Rs. Jauch, Schlussanträge des Generalanwalts Alber, Tz. 101.

207 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 30, 31.

208 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 33.

209 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 33.

210 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 31.

211 Vgl. Rs. Jauch, Tz. 34.

212 Vgl. Landolt, ZIAS 2001, S. 128.

4. Ergebnis

Der EuGH entschied hier, dass die österreichischen Leistungsträger zur Zahlung verpflichtet sind, da soziale Leistungen grundsätzlich nicht vom Wohnsitz abhängig gemacht werden könnten.²¹³

Er hat sich über die nationale Einordnung der Rechtsnatur einer Leistung hinweggesetzt und eine gemeinschaftsrechtliche Auslegung zum Maßstab gemacht.

Während das Molenaar-Urteil noch als eine Einzelfallentscheidung bezüglich der deutschen Zuordnung des Pflegegeldes zur Krankenversicherung eingestuft werden konnte, bezieht der EuGH hier deutlich und präjudizierend für alle Pflegesysteme in Europa einen deutlichen Standpunkt. Er hat erkannt, dass die einzelnen Bereiche der nationalen Sozialversicherungssysteme in den Mitgliedstaaten unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu verschiedenen Zweigen der Sozialversicherung gemäß ihrer wahren Zweckbestimmung einheitlich beurteilt werden müssen. Nur so können Konstellationen vermieden werden, bei denen ein Bürger in keines der Systeme passt und daher Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verliert, die ihm durch die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten eigentlich zustehen sollten. Dies gilt insbesondere, wenn die Vergünstigungen Gegenleistungen für von ihm gezahlte Beiträge sind.²¹⁴

Der EuGH hat jedoch die Frage, ob Art. 10a der VO 1408/71 mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, offen gelassen. Er hat nämlich Art. 10a der VO 1408/71 eng ausgelegt und nur bei Leistungen für anwendbar erklärt, die sowohl eine Sonderleistung als auch beitragsunabhängig seien. Wie in den Rs. Kohll und Decker hat der EuGH hier eine gemeinschaftskonforme enge Auslegung gewählt, um hier den Bürgern erworbene Rechte zu sichern. Damit sind allerdings Zweifel an der Gemeinschaftsrechtskonformität des Art. 10a der VO 1408/71 nicht ausgeräumt, die Entscheidung ist nur vertagt worden.²¹⁵

213 Vgl. Rs. Jauch, Tenor des EuGH.

214 Vgl. Geiger, NJW 2001, S. 2773.

215 Vgl. Meier, EuZW 2001, S. 315.

E. Gesamtergebnis

Der EuGH hat klargestellt, dass die Mitgliedstaaten das EG-Recht nicht missachten dürfen und die nationale Gesetzgebung auch in Bereichen, die noch nicht harmonisiert sind, der Kontrolle der Gemeinschaft unterliegt.

Ein weiteres Ergebnis der neuen Rechtsprechung ist in der Auslegung und Bedeutung der Grundfreiheiten zu sehen. So haben die Kläger Molenaar, Decker und Kohll ihre subjektiven Rechte als Verbraucher geltend gemacht und durchgesetzt. In den Entscheidungen Peerbooms, Vanbraekel und Jauch wurde dies bestätigt und weiterentwickelt.

Lange Zeit war es üblich, die Grundfreiheiten, wie die Personen- und Warenverkehrsfreiheiten als eine Art "Nebenprodukt" der Wirtschaftsunion anzusehen. D. h. die Verkehrsfreiheiten für Personen und Waren waren notwendig, um das Funktionieren des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs zu gewährleisten, waren also "zweckgebunden" und sollten als Diskriminierungsverbote²¹⁶ Beschränkungen des Wirtschaftsverkehrs abbauen. Bei der Arbeitnehmerfreizügigkeit stand daher eher das "Grundrecht auf wirtschaftliche Mobilität" im Vordergrund als das Wohl des einzelnen Arbeitnehmers.²¹⁷ Der Verbraucher konnte sich nicht auf die einzelnen Verkehrsfreiheiten berufen.

Durch die Rechtsprechung des EuGH wurde klargestellt, dass die Wahlfreiheit des Verbrauchers, Pflegeleistungen oder andere medizinische Leistungen in dem Mitgliedstaat seiner Wahl in Anspruch zu nehmen, eine "passive Dienstleistungsfreiheit" darstellt, die genauso schützenswert ist, wie die aktive Dienstleistungsfreiheit und ebenfalls eingeklagt werden kann.²¹⁸ Die Rechtsposition der Verbraucher ist damit gestärkt worden.

Heute sprechen wir nicht mehr nur von den einzelnen Personen- und Warenverkehrsfreiheiten, sondern von den Grundfreiheiten. Dieselben EGV Artikel werden nun dahingehend ausgelegt, dass sie nicht mehr nur Beschränkungsverbote enthalten, sondern echte Grundrechte der Unionsbürger²¹⁹ beinhalten. Die Grundrechte stellen damit zweckungebundene,²²⁰ subjektive und einklagbare Bürgerrechte dar. Damit hat der EuGH einen weiteren Schritt vom

216 Vgl. *Füßer*, NJW 1998, S. 1763.

217 Vgl. *Novak*, EuZW 1998, S. 367; *Eichenhofer*, VSSR 2/1999, S. 102.

218 Vgl. hierzu auch *Reich*, S. 195 ff.; *Eichenhofer*, VSSR 2/1999, S. 103; *Pitschas*, S. 93; *Bieback*, NZS 2001, S. 562.

219 Eingeführt durch den Vertrag von Maastricht 1993 als Art. 8 ff., gefestigt durch den Vertrag von Amsterdam 1999, vgl. Art. 17 ff. EGV; vgl. *Füßer*, in: *Arbeit und Sozialpolitik* 1997, S. 31.

220 Vgl. *Füßer*, NJW 1998, S. 1763.

"Europa des Marktes" zum "Europa des Bürgers" getan²²¹ und der Unionsbürgerschaft auch einen sozialrechtlichen Gehalt gegeben.²²² Wieder einmal hat sich der EuGH damit als "Motor der Integration"²²³ erwiesen.

F. Fazit

Über die Berufung auf die Grundfreiheiten findet europäisches Wirtschaftsrecht seit den Entscheidungen Molenaar sowie Kohll und Decker auch auf die nationalen Sozialsysteme Anwendung.²²⁴ Die Entscheidungsbefugnis der nationalen Gesetzgeber für den Bereich der sozialen Sicherheit wird eingeschränkt,²²⁵ gleichzeitig ist dadurch die Chance für eine Angleichung der Sozialsysteme eröffnet worden. Zwar hat der EuGH wiederholt, dass die Gesetzgebungskompetenz für die Sozialsysteme weiterhin bei den Mitgliedstaaten liegt, aber die Waren- und Personenverkehrsfreiheiten des Gemeinschaftsrechtes bilden ein "Einfallstor" für die Anwendung der konkreten Regeln des EGV.²²⁶ Die jeweilige nationale Bestimmung gerät ins Spannungsfeld der europäischen Grundfreiheiten²²⁷ und ist daran zu messen. Wenn Bürger mit der Unvollständigkeit der Sozialunion in Konflikt geraten, ist der EuGH stets bemüht, zu Gunsten der Bürger und für den Leistungsexport zu entscheiden.²²⁸

Wenn Prüfungsmaßstab für Vorhaben im Bereich des Sozialrechts das Gemeinschaftsrecht ist, dann muss der nationale Gesetzgeber sich jedoch nicht nur an der Waren- und Dienstleistungsverkehrsfreiheit messen lassen.

Vielmehr sind neben allen Grundfreiheiten dann auch die Regeln des Wettbewerbes²²⁹ und die Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts Prüfungsmaßstab.²³⁰

Der EuGH hat seine Antwort auf die Vorlagefragen sehr eng gefasst und nur für die jeweils vorgelegten Fälle beantwortet. Damit hat der EuGH Spielraum, die

221 Vgl. *Füßer*, NJW 1998, S. 1763.

222 Vgl. *Meier*, EuZW 2001, S. 314.

223 Vgl. *Schneider-Danwitz*, SGB 2000, S. 354.

224 Vgl. *Novak*, EuZW 1998, S. 366.

225 Vgl. *Kötter*, ZSF 2000, S. 28.

226 Vgl. *Hollmann/Schulz-Weidner*, ZIAS 1998, S. 188.

227 Vgl. *Novak*, EuZW 1998, S. 367; *Pitschas*, S. 94; *Schneider-Danwitz*, SGB 2000, S. 354.

228 Vgl. *Novak*, EuZW 2002, S. 477; *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 105.

229 Vgl. neue Entwicklung seit EuGH, Urt. v. 23.4.1991 (Rs. Höfner u. Elsen), Slg. 1991, I-1979; EuGH, Urt. v. 17.2.1993 (Rs. Poucet u. Pistre), Slg. 1993, I-637, Rz. 19; *Becker*, JZ 1997, S. 539; *Bieback*, EWS 1999, S. 362.

230 Vgl. *Kötter*, ZSF 2000, S. 29; Vgl. *Schulte*, in: Arbeit und Sozialpolitik, Teil 1, S. 44.

Eigenheiten der Systeme der einzelnen Mitgliedstaaten und der einzelnen Leistungen – wie zum Beispiel in den Rechtssachen Smits, Peerbooms und Vanbraekel bei stationären Behandlungen – bei weiteren Entscheidungen im Bereich der Sozialsysteme zu berücksichtigen.²³¹ Die Entwicklung ist hier noch offen. Es ist aber abzusehen, dass es durch den Konflikt mit den Grundrechten, dem Wettbewerbsrecht und dem Sekundärrecht zu einer weiteren Einschränkung der Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihre Sozialsysteme kommt.

Trotz der Einschränkungen für bestimmte Leistungsbereiche, wie der stationären Behandlung, ist klar, wenn die Bürger Europas die ihnen eingeräumten neuen Rechte wahrnehmen, dann wird eine weitere Öffnung der nationalen Sozialsysteme oder eine umfassende Harmonisierung unvermeidlich sein.²³²

Bei den nationalen Pflege- und Krankenversicherungsträgern wird es daher zu einem Umdenken kommen müssen. Nach der Entscheidung in den Rechtssachen Kohll und Decker konnte man in Deutschland noch auf die Unterschiede zwischen dem luxemburgischen Kostenerstattungssystem und dem deutschen Sachleistungssystem verweisen.²³³ Diese Ausflucht ist Deutschland seit der Entscheidung in den Rechtssachen Smits und Peerbooms nun verwehrt, da hier ebenfalls Sachleistungssysteme zur Prüfung vorlagen. Als Folgewirkung ist eine weitere Öffnung der Krankenkassen in Deutschland, eine freiere Wahl der Leistungen und Tarife im Ausland – und in der Folge auch im Inland – denkbar.

Diese Entwicklung sollte von den Sozialversicherungsträgern nicht als Bedrohung sondern auch als Chance gesehen werden.²³⁴ Zumindest im grenznahen Raum wird es üblich werden, Pflege- und Gesundheitsleistungen von beiden Seiten der Grenze in Anspruch zu nehmen. Es wird daher zu einem kooperativen Zusammenwirken der Sozialversicherungsträger auf beiden Seiten der jeweiligen Grenze kommen müssen.²³⁵

Allerdings müssen auch die möglichen Gefahren einer Öffnung bedacht werden. Es kann zu "Gesundheitstourismus" kommen, den sich nicht alle Versicherten leisten können. Daher müssen Wege gefunden werden, die notwendigen Leistungen allen zugänglich zu machen und einer Beschleunigung der Entstehung einer Zwei-Klassen Medizin entgegenzuwirken.

231 Vgl. *Berg*, EuZW 1999, S. 588.

232 Vgl. *Füßler*, NJW 1998, S. 1763.

233 Vgl. *Bieback*, NZS 2001, S. 563; 566; *Schulte*, in: Arbeit und Sozialpolitik, Teil 1, S. 39; 43; 44.

234 Vgl. *Hollmann/Schulz-Weidner*, ZIAS 1998, S. 214; Vgl. *Schulte*, in: Arbeit und Sozialpolitik, Teil 2, S. 52.

235 Vgl. *Schulte*, in: Arbeit und Sozialpolitik, Teil 1, S. 39.

Ob dazu eine enge Auslegung der EuGH-Rechtsprechung, eine Neuregelung der VO 1408/71²³⁶ oder eine darüber hinausgehende Harmonisierung notwendig ist, bleibt abzuwarten.

Auf keinen Fall darf es aber dazu kommen, dass eine Öffnung der Systeme mit einer Nivellierung verbunden ist, durch die eine Angleichung der Leistungsstandards "nach unten" durchgeführt wird. Dies gilt sowohl für die Behandlungs- und Versorgungsstandards als auch für die Entlohnung der im Pflege- und Gesundheitssektor Tätigen, die schon heute – bei gleichzeitig viel zu niedrigem Personalschlüssel – meist unterbezahlt sind. Von einer Schwächung bzw. Aushöhlung der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit würde auf lange Sicht niemand profitieren.²³⁷

Bei aller Begeisterung für die Geltung der Grundrechte als subjektive Rechte des einzelnen, darf eine Öffnung des Sozialbereichs nicht so weit gehen, dass Sozialleistungen nur noch eine Frage der Marktfähigkeit sind. Wie eingangs vorangestellt, darf die Versorgung von Kranken und Pflegebedürftigen nicht vorrangig nach rein marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichtet werden.

236 Vgl. ausführlich *Eichenhofer*, VSSR 2/1999, S. 121.

237 Vgl. *Zuleeg*, in: Ebsen, S. 107.

Literaturverzeichnis

- Becker, Ulrich, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, in: Juristen-Zeitung (JZ) 1997, S. 534-544.
- Berg, Werner, Grenzüberschreitende Krankenversicherungsleistungen in der EU, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht EuZW 1999, S. 587-591.
- Bieback, Karl-Jürgen, Die Kranken- und Pflegeversicherung im Wettbewerbsrecht der EG, in: Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS) 1999, S. 361-372.
- Bieback, Karl-Jürgen, Fünf Jahre SGB XI und die Besonderheiten der Pflegeversicherung, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 4-5/1999, S. 251-274.
- Bieback, Karl-Jürgen, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH – Das Urteil des EuGH "Smits/Peerbooms", in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2001, S. 561-569.
- Brackmann, Kurt (Hrsg.), Handbuch der Sozialversicherung, Sankt Augustin: 2002, zit.: Brackmann, Bearbeiter, Kapitel, Seite.
- Eichenhofer, Eberhard, Europarechtliche Probleme der sozialen Pflegeversicherung, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1994, S. 323 ff.
- Eichenhofer, Eberhard, Neuere Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Sozialrecht, in: Juristenzeitung (JZ) 1995, S. 1047 ff.
- Eichenhofer, Eberhard, Das Europäische koordinierende Krankenversicherungsrecht nach den EuGH-Urteilen Kohll und Decker, in: Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1999, S. 101-122.
- Europäische Kommission GD Beschäftigung und soziale Angelegenheiten: Sozialschutz bei Pflegebedürftigkeit im Alter in den 15 EU-Mitgliedstaaten und in Norwegen, Luxemburg, 1999.
- Fuchs, Maximilian (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 2. Auflage, Baden-Baden: 2000, zit.: Fuchs, Bearbeiter, §§, Rn.
- Füßer, Klaus, Die Vereinigung Europas und das Sozialversicherungsrecht: Konsequenzen der Molenaar-Entscheidung des EuGH, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1998, S. 1762-1763.
- Füßer; Klaus, Transfer sozialversicherungsrechtlicher Komplexleistungen ins Ausland – zur Öffnungsbereitschaft des aktuellen Sozialversicherungsrechts aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Arbeit und Sozialpolitik, 9-10/1996, S. 30-49.
- Geiger, Andreas, Pflegeversicherung besteht weltweit, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, S. 2772-2773.
- Groeben von der, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter, Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Auflage, Bd. 1-4, Baden-Baden: 1991, zit.: Groeben/Thiesing/Ehlermann, Band, Bearbeiter, §§, Rn.
- Hollmann, Susanne/Schulz-Weidner, Wolfgang, Der Einfluß der EG auf das Gesundheitswesen der Mitgliedstaaten, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1998, S. 180-214.
- Kingreen, Thorsten, Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, S. 3382-3385.

- Klein, Stefan, Deutsches Pflegeversicherungsrecht versus Europarecht?: Vereinbarkeit der deutschen Pflegeversicherung mit der europarechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit, 1. Auflage, Baden-Baden 1998.
- Kötter, Ute, Marktsteuerung im Gesundheitswesen und europäische Markt- und Wettbewerbsordnung, in: Sozialer Fortschritt (ZSF) 2000, S. 27-31.
- Landolt, Hardy, Nationale Pflegesozialleistungen und europäische Sozialrechtskoordination, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 2001, S. 111-159.
- Langer, Rose, Grenzüberschreitende Behandlungsleistungen – Reformbedarf für die Verordnung 1408/71?, in: Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 1999, S. 537-542.
- Langer, Rose, Konsequenzen der Privatisierung für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der Verordnung (EWG) 1408/71: Probleme und Lösungen, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS) 1997, S. 314-332.
- Luthe, Ernst-Wilhelm, Privilegien der Freien Wohlfahrtspflege aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 11/2000, S. 505-516.
- Meier, Gert, Anmerkung zum EuGH, Urt. v. 8.3.2001 – Rs. C- 215/99 (Friedrich-Rauch / Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter), in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, S. 312-315.
- Novak, Meinhard, EG-Grundfreiheiten und Europäisches Sozialrecht, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 1998, S. 366-369.
- Novak, Meinhard, Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten oder Dienstleistungen – Einheitliche Rechtfertigungstatbestände im EG- Vertrag, in: Der Betrieb (DB) 1997, S. 2589-2593.
- Novak, Meinhard, Anmerkung zu EuGH Urt. v. 12.07.2001 – Rs. C-368/98, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2001, S. 476-477.
- Oppermann, Thomas, Europarecht, 2. Auflage, München 1999.
- Pitschas, Rainer, Das Territorialitäts-Prinzip im Sachleistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung zwischen sozialpolitischer Souveränität und Gemeinschaftsrecht in: Ingwer Ebsen (Hrsg.) Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht, 1. Auflage, Baden-Baden: 2000, S. 83-102.
- Proske, Dieter, Die niederländische Lösung im Vergleich, Schriftreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, 1987, S. 204 ff.
- Reich, Norbert, Bürgerrechte in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999.
- Schirp, Wolfgang, Pflegeversicherung und Freizügigkeit der Arbeitnehmer, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1996, S. 1582 f.
- Schmidt, Michael, Guter Rat zur Pflegeversicherung, 3. Auflage, München 2000.
- Schneider-Danwitz, Annette, Freizügigkeit der Versicherten in der Krankenversicherung, in: Die Sozialgerichtsbarkeit (SGb) 2000, S. 354-359.
- Schulin, Bertram (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 4: Pflegeversicherungsrecht, München 1997, zit.: Schulin, Bearbeiter, §§, Rn.
- Schulte, Bernd, Einführung, in: Bernd Schulte (Hrsg.), Soziale Sicherheit in der EG – Verordnungen (EWG) 1408/71 und 547/72 sowie andere Bestimmungen, 3.

Auflage, München 1997. S. IX ff.

Schulte, Bernd, Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf das Deutsche Gesundheitswesen, Teil 1: Bestandsaufnahme, in: Arbeit und Sozialpolitik 7-8/2001, S. 36-49.

Teil 2: Perspektiven, in: Arbeit und Sozialpolitik 1-2/2002, S. 43-57.

Sieveking, Klaus (Hrsg.), Soziale Sicherung bei Pflegebedürftigkeit in der Europäischen Union, Baden-Baden 1998.

Zechel, Stephan, Die territorial begrenzte Leistungserbringung der Krankenkassen im Licht des EG-Vertrages, Berlin 1995.

Zuleeg, Manfred, Europarechtliche Probleme der gesetzlichen Pflegeversicherung – Leistungsexporte, Einordnung in das europarechtliche Leistungssystem, Koordinationsprobleme –, in: Ingwer Ebsen (Hrsg.), Europarechtliche Gestaltungsvorgaben für das deutsche Sozialrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2000, S. 103-118.

Zuleeg, Manfred, Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die deutsche Pflegeversicherung, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl) 1997, S. 445 ff.