

# Chancen und Risiken einer EU-Richtlinie

## zur Ausübung der Patientenrechte bei der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung

### – 2. Teil –

■ Bernd Schulte

#### 4. Die Umsetzung der EuGH-Judikatur in deutsches Recht

Der deutsche Gesetzgeber hat im *Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG)* vom 24. November 2003<sup>1</sup> durch die Neufassung des § 13 SGB V dieser europarechtlichen Vorgaben im nationalen Krankenversicherungsrecht Rechnung getragen.<sup>2</sup>

§ 140 e SGB V, der auch durch dieses Gesetzes eingeführt worden ist, gestattet den Krankenkassen, Verträge mit Leistungserbringern aus dem Geltungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 abzuschließen, d. h. aus den 27 EU-Mitgliedstaaten sowie den drei nicht EU-angehörigen EWR-Mitgliedstaaten Island, Liechtenstein und Norwegen.<sup>3</sup>

#### 5. Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung

##### 5.1. Politischer und rechtlicher Hintergrund

Am 2. Juli 2008 hat die Europäische Kommission den *Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung* vorgelegt.<sup>4</sup>

Vorausgegangen war dieser Initiative ein sog. „Reflexionsprozess auf hoher Ebene“ über *Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union*, der zu einer *Mitteilung der Europäischen Kommission* geführt hatte.<sup>5</sup> In diesem Prozess wurde die Forderung der Gesundheitsminister und anderer Akteure des Gesundheitswesens in der Europäischen Union aus dem Jahre 2003 bekräftigt, die Europäische Kommission solle nach Wegen suchen, wie die Rechtssicherheit im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung im Anschluss an die einschlägigen Entscheidungen des Europäischen EuGH<sup>6</sup> über das Recht der Patienten auf Inanspruchnahme medizinischer Versorgung in anderen Mitgliedstaaten verbessert werden könne.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission war es im Anschluss an diese Rechtsprechung des EuGH erforderlich, mehr Rechtsklarheit herzustellen, um eine allgemeine und effektive Anwendung der Rechte auf Inanspruchnahme und Erbringung von Gesundheitsleistungen sicherzustellen.

Aus diesem Grunde enthielt der *Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt*, den die Kommission Anfang 2004 vorgelegt hatte,<sup>7</sup> auch Bestimmungen, mit denen die Entscheidungen des EuGH zur Anwendung des Freizügigkeitsprinzips auf die Gesundheitsdienstleistungen zugunsten der Patienten in den Mitgliedstaaten kodifiziert werden sollten.

Dieser Vorschlag wurde jedoch vom Europäischen Parlament und vom Rat zurückgewiesen mit der Begründung, dass den Besonderheiten der Gesundheitsdienstleistungen, vor allem ihrer fachlichen Komplexität, ihrer Bedeutung in der Öffentlichkeit und ihrem hohen öffentlichen Finan-

---

Dr. Bernd Schulte, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

zierungsanteil nicht hinreichend Rechnung getragen worden sei. Solche Bedenken waren nicht zuletzt auch von deutscher Seite vorgetragen worden.<sup>8</sup>

Die auf einem überarbeiteten Richtlinienvorschlag aus dem Jahre 2006<sup>9</sup> beruhende *Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt*<sup>10</sup> hat deshalb Gesundheitsdienstleistungen vom sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen.<sup>11</sup>

Im Juni 2006 hatte der Rat *Schlussfolgerungen zu „Gemeinsamen Werten und Prinzipien in den EU-Gesundheitssystemen“*<sup>12</sup> angenommen, in denen die Bedeutung von Initiativen in Bezug auf gesundheitliche Dienstleistungen betont wurde, mit denen im Interesse der Unionsbürger für Klarheit über Rechte beim Wechsel des Aufenthalts von einem Mitgliedstaat in einen anderen gesorgt und gemeinsame Werte und Prinzipien zu Gewährleistung von Rechtssicherheit in einem rechtlichen Rahmen verankert werden sollten.

Auch das *Europäische Parlament* hat sich verschiedentlich an der Diskussion über die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung beteiligt, so im April 2005 mit einem Bericht über die Patientenmobilität und die Entwicklungen der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union,<sup>13</sup> im März 2007 mit einer *Entschließung zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*,<sup>14</sup> sowie im Mai 2007 mit einem *Bericht über Auswirkungen und Folgen der Ausklammerung von Gesundheitsdiensten aus der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt*.<sup>15</sup>

Die nationalen „Stakeholders“ des Gesundheitswesens und die Europäische Öffentlichkeit sind im Rahmen des vorstehend erwähnten „Reflexionsprozesses auf hoher Ebene“, im sog. *Offenen Gesundheitsforum*<sup>16</sup> von Personen aus einem breiten Spektrum Europäischer Gesundheitsorganisationen sowie über die *Hochrangige Gruppe für das Gesundheitswesen und die medizinische Versorgung*<sup>17</sup> in diesen Prozess eingebunden worden.

Im September 2006 hat die Europäische Kommission schließlich die *Mitteilung, „Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen“*<sup>18</sup> vorgelegt, in der alle betroffenen Akteure aufgefordert wurde, sich an einer Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zu beteiligen, deren Ziel es war, aus Sicht der Betroffenen die anstehenden Probleme zu benennen und einen Input zu deren Lösung und zu einschlägigen politischen Optionen zu erhalten.<sup>19</sup>

Der nun vorliegende Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission beruht u. a. auf den Erkenntnissen aus dem Konsultationsprozess auf Europäischer Ebene sowie aus einer Reihe externer Untersuchungen, Analysen und Studien aus den letzten Jahren.<sup>20</sup>

Als Ergebnis dieser Bestandsaufnahme sind schwerpunktmäßig folgende Ziele für eine sekundärrechtliche Regelung der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung herausgearbeitet worden: Zugang einschließlich

Vorabgenehmigungserfordernis zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung; Sicherheit und Qualität der Versorgung; Patientenrechte; grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Akteuren des Gesundheitswesens der Mitgliedstaaten; Leistungskataloge und Leistungsniveau; Auswertung der bisherigen Auswirkungen der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung; Daten zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung.

## 5.2. Die Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit ist neben der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Niederlassungsfreiheit der Selbständigen die dritte personale Grundfreiheit des EG-Vertrages und gewährleistet zusammen mit diesen den freien Personenverkehr in der Europäischen Union.

Die in Art. 49 ff. EG geregelte Dienstleistungsfreiheit erfasst sowohl die „aktive“ grenzüberschreitende Tätigkeit von Dienstleistungserbringern als auch die „passive“ Inanspruchnahme grenzüberschreitend erbrachter Dienstleistungen durch Leistungsempfänger, d. h. Patienten. Dabei ist die Dienstleistungsfreiheit in Parallele zur Warenverkehrsfreiheit nicht nur als ein begrenztes, die Inländergleichbehandlung gewährleistendes Diskriminierungsverbot zu verstehen, sondern als umfassendes Beschränkungsverbot aufzufassen.

Die Grundfreiheiten haben unmittelbare Wirkung und räumen insofern den Begünstigten unmittelbar wirkende subjektive Rechte ein. Auch die Dienstleistungsfreiheit entfaltet somit unmittelbare Rechtswirkungen, und zwar unabhängig von ihrer Ausgestaltung durch Sekundärrecht.

Der Begriff der Dienstleistung der Art. 49 ff. EG ist gemeinschaftsrechtlicher Natur und deshalb unabhängig von den – sich untereinander wiederum unterscheidenden – entsprechenden Begrifflichkeiten der Mitgliedstaaten auszulegen.

Unter die Dienstleistungsfreiheit fallen wirtschaftliche Betätigungen, die i. d. R. gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über die Freiheiten des Waren- und Kapitalverkehrs oder denjenigen über die Personenfreizügigkeit unterliegen (Art. 50 Abs. 1 EG). Durch die lediglich vorübergehende (Art. 50 Abs. 3 EG) Art der Leistungserbringung ist die Dienstleistungsfreiheit abzugrenzen von der Niederlassungsfreiheit, die auf die dauerhafte Integration in die Volkswirtschaft eines anderen Mitgliedstaats abzielt. (Dabei entbehrt das Kriterium „vorübergehend“ allerdings bislang einer hinreichenden zeitlichen Präzisierung.)

Die wirtschaftliche Natur der Betätigung, die Voraussetzung für das Vorliegen einer Dienstleistung ist, setzt keine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Das Entgelt muss eine wirtschaftliche Gegenleistung für die erbrachte Leistung sein.

Es kommt dabei allein darauf an, dass überhaupt ein Entgelt entrichtet wird, unabhängig davon, wer dies tut; ob

der Dienstleistungsempfänger selbst oder ein Dritter, z. B. ein Sozialleistungsträger oder der Staat.

Der Charakter einer Leistung als Dienstleistung i. S. des Gemeinschaftsrechts wird somit auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die entsprechende Leistung innerhalb eines *Systems der sozialen Sicherheit* erbracht wird. Aufbau und Ausgestaltung der sozialen Sicherungssysteme sind zwar nach dem bereits Ausgeführten Angelegenheit der Mitgliedstaaten, doch entbindet diese Zuständigkeitszuordnung nicht davon, das Gemeinschaftsrecht und damit sowohl die gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbote als auch das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbs (einschließlich Beihilfen)- und Vergaberecht sowie die Grundfreiheiten einschließlich der Dienstleistungsfreiheit zu beachten.

Da die Dienstleistungsfreiheit den Marktzugang für Angehörige anderer Mitgliedstaaten gewährleisten soll, gilt sie nur für *grenzüberschreitende Sachverhalte*, nicht hingegen bei Aktivitäten, die sich allein auf dem nationalen Markt abspielen. Diese Transnationalität ist kein Kriterium der Dienstleistung selbst, aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit der gemeinschaftsrechtlichen Regeln über die Dienstleistungsfreiheit.

### 5.3. Die Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt („Allgemeine Dienstleistungsrichtlinie“)

Die Entfaltung der Grundfreiheiten einschließlich der Dienstleistungsfreiheit und die Verwirklichung des durch sie konstituierten Binnenmarktes erfolgt zum einen durch die unmittelbare Anwendung der Grundfreiheiten – gleichsam i. S. eines „grundfreiheitlichen Mindeststandards“ –, zum zweiten durch die Aufhebung von Beschränkungen seitens der Mitgliedstaaten – namentlich im Wege der Einräumung der Inländergleichbehandlung –, sowie zum dritten auch durch die Beseitigung von Beschränkungen für diese Freiheiten durch sekundärrechtliche Rechtsetzung; Art. 55 EG verweist diesbezüglich auf Art. 47 EG und ermächtigt damit zum Erlass von Richtlinien, welche die Dienstleistungsfreiheit ausgestalten („liberalisieren“), indem sie entweder durch die gegenseitige Anerkennung von Diplomen u. ä. die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten erleichtern (Abs. 1) oder aber die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten koordinieren (Abs. 2).

Gestützt auf Art. 55 EG i. V. m. Art. 47 Abs. 2 S. 1 u. 3 EG ist die *Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt* ergangen. Diese Richtlinie vom 12. Dezember 2006,<sup>21</sup> die von den Mitgliedstaaten bis Ende 2009 in nationales Recht umgesetzt werden muss, ist Bestandteil der im Jahre 2000 vom Europäischen Rat vereinbarten sog. Lissabon-Strategie, welche anstrebt, „Europa zum stärksten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt (zu) machen“ und zur Erreichung dieses Ziels u. a. dem Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum abträgliche nationale Beschrän-

kungen namentlich auch in Bezug auf die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen abzubauen sucht.

Während Dienstleistungen heute rd. 70 v. H. des Bruttoinlandsprodukts der Europäischen Union generieren, beträgt ihr Anteil am innergemeinschaftlichen Handel gegenwärtig lediglich rd. 20 v. H. und bleibt damit deutlich hinter der allgemeinen Binnenmarktentwicklung zurück.

Allerdings können sowohl diskriminierende als auch beschränkende Regelungen nach den geschriebenen Gründen des Art. 55 i. V. m. Art. 46 EG *gerechtfertigt* sein, wenn sie auf Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit beruhen. Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof ungeschriebene Rechtfertigungsgründe anerkannt, die er mit „zwingenden Erfordernissen des Allgemeininteresses“ umschreibt, und mit Blick auf die fundamentalen Ziele und Grundsätze des Binnenmarktes (Art. 14 EG) einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterwirft.

Die in den Mitgliedstaaten noch bestehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können nicht bereits allein durch die unmittelbare Anwendung der Art. 43 u. 49 EG beseitigt werden, weil deren Handhabung von Fall zu Fall etwa im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof sowohl für die nationalen Stellen als auch für die Gemeinschaftsorgane äußerst kompliziert und aufwändig gewesen wäre und weil zudem zahlreiche Beschränkungen nur im Wege der vorherigen Koordinierung der nationalen Regelungen und der sie praktizierenden zwischenmitgliedstaatlichen Verwaltungszusammenarbeit beseitigt werden können.

Auch schafft erst die Setzung von Sekundärrecht die Voraussetzungen dafür, dass die in Frage stehenden Hindernisse in allen Mitgliedstaaten zeitgleich beseitigt, die von ihnen geforderten positiven Maßnahmen gleichzeitig erfolgen und damit Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden.

Ziel der Dienstleistungsrichtlinie ist die Schaffung eines Rechtsrahmens, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten gewährleistet. Ihr sachlicher Anwendungsbereich ist allerdings enger als derjenige der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit: Sie findet nämlich u. a. keine Anwendung auf

*„Gesundheitsdienstleistungen, unabhängig davon, ob sie durch Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erbracht werden, und unabhängig davon, wie sie auf nationaler Ebene organisiert und finanziert sind, und ob es sich um öffentliche oder private Dienstleistungen handelt“* (Art. 2 Abs. 2 Buchst. f).

Laut Erwägungsgrund 22 der RL 2006/123/EG soll der Ausschluss der Gesundheitsleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie gesundheits- und pharmazeutische Dienstleistungen umfassen, die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, wenn diese Tätigkeiten

in dem Mitgliedstaat, in dem sie erbracht werden, einem reglementierten Gesundheitsberuf vorbehalten sind.

Dies bedeutet laut „*Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie*“ der Europäischen Kommission,<sup>22</sup> dass Dienstleistungen, die nicht gegenüber einem Patienten, sondern gegenüber Leistungserbringern selbst – auch gegenüber einem Krankenhaus – erbracht werden, wie z. B. Buchhaltungsdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen, Sekretariats- und Verwaltungsdienstleistungen, die Bereitstellung und Aufrechterhaltung medizinischer Ausrüstungen, sowie die Dienstleistungen medizinischer Forschungszentren von der Ausnahme nicht erfasst werden und damit der Richtlinie unterliegen.

Darüber hinaus deckt die Ausnahmeregelung keine Aktivitäten ab, die nicht zur Erhaltung, Beurteilung oder mit der Herstellung des Gesundheitszustandes von Patienten gedacht sind. So werden z. B. Tätigkeiten, die auf eine Verbesserung des Wohlbefindens bzw. der Erspannung abzielen, wie Sport- oder Fitnessclubs, von der Dienstleistungsrichtlinie erfasst und müssen Gegenstand von Umsetzungsmaßnahmen sein.

Überdies gilt die Ausnahme nur für Tätigkeiten, die Angehörigen eines reglementierten Gesundheitsberufs in dem Mitgliedstaat vorbehalten sind, in dem die Dienstleistung erbracht wird. Dienstleistungen, die ohne spezifische berufliche Qualifikationen erbracht werden können, sind mithin gleichfalls in Umsetzungsmaßnahmen einzubeziehen. Schließlich bezieht sich die Ausnahme für Gesundheitsdienstleistungen im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie lediglich auf Dienstleistungen für die menschliche Gesundheit (und gilt damit z. B. nicht für das Veterinärwesen).

Die Abgrenzung von Dienstleistungen, die unter die Richtlinie fallen, und solchen, die als Gesundheitsdienstleistungen ausgenommen sind, ist in der Weise vorgenommen worden, dass auf die Tätigkeit von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen abgestellt wird. (Bei den sozialen Dienstleistungen fehlt es an einer solchen berufsbezogenen Abgrenzung.)

Im Erwägungsgrund 23 der RL 2006/123/EG wird klargestellt, dass die Dienstleistungsrichtlinie auch nicht die Kostenerstattung für eine Gesundheitsdienstleistung betreffen soll, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem der Empfänger der Behandlung seinen Wohnsitz hat, erbracht worden ist, mithin nicht die Problematik der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen regelt. Soweit diese Problematik nicht bereits von der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 erfasst werde, sei sie „in einem anderen Rechtsakt der Gemeinschaft zu behandeln, um mehr Rechtssicherheit und -klarheit zu erreichen.“

Hatte die Europäische Kommission mit ihrem ersten Richtlinienvorschlag aus dem Jahre 2004 auch die Gesundheits- und Sozialdienstleistungen erfassen wollen, so war dieses Vorhaben am Widerstand aus einer Reihe von Mitgliedstaaten – insbesondere auch aus Deutschland – und im Europäischen Parlament gescheitert, weil zum

damaligen wie auch noch zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Voraussetzungen für die notwendige Koordinierung und insbesondere auch die notwendige Zusammenarbeit der betroffenen Stellen der Mitgliedstaaten insbesondere etwa bei der Kontrolle der Leistungserbringung im Zielstaat durch den Herkunftsstaat insoweit nicht gegeben zu sein schienen, als wichtige Interessen der Bevölkerung, namentlich die Volksgesundheit nicht hinreichend geschützt worden wären. Dies trifft auf gesundheitliche Dienstleistungen deswegen zu, weil bei ihnen die Bedeutung von Sicherheit und Qualität der Leistungserbringung angesichts der unmittelbaren Betroffenheit von Leib und Leben der Patienten als Leistungsnehmer besonders augenfällig zutage tritt.

In der *Stellungnahme des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über Auswirkungen und Folgen der Ausklammerung der Gesundheitsdienste aus der Dienstleistungsrichtlinie*<sup>23</sup> wird die Ausklammerung der Gesundheitsdienste aus dem Geltungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich begrüßt, weil die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung durch bestehende Rechtsvorschriften abgedeckt sei und Gesundheits- und Sozialdienstleistungen ein höheres Gut darstellten und durch weitere Rechtsvorschriften auf Europäischer Ebene anerkannt werden sollten. Zugleich wird betont, dass die Gesundheitsdienstleistungen deshalb nicht wie andere Dienstleistungen zu behandeln seien, weil sie durch eine Asymmetrie der Information zwischen Patienten und Versorgungserbringern, einem hohen Anteil öffentlicher Finanzierung, durch eine auf die Leistungserbringer zurückzuführende Nachfrage und durch die Auswirkungen auf Nachfrage und Angebot bei Gesundheitsdiensten durch Versicherungssystem gekennzeichnet seien.

Zugleich wird die Kommission aufgefordert, eine sektorale Richtlinie für Gesundheitsdienstleistungen vorzuschlagen, in welche die Sozialpartner und Entscheidungsträger einzubeziehen und die Befugnis der nationalen und regionalen Behörden zur Organisation, Finanzierung und Modernisierung der Gesundheitssysteme anzuerkennen seien und in der darüber hinaus klargestellt werden solle, unter welchen Bedingungen die Anwendung von Regulierungsinstrumenten unter Berücksichtigung der Vorschriften des EG-Vertrags über Freizügigkeit, Wettbewerb und staatliche Beihilfen gerechtfertigt ist.

Zugleich wird auf das bestehende Spannungsverhältnis zwischen gesundheitspolitischen Zielen und Zielen des Binnenmarktes für Dienstleistungen hingewiesen, bei dem im Konfliktfall immer die gesundheitspolitischen Zielsetzungen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses (z. B. öffentliche Gesundheit und damit verbundene sozialpolitische Zielsetzungen, Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit u. a.) Vorrang genießen soll.

Ein wesentliches Anliegen der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie – und insofern ist ihr Regelungsinhalt auch wegweisend für die künftige „Patientenrichtlinie“, die im Vergleich zur allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie

in Bezug auf die verwaltungsmäßige Umsetzung und die Zusammenarbeit der beteiligten Stellen der Mitgliedstaaten weniger detailliert und „dicht“ ist – ist die Verwaltungsvereinfachung. Dazu gehören u. a. die Schaffung einheitlicher Anspruchsstellen für EU-ausländische Leistungserbringer, ein Recht von – aktuellen und potenziellen – Leistungsnehmern auf Information, eine im Grundsatz auf elektronischem Wege erfolgende Verfahrensabwicklung sowie auch eine Vereinfachung von Verfahren, namentlich von Genehmigungsverfahren.

Es gilt hier zu berücksichtigen, dass es sowohl Träger als auch Erbringer von Dienstleistungen häufig – und im Falle von Gesundheitsdienstleistungen sogar typischerweise – mit Personen zu tun haben, die über wenig Marktkenntnis und Durchsetzungsfähigkeit – kurz: über wenig „Marktsouveränität“ – verfügen und deshalb in besonderem Maße auf Information, Beratung und Hilfe bei der Leistungsanspruchnahme und auch bei der Rechtsdurchsetzung – nicht zuletzt auch von Seiten der Leistungserbringer selbst – angewiesen sind. Dies gilt in besonderem Maße gegenüber ausländischen Leistungserbringern.

Die Verankerung des sog. *Herkunftslandprinzips* bei den gesundheitlichen Dienstleistungen wäre vor diesem Hintergrund geeignet gewesen, dieses auf dem Gesundheitssektor bestehende informationelle und sachkundliche „Gefälle“ zwischen Leistungserbringern und Leistungsnehmern zu Ungunsten der letzteren noch zu vergrößern, weil grundsätzlich das Recht des Herkunftslands an die Stelle des Rechts des Staates der Leistungserbringung selbst getreten wäre und die Leistungsnehmer es im Hinblick auf das anwendbare Recht nicht nur mit dem (ohnehin i. d. R. sehr komplizierten) eigenen – hierzulande dem deutschen – Recht, sondern ggf. mit einer der – heute 26 – fremden Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten zu tun gehabt hätten. Insofern war die ursprünglich vorgesehene Erstreckung der allgemeinen Dienstleistungsrichtlinie auch auf gesundheitliche Dienstleistungen wohl in der Tat zumindest verfrüht.

Das im Entwurf 2004 vorgesehene Herkunftslandprinzip, welches das Recht des Staates des Sitzes des Dienstleistungserbringers für die Dienstleistungserbringung für maßgeblich erklärt hätte, ist durch eine Bestimmung über die *Dienstleistungsfreiheit* ersetzt worden, die das Recht von Leistungserbringern bekräftigt, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu erbringen, und die den Zielmitgliedstaat verpflichtet, die freie Aufnahme und Ausübung derartiger Tätigkeiten zu gewährleisten. Der Bestimmungs- oder Zielstaat EU-ausländischer Dienstleistungen darf seinerseits innerstaatlich bestehende Anforderungen an Gegenstand und Erbringung solcher Leistungen deren EU-ausländischen Erbringern gegenüber nur dann zur Geltung zu bringen, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung, des Umweltschutzes oder der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt ist und wenn den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit Genüge getan worden ist.

Ein in dem erwähnten Erwägungsgrund zur Dienstleistungsrichtlinie angesprochener „*anderer Rechtsakt der Gemeinschaft*“ eröffnet die Chance, die Dienstleistungserbringung im Gesundheitsbereich sachgerechter, weil auf die Besonderheiten dieses Dienstleistungssektors zugeschnitten zu behandeln, zumal die Gesundheits- wie auch die Sozialdienstleistungen aufgrund wirtschaftlicher und arbeitsmarktpolitischer Umstrukturierungen, wegen der demographischen Entwicklung und des gesellschaftlichen Wandels einem grundlegenden Wandel unterworfen sind.

Dabei mag an dieser Stelle schon der Hinweis am Platz sein, dass sich gesundheitliche und soziale Dienstleistungen nicht in dem Maße trennen lassen, wie dies „negativ“, d. h. durch ihren Ausschluss vom Anwendungsbereich der Richtlinie in der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt geschehen ist und wie dies im Vorschlag für die Patientenrichtlinie gleichfalls „positiv“, weil nur diese Art von Dienstleistungen regelnd, vorgesehen ist, gibt es doch einen weiten Überschneidungsbereich zwischen beiden Dienstleistungsarten beispielsweise bei der Pflege und der Rehabilitation.

Auch die „offene Methode der Koordinierung“ als politische Strategie wird auf Gesundheitswesen und Altenpflege gemeinsam angewandt (wie Anfang des Jahres diskutiert auf einer internationalen Fachtagung des Bundesministeriums für Gesundheit in Potsdam).

In diesem Sinne konsequent hat der Europäische Gerichtshof erstmalig im Jahre 1998 in seinem Urteil in der Rechtssache Molenaar<sup>24</sup> und seitdem in einer Reihe weiterer Entscheidungen<sup>25</sup> für Recht erkannt, dass auch die Pflegebedürftigkeit als „Leistungen bei Krankheit“ i. S. d. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a VO 1408/71 anzusehen sind und deshalb in den Anwendungsbereich der Koordinierungsvorschriften über die soziale Sicherheit der Wandererwerbstätigen fallen und wie medizinische Behandlungsmaßnahmen den Koordinierungsregeln der Art. 19 ff. VO 1408/71 unterliegen. Tragender Erwägungsgrund ist dabei der Umstand, dass Pflegebedürftigkeit durch Krankheit und Behinderung hervorgerufen wird und Pflegeleistungen auch der Gesundheit der Betroffenen dienen.

In Art. 34 der die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ersetzenden Verordnung (EG) Nr. 883/2004 haben die Leistungen bei Pflegebedürftigkeit eine erste punktuelle Regelung gefunden in Gestalt eines Verbots der Kumulierung von Pflegegeld und Pflegeschleistungen zu Lasten ein und desselben Mitgliedstaats.<sup>26</sup>

Vor diesem Hintergrund wäre zu erwägen, auch in eine künftige Richtlinie über Gesundheitsdienstleistungen Pflegeleistungen explizit einzubeziehen. Gegenwärtig sind Pflegeleistungen nur betroffen, soweit sie durch „Professionelle“ ausgeführt bzw. unter deren Aufsicht erbracht werden. Die Abgrenzung im Einzelnen ist unklar, der Tatbestand der Erfassung nur eines Teils der Pflegeleistungen misslich. Optionen wären deshalb die Einbeziehung oder aber die gänzliche Herausnahme dieser Leistungen aus der „Patientenrechterichtlinie“.

#### 5.4. Gemeinschaftsrahmen für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung

Die Europäische Kommission schlägt in ihrem Richtlinienvorschlag die Schaffung eines Gemeinschaftsrahmens für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung vor, der die einschlägigen rechtlichen Definitionen und allgemeinen Regelungen beinhalten und sich in folgende drei Hauptbereiche gliedern soll: (1) *Gemeinsame Grundsätze aller Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten*, aus denen sich u. a. entnehmen lassen soll, welcher Mitgliedstaat für die Einhaltung der gemeinsamen Grundsätze der Gesundheitsversorgung verantwortlich ist und worin diese Verantwortung im einzelnen besteht, damit EU-weit Klarheit darüber hergestellt wird, welche Behörden welchen Mitgliedstaats die Standards der Gesundheitsversorgung festlegen und ihre Einhaltung überwachen;

(2) ein *spezifischer Rahmen für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung*, durch den klar gestellt werden soll, welche Ansprüche die Patienten auf gesundheitliche Versorgung in einem anderen Mitgliedstaat haben, einschließlich der Beschränkungen, welche die Mitgliedstaaten für eine solche Versorgung im Ausland festlegen können, und der Höhe, bis zu der die Kosten für grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung erstattet werden, ausgehend von dem Grundsatz, dass die Patienten einen Erstattungsanspruch in Höhe der Kosten haben, die für die betreffende Behandlung in ihrem Heimatstaat erstattet würden;

(3) die *Europäische Zusammenarbeit bei der Gesundheitsversorgung*, für die die notwendigen rechtlichen und administrativen Voraussetzungen u. a. festgelegt werden sollen wie Zusammenarbeit in Grenzregionen, Anerkennung ärztlicher Verschreibungen aus dem EU-Ausland, Schaffung Europäischer Referenznetze, Gesundheitstechnologiefolgenabschätzung, Datenerhebung sowie Gewährleistung von Sicherheit und Qualität der Versorgung.

#### 5.5. Kohärenz mit anderen politischen und rechtlichen Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft

##### 5.5.1. Europäisches koordinierendes Sozialrecht

Die vorgeschlagene „Patientenrichtlinie“ soll den bestehenden rechtlichen Rahmen für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Gestalt der auf Art. 42 EG (ex Art. 51 EGV) gestützten Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72 – demnächst ersetzt durch die Verordnung (EWG) Nr. 883/04 und ihre noch zu erlassene Durchführungsverordnung –, die sog. „Wanderverordnungen“ nicht ändern oder gar ersetzen; diese Verordnungen bleiben mithin bestehen und sind weiterhin anwendbar – ggf. nach Inkrafttreten der Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung eben dann neben den dort verbrieften, auf der Dienstleistungsfreiheit des Art. 49 EG beruhenden Rechten. Damit gäbe es nach Inkrafttreten der Richtlinie zwei getrennte Wege zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung: zum einen denjenigen über das „freizügigkeitsspezifische Sozialrecht“, wie es in den „Wan-

derverordnungen“ geregelt ist und welches den Personen, die als Versicherte in den persönlichen Geltungsbereich der Gemeinschaftsverordnungen fallen, das Recht gibt, in dem anderen Mitgliedstaat nach dessen Recht im Wege der sog. *Sachleistungsaushilfe* Leistungen der Gesundheitsversorgung auf Kosten des heimischen Versicherungsstaates in Anspruch zu nehmen, sowie zum anderen derjenige über die Dienstleistungsfreiheit, der auf den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten und in der Richtlinie zu konkretisierenden Grundsätzen über die grenzüberschreitende Inanspruchnahme und Erbringung von Gesundheitsleistungen beruht, wobei der Anspruch der Patienten auf *Kostenerstattung* begrenzt wird durch den Betrag, der bei Inanspruchnahme entsprechender Leistungen im Versicherungsstaat gewährt würde.

Ziele der Neuregelung des Europäischen koordinierenden Sozialrechts durch die Verordnung 883/04 sind die Modernisierung und die Vereinfachung des Europäischen Koordinierungsrechts. Die Frage, ob diese Ziele erreicht werden, ob insbesondere die Vereinfachung gelungen ist, ist zumindest auch insoweit mit einem Fragezeichen zu versehen, als die Leistungsanspruchnahme aufgrund der Dienstleistungsfreiheit nicht in die neue Verordnung Eingang gefunden hat mit der Folge, dass es, wie oben bereits angemerkt, ein Nebeneinander der Regelungen des Art. 20 VO 883/2004 und der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Wege der Dienstleistungsfreiheit gegenwärtig unmittelbar über Art. 49 EG über die „Patientenrichtlinie“ geben wird – nach den Worten eines sehr sachkundigen Kritikers dieser Neuregelung wohl mit dem Ergebnis einer „heillosen Verwirrung“.<sup>27</sup>

(da den Unterschieden zwischen beiden Rechtsinstrumenten Rechnung getragen werden muss und möglicherweise z. B. Differenzbeträge gezahlt werden müssen, die sich etwa ergeben können, wenn der „Wert“ der Sachleistung nach der Verordnung aufgrund von Selbstbeteiligungsregelungen geringer ist als der im Wege der Kostenerstattung zu beanspruchende Leistungsbetrag).

Demgegenüber hatte die Europäische Kommission bereits im Jahre 2002 vorgeschlagen, die Judikatur des EuGH zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Wege der Kostenerstattung in die neue VO 883/2004 aufzunehmen.<sup>28</sup>

In der Tat ist die Frage zu stellen, ob nicht die Aufnahme einer einheitlichen Regelung in die Verordnung 883/04 sachgerechter gewesen wäre (und vielleicht auch heute noch wäre), nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der langen – über 50jährigen – Praxis der Europäischen Sozialkoordinierung, welches sich im Wesentlichen bewährt hat. Der Weg über die Gemeinschaftsverordnung ermöglicht die Inanspruchnahme einer medizinischen Behandlung auch im EU-Ausland nach dem hierzulande praktizierten Sachleistungsprinzip, sieht mithin weder Vorauszahlungen der Patienten wie im Falle der Kostenerstattung noch eine Begrenzung des Leistungsbetrags auf das Inlandsniveau (z. B. die inländischen Vertragsätze) vor. Allerdings ist die Praxis der Sachleistungsaushilfe verbesserungsbedürftig, z. B. wegen der nicht seltenen Nichtak-

zeptierung der Europäischen Krankenversicherungskarte (EHIC) in einzelnen Mitgliedstaaten. Es ist deshalb zu begrüßen, dass der AOK-Bundesverband vorgeschlagen hat, Leistungserbringer, die bereit und verpflichtet sind, die Leistungsaushilfe über die EHIC abzurechnen, entsprechend zu kennzeichnen (z. B. durch Ausweisung des EHIC-Zeichen im Eingangsbereich der Praxis). Eine entsprechende Regelung könnte in die Durchführungsverordnung zur Verordnung 883/04 ihren Platz finden.

Eine Verordnung ist ein „Europäisches Gesetz“ und trifft eine entsprechende einheitliche und dann in allen Mitgliedstaaten in gleicher Weise geltende Regelung, während die flexible Richtlinie als „Europäisches Rahmengesetz“ lediglich das Ob und das Ziel der Regelung verbindlich vorschreibt, den Mitgliedstaaten aber Raum gibt im Hinblick auf das Wie der Umsetzung, so dass die endgültigen nationalen Regelungen stärker divergieren, als dies bei der Wahl des Rechtsinstruments der Verordnung der Fall wäre.

Im Hinblick darauf, dass der Vertrag von Lissabon für den neuen *Vertrag über die Anwendung des Vertrags über die Europäische Union* auch für das Europäische Koordinierungsrecht ein Abgehen von dem bisher gemäß Art. 42 EG geltenden Prinzip der Einstimmigkeit vorsieht, dürfte auch das heute für eine auf Art. 95 EG für die Rechtsangleichung im Binnenmarkt zielende Richtlinie geltende Grundsatz der qualifizierten Mehrheit für eine darauf gestützte Richtlinie und damit die einfachere Beschlussfassung im Rat kein entscheidendes Argument mehr dafür sein, die EuGH-Judikatur zur grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen wie derzeit in der „Patientenrechterichtlinie“ vorgesehen in einem eigenständigen Rechtsinstrument zu regeln.

Auch sind die ursprünglich von einigen Mitgliedstaaten gegen die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in die Verordnung 883/04 geltend gemachten Vorbehalte insoweit weggefallen, als nunmehr (was aber auch bereits im Jahre 2002 angesichts der Notwendigkeit, das Gemeinschaftsrecht in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen zur Geltung zu bringen, vorhersehbar gewesen wäre und auch vorausgesagt worden ist!) die Dienstleistungsfreiheit nicht nur in Krankenversicherungssystemen, die auf dem Kostenerstattungsprinzip beruhen, sondern auch in Gesundheitssystemen, die dem Sachleistungsprinzip folgen, und – seit „Watts“ – auch in nationalen Gesundheitsdienstsystemen gilt und auch dort angemessen umgesetzt werden muss.

### 5.5.2. Anerkennung von Berufsqualifikationen

Die *Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen*<sup>29</sup> bliebe von der „Patientenrechterichtlinie“ unberührt. Die Richtlinie 2005/36/EG legt die Vorschriften fest, nach denen ein Mitgliedstaat, der den Zugang zu einem reglementierten Beruf – auch im Gesundheitsbereich – oder dessen Ausübung in seinem Hoheitsgebiet an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen

knüpft, entsprechende in einem anderen Mitgliedstaat erworbene Berufsqualifikationen anerkennt, die ihren Inhaber berechtigen, dort diesen Beruf auszuüben.

Maßnahmen, die von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung des Richtlinienvorschlags ergriffen werden, um sicherzustellen, dass die gesundheitliche Versorgung nach klaren Qualitäts- und Sicherheitsstandards erfolgt, dürfen demnach keine neuen Hemmnisse für die Freizügigkeit der Angehörigen der Gesundheitsberufe nach Maßgabe der RL 2005/36/EG einführen.

### 5.6. Rechtsgrundlage

Der Richtlinienvorschlag (RL-V) beruht auf Art. 95 EG (ex-Art. 100 a EGV).

Diese Vorschrift ist durch die Einheitliche Europäische Akte und damit im Zuge der ersten „Revision“ des EG-Vertrages eingefügt worden mit dem Ziel, der angesichts der aufgrund des Einstimmigkeitsprinzips und der Vorgabe der Richtlinie als alleinigen Rechtsinstruments relativ starren Vorschrift des Art. 94 EG über die allgemeine Rechtsangleichung eine „dynamischere“ Rechtsgrundlage für Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Zwecke der Errichtung und der Gewährleistung des Funktionierens des Binnenmarktes an die Seite zu stellen.

Der Richtlinienvorschlag entspricht mit der Zielvorgabe, einen allgemeinen Rahmen für eine sichere, qualitativ hochwertige und effiziente grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung zu schaffen sowie die Freizügigkeit von Gesundheitsdienstleistern und Patienten herzustellen, dem *Binnenmarkterfordernis* des Art. 95<sup>30</sup> insofern, als dadurch auch im Gesundheitswesen die Herstellung eines – „sozial gestalteten“ – Europäischen Gesundheitsmarktes angestrebt wird.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission ist bei der Erbringung von Gesundheitsleistungen Folgendes für die Patienten unverzichtbar:

- die Bereitstellung klarer Informationen, damit die Bürger fundierte Entscheidungen über ihre Gesundheitsversorgung treffen können;
- die Gewährleistung der Qualität und Sicherheit der Gesundheitsversorgung;
- die Garantie der Kontinuität der Versorgung zwischen den verschiedenen behandelnden Angehörigen der Gesundheitsberufe und Einrichtungen; sowie
- die Bereitstellung der erforderlichen Mechanismen zur Abhilfe und ggf. Kompensation etwaiger durch die „Gesundheitsversorger“ verursachter Schädigungen.<sup>31</sup>

Gegenwärtig gebe es keine klaren Regelungen für diese Fragen auf Gemeinschaftsebene und diesem Missstand solle die vorgeschlagene Richtlinie abhelfen; dabei sollten Zuständigkeit und Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizi-

nische Versorgung, wie sich dies aus Art. 152 EG ergebe, in vollem Umfang gewahrt bleiben.

Weil größere Rechtsklarheit und Rechtssicherheit nicht von einzelnen Mitgliedstaaten im Wege nationaler Gesetzgebung – etwa nach dem Vorbild der deutschen Regelung in §§ 13 und 140 e SGB V – herbeigeführt werden könnten und somit die Ziele des Richtlinienvorschlags auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht in ausreichendem Maße zu erreichen, sondern wegen des Umfangs der Maßnahmen allein auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen seien, stehe der Vorschlag auch im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 EG).

Da nur allgemeine Grundsätze für die Schaffung eines Europäischen Rechtsrahmens aufgestellt würden, gehe die Richtlinie auch nicht über das für die Erreichung der angestrebten Ziele erforderliche Maß hinaus und entspreche somit auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

### 5.7. Die Ausgestaltung des Richtlinienvorschlags im Überblick

Dem Richtlinienvorschlag sind 46 *Erwägungsgründe* vorangestellt, die zur Auslegung der Richtlinie heranzuziehen wären.

Die Richtlinie ist sodann in fünf Kapitel gegliedert.

Die Allgemeinen Bestimmungen (Kapitel I) beschreiben Ziel (Art. 1), Geltungsbereich (Art. 2), das Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsvorschriften – u. a. zu den Verordnungen über soziale Sicherheit, insbesondere Art. 22 VO 1408/71/Art. 20 VO 883/04 (Art. 3) – und enthalten Begriffsbestimmungen (Art. 4).

Danach ist es *Ziel* der Richtlinie, einen allgemeinen Rahmen für eine sichere, hochwertige und effiziente grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung zu schaffen.

Der *Geltungsbereich* der Richtlinie erfasst jegliche Gesundheitsversorgung unabhängig davon, wie sie organisiert, ausgeführt oder finanziert wird, gleichgültig auch, ob sie öffentlich oder privat erfolgt. Weder auf die öffentlich- oder privatrechtliche Form der sozialen Absicherung – etwa Gesetzliche Krankenversicherungen oder Private Krankenversicherung – noch auf die entsprechende Rechtsnatur des Leistungserbringer kommt es an. Durch die Wahl der öffentlichen oder privaten Rechtsform wird man sich der Anwendbarkeit der Richtlinie also nicht entziehen können.

Was das *Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsvorschriften* angeht, so bleiben u. a. die Richtlinien über den Datenschutz, die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft sowie die Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten<sup>32</sup> grundsätzlich unberührt.

Zur *Gesundheitsversorgung* gehören *Gesundheitsdienstleistungen*, die von Angehörigen der Gesundheitsberufe in Ausübung ihres Berufs oder unter ihrer Aufsicht erbracht werden, gleichgültig, in welcher Weise diese Dienstleistung auf nationaler Ebene organisiert, bereit gestellt und finanziert wird oder wiederum, ob dies öffentlich oder privat erfolgt. Damit ist der Kreis der im EU-Ausland in Anspruch zu nehmenden Behandler ggf. größer, als dies im Inland der Fall ist (etwa wegen des Erfordernisses der vertragsärztlichen Zulassung). Dies gilt auch für private Kliniken, so dass sich ggf. das Problem der Inländerdiskriminierung stellt, weil Behandler oder Einrichtungen, die im Ausland im Wege der Kostenerstattung in Anspruch genommen werden dürfen, im Inland von der entsprechenden Leistungsanspruchnahme ausgenommen wären).

*Grenzüberschreitend* ist eine Gesundheitsversorgung dann, wenn eine Gesundheitsdienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat als dem erbracht wird, in dem der Patient versichert ist, oder wenn eine Gesundheitsdienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat als dem erbracht wird, in dem der Dienstleister wohnt oder niedergelassen ist (Behandlungsstaat).

Angehörige der *Gesundheitsberufe* sind Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen oder andere Fachkräfte, die im Gesundheitswesen tätig sind und einen reglementierten Beruf i. S. d. Art. 3 Abs.1 Buchst. a RL 2005/36/EG ausüben.<sup>33</sup>

Voraussetzungen und Umfang der Leistungsgewährung – z. B. Erfordernis der vorherigen Konsultation des Hausarztes/“general practitioners“ in seiner Funktion als „gate-keeper“ des Gesundheitssystems oder das Erfordernis einer Überweisung zum Facharzt oder ins Krankenhaus – richten sich nach dem Recht des Versicherungsstaates. Entsprechendes gilt für die eventuelle Vorausgenehmigung eines Heil- und Kostenplans sowie ggf. für die Zwischenschaltung einer bestimmten Institution wie z. B. des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen.

Die *Behandlungsmitgliedstaaten* sind gemäß Art. 5 RL-V zuständig für die Organisation und Bereitstellung der Gesundheitsversorgung. Dazu legen sie unter Beachtung der Grundsätze der Universalität, des Zugangs zu hochwertiger Versorgung, der Gleichbehandlung und der Solidarität Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gesundheitsversorgung fest und tragen gleichzeitig dafür Sorge, dass Mechanismen verfügbar sind, die gewährleisten, dass Gesundheitsdienstleister diese Vorgaben erfüllen können, und zwar unter Berücksichtigung der „internationalen medizinischen Wissenschaft“ und allgemein anerkannter medizinischer Praxis. Die Anwendung und Beachtung dieser Standards durch die Gesundheitsdienstleister muss regelmäßig überwacht, Abweichungen müssen sanktioniert werden. Gesundheitsdienstleister sind gehalten, einschlägige Informationen bereitzustellen, damit Patienten eine fundierte Entscheidung, insbesondere in Bezug auf Verfügbarkeit, Preise und Ergebnisse der Gesundheitsversorgung treffen können. Im Schadensfall müssen den Patienten Rechtsmittel zur Verfügung stehen. Auch muss es Systeme der Berufshaftpflichtversicherung oder



ähnliche Regelungen geben, z. B. „Garantien“ (Art. 5 Abs. 3 Buchst. e RL-V) (wobei dieser Begriff nicht so zu verstehen ist, als solle eine irgendwie geartete Garantiehaftung vorgesehen werden, wozu der Europäischen Gemeinschaft auch die Kompetenz fehlte); vielmehr muss die konkrete Ausgestaltung der Haftung Angelegenheit der Mitgliedstaaten bleiben. Es ist allein sicherzustellen, dass auch EU-ausländische Leistungsnehmer ggf. in den Genuss entsprechender Gewährleistungen kommen.

Patienten aus anderen Mitgliedstaaten müssen die gleiche Behandlung genießen wie Staatsangehörige des Behandlungsmitgliedstaats.<sup>34</sup>

Die *Versicherungsmitgliedstaaten* tragen grundsätzlich dafür Sorge, dass Versicherte, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben möchten, um dort Gesundheitsdienstleistungen in Anspruch zu nehmen, nicht daran gehindert werden, sofern die betreffende Behandlung nach dem Recht des Versicherungsstaates zu den Leistungen gehört, auf die der Versicherte Anspruch hat.

Dabei entspricht es der Logik des Richtlinienvorschlages und im Übrigen auch der primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG), dass Kostenerstattung überall dort verlangt werden kann, wo ein Anspruch auf Gesundheitsdienstleistungen besteht, mithin nicht nur in der gesetzlichen Krankenversicherung, sondern auch in der gesetzlichen Unfallversicherung, in der gesetzlichen Rentenversicherung, in der Sozialen Pflegeversicherung, im System der Beihilfe und auch in der Sozialhilfe.

Der Versicherungsstaat erstattet die dem Versicherten entstandenen Kosten in der Höhe, wie sie von seinem gesetzlichen Gesundheitssystem zu tragen gewesen wären, wenn „die gleiche oder eine vergleichbare Gesundheitsdienstleistung“ – hier dürfte es in der Praxis Abgrenzungsprobleme geben – in seinem Hoheitsgebiet erbracht worden wäre; dabei dürfen die tatsächlichen Kosten der erhaltenen Gesundheitsdienstleistungen nicht überschritten werden.<sup>35</sup> Sachleistungen sind in der Richtlinie nicht vorgesehen.

Der Versicherungsmitgliedstaat darf die Erstattung der Kosten einer *ambulanten Behandlung* in einem anderen Mitgliedstaat nicht von einer Vorabgenehmigung abhängig machen, falls die Kosten dieser Behandlung von seinem System der sozialen Sicherheit übernommen worden wären, hätte die Behandlung auf seinem Hoheitsgebiet stattgefunden.

Hinsichtlich der Kostenerstattung für in einem Krankenhaus stationär erbrachte Gesundheitsdienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat gelten nach Maßgabe der Richtlinie als „Krankenhausbehandlung“ eine Behandlung, die eine Übernachtung des Patienten für mindestens eine Nacht erfordert – ein praktikables Kriterium, wenn auch vielleicht noch nicht der Weisheit letzter Schluss –, sowie Behandlungen, die in einer Liste spezifischer Behandlungen enthalten sind, die keine Übernachtung des Patienten für mindestens eine Nacht erfordern.

Die Voraussetzungsgenehmigung ist eine „Ausnahme von der Regel“ und geht insofern über die bisherige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinaus. Dies ist allerdings unproblematisch, weil die geplante Regelung das Genehmigungserfordernis einschränkt und damit der Grundfreiheit ein weiteres Anwendungsfeld schafft. Offen ist allerdings die Frage, wer – die Europäische Kommission oder die Mitgliedstaaten – über das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes entscheiden soll.

Diese Liste enthält ausschließlich Leistungen, die entweder den Einsatz einer hochspezialisierten und kostenintensiven medizinischen Infrastruktur oder eine entsprechende medizinische Ausrüstung erfordern oder bei denen die Behandlung ein besonderes Risiko für den Patienten oder die Bevölkerung bedeutet.

Die Liste soll von der Europäischen Kommission erstellt und ggf. regelmäßig aktualisiert werden, (möglicherweise eine Verletzung der Kompetenz der Mitgliedstaaten für das Gesundheitswesen, wenn nicht die Kommission lediglich entsprechende Festlegungen der Mitgliedstaaten notifiziert).

Der Versicherungsmitgliedstaat darf ein *System der Vorabgenehmigung für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat* vorsehen, wenn dies gerechtfertigt ist, um das finanzielle Gleichgewicht des sozialen Sicherungssystems oder die Planung und Rationalisierung im Krankenhausesektor im Interesse einer umfassenden, d. h. flächendeckenden ausgewogenen und qualitativ hochstehenden Krankenhausversorgung zu gewährleisten, weil ansonsten die Erreichung dieses Ziels ernsthaft untergraben würde oder die Gefahr einer solchen Entwicklung bestünde.<sup>36</sup> Die Mitgliedstaaten sollten hier entscheiden dürfen, ob ein eine Einschränkung der Patientenmobilität rechtfertigender Grund vorliegt. Die Europäische Kommission wäre dann auf eine Missbrauchskontrolle beschränkt und letztlich würde ggf. der Europäische Gerichtshof entscheiden.

Der Versicherungsmitgliedstaat trägt dafür Sorge, dass einschlägige Verwaltungsverfahren auf objektiven, diskriminierungsfreien Kriterien basieren, die vorab veröffentlicht werden und die notwendig und dem angestrebten Ziel angemessen sind.

Er stellt auch Mechanismen sicher, die den Patienten auf Wunsch Informationen bezüglich der Inanspruchnahme der Gesundheitsversorgung in einem anderen Mitgliedstaat sowie der dafür geltenden Bedingungen – auch im Falle einer Schädigung und im Hinblick auf Rechtsbehelfe – bieten. Hier wäre – zumal im Interesse kleinerer Mitgliedstaaten – eine Präzisierung wünschenswert im Hinblick auf das Ausmaß der zur Verfügung zu stellenden Informationen.

Eine Gesundheitsdienstleistung, die in einem anderen Mitgliedstaat als dem erbracht wird, in dem der Patient versichert bzw. der Dienstleister niedergelassen ist, ist nach dem Recht des Behandlungsmitgliedstaates zu erbringen.

Die Mitgliedstaaten benennen *nationale Kontaktstellen* für die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung, um Patienten zu informieren, ihnen zu helfen, ihre Rechte zu schützen u. a. Im Sinne der Effektivität der grenzüberschreitenden Versorgung sind derartige Stellen – bei denen es sich ja nicht zwangsläufig um neu einzurichtende Behörden handeln muss, unverzichtbar als eine eindeutig identifizierbare Anlaufstelle für EU-ausländische Patienten. (Hier ist an die entsprechenden Vorkehrungen zu erinnern, die in der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, die insoweit Vorbildcharakter hat, vorgesehen sind. (Im Übrigen steht es dem von Bevölkerungszahl und Wirtschaftskraft größten Mitgliedstaat – und das ist die Bundesrepublik Deutschland – kaum an, diesbezüglich einen zu großen Verwaltungsaufwand zu beklagen, sondern man sollte die Auseinandersetzung mit der Kommission über diese Frage den kleineren Mitgliedstaaten überlassen, die diesbezüglich stärker belastet sind.)

Die Europäische Kommission trifft Maßnahmen für die Verwaltung des vorgesehenen Netzes nationaler Kontaktstellen, für Art und Typen der Daten, die erfasst werden und innerhalb des Netzes ausgetauscht werden sollen, und stellt Leitlinien auf für die den Patienten zur Verfügung zu stellenden Informationen.

Die Mitgliedstaaten unterstützen sich gegenseitig bei der Durchführung der Richtlinie.

Ist ein Arzneimittel zum Inverkehrbringen im Gebiet der Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich zugelassen, so ist sicherzustellen, dass *Verschreibungen* durch eine zugelassene Fachkraft in einem anderen Mitgliedstaat für einen bestimmten Patienten in ihrem Hoheitsgebiet eingelöst werden können. Einschränkungen der Anerkennung in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellter Verschreibungen sind auf das notwendige Maß zu begrenzen.

Arzneimittel und medizinische Heil- und Hilfsmittel, die Teil einer spezifischen Behandlung sind, sollten konsequenterweise auch unter die Richtlinie fallen. Eine entsprechende Ergänzung der Richtlinie wäre wünschenswert.

Die Europäische Kommission erlässt dafür Kontrollmaßnahmen.

Die Mitgliedstaaten erleichtern den Aufbau sog. *Europäischer Referenznetze* der Gesundheitsdienstleister, deren Ziel es ist, das Potenzial der Europäischen Zusammenarbeit für die hoch spezialisierte Gesundheitsversorgung von Patienten sowie für die Gesundheitssysteme durch Innovationen in Medizinwissenschaft und -technik zu verwirklichen und mitzuhelfen, allen Patienten den Zugang zu hochwertiger und kostengünstiger Gesundheitsversorgung zu ermöglichen, die kostengünstige Nutzung der Ressourcen durch eine angemessene Konstellation voranzutreiben u. a.

Die Europäische Kommission wird eine Liste spezifischer Kriterien und Bedingungen verabschieden, welche die Europäischen Referenznetze erfüllen müssen.<sup>37</sup>

Die Europäische Kommission trifft auch Maßnahmen zur Verwirklichung der Interoperabilität der *IKT-Systeme* im

Gesundheitsbereich, die dann gelten, wenn die Mitgliedstaaten derartige Systeme einführen.

Die Mitgliedstaaten tragen zum Aufbaubetrieb eines Netzes bei, das die für die *Technologiefolgenabschätzung* im Gesundheitswesen zuständigen Stellen verbindet.

Die Kommission trifft wiederum Maßnahmen für Aufbau und Betrieb dieses Netzes sowie Inhalt und Art der auszutauschenden Informationen.

Die Mitgliedstaaten sammeln statistische und andere *Daten über die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung* im Hinblick auf Behandlungen, Dienstleister, Patienten, Kosten und Ergebnisse im Rahmen ihrer allgemeinen Systeme zur Erfassung von Daten über die Gesundheitsversorgung und übermitteln diese jährlich der Kommission.

Ein *Ausschuss* unter Vorsitz der Kommission, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzt, unterstützt die Europäische Kommission bei ihren nach Vorgabe der Richtlinie zu erledigenden Aufgaben.

Weitere Vorschriften legen eine *Berichtspflicht der Kommission* über die Anwendung der Richtlinie fest, betreffen die Bezugnahme auf andere Rechtsvorschriften, ordnen die Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten in Gestalt der erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften an und regeln das Inkrafttreten der Richtlinie.

Ein erster Regelungsschwerpunkt des Richtlinienvorschlags besteht mithin in der Positivierung der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung unter Berücksichtigung der gemeinschaftlichen gesundheitspolitischen Grundwerte und -prinzipien Universalität, Gleichbehandlung, Zugang zu qualitativ guter Versorgung und Solidarität.

Ein zweiter Schwerpunkt liegt auf der Definition der stationären Behandlung und der Regelung der Vorabgenehmigung einer Krankenhausbehandlung.

Schließlich räumt der Richtlinienvorschlag der Kommission in bestimmtem Umfang Zuständigkeiten in Bereichen ein, in Ansehung derer es auf den ersten Blick möglich erscheint, dass sie in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zu fallen. Dies gilt insbesondere für die Liste von Spezialbehandlungen im Zusammenhang mit dem Genehmigungsvorbehalt bei Krankenhausbehandlungen sowie für diejenigen Bedingungen, welche an die Zugehörigkeit zu Europäischen Referenznetzen zu stellen sind.

## 6. Einzelne Diskussionspunkte

### 6.1. Die Wahl des Rechtsinstruments

Seit den EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen „Decker“/„Kohll“ et seq.<sup>38</sup> besteht neben dem Weg über das Europäische Koordinierungsrecht<sup>39</sup> ein weiterer und anders rechtlich fundierter und ausgestalteter Anspruch auf Auslandsbehandlung aufgrund der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EG). Diese Judikatur beruht auf der Rechts-

auffassung, dass die Grundfreiheiten des Gemeinsamen Marktes auch innerhalb des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts gelten, weil das Gemeinschaftsrecht zwar die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit – einschließlich ihrer Gesundheitssysteme – unberührt lässt, die Mitgliedstaaten aber bei der Gestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit – einschließlich ihrer Gesundheitssysteme – das Gemeinschaftsrecht und damit auch die Grundfreiheiten und zumal die Dienstleistungsfreiheit beachten müssen.

Diese Rechtserkenntnis des Europäischen Gerichtshofs ist nicht unwidersprochen geblieben: So lässt sich argumentieren, dass die Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten nicht nur – dies im Einklang mit der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs – im Hinblick auf ihren auf Versicherungszwang gründenden *persönlichen Anwendungsbereich* den Grundfreiheiten entzogen sind, sondern dass der Vorbehalt zugunsten der sozialen Sicherheit auch das Leistungserbringungsrecht erfasst.<sup>40</sup> Verneinte man damit die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der sozialen Sicherheit überhaupt, so wäre es Angelegenheit der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und damit der Verordnungen 1408/71 und 574/72 bzw. 883/04 und ihrer Durchführungsverordnung, die Patientenfreizügigkeit zu realisieren, und eine Regelung dieser Rechtsmaterie in einer auf Art. 55 EG i. V. m. Art. 47 EG gestützte Richtlinie über die Patientenfreizügigkeit wäre rechtlich gar nicht möglich.

Geht man mit dem EuGH davon aus, dass die Dienstleistungsfreiheit auch für das in die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit „eingebettete“ Leistungserbringungsrecht gilt, so stellt sich gleichwohl die Frage, ob es zwar nicht rechtlich geboten, aber möglicherweise rechtlich zweckmäßig wäre, diese Problematik im „freizügigkeitspezifischen Sozialrecht“ und damit in den vorgenannten Verordnungen zu regeln.<sup>41</sup>

In den Erwägungsgründen zum „Patientenrechterichtlinien“-Vorschlag heißt es – in Nr. 6 –, dass die Regelung der grenzüberschreitender Gesundheitsdienstleistungen in einem eigenständigen Rechtsinstrument der Gemeinschaft deshalb wichtig sei, weil diese Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt ausgeschlossen seien; durch die angestrebte sektorale Regelung solle eine allgemeinere und wirksame Anwendung der Grundsätze erreicht werden, die der Europäische Gerichtshof in seiner Judikatur zu dieser Problematik niedergelegt habe.

In den Erwägungsgründen – Nr. 9 – wird ferner klargestellt, dass die Richtlinie nicht im Bereich der Langzeitpflege gelten soll, für Personen, die über einen längeren Zeitraum einen besonderen Pflegebedarf haben. Die Richtlinie soll nicht anwendbar sein auf Heime oder betreutes Wohnen oder die Unterstützung von älteren Menschen oder Kindern durch Sozialarbeiter, ehrenamtliche Pflegekräfte oder Fachkräfte mit Ausnahme von Angehörigen der Gesundheitsberufe; Pflege, die von letzteren erbracht

wird, soll mithin – so der Gegenschluss – von der Richtlinie erfasst werden.

Allerdings wird unter Aufsicht von „Professionellen“ des Gesundheitswesens auch Pflege geleistet, die unter die Richtlinie fällt. Die Erfassung dieser *professionellen Pflege, die der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit dient*, erscheint konsequent. Gleichwohl ist in den Bereichen Langzeitpflege und Rehabilitation die Abgrenzung zwischen Gesundheitsdienstleistungen und Sozialdienstleistungen schwierig, da beide in einer Grauzone ineinander übergehen. Auch ist in den Bereichen Rehabilitation und auch Langzeitpflege die Abgrenzung zwischen Gesundheitsdienstleistungen und Sozialdienstleistungen schwierig, da beide in einer Grauzone ineinander übergehen (z. B. in den höheren Pflegestufen – Pflegestufe 2 und 3 – der deutschen Pflegeversicherung). Die *medizinische Rehabilitation* würde aber unter die Richtlinie fallen.

Nicht ohne Grund sind Gesundheitswesen und Langzeitpflege ja Gegenstand einer gemeinsamen OMK.<sup>42</sup>

Auch ist daran zu erinnern, dass der Europäische Gerichtshof Leistungen bei Pflegebedürftigkeit kraft Sachzusammenhangs – wegen ihrer Ursache in gesundheitlichen Problemen und ihrer entsprechenden Zwecksetzung<sup>43</sup> – als „Leistungen bei Krankheit“ i. S. d. Europäischen Koordinierungsrechts qualifiziert und die Pflegebedürftigkeit in Gestalt einer Regelung des Zusammentreffens von Geld- und Sachleistungen aus verschiedenen Mitgliedstaaten („Kumulierung“) eine erste ansatzweise Regelung im neuen Europäischen Koordinierungsrecht der Verordnung 883/04 (Art. 34) gefunden hat.

Der Richtlinienvorschlag sieht vor, dass Patienten, die sich nicht unter den in den Verordnungen 1408/71 bzw. 883/04 vorgesehenen Voraussetzungen zur Inanspruchnahme einer Gesundheitsdienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat begeben, in den Genuss der Grundsätze des freien Dienstleistungsverkehrs und der diese konkretisierenden Bestimmungen der Richtlinie kommen sollen und zwar solle ihnen die Übernahme der Kosten für diese Leistungen mindestens auf demselben Niveau gewährleistet werden wie im Falle einer Versorgung im Versicherungsmitgliedstaat.

Ein Patient kann sich mithin entweder auf die Verordnung 1408/71/883/04 oder demnächst auf die Richtlinie stützen. Auf jeden Fall soll derjenige, der eine Vorabgenehmigung für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat beantragt, diese Genehmigung nach Maßgabe der Voraussetzungen der Koordinierungsverordnung erhalten, wenn ihm diese Behandlung in seinem Heimatmitgliedstaat nicht innerhalb einer – unter Berücksichtigung seines Gesundheitszustandes und des voraussichtlichen Krankheitsverlaufs – medizinisch gebotenen Zeitspanne zuteil werden kann. Ein Patient soll durch die Richtlinie keinesfalls etwaiger günstigerer Ansprüche nach Maßgabe der Verordnungen verlustig gehen.

Der Patient kann entscheiden, welchen Mechanismus er bevorzugt. Laut Erwägungsgründen – Nr. 23 – dürfen aber keinesfalls – wenn die Anwendung der Verordnungen

günstiger ist – dem Patienten den sich daraus ergebenden Rechte vorenthalten werden. Damit wird die Vorgabe der Bedeutung des Europäischen Koordinierungsrechts gegenüber der neuen Richtlinie implizit anerkannt.

Europäisches Primärrecht hat Vorrang gegenüber Sekundärrecht. Der EG-Vertrag ist somit Grundlage, Rahmen und Grenze für eine auf seiner Grundlage – „insbesondere auf Artikel 95“ (so der Richtlinien-Vorschlag) – gestützte Richtlinie. Soweit das Sekundärrecht Primärrecht konkretisiert – die „Patientenrechterichtlinie“ den Art. 49 EG (Dienstleistungsfreiheit) –, ist es alleiniger Maßstab des mitgliedstaatlichen Handelns, gilt doch im Verhältnis von Primär- zu Sekundärrecht der Grundsatz, dass diejenige Rechtsquelle zunächst anzuwenden ist, die dem Regelungsgegenstand am nächsten steht, mithin ggf. die speziellere auch rangniedrigere Norm („Grundsatz der Normgeltung der niedrigsten Stufe“).

Vor diesem Hintergrund ist es ein legitimes Anliegen des Gemeinschaftsgesetzgebers, den im Lichte der EuGH-Rechtsprechung primärrechtlich durch die Grundfreiheiten, namentlich die Dienstleistungsfreiheit begründeten Anspruch auf EU-grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen sekundärrechtlich zu konkretisieren und damit anwendbarer zu machen. Insoweit vermag in der Tat eine „Patientenrichtlinie“ ein Mehr an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit sowie Rechtshandhabbarkeit zu bringen gegenüber einem aktuellen Rechtszustand, der auf einer spezifischen Auslegung der Dienstleistungsfreiheit durch den Europäischen Gerichtshof beruht und wegen seiner rechtlichen Fundierung in der ständig umfangreicher und komplexer werdenden einschlägigen EuGH-Judikatur gleichsam eine „Exegese“ dieses Europäischen Case Law voraussetzt.<sup>44</sup>

Im Hinblick auf die „Patientenrichtlinie“ mag man allerdings in diesem Zusammenhang auch die Frage aufwerfen, ob die einzelnen Vorschriften alle mit dem Primärrecht übereinstimmen. Hier ist zunächst festzuhalten, dass der Richtlinienvorschlag im Hinblick auf die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Gemeinschaft berücksichtigen muss, dass erstere für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gemäß Art. 152 EG zuständig sind und auch nach Inkrafttreten des AEU-Vertrags zuständig bleiben werden, da die Stärkung der Kompetenzen der Europäischen Union im Gesundheitswesen sich auf eine Intensivierung ihrer Koordinierungsaufgabe beschränkt.

Abstrakt formuliert müssen deshalb diejenigen Maßnahmen, die der Europäischen Kommission in dem Richtlinienvorschlag zur Regelung übertragen werden, daran gemessen werden, ob sie Aufgaben betreffen, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung der Bevölkerung fallen.

Dies mag z. B. für die Leitlinien gelten, welche die Kommission zusammen mit den Mitgliedstaaten erarbeiten soll (Art. 5 Abs. 3 RL-V) zur Definition dessen, was eine Krankenhausbehandlung oder eine dieser im Hinblick auf

den Genehmigungsvorbehalt gleichgestellten Spezialbehandlung ist, und in diesem Zusammenhang auch für die Erstellung einer Liste hochspezialisierter, kostenintensiver und risikoreicher Behandlungen.

Die grundsätzliche Einbeziehung auch der *Krankenhausbehandlung* in die Patientenfreizügigkeit entspricht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erscheint es in der Tat nicht nur zweckmäßig, sondern aus dem Blickwinkel von Mitgliedstaaten, die nicht das hiesigen Gesundheitsversorgungsniveau aufweisen, geradezu zwingend geboten, im Interesse der Planbarkeit und Sicherstellung eine angemessenen Gesundheitsversorgung die Möglichkeit eines Genehmigungsvorbehalts als „Ausnahme von der Regel“ vorzusehen. (Mag die Notwendigkeit einer derartigen Vorabgenehmigung für Krankenhausbehandlungen und bestimmte Formen der Spezialbehandlung aus deutscher Sicht zweifelhaft sein, so wird man diesbezüglich die durchaus anders gelagerte Interessenlage anderer Mitgliedstaaten, die in höherem Maße als Deutschland die Abwanderung von Patienten in anderen Mitgliedstaaten befürchten müssen, angemessen zu berücksichtigen haben.)

Nach den – allerdings unzureichenden – statistischen Daten und Schätzungen, die es diesbezüglich gibt, werden Gesundheitsdienstleistungen im EU-Ausland von Patienten in anderen Mitgliedstaaten in höherem Maße wahrgenommen, als dies hierzulande der Fall ist, wo das „Auslandsgeschäft“ auf lediglich 0,5 v. H. – EU-Durchschnitt: 1 v. H. – geschätzt wird.<sup>45</sup>

Fraglich ist allerdings, ob nicht das Kriterium der Übernachtung in der Einrichtung zu „grob“ ist und andere Formen der Krankenhausbehandlung, namentlich die ambulante und teilstationäre sowie die vor- und nachstationäre Behandlung, die möglicherweise auch im Hinblick auf Einschränkungen des Zugangs rechtfertigungsbedürftig und -fähig sind, zu kurz kommen. Auch erscheint die Liste der „rechtfertigungsfähigen“ Spezialbehandlungen diskussionswürdig: hier dürfte es von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedliche Ausnahmetatbestände geben.

Ein Augenmerk ist auch auf den Grundsatz der Gleichbehandlung zu richten: Dieser betrifft zum einen den Anspruch von Patienten aus anderen Mitgliedstaaten darauf, im jeweiligen Behandlungsmitgliedstaat mit Einheimischen gleichbehandelt zu werden, gilt aber auch für deren Anspruch auf Gleichbehandlung insofern, als EU-ausländische Patienten, die als Privatpatienten gegen Kostenerstattung Behandlung beanspruchen, keine Vorzugsbehandlung erhalten dürfen.

Darüber hinaus gilt das gesamte Europäische Antidiskriminierungsrecht, wie es sich aufgrund des Art. 13 EG und die darauf gestützten einschlägigen Richtlinien im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung wegen rassischer und ethnischer Herkunft, einer Behinderung, des Alters u. a. ergibt, auch für den Gesundheitsbereich. Auch diesbezüglich besteht im Hinblick auf die Reichweite

dieser Diskriminierungsverbote – etwa im Hinblick auf das Diskriminierungsmerkmal Behinderung – erheblicher Diskussionsbedarf.

Fraglich erscheint auch, ob die vorstehend skizzierten Befugnisse der Europäischen Kommission in Zusammenhang mit der Errichtung sog. Europäischer Referenznetze mit der Zuständigkeitsverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Europäischer Gemeinschaft vereinbar sind, handelt es sich doch bei der Gründung und Einrichtung derartiger Netzwerke jedenfalls auf den ersten Blick um eine Angelegenheit der Organisation und Ausgestaltung der Gesundheitssysteme, die den Mitgliedstaaten kompetenzziell zugewiesen sind.

Hier stellt sich im Übrigen die Frage, ob nicht der Weg über die OMK sachgerechter wäre.<sup>46</sup>

In „Decker“/„Kohlh“ hat der EuGH die Anwendbarkeit zum einen Warenverkehrs- und zum anderen Dienstleistungsfreiheit zunächst für ein Krankenversicherungssystem mit Kostenerstattungsprinzip – Luxemburg- und auch in Belgien und Frankreich – bejaht und in den Folgescheidungen „Geraets-Smits u. Peerbooms“ sowie „Watts“ diesen Grundsatz auf Krankenversicherungssysteme mit Sachleistungsprinzip – die Niederlande, aber auch Deutschland und Österreich – sowie staatliche Gesundheitsdienste – Großbritannien sowie Dänemark, Finnland, Italien, Schweden, Spanien – ausgedehnt. Mithin gelten die Grundfreiheiten innerhalb der Gesundheitssysteme allenthalben und unabhängig davon, welchem Systemtyp der jeweilige Mitgliedstaat folgt (mit der aus Sicht des Gemeinschaftsrechts auch unverzichtbaren Konsequenz, dass eine nationale Systemwahl nicht dazu führen kann, den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten einzuschränken, sondern dass die Dienstleistungsfreiheit für alle Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsnehmer gleichermaßen gilt). Entsprechendes gilt für die aus wichtigem Grunde zulässigen Einschränkungen der Grundfreiheiten, in Ansehung von Gesundheitsdienstleistungen insbesondere im Hinblick auf Krankenhausleistungen.

Gegen die Kostenerstattung als auf der Dienstleistungsfreiheit gründender Alternative zur Sachleistungsaushilfe im Rahmen des freizügigkeitsspezifischen Sozialrechts der „Wandererwerbstätigenverordnungen“ wird vorgebracht, dass damit der Umfang der Dienstleistungsfreiheit von der jeweiligen Ausstattung („Generosität“) des Gesundheitssystems des zuständigen Staates abhängig sei: Seien die Vergütungssätze höher als in anderen Mitgliedstaaten, könne der Versicherte die Leistungen in allen Staaten ungehindert in Anspruch nehmen, sonst aber nicht; deshalb sei einer Lösung der Vorzug zu geben, welche die Bewilligung einer Auslandsrankenbehandlung auf Antrag des Versicherten gemäß eines reformierten Art. 22 Abs. 1 Buchst. c VO (EWG) Nr. 1408/71 auch dann zulasse, wenn im zuständigen Staat selbst ein hinreichendes Leistungsangebot vorliege.<sup>47</sup> Kritisch anzumerken ist zu diesem Vorschlag, dass er zwar eine Europäisierung des Gesundheitsmarktes zur Folge hätte, jedoch möglicherweise in den im Hinblick auf das Gesundheitswesen weniger hoch entwickelte Mitgliedstaaten – etwa in den neuen Mitgliedstaaten Mittel-

und Osteuropas – einen „Sog“ in Richtung auf Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in im Hinblick auf die gesundheitliche Versorgung höher entwickelten Staaten (nicht zuletzt auch in Deutschland) auslösen würde mit der notwendigen Folge höherer Aufwendungen für das Gesundheitswesen in den betroffenen Versicherungsmitgliedstaaten und ggf. einer Verschlechterung der inländischen Versorgung.

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob die in dem Richtlinienvorschlag zum Ausdruck kommende Zweigleisigkeit – zum einen der Weg über das freizügigkeitsspezifische Sozialrecht, zum anderen der Weg über die Dienstleistungsfreiheit, konkretisiert in der künftigen Patientenrichtlinie der „Königsweg“ für die Lösung der Problematik der grenzüberschreitenden Krankenbehandlung ist, die in der Tat eine „Kernfrage“ des Europäischen koordinierenden Sozialrechts darstellt.<sup>48</sup> Sowohl der Sachzusammenhang mit dem Koordinierungsrecht als auch die anzustrebende Rechtsklarheit sind Gründe, die dafür ins Feld geführt werden können, die Regelung dieses Problems in Art. 20 VO 883/04 (heute noch: Art. 22 VO 1408/71) zu suchen.<sup>49</sup>

Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten zwar mehr Handlungsspielraum, die Verordnung verbürgt in stärkerem Maße die einheitliche Geltung.

Die Einfügung der Regelung der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme und Erbringung von Gesundheitsleistungen in die Verordnung 883/04 würde im Übrigen auch „profitieren“ von der jahrzehntelang bewährten Koordinierungsregelung. Dies spricht für die Positivierung der EuGH-Judikatur in der VO (EWG) Nr. 883/04,<sup>50</sup> zumal mit Inkrafttreten des AEU-Vertrages das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 42 EG entfällt.

Eine aktuelle Bilanz der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist auf einer internationalen Konferenz des Europäischen Instituts für Soziale Sicherheit Kooperation mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales gezogen worden, die im September 2008 in Berlin stattgefunden hat und auch einen Blick nach vorn auf die Neuregelung des Koordinierungsrechts geworfen hat.<sup>51</sup> Unabhängig von dieser Frage gilt: Zwar sind Patientenfreizügigkeit und Dienstleistungsfreiheit zumal im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie dargestellt bereits eine taugliche rechtliche Grundlage für die Ausgestaltung von Gesundheitsdienstleistungen, doch sind eigenständige sekundärrechtliche Regelungen gleichwohl im Sinne der Rechtsklarheit und größeren Konkretisierung zu begrüßen.<sup>52</sup>

## 6.2. Der Genehmigungsvorbehalt bei Krankenhausbehandlung u. ä.

Soweit Kritik daran geübt wird, dass der Europäische EuGH (wie auch die Verfasser des Vorschlags für die „Patientenrechterichtlinie“) mit dem Genehmigungsvorbehalt für stationäre Leistungen eine Unterscheidung treffen „zwischen der unbeschränkbaren Zugänglichkeit ambulanter

Krankenbehandlung und der nur eingeschränkten Zugänglichkeit von Krankenhausbehandlung, die nicht mehr überzeuge in einer Zeit, in welcher die Einsicht in die Fragwürdigkeit dieser Unterscheidung wächst und demgemäß die Grenze zwischen den beiden Behandlungsmodalitäten nicht mehr klar zu ziehen ist“, ist zwar zuzugeben, dass „die vom EuGH gezogene Grenze nicht das letzte Wort sein“ kann,<sup>53</sup> ist mithin der Kritik an der Art der Abgrenzung – ambulant versus stationär – zuzustimmen, nicht jedoch der Unterscheidung überhaupt, da sowohl ärztliche Behandlung als auch der Erwerb von Heil- und Hilfsmitteln (z. B. Brillen) in einem anderen Mitgliedstaat sehr viel teurer sein können als im Heimatstaat, der die Kosten letztlich tragen müsste, so dass ein Genehmigungsvorbehalt zum gegenwärtigen Zeitpunkt im Hinblick auf die finanziellen Kosten bestimmter Behandlungsmaßnahmen überhaupt gerechtfertigt erscheint.<sup>54</sup> Dabei wäre aber der vor- und nach- sowie teilstationären Behandlung wie der ambulanten Behandlung im Krankenhaus überhaupt differenzierter Rechnung zu tragen.

Soweit man zu dem Ergebnis kommt, dass einzelne Regelungen des Richtlinienentwurfs über das hinausgehen, was bislang auch im Lichte der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs von den Grundfreiheiten und damit vom Primärrecht unmittelbar verlangt wird, ist zu berücksichtigen, dass ein Abbau mitgliedstaatlicher Schranken für die Grundfreiheiten, der über das bislang diesbezüglich auch vom Gerichtshof Verlangte hinausgeht, eine freiheitserweiternde und binnenmarktfördernde Wirkung hätte, so dass eine Kollision mit dem Primärrecht in diesem Punkte nicht eintrete. In diesem Sinne ist eine über die bisherige Judikatur des Gerichtshofs hinausgehende Einschränkung etwa der Möglichkeit, einen Genehmigungsvorbehalt einzuführen, von den Grundfreiheiten her unbedenklich. Insofern ist auch das Regel-Ausnahmeverhältnis zwischen genehmigungsfreier und genehmigungsabhängiger Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen im EU-Ausland unbedenklich.

### 6.3 Die Aufgabenverteilung zwischen Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten

Im Hinblick auf die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die Gesundheitsversorgung begegnet die Zuweisung der Erstellung von Leitlinien für die Durchführung der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (Art. 5 RL-V) und für Europäische Referenzzentren (Art. 15 RL-V) und die Ausnahmeliste für Behandlungen, die einem Genehmigungsvorbehalt unterstellt werden können, Bedenken. Hier wäre klarzustellen, dass die Gewährleistungspflicht der Mitgliedstaaten sich auf das jeweils Vorhandene beschränkt.

Vorbehaltlich einer näheren Spezifizierung und ggf. auch eine Einschränkung dieser Aufgaben und einer detaillierteren Aufteilung und Abgrenzung zwischen Europäischer Kommission und Mitgliedstaaten könnten die hier von der Kommission zu treffenden Maßnahmen das Maß desjenigen überschreiten, was zuweilen als „schleichende

Europäisierung“ kritisiert, als zwangsläufige Entwicklung aber gleichwohl von den Mitgliedstaaten hingenommen werden muss, weil es nicht auf einer Kompetenzverletzung beruht, wie z. B. die nicht auf verbindliche Rechtsetzung, sondern auf politischer Selbstbindung der Mitgliedstaaten beruhende Einflussnahme der Europäischen Gemeinschaft durch den Prozess der „offenen Koordinierung“ auch auf das Gesundheitswesen.

Die nächsten Monate werden Gelegenheit geben, diese Fragen im Hinblick auf eine Ergänzung und Verbesserung des Richtlinienvorschlags zu diskutieren. Dabei wäre auch zu überlegen, inwiefern nicht einzelne Regelungsgegenstände nicht nur möglicherweise – etwa durch Einbeziehung in das Europäische Koordinierungsrecht – anders und möglicherweise dort besser zu regeln wären, sondern ob nicht etwa die Frage nach der Errichtung Europäischer Referenznetze eine Angelegenheit ist, die Gegenstand der OMK Gesundheitswesen und Langzeitpflege sein sollte, weil sie primär Angelegenheit der Mitgliedstaaten ist.

### Fußnoten

1 BGBl. I S. 2190

2 § 13 SGB V:

“3. (...) Versicherte sind berechtigt, auch Leistungserbringer in anderen Staaten, in denen die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. EG Nr. L 149 S. 2), in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist, anstelle der Sach- oder Dienstleistung im Wege der Kostenerstattung in Anspruch zu nehmen, es sei denn, Behandlungen für diesen Personenkreis im anderen Staat sind auf der Grundlage eines Pauschbetrages zu erstatten oder unterliegen aufgrund eines vereinbarten Erstattungsverzichts nicht der Erstattung. Es dürfen nur solche Leistungserbringer in Anspruch genommen werden, denen die Bedingungen des Zugangs und der Ausübung des Berufes Gegenstand einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft sind oder die im jeweiligen nationalen System der Krankenversicherung des Aufenthaltsstaates zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind.

4. Der Anspruch auf Erstattung besteht höchstens in Höhe der Vergütung, die die Krankenkasse bei Erbringung als Sachleistung im Inland zu tragen hätte. Die Satzung hat das Verfahren der Kostenerstattung zu regeln. Sie hat ausreichende Abschläge vom Erstattungsbetrag für Verwaltungskosten und fehlende Wirtschaftlichkeitsprüfungen vorzusehen sowie vorgesehene Zuzahlungen in Abzug zu bringen. Ist eine dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit nur in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum möglich, kann die Krankenkasse die Kosten der erforderlichen Behandlung auch ganz übernehmen.

5. Abweichend von Absatz 4 können in anderen Staaten, in denen die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. EG Nr. L 149 S. 2), in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist, Krankenhausleistungen nach § 39 nur nach vorheriger Zustimmung dann versagt werden, wenn die gleiche oder eine für den Versicherten ebenso wirksame dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Behandlung einer Krankheit rechtzeitig bei einem Vertragspartner der Krankenkasse im Inland erlangt werden kann.

3 § 140 e SGB V (Verträge mit Leistungserbringern im Geltungsbereich des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum)  
“Krankenkassen dürfen zur Versorgung ihrer Versicherten nach Maßgabe des Dritten Kapitels und des dazugehörigen untergesetzlichen Rechts Verträge mit Leistungserbringern nach § 13 Abs. 4 Satz 2 in Staaten abschließen, in denen die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit

- auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. EG Nr. L 149 S. 2), in ihrer jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist.“
- 4 KOM (2008) 414 endg.
- 5 Vgl. Europäische Kommission, Bericht über den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union sowie Mitteilung – Reaktion auf den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union –, Brüssel, den 20. April 2004 (KOM (2004) 301 endg.)
- 6 Siehe dazu oben 3.
- 7 KOM (2004) ...
- 8 Vgl. z. B. die Stellungnahme der Spitzenorganisationen der deutschen Sozialversicherung zu dieser Problematik. Gemeinsame Stellungnahme zu „Gesundheit in Europa: Ein strategischer Ansatz“ vom Dezember 2006, Brüssel 2007; ferner dies., Gemeinsame Stellungnahme vom 20. Dezember 2006 zur Mitteilung der Europäischen Kommission „Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen“ vom 26. September 2006; dies. (Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und -gestaltung (GVG) (Hg.), Stellungnahme zur Mitteilung der EU-Kommission vom 20.4.2004 zum Thema Patientenmobilität und den Entwicklungen der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union, Bonn 2004
- 9 KOM (2006) ...
- 10 ABl. EU 2006 Nr. L ...
- 11 Siehe dazu unten 4.2.; auch ABl. EG Nr. C 146 v. 22.6.2006 (Schlussfolgerungen des Rates 1. u. 2.6.2006)
- 12 10173/06 SAN 168 SOC 302 NE 132
- 13 A 6-0129/2005 endg.
- 14 B 6-0098/2007
- 15 A 6-0173/2007 endg.
- 16 Vgl. European Public Health Alliance, Schlussbericht des Offenen Gesundheitsforums. Herausforderungen und Zukunftsstrategie im Gesundheitswesen, Brüssel 2005
- 17 Vgl. Europäische Kommission, Bericht über die Arbeiten der Hochrangigen Gruppe für das Gesundheitswesen und die medizinische Versorgung 2006, Brüssel 2006
- 18 SEK (2006) 1195/4 v. 26. September 2006
- 19 Vgl. dazu Europäische Kommission, Zusammenfassung des Berichts über die Beträge zur Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen, Brüssel 2007 (Quelle: [http://ec.europa.eu/health/ph\\_overview/co\\_operation/mobility/results\\_open\\_consultation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/mobility/results_open_consultation_en.htm).)
- 20 Vgl. etwa European Observatory on Health Systems and Policies (Hg.), Wismar, M./Palm, W./Figuera, J./Ernst, K./van Ginneken, E., Cross-Border Health Care: Mapping and Analysing Health Systems Diversity, Brüssel 2007
- 21 ABl. EU Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36
- 22 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Luxemburg 2007, S. 14
- 23 Europäisches Parlament, Stellungnahme des Ausschusses für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz über Auswirkungen und Folgen der Ausklammerung der Gesundheitsdienste aus der Richtlinie über die Dienstleistungen im Binnenmarkt (Verf.: Harald Ettl), Brüssel 2006
- 24 EuGH, Rs. C-160/96 (Molenaar), Slg. 1998 I-843
- 25 EuGH, Rs. C-215/99 (Jauch), Slg. 2001 I-1901; Rs. C-286/03 (Hosse), Slg. 2005, I-1771; Rs. C-402/01 (Gaoumain-Cerri) u. C-31/02 (Barth), Slg. 2004, I-6483; Rs. C-212/06 (Gouvernement de la Communauté française u. a.), Urt. v. 1.4.2008 – in Slg. noch uv. (= EuroAS) (Informationsdienst zum Europäischen Arbeits- und Sozialrecht) 2008, S. 77 ff.)
- 26 Vgl. zu dieser Regelung etwa Spiegel, E., Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung. Überlegungen zur VO (EWG) Nr. 883/2004, in: Deutsche Rentenversicherung Bund/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht (Hg.), Die Reform des Europäischen koordinierenden Sozialrechts. Von der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur VO (EWG) Nr. 883/2004, Berlin 2007, S. 25 ff., 39 f.
- 27 Vgl. in diesem Sinne Spiegel, E., Die neue europäische Sozialrechtskoordinierung. Überlegungen zur VO (EWG) Nr. 883/2004, in: Deutsche Rentenversicherung Bund/Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht (Hg.), Die Reform des Europäischen koordinierenden Sozialrechts. Von der VO (EWG) Nr. 1408/71 zur VO (EWG) Nr. 883/2004, Berlin 2007, S. 25 ff., 36
- 28 Vgl. dazu Cornelissen, R., 50 Jahre Europäische Sozialrechtskoordinierung (Arbeitstitel), in: Eichenhofer, E. (Hg.), 50 Jahre Europäische Sozialrechtskoordinierung – Blick zurück und Zukunftsperspektiven (Arbeitstitel). Internationale Konferenz des European Institute of Social Security/Europäisches Institut für Soziale Sicherheit, Berlin, den 26. u. 27.9.2008), Berlin (i. Vorb.) 2009 (Veröff. i. Vorb.); dazu auch Schulte, B., Zusammenfassung der Ergebnisse der Konferenz, ebda.
- 29 ABl. EU 2005 Nr. L 255 S. 22 v. 30.9.2005
- 30 Vgl. zu dieser Problematik exemplarisch Schweitzer, M./Schroeder, W./Bock, A., EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz. Am Beispiel der neuen Tabakrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft, Heidelberg 2002
- 31 Europäische Kommission, Vorschlag für eine „Patientenrichtlinie“, aaO, S. 7. -  
Zum Werdegang der Richtlinie und ihrem Regelungsinhalt aus deutscher Sicht vgl. – sehr instruktiv – Niggemeier, F., Workshop zum geplanten Gemeinschaftsrahmen grenzüberschreitender Gesundheitsversorgung, in: Bundesministerium für Gesundheit, aaO, (Fn. 11), S. 87 ff.
- 32 Siehe dazu oben 5.5.1.
- 33 Siehe dazu oben 5.5.2.
- 34 Art. 5 RL-V (Zuständigkeit der Behörden des Behandlungsmitgliedstaats) “1. Die Behandlungsmitgliedstaaten sind zuständig für die Organisation und Bereitstellung der Gesundheitsversorgung. Dazu legen sie unter Beachtung der Grundsätze Universalität, Zugang zu hochwertiger Versorgung, Gleichbehandlung und Solidarität klare Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gesundheitsversorgung in ihrem Hoheitsgebiet fest und tragen gleichzeitig dafür Sorge, dass  
a) Mechanismen verfügbar sind, die gewährleisten, dass Gesundheitsdienstleister diese Normen erfüllen können, unter Berücksichtigung der internationalen Medizinwissenschaft und allgemein anerkannter medizinischer Praxis;  
b) die praktische Anwendung solcher Standards durch die Gesundheitsdienstleister regelmäßig überwacht wird und Abhilfemaßnahmen getroffen werden, wenn einschlägige Normen nicht eingehalten werden, unter Berücksichtigung der Entwicklung des ärztlichen Kenntnisstandes und der Medizintechnik;  
c) Gesundheitsdienstleister alle einschlägigen Informationen bereitstellen, damit Patienten eine fundierte Entscheidung, insbesondere in Bezug auf Verfügbarkeit, Preis und Ergebnisse der Gesundheitsversorgung, treffen können, sowie Angaben zu ihrem Versicherungsschutz oder anderen Formen des persönlichen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht;  
d) Patienten die Möglichkeit haben, im Falle eines Schadens aufgrund einer Gesundheitsdienstleistung Beschwerde einzulegen, und ihnen Rechtsmittel und Entschädigungen garantiert sind;  
e) Systeme der Berufshaftpflichtversicherung, Garantien oder ähnliche Regelungen, die gleichwertig oder im Wesentlichen vergleichbar im Hinblick auf ihren Zweck und nach Art und Umfang im Risiko?? sind, für Behandlungen in ihrem Hoheitsgebiet bestehen;  
f) das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre bei der Bearbeitung personenbezogener Daten in Übereinstimmung mit den Vorschriften zur Umsetzung dieses Ziels des Gemeinschaftsrechts zum Schutz der personenbezogenen Daten, insbesondere der Richtlinien 95/46/EG und 2002/58/EG, geschützt wird;  
g) Patienten aus anderen Mitgliedstaaten, die Gleichbehandlung wie Staatsangehörige des Behandlungsmitgliedstaats genießen, auch was den im Gemeinschaftsrecht wie auch im geltenden Recht des Mitgliedstaats niedergelegten Schutz vor Diskriminierung betrifft.  
2. Die Mitgliedstaaten berücksichtigen bei allen Maßnahmen zum Umsetzung dieses Ziels die Bestimmungen der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.  
3. Soweit dies notwendig ist, um die Erbringung grenzüberschreitender Gesundheitsdienstleistungen zu erleichtern, erarbeitet die Kommission, unter Berücksichtigung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus, in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten Leitlinien, um die Durchführung des Abs. 1 zu erleichtern.“
- 35 Art. 7 RL-V (Ambulante Behandlung) “Der Versicherungsmitgliedstaat macht die Erstattung der Kosten einer Behandlung außerhalb eines Krankenhauses in einem anderen Mitgliedstaat nicht abhängig von einer Vorabgenehmigung, wenn die Kosten dieser Behandlung, wäre sie im eigenen Hoheitsgebiet erbracht worden, von seinem Sozialversicherungssystem übernommen würden.“

## 36 Art. 8 RL-V (Krankenhaus- und Spezialbehandlung)

“1. Für die Zwecke der Kostenerstattung für Gesundheitsdienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat nach Maßgabe dieser Richtlinie gilt als Krankenhausbehandlung:

- a) Eine Behandlung, die eine Übernachtung des Patienten für mindestens eine Nacht erfordert;
- b) Behandlungen, die in einer Liste spezifischer Behandlungen enthalten sind, die keine Übernachtung des Patienten für mindestens eine Nacht erfordern. Diese Liste enthält ausschließlich:
  - Gesundheitsdienstleistungen, die den Einsatz einer hochspezialisierten und kostenintensiven medizinischen Infrastruktur oder medizinischen Ausrüstung erfordern; oder
  - Gesundheitsdienstleistungen, bei denen die Behandlung ein besonderes Risiko für den Patienten oder die Bevölkerung bedeutet.

2. Diese Liste wird von der Kommission erstellt und gegebenenfalls regelmäßig aktualisiert. Diese Maßnahmen zur Änderung von nicht wesentlichen Bestimmungen dieser Richtlinie durch Hinzufügungen werden nach dem in Art. 19 Abs. 3 genannten Regelungsverfahren mit Kontrolle erlassen.

3. Der Versicherungsmitgliedstaat kann unter folgenden Bedingungen ein System der Vorabgenehmigung für die Erstattung seitens ihres Sozialversicherungssystems für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat vorsehen:

- a) wenn, sofern die Behandlung im eigenen Hoheitsgebiet erbracht worden wäre, die Kosten vom Sozialversicherungssystem des Mitgliedstaats übernommen worden wären und
  - b) wenn es Zweck dieses Systems ist, die Abwanderung von Patienten aufgrund der Anwendung des vorliegenden Artikels zu bewältigen und zu verhindern, dass dadurch
    - i) das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems des Mitgliedstaats und/oder
    - ii) die Planung und Rationalisierung im Krankenhaussektor zwecks Vermeidung von Überkapazitäten, bei der Behandlung von Krankenhausdienstleistungen und ?? finanzieller Vergeudung sowie die Aufrechterhaltung einer ausgewogenen ärztlichen und Krankenhausversorgung für alle bzw. die Bewahrung von Behandlungskapazitäten und ärztlicher Kompetenz im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats ernsthaft untergraben werden oder die Gefahr einer solchen Untergrabung besteht.
4. Das System der Vorabgenehmigung bleibt auf das notwendige und angemessene Maß zur Vermeidung solcher Auswirkungen begrenzt und darf kein Mittel willkürlicher Diskriminierung darstellen.
5. Der betreffende Mitgliedstaat stellt der Öffentlichkeit alle relevanten Informationen über das gem. Abs. 3 eingeführte System der Vorabgenehmigung zur Verfügung.“

## 37 Art. 15 RL-V (Europäische Referenznetze)

“1. Die Mitgliedstaaten erleichtern den Aufbau der Europäischen Referenznetze der Gesundheitsdienstleister. Diese Netze stehen jederzeit offen für neue Gesundheitsdienstleister, die sich anschließen möchten, sofern diese Dienstleister alle Bedingungen und Kriterien erfüllen.

2. Ziel der Europäischen Referenznetze ist es,

- a) das Potenzial der Europäischen Zusammenarbeit für die hochspezialisierte Gesundheitsversorgung von Patienten sowie für die Gesundheitssysteme durch Innovationen in die Medizinwissenschaft und -technik zu verwirklichen;
- b) mitzuhelfen, allen Patienten mit Gesundheitsproblemen, die eine besondere Konzentration von Ressourcen oder Fachwissen erfordern, den Zugang zu hochwertiger und kostengünstiger Gesundheitsversorgung zu ermöglichen;
- c) die kostengünstige Nutzung der Ressourcen durch eine angemessene Konzentration voranzutreiben;
- d) die Weitergabe von Wissen zu fördern und Fortbildung für Fachkräfte im Gesundheitswesen bereitzustellen;
- e) Qualitäts- und Sicherheitsreferenzen bereitzustellen und bei der Ausarbeitung und Verbreitung bewährter Verfahren innerhalb des Netzes und darüber hinaus mitzuarbeiten;
- f) Mitgliedstaaten mit einer unzureichenden Zahl an Patienten, die an einem spezifischen Gesundheitsproblem leiden, oder mit mangelnden technologischen oder fachlichen Grundlagen zu helfen, die gesamte Brandbreite hochspezialisierter Dienstleistungen in höchster Qualität anzubieten.

3. Die Kommission verabschiedet

- a) eine Liste spezifischer Kriterien und Bedingungen, die die Europäischen Referenznetze erfüllen müssen, einschließlich der Bedingungen und Kriterien für die Gesundheitsdienstleister, die sich den Europä-

ischen Referenznetzen anschließen möchten; damit soll sichergestellt werden, dass die Europäischen Referenznetze

- i) über ausreichende Kapazitäten zur Diagnose, Überwachung und Patientenverwaltung mit ggf. nachweislich guten Ergebnissen verfügen;
  - ii) eine hinreichende Fähigkeit und Aktivität zur Erbringung relevanter Dienstleistungen mit nachhaltigem Qualitätsniveau besitzen;
  - iii) die Fähigkeit zur Erteilung von Expertenempfehlungen, Stellen von Diagnosen oder Bestätigung von Diagnosen sowie zur Erstellung oder Befolgen von Leitlinien für bewährte Verfahren und zur Durchführung von ergebnisorientierten Maßnahmen und Qualitätskontrolle besitzen;
  - iv) einen multidisziplinären Ansatz nachweisen können;
  - v) ein hohes Niveau von Fachwissen und Erfahrung besitzen, das durch Veröffentlichungen, Stiftungen oder Ehrenwürden, Lehr- und Ausbildungstätigkeiten usw. nachgewiesen wird;
  - vi) einen deutlichen Beitrag zur Forschung;
  - vii) an epidemiologische Überwachung, etwa durch Register, beteiligt sind;
  - viii) enge Verbindungen zu anderen Fachzentren und -netzen auf nationaler und internationaler Ebene unterhalten und mit diesen zusammenarbeiten sowie die Fähigkeit zur Vernetzung besitzen;
  - ix) eng mit Patientenvereinigungen zusammenarbeiten, soweit sie diese für ?? sehen
4. Die in Absatz 3 genannten Maßnahmen zur Änderung nicht wesentlicher Bestimmungen dieser Richtlinie durch Hinzufügung werden nach dem in Art. 19 Abs. 3 genannten Regelungsverfahren erlassen.“

38 Siehe dazu im Einzelnen unten 3.

39 Siehe dazu oben 2. und 5.5.1.

40 Vgl. in diesem Sinne unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des EG-Vertrages und die Behandlung des Rechts der sozialen Sicherheit Fuchs, M., *Luxemburg locuta – causa finita – quaestio non soluta*, in: *Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS) 2002*, S. 337 ff.

41 Siehe dazu bereits oben 5.5.1.

42 Siehe dazu oben 1. u. insbes. Fn. ...

43 Siehe dazu oben 5.1.

44 Siehe dazu oben 3.

45 Vgl. dazu jüngst die zahlenmäßigen Angaben (zu stationären Patienten) in: *Gesundheit und Gesellschaft (G + G)*, H. 9, 2008, S. 19; ferner Zimmermann, aaO (Fn. 24)

46 Siehe zur OMK Gesundheitswesen oben 1.2. u. Fn. 11

47 Vgl. in diesem Sinne Eichenhofer, E., *Das Europäische koordinierende Krankenversicherungsrecht nach den EuGH-Urteilen Kohll und Decker*, in: *Vierteljahresschrift für Sozialrecht (VSSR) 1999*, S. 101 ff., insbes. 117 ff.; ders., *Sozialrecht der Europäischen Union*, 3. Aufl., Berlin 2006, S. 122 ff. (Rz. 196 ff.); vgl. zu dieser Problematik auch Fuchs, M., *Luxemburg locuta – causa finita – quaestio non soluta*, in: *NZS 2002*, S. 337 ff.

48 So zu Recht Eichenhofer, E., *Sozialrecht der Europäischen Union* (Fn. ...), S. 127 (Rz. 205)

49 Vgl. in diesem Sinne auch Pitschas, R., *Diskussionsbeitrag*, in: *Klusen (Hg.), Chancen und Risiken auf dem europäischen Gesundheitsmarkt*, Baden-Baden 2000, S. 94; auch Fuchs, M., aaO (Fn. 73), S. 347

50 Vgl. in diesem Sinne auch Pizarro, S., *Die Rechtsprechung des EuGH als bestimmender Faktor für die Weiterentwicklung der Koordinierung der Sozialversicherung innerhalb der Gemeinschaft*, in: *Müntefering, F./Böcker, U. (Hg.), 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Sozialrecht*, Baden-Baden 2008, S. 113 ff., 133

51 Vgl. *European Institute of Social Security (EISS) in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales und der Deutsche Rentenversicherung Bund, Internationale Konferenz „50 Jahre nach ihrem Beginn – Neue Regeln für die Koordinierung sozialer Sicherheit“*, Berlin, den 26. – 27. September 2008 (Veröff. i. Vorb. (siehe Fn. 81)

52 Vgl. in diesem Sinne auch Alber, aaO (Fn. 1), S. 3

53 So Eichenhofer, *Sozialrecht in der Europäischen Union* (Fn. 105), S. 127 (Rn. 205)

54 So auch Alber, aaO (Fn. 1), S. 6