

DISSERTATION

DAS GESUNDHEITSWESEN
ALS POLITIK DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT –
VOM DISKRIMINIERUNGSVERBOT ZUM ORIGINÄREN
LEISTUNGSRECHT

VON
MAG. PAUL KOPPENWALLNER

ZUR ERLANGUNG DES AKADEMISCHEN GRADES
„DOKTOR DER RECHTSWISSENSCHAFTEN (DR. IUR.)“

EINGEREICHT AN DER
RECHTSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT DER
UNIVERSITÄT WIEN

WIEN, 2009

STUDIENKENNZAHL
DISSERTATIONSGEBIET
BETREUER

A 083 101
Rechtswissenschaften
Hon.-Prof. Dr. Karl Hempel

Meiner Familie

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	5
1. Einleitung.....	6
2. Das Gesundheitswesen im Allgemeinen.....	8
2.1. Definitionsversuche.....	9
2.2. Die Bedeutung des Gesundheitswesens in der Gesellschaft.....	11
2.2.1 Das heutige Gesundheitswesen – neue Krankheiten, neue Gesundheit.....	12
2.3. Kontemporäre Gefahren und Unterschiedlichkeiten der derzeitigen Gesundheitssysteme.....	13
2.3.1. Österreich.....	14
2.3.2. England.....	16
2.3.3. Schweden.....	18
2.3.4. Frankreich.....	20
3. Das Gesundheitswesen in der Politik der EU	22
3.1. Die Geburtsstunde der Europäischen Politik des Gesundheitswesens.....	23
3.2. Das Ergebnis: Artikel 152 EGV.....	25
3.3. Auswirkungen des Artikels 152 EGV auf die europäische Rechtsetzung.....	30
3.4. Die Institutionalisierung der Gesundheitspolitik in der EG.....	31
3.4.1. Kommission.....	31
3.4.2. Generaldirektion	32
3.4.3. Europäisches Parlament und Aktionsprogramme.....	33
3.4.4. Non governmental Organisations.....	36
3.5. Artikel 152 im Reformvertrag.....	37
4. Die juristische Seite einer supranationalen Politik im Gesundheitswesen – die Bestimmungen des Artikel 152 EGV und seine Folgen.....	40
4.1. Die Kompetenzaufteilung zwischen Mitgliedsstaaten und Gemeinschaft.....	41
4.2. Das „ergänzende Tätigwerden“ der sachlichen Zuständigkeit nach Artikel 152 EGV	44
4.3. Artikel 152 Absatz 4 – die Frage nach einem Harmonisierungsverbot.....	46
4.3.1. Rs British American Tobacco C-491/01.....	48
4.4. Artikel 152 (5) – die Organisation des Gesundheitswesens als Verantwortung der Mitgliedsstaaten.....	52
5. Die Position im Vertrag und Beziehung zu weiteren Bestimmungen.....	54
5.1. Artikel 71 EGV.....	55
5.2. Artikel 137 EGV.....	56
5.3. Artikel 153 Abs. 3 EGV.....	58
5.4. Artikel 163 EGV.....	59
5.5. Artikel 174 EGV.....	60

6. Artikel 95 EGV als Instrument flexibler Rechtsgestaltung	62
6.1. Zweck und Anwendungsbereich	63
6.2. Absatz 3 – das „hohe Schutzniveau“	65
6.3. Absätze 4 und 5 als Harmonisierungsdurchbrechungsklauseln	69
6.4. Folgeabsätze	71
6.5. Auswirkungen auf Initiativen im Bereich des Gesundheitswesens	72
6.6. Ausgewählte Initiativen, die auf Artikel 95 EGV basieren	73
6.6.1. Tabakwerberichtlinien 98/43/EG und 2003/33/EG	73
6.6.2. Eine mögliche Gesundheitsdienstleistungsrichtlinie	75
6.6.3. Binnenmarkt, Gesundheitswesen und die Idee einer Glücksspielrichtlinie	79
7. Die Rechtsinstrumente Richtlinie und Verordnung	84
7.1. Die Verordnung	85
7.2. Die Richtlinie	85
7.3. Der Trend im Bereich Gesundheit	86
7.4. Beurteilung und Ausblick	91
8. Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten und Gesundheitswesen – richtungsweisende Entscheidungen und ihre Folgen	92
8.1. Die Rechtsfortbildung des EuGH und ihre Folgen	94
8.2. Patientenmobilität und grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung im Lichte der Rechtsprechung des EuGH	96
8.3. Rechtssache C-372/04 Watts	107
8.3.1. Sachverhalt und Rechtslage	109
8.3.2. Das Urteil	114
8.3.3. Rechtssache C-444/05 Aikaterini Stamatelaki	125
8.4. Mögliche Folgen der Urteile	127
8.4.1. Verhältnis Dienstleistungsfreiheit – Artikel 152 EGV: Ein Ausblick auf eine neue Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH?	128
8.4.2. Die Frage nach der Existenz eines richterrechtlich geschaffenen gemeinschaftsweiten Mindestniveaus und dessen Bestand gegenüber dem Harmonisierungsverbot des Artikel 152 Abs. 4 EGV	131
8.4.3. Vom Diskriminierungsverbot hin zum originären Leistungsrecht	137
8.4.4. Inländerdiskriminierung zur Umsetzung der Patientenmobilität?	142
8.5. Einfluss der Entscheidungen auf das Gesundheitswesen und in Folge auf:	145
8.5.1. Wirtschaftsrecht und -leben	146
8.5.2. Verwaltungsrecht	148
8.5.3. Medizinrecht	148
8.6. „Der Schutz der öffentlichen Gesundheit“ als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungsmaßnahmen	150
9. Conclusio	152
Literaturverzeichnis	158

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
ABl	Amtsblatt der EU
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BVerGe	Bundesverfassungsgerichtshof
d. i.	das ist
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJML	European Journal for Migration and Law
ELR	European Law Reporter
EVP-ED	Europäische Volkspartei – Europäische Demokraten
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EW	Einwohner
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
Fußn.	Fußnote
FS	Festschrift
GD	Generaldirektion
hL	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
iVm	in Verbindung mit
lit.	litera
Kap.	Kapitel
MS	Mitgliedstaat
mE	meines Erachtens
MHE	Mental Health Europe
mwN	mit weiteren Nachweisen
NHS	National Health Service
o.	oben
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz/Urheberrecht
PCT	Primary Care Trust
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
SEK	Schwedische Krone
Slg.	Sammlung
Vgl	Vergleiche
VO	Verordnung
WHO	World Health Organization
z.B.	zum Beispiel
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien

1. Einleitung

Die Wartezeiten im staatlichen britischen Gesundheitsamt sind kürzer geworden. Früher mußte ein Mädchen auf einen Schwangerschaftstest bis zu zehn Monate warten.

In zwei Sätzen bringt dieser Aphorismus (Autor unbekannt) die schwerwiegenden Mängel des englischen Gesundheitswesens auf den Punkt. Jeder ist im durch das von Steuern gespeisten britischen System versichert, doch drohen zum Teil unzumutbar hohe Wartezeiten.

Der EGV sieht – ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips – vor, dass die Mitgliedsstaaten in dem Bereich der Organisation des Gesundheitswesens autonom handeln und sich die Tätigkeit der Gemeinschaft vorrangig auf unterstützende Initiativen ausrichten soll.

Jedoch stellt sich, nachdem der EuGH bereits einige Urteile im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen⁵ gefällt hat, die Frage, ob es den Bürgern der Mitgliedstaaten (welche wiederum für die der EG erteilte begrenzte Einzelermächtigung verantwortlich sind) zugemutet werden kann, in einem so elementar wichtigen Bereich wie dem der Wahrung der Gesundheit einer Gefahr ausgesetzt zu sein, mit Leistungen verschiedener Qualität konfrontiert zu werden. Die Vorstellung, die EU-Bürger Englands müssten einen niedrigeren Gesundheitsstandard als die EU-Bürger Österreichs akzeptieren, ist verstörend und bestürzend zugleich.

In dieser Arbeit soll zum einen das Gesundheitswesen als organisierter Auftrag zur ärztlichen und pflegerischen Tätigkeit mit seinen Unterschieden zwischen den Mitgliedstaaten, die sich aus verschiedenen wirtschaftlichen und kulturellen Ansätzen ergeben, vorgestellt werden – denn auf einer europäischen Ebene entstanden durch diese Vielzahl von Gesundheitssystemen Fragen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen mit grenzüberschreitenden Charakter oder des Kostenersatzes bei Auslandsbehandlungen, die es vor dem Hintergrund, dass die Gesundheit der Bevölkerung in den letzten Jahrzehnten zum Gegenstand eines eigenen Marktes geworden ist und dieser noch immer weiter wächst zu klären gilt. Thematischer Mittelpunkt ist deshalb die Behandlung einer Urteilssequenz

⁵ Etwa die Urteile in den Rs. *Kohll*, *Decker* oder *Müller-Frauré und Van Riet*.

des EuGH zur Patientenmobilität, in welcher wichtige Grundsätze bezüglich der passiven Dienstleistungsfreiheit von Patienten, der Organisationsautonomie der Mitgliedstaaten im Hinblick auf ihre Sozialsysteme und des allgemeinen Verhältnisses der Bestimmungen des (primären und sekundären) Gemeinschaftsrechts zueinander geschaffen wurden.

Darüber hinaus existieren jedoch auch in der Rechtssetzung der Gemeinschaft Normen, die gesundheitsschützenden Charakter aufweisen oder denen maßgebende Bedeutung in Bezug auf die Gesundheit der Bürger zukommt. Woraus leitet sich die Berechtigung für die Existenz dieser Regelungen ab, wenn doch „die Verantwortung der Mitgliedstaaten in diesem Bereich gewahrt“ und nur „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierungsmaßnahmen“ agiert werden soll?

Mit diesen Fragen hat sich nicht nur die Lehre, sondern auch der Europäische Gerichtshof in verschiedensten Urteilen beschäftigt, weshalb diesen Erkenntnissen besondere Beachtung bei der Diskussion der Zulässigkeit dieser Maßnahmen beizumessen ist – man denke nur an die Richtlinien zur Tabakwerbung.

Zur Klärung dieser beiden Problemstellungen ist es notwendig, die für den jeweiligen Themenbereich relevanten Bestimmungen des EGV genau zu behandeln - vorrangige Beachtung genießen hierbei die Art. 95 und 152 EGV.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass sich diese Arbeit nicht primär als Abhandlung über die juristischen Besonderheiten der Harmonisierungskompetenz oder der sachlichen Zuständigkeiten der EG versteht – im Vordergrund befindet sich wie bereits oben erwähnt die Rechtsprechung des EuGH zur Patientenmobilität auf der einen und der Zulässigkeit von gesundheitsschützenden Regelungen der EG auf der anderen Seite und das damit geschaffene juristische Neuland. Und auch gerade deshalb fühlt sich der Autor dazu verpflichtet, darauf hinzuweisen, dass diese Arbeit sich nicht als ultimativer Wegweiser in diesem Bereich sieht – sie soll neue Sichtweisen ans Tageslicht bringen, die zum Nachdenken und Diskutieren anregen.

Abschließend ist zu erwähnen, dass aufgrund der relativ jungen Geschichte der in dieser Arbeit behandelten Problemkreise in der österreichischen Rechtslandschaft Literatur nur im beschränkten Umfang existiert, weshalb dort, wo es notwendig erschienen ist, auf alternative Quellen zurückgegriffen werden musste.

2. Das Gesundheitswesen im Allgemeinen

In den folgenden Kapiteln wird versucht zu skizzieren, welche Tätigkeiten und Aufgabenbereiche im Konkreten vom Begriff „Gesundheitswesen“ erfasst sind – besonders soll auch aufgezeigt werden, dass „Gesundheitswesen“ nicht immer gleich „Gesundheitswesen“ ist, also das Problem der unterschiedlichen Auffassungen dieser Aufgabe durch die Mitgliedsstaaten.

Gerade diese unterschiedliche Wahrnehmung ihrer Aufgaben hat schlussendlich zur Idee geführt, diese Arbeit zu verfassen – die Ambivalenz zwischen der Gemeinschaft auch in Wertvorstellungen und den Mitgliedsstaaten als sich autonom wahrnehmende Organisatoren dieses einer der wichtigsten Aufgabenbereiche des Staates sowie der Ausblick auf die möglichen Entwicklungen aus diesem Verhältnis.

Ein weiterer Punkt der nicht zu vernachlässigen ist stellt die unterschiedliche organisatorische Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit bzgl. ihrer Finanzierung dar – ist in Kontinentaleuropa eher das Bismarck'sche beitragsorientierte System zu finden, hat sich in England und einigen anderen europäischen Staaten das steuerfinanzierte Gesundheitswesen durchgesetzt – beide Ansätze haben Vor- und Nachteile, die unmittelbare Auswirkungen auf die jeweilige Bevölkerung haben.

In diesem Zusammenhang ist es ebenfalls nötig, anhand der Unterschiedlichkeiten der Gesundheitssysteme die möglichen Gefahren herauszuarbeiten – auch unter dem Blickpunkt, dass natürlich die Europäische Union und der Prozess der Globalisierung starken Einfluss auf diese haben, sowohl positiv als auch negativ.

Die in diesem Kapitel enthaltenen Ausführungen verstehen sich jedoch nicht als abschließend, sondern beschränken sich lediglich auf die für diese Arbeit relevanten Aspekte.

2.1. Definitionsversuche

Vor allem die Termini „Gesundheitswesen“, „Gesundheitspolitik“ und „Gesundheit“ bedürfen einer weitmöglichst klaren Bestimmung, um das Feld eingrenzen zu können, in dem sich diese Arbeit bewegt.

Zum Begriff des Gesundheitswesens findet sich eine Vielzahl von Erklärungen und Ausführungen in der Lehre die man etwa als ein System, welches die Aufgabe hat den Bedarf der Bevölkerung an Gesundheitsleistungen zu decken, zusammenfassen kann. Dieses System erfasst alle Einrichtungen, Personen und sonstigen Organisationen, die die Gesundheitsförderung, -erhaltung und -versorgung der Bevölkerung sicherstellen⁶

In engem Zusammenhang mit dem *Gesundheitswesen* steht die *Gesundheitspolitik* als „Gesamtheit aller Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Gesundheit der Bevölkerung, besonders der Krankheitsbehandlung und der Gesundheitsvorsorge.“⁷

Während also das Gesundheitswesen die Organisation der Mittel zur Erhaltung der Gesundheit umfasst, ist es Aufgabe der Gesundheitspolitik, diese Mittel bestmöglich zu nutzen beziehungsweise neue Einrichtungen zu schaffen, sofern Bedarf an solchen besteht.

Beeinflusst durch verschiedene Denkansätze und Wertvorstellung haben sich weltweit natürlich unterschiedliche Ansätze herauskristallisiert, wie eine optimale Gesundheitspolitik aussehen und für ein gut funktionierendes Gesundheitswesen sorgen soll.

Grundsätzlich ist es aber möglich zwischen drei Basisorganisationsformen des Gesundheitswesens zu differenzieren:

- Die *staatlichen Gesundheitsdienste* sind gekennzeichnet durch staatliches Leistungsangebot, Steuerfinanzierung und kostenlose medizinische Versorgung (ein Beispiel dafür wäre das englische Gesundheitswesen).
- *Sozialversicherungssysteme* zeichnen sich durch eine gesetzlich festgelegte Pflichtversicherung, der Finanzierung über Beiträge seitens der

⁶ Jakubowski, Das Gesundheitswesen in der EU (1998), S. 9; Sieveking, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU in EJML (2007), 29. _

⁷ Holzinger in Nohlen/Schultze (Hrsg.), Lexikon der Politikwissenschaft, Band 1, S.280.

Bevölkerung und einem weitgehend privaten (jedoch vom Staat kontrollierten) Angebot aus (wie etwa in Deutschland).

- *Privatversicherungssysteme* setzen den Abschluss einer individuellen Krankenversicherung voraus, das Angebot ist privatwirtschaftlich organisiert (z. B. USA).

In der Praxis werden diese Typen jedoch oft vermischt und ergänzt, sodass eine beträchtliche Variation dieser Basisformen existiert.⁸ Dadurch wird versucht, die Vorteile eines jeden Ansatzes zu nutzen⁹ (zu den Unterschiedlichkeiten mit ihren Vor- und Nachteilen siehe auch die Fallbeispiele in Kap. 2.3.1.).

Wurden eingangs nun Definitionen für Maßnahmen und Organisationsformen der Gesundheitserhaltung und -förderung vorgestellt, fehlt die Untersuchung des Begriffes „Gesundheit“ an sich noch.

Möglich wäre es, „Gesundheit“ im Wege des Ausschlussverfahrens als einen Zustand zu beschreiben, welcher dadurch gekennzeichnet ist, dass der Mensch frei von bekannten Krankheiten ist – diese Umschreibung geht jedoch von einem sehr eingegengten Standpunkt aus, der bewusst das Wort „Gesundheit“ nicht erwähnt – es handelt sich hierbei bestenfalls um eine „indirekte Definition“.¹⁰

Die WHO ging in ihrer Verfassung aus dem Jahre 1946 weiter und legte „Gesundheit“ in der Präambel als „[...]a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity“¹¹, also als einen „Zustand des vollkommenen physischen, seelischen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur des Fehlens von Krankheit und Gebrechen“ fest. Gesundheit beschränkt sich nicht nur auf das Funktionieren des Körpers, sondern erfordert das „Funktionieren“ des Menschen auch in sozialer Hinsicht¹².

Jedoch besteht in diesem Bereich eine große Kluft zwischen Theorie und Praxis: In der Mehrzahl der Fälle gibt sich die Gesundheitspolitik damit zufrieden, dass das Gesundheitswesen lediglich für das Freisein von Krankheiten sorgt – entweder aus

⁸ Vgl. zu diesen Basisformen *Holzinger*, a. a. O., S.280.

⁹ *Jakubowski*, Das Gesundheitswesen in der EU (1998), S. 9.

¹⁰ *Árnason/Gústafsson*, Dialog und Menschenwürde Ethik im Gesundheitswesen (2005), S. 339.

¹¹ Constitution of the World Health Organisation (2006) 54te Edition, S. 1.

¹² In diesem Sinn auch geht auch die hL bei der Auslegung von Art. 152 EGV von dieser Definition aus. Vgl. *Schneider in Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 3.

Gründen der Sparsamkeit oder auch aufgrund der Unmöglichkeit, in manchen Fällen den von der WHO geforderten Zustand der Gesundheit herzustellen – einer der häufigsten Kritikpunkte an dieser Definition lautet, dass diese die Grenze zwischen Gesundheit und privatem Glück zu sehr verschwimmen lässt und deshalb nicht geeignet ist, um darauf ein Gesundheitswesen aufzubauen.¹³ Vor dem Hintergrund, dass die WHO-Definition in einem Sinn verstanden wird, dass das Gesundheitswesen jedoch nicht dazu da ist, den Menschen glücklich zu machen, scheint diese Definition jedoch meines Erachtens sinnvoll, da in ihr zum Ausdruck kommt, dass sich das Verständnis eines gesunden Menschen auf mehr als nur das biologische Funktionieren erstrecken muss und verschiedene Faktoren in der Umwelt relevanten Einfluss auf das Individuum haben.

Die nun erläuterten Bedeutungen der Gesundheit, des Gesundheitswesens und der Gesundheitspolitik liegen dieser Arbeit zu Grunde, sofern auf sie im weiteren Bezug genommen wird.

2.2. Die Bedeutung des Gesundheitswesens in der Gesellschaft

Die Sorge um das eigene Wohlbefinden oder Wiederherstellung der Gesundheit stellt sich als einer der elementaren Wünsche des Menschen dar. Deshalb ist es auch nicht verwunderlich, dass seit frühester Zeit Bestrebungen zu Erkennen sind, in der Gesellschaft für die Gesundheit ihrer Mitglieder zu sorgen – angefangen von den Badstuben des Mittelalters bis zum heutigen Markt mit einer Vielzahl von gesundheitsbezogenen Produkten.

Mit der gesetzlichen Regelung – also dem Eingriff bzw. dem Tätigwerden des Staates – dieses Bereiches erhielt das Gesundheitswesen auch Einzug in das Feld der Politik, wo es gleichsam zum „Dauerbrenner“ avanciert ist. Immer wieder flammen Diskussionen zu verschiedensten Themen auf, wie etwa zur Leistungsfähigkeit der Systeme bei zunehmendem Alter der Gesamtbevölkerung oder dem Anprangern von kuriosen Entscheidungen und Einzelschicksalen in den Medien.

Der medizinische Fortschritt, die gesteigerte Leistungsnachfrage und die daraus resultierende Vielfalt von Anbietern im Gesundheitswesen haben schließlich dazu geführt,

¹³ *Árnason/Gústafsson*, Dialog und Menschenwürde Ethik im Gesundheitswesen (2005), S. 338.

dass dieser Bereich nicht nur politische und juristische sondern auch eine starke wirtschaftliche Bedeutung erhalten hat, die sich etwa durch neue Arbeitsplätze oder dem Wettlauf in der medizinischen Forschung darstellt. Dass es sich dabei um einen relativ jungen Themenbereich handelt wird dadurch unterstrichen, dass es in Österreich erst 1972 zur Gründung eines Bundesministeriums für Gesundheit und Umweltschutz gekommen ist.

Ab diesem Zeitpunkt ist ein sprunghafter Anstieg von Reformen und Gesetzen im Bereich des Gesundheitswesens zu beobachten, der auf neue Herausforderungen und Gefahren für die Bevölkerung reagieren sollte. Ausgewählte Beispiele dafür sind die Errichtung der Vergiftungsinformationszentrale (1977), die AIDS-Gesetzgebung (1986), die Anerkennung der Psychotherapie als Leistung der Krankenversicherung (1991) die Einführung des Pflegegeldes für behinderte Personen (1993) oder die Gentechniknovelle (1999).¹⁴

2.2.1 Das heutige Gesundheitswesen – neue Krankheiten, neue Gesundheit

Wie im vorigen Kapitel bereits angesprochen, kam es im Bereich der Gesundheitsorganisation mit fortschreitender Zeit zu immer mehr Maßnahmen, Regelungen und Initiativen – nicht nur auf nationaler sondern auch auf internationaler Ebene. Dieses Phänomen mag mehrere Gründe haben: zum einen ermöglicht die moderne Medizin, Gebrechen zu erkennen die früher nicht aufgefallen wären, zum anderen herrscht in der heutigen Gesellschaft ein weitläufigerer Krankheitsbegriff: Galt früher Übergewicht als ein Zeichen von Reichtum, hat im Lichte der Erkenntnisse um die Fettleibigkeit die Europäische Union den Kampf gegen diese als Krankheit aufgenommen und angekündigt, für strengere Kennzeichnungsvorschriften auf Lebensmitteln zu sorgen.¹⁵ Man denke aber auch an die Spielsucht (welche als nicht stoffgebundene Abhängigkeit klassifiziert wird¹⁶) und ihre Instrumentalisierung als Argument für das Beibehalten eines staatlichen Glücksspielmonopols, um eine gewisse Kontrolle über an Spielsucht erkrankte Personen zu behalten.

¹⁴ Vgl. Bundesministerium für Gesundheit und Frauen (2005), S. 116 f. .

¹⁵ Vgl. Schlussfolgerung des Rates zur Fettleibigkeit vom 02.12.2002 und den Artikel vom 11.06.07 auf <http://www.orf.at/070530-12842/index.html>. (20.03.2009)

¹⁶ Vgl. Haller/Scholz, Spielsucht als nicht stoffgebundene Abhängigkeit (2005), S. 3.

Diese Beispiele bezeugen einmal mehr, inwiefern die Forderung nach einem funktionierenden Gesundheitswesen zusammen mit dem erweiterten Verständnis von Gesundheit an sich (wie in Kap. 2.1. ausgeführt) immensen Einfluss auf andere Gebiete wie etwa das Wettbewerbsrecht oder – bei supranationalen Vorschriften – die autonome Organisation der Staaten haben kann. Wie weiter unten noch gezeigt wird, kann eine Entscheidung des EuGH sogar dazu führen, die Sicherheit von im EGV verbriefen Rechten der Mitgliedsstaaten im Lichte der Patientenmobilität in Frage zu stellen und neu bewerten zu müssen.

2.3. Kontemporäre Gefahren und Unterschiedlichkeiten der derzeitigen Gesundheitssysteme

Der Abschluss dieser einleitenden Kapitel soll durch einen Vergleich verschiedener Gesundheitssysteme veranschaulichen, welche Vor- und Nachteile die bereits erwähnten Basisformen des Gesundheitswesens bieten – dies vor dem Hintergrund einer wertfreien Analyse, die es nicht zum Ziel hat, eine der vorgestellten Organisationsformen qualitativ höherwertiger als einen anderen Ansatz darzustellen.

Ein weiterer Grund für die Vorstellung verschiedener Systeme liegt darin, auf die Diskussion über die „Patientenmobilität“ - die Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat als des Heimatstaates - und ihre Bedeutung für diese Arbeit hinzuweisen – es stellen sich Fragen wie etwa nach welchem System die Vergütung der Leistung funktioniert, welche Gesundheitsmaßstäbe und –regeln bei Behandlungen anzuwenden sind und inwiefern Patientenmobilität von der Dienstleistungsfreiheit erfasst ist. Immer im Hintergrund die unterschiedlichen Systeme beachtend birgt dieses Gebiet ein bei weitem noch nicht geklärtes Feld von Fragen.

Hinter der Auswahl der vorgestellten Länder stehen die Gedanken, dass Österreich eine „klassische“ Form des Gesundheitswesens entwickelt hat, während England mit seinem *NHS-Act* sich doch klar davon unterscheidet. Schweden setzt zwar wie England auf ein verstaatlichtes Gesundheitssystem, unterscheidet sich jedoch zum Beispiel mit der Einrichtung von sogenannten „Gesundheitszentren“ wiederum von den beiden anderen

Ländern, genauso wie Frankreich trotz ähnlicher Basisform eine weitere Variante entworfen hat.

Eine vollständige Erörterung der Gesundheitssysteme würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, weshalb vorrangig allgemeine Informationen und punktuelle Hinweise auf Spitals- und Medikamentenversorgung gegeben werden.

2.3.1. Österreich

Allgemeines:

- Ärztedichte (pro 10.000 EW): 37
- Ausgaben für das Gesundheitswesen in % des BIP: 10,2
- Krankenhausbetten (pro 10.000 EW): 76,0¹⁷

„Das System der sozialen Sicherung in Österreich ist eines der öffentlichen Daseinsvorsorge mit gesetzlichen Maßnahmen zur Sicherung des Lebensunterhaltes und der Bereitstellung von Gesundheitsleistungen [...]“¹⁸

Von dieser Sozialversicherung werden die Gebiete der Krankenversicherung, Unfallversicherung und Pensionsversicherung abgedeckt – die Durchführung obliegt den Sozialversicherungsträgern, die wiederum in der Dachorganisation des *Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger* zusammengefasst sind.

Die Finanzierung erfolgt durch Beiträge der Versicherten (bei Unselbstständigen durch den Dienstgeber) und richten sich nach dem Einkommen.

Die Sozialversicherung hat weiters die Eigenschaft einer Pflichtversicherung, die vor allem an Erwerbstätigkeit geknüpft ist (dieses Prinzip verwirklicht den Gedanken, dass jene, die am Leben und den Aufgaben der Gesellschaft teilnehmen auch Versicherungsschutz genießen sollen, wobei jedoch auch Auffangregelungen für Pensionisten und Arbeitslose bestehen). Die Träger der Sozialversicherung verwalten sich

¹⁷ Stand 2003/2004 des statistischen Informationssystems der WHO, einzusehen unter http://www.who.int/whosis/database/core/core_select_process.cfm. (22.03.2009)

¹⁸ Gaugg, Das Gesundheitswesen in Österreich (2005), S. 3.

selbst und werden von der Dachorganisation koordiniert – die Überwachung liegt beim *Bundesministerium für Gesundheit*.

Ärztliche Versorgung:

Der Schutz der Krankenversicherung als Teil der Sozialversicherung umfasst neben dem Beitragsleister auch die Familienangehörigen – sofern ein Krankheitsfall eintritt, kann der Versicherte jeden Vertragsarzt seines Versicherungsträgers aufsuchen. Der Selbstbehalt beträgt 10 Euro pro Jahr (Kosten für die e-Card).¹⁹

„Die Patientinnen und Patienten haben auch die Möglichkeit, eine Ärztin oder einen Arzt ohne Vertrag zu konsultieren (Wahlarzthilfe). In diesem Fall erstattet ihm die Krankenkasse 80 Prozent des Betrages, der bei Inanspruchnahme einer Vertragsärztin bzw. eines Vertragsarztes vom Versicherungsträger aufzuwenden gewesen wäre.“²⁰

Bei der Wahl der Therapie sind die Ärzte grundsätzlich frei, müssen jedoch das Ökonomiegebot beachten und können die Patienten auch an Fachärzte oder Krankenanstalten überweisen.

Medikamente:

Bei verschriebenen Medikamenten gilt, dass diese in jeder Apotheke auf Rechnung der Krankenkasse bezogen werden können – jedoch besteht ein Selbstbehalt von 4,45 Euro pro Packung.

Spitalspflege:

„Jeder Versicherte hat bei Bedarf Anspruch auf Pflege in einer Krankenanstalt ohne zeitliche Begrenzung, solange die Krankheit dies erfordert. In österreichischen Spitälern gibt es zwei Gebührenklassen, eine allgemeine und eine Sonderklasse. Für die allgemeine Gebührenklasse hat die/der Versicherte einen Kostenbeitrag pro Tag zu leisten, der [...] je nach

¹⁹ Vgl. Gaugg, Das Gesundheitswesen in Österreich (2005), S. 103 ff.

²⁰ Gaugg, a. a. O., S. 105.

Versicherungsträger und Bundesland zwischen acht und 15 Euro beträgt. Dieser Kostenbeitrag ist jedoch nur maximal für 28 Tage pro Kalenderjahr zu zahlen und entfällt in bestimmten Fällen, etwa bei Entbindungen, ganz.²¹

Jedoch gilt dies in den meisten Fällen nur für öffentliche Krankenanstalten – wünschen sich Patienten eine bessere bzw. sehr spezielle Behandlung, bleibt diesen nicht der Weg in die – aus eigenen Mitteln zu bezahlende – Privatklinik erspart.

Die Organisation des Gesundheitswesens in Österreich lässt sich am ehesten der 2. Basisform zuordnen. Vorteile ergeben sich unter anderem durch die Mitversicherung der Familienangehörigen, der hohen Ärztedichte sowie des hochwertigen Leistungsstandards.

2.3.2. England

Allgemeines:

- Ärztedichte (pro 10.000 EW): 23
- Ausgaben für das Gesundheitswesen in % des BIP: 8,2
- Krankenhausbetten (pro 10.000 EW): 39²²

„In England gibt es seit dem 2. Weltkrieg ein National Health Service (NHS) das über allgemeine Steuererhebung eine freie Krankenversorgung für alle Einwohner finanziert.“²³

Die Verpflichtung für die Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen obliegt den dafür eingerichteten *Primary Care Trusts*, denen die Aufgaben eines Krankenkassenverbundes, des Gesundheitsamtes, des Kassenhausarztverbundes und des Gemeindekrankenpflegedienstes obliegen. Das Budget wird den *PCT's* vom Gesundheitsministerium bereitgestellt.

²¹ Gaugg, a. a. O., S. 106.

²² Stand 2004, http://www.who.int/whosis/database/core/core_select_process.cfm (22.03.2009)

²³ Olatunji, Public Health in England (2004), S. 19.

Ein großes Problem im englischen Gesundheitswesen stellen die langen Wartezeiten dar: Wie weiter unten noch eingehend behandelt wird, kann es vorkommen, dass Patienten auf eine Hüftoperation bis zu ein Jahr warten müssen. Zwar konnte durch massive Investitionen die Wartezeiten in einigen Bereichen verkürzt werden, jedoch nur auf die Obergrenze von 9 Monaten.

Ärztliche Versorgung:

Als Patient ist der erste Gang zum Hausarzt verpflichtend – nur dieser kann über die Weiterverweisung an einen Facharzt oder die Einweisung in Krankenhaus entscheiden.²⁴

Es besteht somit kein direkter Zugang zu den Fachärzten.

Medikamente:

Aufgrund der staatlichen Finanzierung sind die Preise für Medikamente niedriger als in anderen EU-Mitgliedsstaaten. Auch besteht die Möglichkeit, nicht rezeptpflichtige Medikamente in *Drugstores* zu erwerben. Von der Selbstbeteiligungspflicht dauernd befreit sind Kinder unter 16 Jahren, Jugendliche in Vollzeitausbildung, Bezieher von Sozialhilfe oder Arbeitslosenhilfe oder weitere einkommensschwache Personen.

Spitalspflege:

Der Großteil der Krankenhäuser in England wird vom *NHS* verwaltet. Aufgrund des Charakters eines staatlichen Gesundheitsdienstes entstehen bei einem Spitalsaufenthalt grundsätzlich keine Kosten für den Betroffenen – ausgenommen ist die Inanspruchnahme von etwaigen Sonderleistungen.²⁵

England verfolgt mit seinem staatlich finanzierten Gesundheitswesen eine Organisation nach der 1. Basisform - ein Programm, welches bei richtiger Handhabung in relativ kurzer Zeit Erfolge verzeichnen kann: Noch im Jahre 1997 lagen die Überlebensraten bei Herz- und Krebserkrankungen unter dem Durchschnitt in Europa, genauso wie um ein Drittel weniger als in anderen Mitgliedsstaaten für das Gesundheitswesen ausgegeben wurde -

²⁴ Vgl. Olatunji, a. a. O. S. 19.

²⁵ Vgl.: http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/2002/uk_part2_de.htm. (22.03.2009)

durch die forcierte Politik der Labourregierung und Erhöhung der finanziellen Unterstützung hat man hier jedoch eine Kehrtwende eingeleitet.

2.3.3. Schweden

Allgemeines:

- Ärztedichte (pro 10.000 EW): 33
- Ausgaben für das Gesundheitswesen in Prozent des BIP: 9,2
- Krankenhausbetten (pro 10.000 EW): 52²⁶

„In Schweden ist die Verantwortung für die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung dezentralisiert und den Provinziallandtagen und – in einigen Fällen – den Gemeinden überantwortet. Die Provinziallandtage müssen den Einwohnern gute Gesundheitsdienstleistungen bieten, eine qualitativ hochwertige medizinische Versorgung der Bevölkerung gewährleisten und sich für die Förderung der Volksgesundheit einsetzen.“²⁷

Bei der Umsetzung dieser Vorgaben sind die Provinziallandtage weitgehend frei. Dem Staat kommt die Aufgabe des Grundsatzgesetzgebers zu – er bestimmt die Richtung der Gesundheitspolitik und legt Prinzipien in der Gesundheitsvorsorge mittels Gesetz fest.

Finanziert wird das Gesundheitswesen zu 71 Prozent aus von den Provinziallandtagen erhobenen Einkommenssteuern sowie aus Subventionen und Patientengebühren.²⁸

Ärztliche Versorgung:

Zum größten Teil findet die ärztliche Versorgung in Gesundheitszentren statt: Dort finden sich neben Ärzten auch Physiotherapeuten, Hebammen und andere

²⁶Stand 2004, http://www.who.int/whosis/database/core/core_select_process.cfm. (22.03.2009)

²⁷ *Schwedisches Institut*, Das schwedische Gesundheitswesen (2007), S. 1.

²⁸ *Schwedisches Institut*, a. a. O, S. 2.

Gesundheitsexperten wie etwa Jugendberatungsstellen; die fachärztliche Versorgung findet in den 60 Krankenhäusern statt. Ein Krankenhaustag wird mit 80 SEK (ca. 9 Euro), die Behandlung durch einen Arzt in einem Gesundheitszentrum mit 100-150 SEK (ca. 11 – 16 Euro) vergewährt. Hat ein Patient bereits 900 SEK (ca. 101 Euro) bezahlt, hat er Anspruch auf kostenlose Behandlung für eine zwölfmonatige Periode ab erster Konsultation. Kinder und Jugendliche bis 20 Jahre sind von den Gebühren befreit.

Medikamente:

Die Patienten übernehmen die Kosten bis zu einem Betrag von jährlich 180 Euro selbst. Darüber hinausgehende Aufwendungen werden gestaffelt subventioniert.²⁹

Spitalspflege:

Die Krankenanstalten werden grundsätzlich von den regionalen Behörden eingerichtet, es existieren jedoch auch Privatkliniken (mit denen die regionalen Behörden wiederum Vereinbarungen treffen können).

Die Selbstbeteiligung für einen Krankenhaustag beträgt höchstens SEK 80 (€ 8,60) und kann bei Bedürftigkeit ganz entfallen.

Das schwedische Gesundheitswesen ist somit (wie auch das englische) der 1. Basisform zuzuordnen, die sich durch Steuerfinanzierung definiert. Jedoch ergeben sich im Vergleich zu England einige Unterschiede:

So ist die Verantwortung für die Gesundheitsversorgung ausdrücklich den Gemeinden übertragen und folgt damit einem dezentralen Ansatz im Vergleich zu England.

Ein Nachteil dieses schwedischen Gesundheitssystems liegt in der Autonomie der Provinziallandtage bezüglich der Organisation: Dadurch kann es unter Umständen zu Unterschieden bzgl. Kosten oder Versorgung innerhalb des Landes kommen.

Die Vorteile überwiegen jedoch: kostenlose Behandlung für Kinder und Jugendliche, geringe Spitals- und Arztkosten, die Möglichkeit der freien Wahl des Arztes sowie die im Jahre 2005 eingeführte Behandlungsgarantie (ab Festlegung der Therapie darf man nicht

²⁹ <http://www.gesundheitsseiten.de/start.php?nas=1,0350,0260&thema=Schweden&SID=9b1409bba5375>
(20.03.2009)

länger als 3 Monate auf den Beginn der Behandlung warten müssen) zeichnen das Bild eines fortschrittlichen Ansatzes zur Lösung der Gesundheitsvorsorge, obwohl durch die steuerliche Finanzierung nur begrenzte Mittel bestehen.³⁰

2.3.4. Frankreich

Allgemeines:

- Ärztedichte (pro 10.000 EW): 33,7
- Ausgaben für das Gesundheitswesen in % des BIP: 10,5
- Krankenhausbetten (pro 10.000 EW): 75³¹

„Nach Angaben der Weltgesundheitsorganisation (WHO) ist das französische Gesundheitssystem in punkto Qualität und Versorgung eines der besten. Weniger erfreulich sieht hingegen die finanzielle Situation des Systems aus. [...] Frankreich gehört zu den Ländern, in denen die Krankenversicherung über die Sozialversicherungsbeiträge finanziert wird. Folglich wirken sich die hohe Arbeitslosenquote und der demographische Wandel negativ auf die Finanzen der Kassen aus.“³²

Das Kriterium für die Pflichtmitgliedschaft bei der Sozialversicherung ist vorrangig der Status als Angestellter bzw. Beschäftigter. Daneben bestehen aber auch noch Regelungen für Rentner, Arbeitslose, Studenten etc.. Von der Versicherung sind weiters auch Ehepartner (eingetragene Lebensgemeinschaft ist gleichgestellt) sowie Kinder (unter bestimmten Bedingungen) erfasst.³³

Eine Besonderheit stellt die *Couverture Medicale Universelle* dar, durch die auch Arbeitslose sowie Fremde mit und ohne Aufenthaltsgenehmigung versichert sind.

³⁰ Vgl. Schwedisches Institut, a. a. O. , S.2.

³¹ Daten einzusehen im statistischen System der World Health Organisation – siehe dazu Fußn. 28.

³² <http://aekno.de/archiv/2003/09/014.pdf> (20.03.2009).

³³ Vgl. http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/2002/f_part2_de.htm (20.03.2009)

Ärztliche Versorgung:

Es besteht freie Arztwahl sowie direkter Zugang zu den Fachärzten. Die Selbstbeteiligung bei Arzthonoraren beträgt 30%, aus diesem Grund schließt ein Großteil der Bevölkerung auch noch Zusatzversicherungen ab.³⁴

Medikamente:

Hier besteht eine Selbstbeteiligung von 35% (65% bei Mitteln zur Behandlung leichter Störungen und Krankheiten). Bei Bagatellarzneimitteln beträgt der Selbstbehalt 100%.

Spitalspflege:

Es besteht freie Wahl unter den öffentlichen Krankenhäusern, die Kostenbeteiligung beträgt 20%, die Krankenhauspauschale 11 € pro Tag. Ab dem 31. Tag oder bei bestimmten chirurgischen Eingriffen entfällt die Selbstbeteiligung. Aufenthalte in Sanatorien sind nach Genehmigung durch die Kasse von einem Selbstbehalt befreit.

Meines Erachtens ergeben sich aus dem Vergleich dieser Organisationen des Gesundheitswesens mehrere Erkenntnisse:

- Der Vergleich zwischen England und Schweden, die eine ähnliche Basisform gewählt haben, zeigt, dass dieselbe Grundstruktur nicht immer zu gleichen Ergebnissen führen muss.

- Hatte England noch vor zehn Jahren mit massiven Problemen im Bereich der Gesundheitsvorsorge und der Dauer von Operationsbewilligungen zu kämpfen, konnte doch durch intensive Investitionen des Staates eine spürbare Verbesserung herbeigeführt werden. Daraus lässt sich schließen, dass dort, wo der Staat als Organisator oder zumindest Regulator auftritt, bei richtiger Planung schnell positive Ergebnisse erzielt werden können.

- Am Beispiel Frankreichs, welches die gleiche Basisform wie Österreich gewählt hat, ist aber auch ersichtlich, wie empfindlich die Systeme der sozialen Sicherheit im Gesamtgefüge sind. Verlässt sich der Staat auf die Finanzierung durch Beiträge, können

³⁴ Vgl. <http://aekno.de/archiv/2003/09/014.pdf>. (12.02.2009)

sich bei steigender bzw. konstanter Arbeitslosigkeit große budgetäre Löcher ergeben, unter welchen früher oder später die Qualität der Leistungen leidet.

- Mag ein Land in bestimmten Bereichen besonders positiv oder negativ auffallen, so lässt sich doch feststellen, dass die in diesen Vergleich einbezogenen Nationen grundsätzlich ein ähnliches Level im Gesundheitswesen besitzen (vgl. hierzu die Daten der WHO). Inwiefern man von einem Mindestniveau der Gesundheitsversorgung in Europa sprechen kann wird weiter noch erörtert.

3. Das Gesundheitswesen in der Politik der EU

Anhand der bisher erarbeiteten Zwischenergebnisse betreffend der grundlegenden Gedanken und Begriffe zum Gesundheitswesen ist es nun möglich einen Schritt weiter zu gehen und tiefer in den Europäischen Kontext einzutauchen. Um zu erfassen, welche Rolle die Politik des Gesundheitswesens in der EU spielt, muss man jedoch etwas weiter ausholen und zu den Anfängen zurückkehren: Bevor sich also mit der gegenwärtigen und zukünftigen Entwicklung der Gesundheitspolitik auseinandergesetzt wird, behandeln die ersten Abschnitte dieses Kapitels den Werdegang und die Genese dieses Politikbereichs: Die ersten Schritte in Form von Sitzungen, die Schaffung des Kompetenzbereiches sowie dessen Weiterentwicklung und Einflüsse.

Anschließend soll die Institutionalisierung des Gesundheitswesens in der EG kurz vorgestellt werden, um einen Überblick darüber zu geben, welche Organe und Organisationen Zugangspunkte zu diesem Bereich haben und wie bzw. wie weit sich diese auf supranationale Maßnahmen auswirken können und dürfen.

Das Ende dieses Abschnittes bildet die Fassung eines Ausblickes auf die Entwicklung der Politik im Gesundheitswesen nach der Ratifizierung des Reformvertrages – bringt dieser etwaige Änderungen, Erschwernisse, Erleichterungen mit sich oder ist eher davon auszugehen, dass einschneidende Neuerungen in diesem Bereich ausbleiben?

3.1. Die Geburtsstunde der Europäischen Politik des Gesundheitswesens

Auch wenn es logisch erscheint, das Entstehen einer Gesundheitspolitik mit der Schaffung des zugehörigen Kompetenzbereiches bzw. mit dem Zeitraum kurz vor dieser Einführung zu verknüpfen, besteht doch die Möglichkeit, noch früher die ersten – zum Teil natürlich wagen – Bestrebungen nach einer gemeinsamen Politik im Gesundheitswesen zu erkennen. Dieser kreative Prozess, der über mehrere Jahrzehnte von allgemeinen Präambeln bis zu relativ genauen Bestimmungen geführt hat, soll nun in einem kurzen historischen Abriss verdeutlicht werden.

Beginnend bei dem im Jahre 1957 in Rom unterzeichneten *Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft* findet sich in dessen Präambel unter anderem folgende Erklärung: „- in dem Vorsatz, die stetige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen ihrer Völker als wesentliches Ziel anzustreben“.

Dieser selbst gegebene Auftrag, auch in Belangen des menschlichen Wohlbefindens ein gemeinsames Interesse zu verfolgen, verdeutlicht, dass die EWG neben ihren wirtschaftlichen auch das „politischere Ziel [...] einen Beitrag zur funktionellen Errichtung eines politischen Europas [zu leisten] und einen Schritt in Richtung einer umfassenderen europäischen Integration [zu machen]“ verfolgt hat.³⁵

Kann man hier auch noch nicht von einem klaren Auftrag zur Aufnahme einer Politik im Gesundheitswesen sprechen, ist diese Bestimmung mE das erste Lebenszeichen dieses und verschiedener anderer zukünftiger Politikbereiche, die in Folge mit Hilfe des Artikel 235 EWG-Vertrag geschaffen wurden.³⁶

Weiters hat die EG schon seit diesem Zeitpunkt

„Regelungen erlassen, die Gesundheitsaspekte berührten, auch wenn sie auf andere Bestimmungen des EG-Vertrag gestützt waren. In diesen Regelungen ging es vor allem um Harmonisierung in den Bereichen Arzneimittel und Medizinprodukte, Tierarzneimittel, Lebensmittel, den

³⁵ http://www.europa.eu/scadplus/treaties/eec_de.htm (20.03.2009)

³⁶ Art. 235 EWG: Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich, um im Rahmen des gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen, und sind in diesem Vertrag die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen, so erlässt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften.

Arbeitsschutz sowie um die gegenseitige Anerkennung von Abschlüssen in Heilberufen.“³⁷

Forciert wird diese neue Politik ab dem Jahr 1977: Obwohl formalrechtlich keine Rechtsgrundlage bestand, traten ab diesem Jahr die Gesundheitsminister in einem Rat zusammen, welcher sowohl Rechtsakte als auch Entschlüsse verabschiedete. Mit der Unterzeichnung der *Einheitlichen Europäischen Akte* im Jahr 1986 stieg die Anzahl dieser Akte, deren rechtliche Unsicherheit ein immer größer werdendes Problem darstellte, spürbar an.³⁸

Im *Vertrag über die Europäische Union*, der 1992 in Maastricht unterzeichnet wurde und eine große Anzahl von wichtigen institutionellen und rechtlichen Änderungen bzw. Ergänzungen mit sich brachte, wurde unter anderem der Titel *Gesundheitswesen* mit Artikel 129 eingefügt. Damit war es erstmals möglich, die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet formal zu organisieren. Hinzukommend wurde der Gesundheitsschutz in Artikel 3 des Vertragswerkes zu einem eigenen Gemeinschaftsziel erhoben. Die Tätigkeit der Gemeinschaft war aber weitgehend auf Unterstützung und Hilfe bei der Erreichung akkordierter Ziele (hier vor allem Präventionsarbeit im Bereich Krankheiten und Bekämpfung der Drogenabhängigkeit) und Programme gerichtet, der inhaltliche Grossteil der Politik wurde immer noch von jedem Mitgliedstaat autonom wahrgenommen – jedoch war auch hier ein gewisses Umdenken zu bemerken:

„So unterschiedliche Fragen wie Drogenabhängigkeit und Bluttransfusion, die zwischen den Mitgliedstaaten auftreten, haben jedoch deutlich gemacht, dass die nationale Politik häufig Auswirkungen haben kann, die weit über die Grenzen des einzelnen Mitgliedstaates hinausreichen. Bestimmte Probleme im Gesundheitswesen erfordern einfach eine internationale Reaktion und damit eine enge Kooperation zwischen den Mitgliedstaaten.“³⁹

Auf Basis dieser und weiterer Überlegungen (vor allem aus Anlass der BSE-Krise)⁴⁰ beschränkte sich der 1997 unterzeichnete *Vertrag von Amsterdam* im Bereich des

³⁷ Bardenhewer-Rating/Niggemeier in von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag Art 152, Rn 3.

³⁸ Vgl. <http://www.europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/a16000.htm> (20.03.2009).

³⁹ Vgl. <http://www.europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/a16000.htm> (20.03.2009).

⁴⁰ Vgl. Schneider in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 2.

Gesundheitswesens nicht nur auf eine neue Nummerierung (jetzt: Artikel 152 EGV), sondern brachte auch inhaltliche Änderungen mit sich:

- Es werden nicht mehr nur Beiträge geleistet, sondern Maßnahmen ergriffen, um ein hohes Gesundheitsschutzniveau zu gewährleisten,
- Im Bereich der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten ist die Tätigkeit allgemein auf die *Erhaltung* und *Verbesserung* der Gesundheit gerichtet und nicht mehr nur auf *Bekämpfung* von Krankheiten,
- Besaß das Europäische Parlament in Fassung des Art. 129 nur ein Anhörungsrecht, kommt nun in bestimmten Bereichen (beispielsweise Tier- und Pflanzenschutz) das Mitentscheidungsverfahren zur Anwendung.

3.2. Das Ergebnis: Artikel 152 EGV

Die oben dargelegte Entwicklung hat nun bis zur gegenwärtig gültigen Norm geführt, die die Basis für eine Europäische Gesundheitspolitik bildet – Anlass genug, diese Bestimmung einer genaueren Betrachtung zu unterziehen und die verschiedenen Facetten herauszuarbeiten, die dieser Artikel bereithält.

Titel „Gesundheitswesen“:

In der deutschsprachigen Fassung des EGV findet sich als Titel des Politikbereichs die Bezeichnung *Gesundheitswesen* - zu beachten ist hier, dass die Lehre hier eine wichtige Unterscheidung trifft, um ein Problem der sprachlichen Barrieren zu beseitigen. Denn die englische Vertragsfassung bezeichnet diesen Bereich mit *Public Health*, die französische mit *Santé Publique*. Während die deutsche Fassung ungenau ist und verwirrend erscheinen mag (da als Gesundheitswesen im Normalfall genau jener Bereich verstanden wird, den Artikel 152 Abs. 5 der Organisation der Mitgliedsstaaten überlässt), versteht man unter der englischen und französischen Fassung

„einen wissenschaftlichen und politischen Ansatz, der primär die epidemiologische Überwachung des Gesundheitszustandes der Gesamtbevölkerung wie einzelner Gruppen und gesundheitsfördernde Maßnahmen einschließlich solcher zur entsprechenden Veränderung der sozialen und sonstigen Lebensbedingungen umfaßt.“

Als mögliche bessere Übersetzung wird etwa der Terminus „Volksgesundheit“ vorgeschlagen, wobei „Volk“ in diesem Fall die ganze Einwohnerschaft eines Staates umfasst. Dieser Begriff hat sich aber unter anderem aufgrund der Möglichkeit der negativen Konnotation basierend auf der Begriffslehre des Nationalsozialismus bisweilen nicht durchsetzen können.⁴¹

Absatz 1:

Schon der erste Satz enthält die Verpflichtung bzw. die „feste politische Zusage“, dass „bei der Festlegung und Durchführung aller Gemeinschaftspolitiken und –maßnahmen [...] ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt [wird].“⁴²

Diese Wendung bringt in ihrer Kürze doch klar eine wesentliche Neuerung im Vergleich zu früheren Fassungen, da mit der Forderung nach einem hohen Niveau in *allen* Politiken das *Querschnittsprinzip* gegenüber einem sektoral begrenzten Ansatz betont wird – die Gesundheit der Bevölkerung rückt ins Zentrum der politischen Tätigkeit, da alle Maßnahmen und Entscheidungen auf ihre Gesundheitsverträglichkeit geprüft werden müssen. Aus diesem Grund kann es dazu führen, dass der Gesundheitsschutz bei der Prüfung von Rechtsakten mit anderen Vertragszielbestimmungen in Konkurrenz treten kann – die hL verlangt bei jedem einzelnen so auftretenden Konflikt eine Abwägung der verschiedenen Interessen, wobei der Gesundheitsschutz sich nach der Wertung des EGV so weit als möglich durchsetzen soll, dabei aber nicht als absolute Priorität gesehen werden darf.⁴³

⁴¹ Bardenhewer-Rating/Niggemeier in von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art 152, Rz 6.

⁴² Entschließung des Rates vom 18. November 1999, S. 3 .

⁴³ Vgl. Schneider in Mayer (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 8 mwN.

Die Definition als Querschnittsmaterie erlaubt jedoch nicht die Annahme, bei dieser Qualifikation würde es bleiben – die Gesundheit muss darüber hinaus als eigener Politikbereich gesehen werden. In diesem Sinn stellt etwa *Wichard* fest:

„Das Gesundheitswesen bildet einen eigenen Titel in dem den Politiken der Gemeinschaft gewidmeten Dritten Teil des EGV. Es kann daher um seiner selbst willen, nicht nur als Annex zu anderen Materien Gegenstand von Gemeinschaftsmaßnahmen sein.“⁴⁴

In diesem Zusammenhang geht auch *Schneider* davon aus, dass es sich dabei um „eine Gemeinschaftszielbestimmung, vergleichbar einer Staatszielbestimmung, und inhaltliche Determinante“ (jedoch nicht um ein Gemeinschaftsgrundrecht)⁴⁵ handelt.

Auf diese Eingangsbestimmung folgt die Umschreibung der Tätigkeit der Gemeinschaft – es handelt sich (wie weiter unten genauer beschrieben) um eine grundsätzlich nur ergänzende Tätigkeit, die vorrangig auf die „Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit“ gerichtet ist. Daraus ergibt sich ein besonders vom Gedanken der Prävention geleitetes Politikbild. Die begriffliche Weite dieser Konstruktion erlaubt eine Vielzahl von Themenbereichen zu subsumieren und umfasst deshalb auch die Politik im Bereich des Gesundheitswesens (gesehen als das System zur Bereitstellung von Einrichtungen und Maßnahmen zur Gesundheitsverbesserung und –erhaltung der Bevölkerung); jedoch finden sich noch schärfer umrissene Beispiele in diesem Absatz, die aus der älteren Fassung des Artikel 129 EGV übernommen wurden und mit der ausdrücklichen Erwähnung besonders unterstrichen werden sollen, so etwa die Prävention im Bereich schwerer, weitverbreiteter⁴⁶ Krankheiten oder der Kampf gegen die Drogenabhängigkeit und ihre Folgen (im Unterschied zu Art. 129 aF ist zur Bekämpfung der Drogensucht auch der Ansatzpunkt der Gesundheitsschäden als Aufwertung hinzugekommen)⁴⁷.

⁴⁴ *Wichard* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.) EU/EGV, Art. 152 Rz 2.

⁴⁵ *Schneider* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 7.

⁴⁶ Davon erfasst sind auch selten auftretende, aber weit gestreute Krankheiten - *Schneider* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 113.

⁴⁷ Vgl. *Schneider*, a. a. O. , Rz 13.

Absatz 2 unterstreicht noch einmal die unterstützende bzw. fördernde Tätigkeit der Gemeinschaft und erlaubt der Kommission, alle Initiativen zu ergreifen, die einer Koordination der nationalen Politiken dienlich sind (in der Praxis handelt es sich dabei vornehmlich um Mitteilungen, Berichte und Studien, die von der Kommission vorgelegt werden⁴⁸) und verpflichtet die Mitgliedstaaten, nationale Initiativen und Programme so wirksam wie möglich aufeinander abzustimmen.

Im Verhältnis zu Nicht-Mitgliedstaaten legt *Absatz 3* fest, dass sowohl Gemeinschaft als auch Mitgliedstaaten die Zusammenarbeit mit dritten Ländern und internationalen Organisationen fördern sollen. Als gleichberechtigt neben den Mitgliedstaaten kommt der Gemeinschaft in dieser Beziehung eine Außenkompetenz zu, die auch zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen berechtigt.⁴⁹

Nach *Absatz 4* kann der Rat mit dem Parlament nach dem Mitentscheidungsverfahren „mit folgenden Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele dieses Artikels“ beitragen: Im Sinne des hohen Schutzniveaus ermächtigt *Buchstabe a)* dazu, „hohe Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate“ festzulegen, also qualitätsrelevante Aspekte, wie etwa den Betrieb und das Personal von Blutspendeeinrichtungen.⁵⁰ Ein Beispiel für einen auf dieser Kompetenz basierenden Rechtsakt ist die *Richtlinie 98/02/EG zur Festlegung von Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen*.

Abweichend von Artikel 37 EGV (der nur eine Anhörung des Europäischen Parlaments im Bereich der Agrarpolitik vorsieht) können nach *Buchstabe b)* Tier- und Pflanzenschutzmaßnahmen erlassen werden, sofern das Ziel der unmittelbare Schutz der Gesundheit der Bevölkerung ist – Hintergrund war auch hier die BSE-Krise, die dazu führte diesen Bereich mit dem Vertrag von Maastricht aus der Landwirtschaftspolitik zu entnehmen und für einen eigenständigen Gesundheitsschutz in der Agrarwirtschaft zu sorgen um damit eine höhere Sicherheit im Bereich der Lebensmittelgesundheit gewähren

⁴⁸ Vgl. *Schneider*, a. a. O., Rz 16 mwN.

⁴⁹ Vgl. *Schneider*, a. a. O., Rz 17 mwN.

⁵⁰ Vgl. *Schneider*, a. a. O., Rz 19.

zu können.⁵¹ Der Unterschied zu Art. 37 EGV liegt im Zweck der jeweiligen Norm: verfolgt Art. 152 EGV den Schutz der menschlichen Gesundheit, dient die Bestimmung des Art. 37 EGV dem Schutz von Tieren und Pflanzen. Scheinen die Interessen bei einem Rechtsakt zu kollidieren, ist wohl auf den Hauptzweck der Norm abzustellen um die Kompetenzgrundlage feststellen zu können.

Schließlich ermöglicht es *Buchstabe c)* Fördermaßnahmen, die auf den Gesundheitsschutz oder –verbesserung, abzielen zu erlassen - jedoch unter dem Verbot einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten (welches weiter unten eingehender behandelt wird). Artikel 249 EGV enthält an sich keine Definition der Fördermaßnahme, jedoch lässt Abs. 2 Uabs. 1 die Schlussfolgerung zu, dass es sich dabei um Tätigkeiten handelt, mit denen die EG entweder Maßnahmen der Mitgliedstaaten inhaltlich ergänzt oder unterstützt, oder mit denen sie die durch Abs. 2 aufgegebene Zusammenarbeit in organisatorischer Hinsicht fördert.⁵²

Weiter ist es dem Rat auch möglich, mit qualifizierter Mehrheit Empfehlungen auszusprechen, sofern sie den Zwecken des Gesundheitsschutzes dienen.

Abschließend betont *Absatz 5* die nationale Autonomie im Bereich des Gesundheitswesens: „Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft [...] wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens [...] in vollem Umfang gewahrt.“ Wie weit dieses Eingriffsverbot tatsächlich reicht und wo die Grenzen unzulässiger Einflussnahme liegen spielt bei den später zu erörternden Urteilen eine bedeutende Rolle.

Aufbauend auf dieser Aufschlüsselung wird sich im Laufe dieser Arbeit zeigen, dass die Bestimmungen dieser Regelung nicht in jedem Fall absolute Klarheit bezüglich der tatsächlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bringen – vor allem der EuGH hat in seiner Rechtsprechung wichtige Erweiterungen bzw. Differenzierungen vorgenommen, deren volle Tragweite erst mit dem Vergleich zur eigentlichen Fassung des Vertrages zur Geltung kommt.

⁵¹ Vgl. *Schneider*, a. a. O., Rz 20.

⁵² Vgl. *Wichard* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Art 249, Rz 16.

3.3. Auswirkungen des Artikels 152 EGV auf die europäische Rechtsetzung

Mit der Schaffung des damaligen Artikel 129 bzw. jetzigen Artikel 152 EGV haben sich wie bereits kurz erwähnt mehrere Auswirkungen auf supranationales Handeln im Bereich des Gesundheitswesens ergeben.

Wohl wichtigste war das Bereitstellen einer tatsächlichen Rechtsgrundlage für gesundheitspolitische Maßnahmen, wodurch die davor herrschende Unsicherheit der Rechtsakte beseitigt und die Tätigkeit der Gemeinschaft auf institutioneller Ebene genau umschrieben wurde.⁵³

Der Einfluss erfuhr durch die Qualifikation der Gesundheitspolitik als Querschnittsmaterie in der Fassung des Artikels 152 EGV noch eine Erweiterung – so wird in einem Vermerk der Europäischen Kommission festgehalten:

"Außerdem zwingen diese Bestimmungen die Institutionen der Union häufig, den besonderen Anforderungen der fraglichen Bereiche Rechnung zu tragen, wenn sie ihre Zuständigkeiten aufgrund anderer Bestimmungen der Verträge ausüben, um so zu verhindern, dass diese Anforderungen infolge der Tätigkeit in anderen Politikbereichen beeinträchtigt werden."⁵⁴

Durch dieses Querschnittsprinzip unterstützt findet sich das geforderte hohe Gesundheitsschutzniveau nun als Maßstab bei der Prüfung jedes Rechtsaktes wieder (*Gesundheitsverträglichkeitsprüfung*).⁵⁵

Auch die vorgesehenen Schutzmechanismen des Harmonisierungsverbotes und der Autonomie der Mitgliedstaaten bezüglich der Organisation in den Abs. 4 und 5 haben immer wieder (z. B. als Argumente der Mitgliedstaaten gegen eine einen geplanten Rechtsakt) nicht unerhebliche Auswirkungen – der Handhabung und Wirksamkeit dieser Konstruktionen zum Schutz vor Rechtsakten werden im Zusammenhang mit der einschlägigen Rechtsprechung⁵⁶ in eigenen Abschnitten Rechnung getragen.

⁵³ Siehe dazu auch die Ausführungen auf Seite 19.

⁵⁴ Vermerk der Europäischen Kommission über ergänzende Zuständigkeiten der Europäischen Union, CONV (2002) Nr. 7, S. 3.

⁵⁵ Ein weiteres Beispiel für dieses Prinzip findet sich etwa in Art. 151 (4) EGV.

⁵⁶ Etwa: EuGH 10.12.2002 C-491/01 *British American Tobacco*, Slg. 2002, 11453.

3.4. Die Institutionalisierung der Gesundheitspolitik in der EG

Stellt man sich einer Untersuchung der Politik im Gesundheitswesen der EG ist es unabdingbar, jene Einheiten die sich im Gefüge der Gemeinschaft mit Gesundheit, Gesundheitsvorsorge und –erhaltung der EU-Bürger beschäftigen, vorzustellen und zu erörtern, welche Aufgaben und allfälligen Kompetenzen ihnen obliegen. Während die Frage der Kompetenzverteilung Gegenstand eines eigenen Kapitels weiter unten ist, sollen auf den folgenden Seiten die wichtigsten Institutionen die mit dem Bereich des Gesundheitswesens (mit Ausnahme des EuGH) in Berührung stehen behandelt werden.

3.4.1. Kommission

Gemäß Artikel 211 EGV obliegen der Kommission unter anderem folgende Aufgaben:

- Sie besitzt das *Initiativmonopol* – der Rat kann damit grundsätzlich nur basierend auf einem Vorschlag der Kommission Rechtsakte erlassen. Mit dem Vorschlag werden auch Rechtsgrundlage und Beteiligung des Europäischen Parlaments bestimmt.⁵⁷
- Sie ist die *Hüterin der Verträge* und somit dafür verantwortlich, die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts sowie der Urteile des EuGH zu überwachen.⁵⁸

Die Bedeutung der Kommission für die Politik im Gesundheitswesen der EG ist somit offenkundig – zum einen ist sie der *Motor*, der sowohl mit Normvorschlägen und Initiativen als auch der Förderung des Dialogs mit Institutionen, Verbänden etc. eine Entwicklung im Bereich der Sozialsysteme der Mitgliedsstaaten vorantreiben und somit die Gesundheitspolitik der Gemeinschaft wirksam nach außen tragen kann. Wichtige Instrumente sind hierbei die Grün- und Weißbücher: in ersteren werden von der Kommission ausgehend Diskussionen zu bestimmten Themen angeregt um thematischen Input sammeln zu können, an welchen sich sowohl Staaten als auch Vertreter von

⁵⁷ Streinz, Europarecht (2008), S. 116 f; Ruffert in Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 211, Rz 12.

⁵⁸ Vgl. Streinz, a. a. O., S. 118.

betroffenen Organisationen oder Vereinigungen beteiligen können. Im Gegensatz dazu enthalten Weißbücher (welche in der Regel auf Grünbüchern basieren) bereits konkrete Vorschläge für bestimmte Politikbereiche.

Andererseits ist sie gemäß der Bestimmung des Art. 211 verpflichtet, dafür zu sorgen, dass bestehende Regelungen im Gesundheitswesen (als breite Querschnittsmaterie etwa auch Sicherheit am Arbeitsplatz, Lebensmittelvorschriften, Hygienevorschriften etc.) eingehalten bzw. den Vorstellungen der Gemeinschaft entsprechend umgesetzt werden. Sollten Verstöße festgestellt werden, hat sie diese grundsätzlich zu verfolgen – die Erhebung einer Klage nach Art. 226 EGV ist jedoch nicht verpflichtend sondern steht im pflichtgemäßen Ermessen.⁵⁹

Der Politikbereich *Gesundheit* wurde bis März 2007 von Kommissar *Markos Kyprianou* wahrgenommen, der hierauf von *Androula Vassiliou* (beide Zypern) abgelöst wurde. Dieses Ressort umfasst neben Gesundheit im Allgemeinen auch *Lebensmittelsicherheit* und *Tierschutz*.⁶⁰ Eine enge Zusammenarbeit besteht mit der Kommissarin für Verbraucherschutz, *Meglana Kuneva* – diese drei Ressorts bilden die sogleich vorzustellende *Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz*, an deren Spitze die Kommissare stehen.

3.4.2. Generaldirektion

Den oben angeführten Kommissaren beigestellt ist die *Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz*, die mit Experten aus Medizin, Ernährungswissenschaft, Rechts- und Geisteswissenschaft unterstützend tätig wird, indem sie Vorschläge für neue Normen oder Informationsprogramme im Bereich des Gesundheitswesens erarbeitet.

Für die Generaldirektion arbeiten etwa 800 Personen, davon 600 in Brüssel sowie 100 in Luxemburg und 100 in Grange in der Nähe von Dublin.⁶¹

⁵⁹ Vgl. dazu *Streinz*, a. a. O. S. 118, EuGH 15.01.1998 C-196/97 *Intertronic F. Cornelis/Kommission*, Slg. 1998, 199; *Ruffert* in *Calliess/ders.* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 211 Rz 6; *Hummer* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), EU, Art. 155, Rz 27-

⁶⁰ Vgl. http://ec.europa.eu/commission_barroso/kyprianou/index_de.htm. (22.03.2009)

⁶¹ Vgl. http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/general_info/mission_de.html#action. (22.03.2009)

Laut dem Zielkatalog der Generaldirektion bilden folgende Punkte bei den Vorschlägen von Rechtsvorschriften, Politiken und Programmen die Grundprinzipien:

- Schutz und Verbesserung der Gesundheit
- Sichere und gesunde Nahrungsmittel
- Schutz der Gesundheit von Tieren und Pflanzen.⁶²

Darüber hinaus wird von der Generaldirektion die Schaffung eines hohen Schutzniveaus angestrebt.⁶³ Diese Selbstbindung ergibt sich schon aus der Fassung des Art. 152 EGV und kann deshalb nur deklarativen Charakter haben.

Im Bereich des Gesundheitsschutzes stehen für das Programm der Generaldirektion 2004-2009 folgende Agenden im Vordergrund:

- Übergewicht, Tabakkonsum und Gesundheitsschäden durch Alkohol
- Eindämmung von HIV/AIDS
- Verbesserung der Sicherheit und Qualität bei Gesundheitsdienstleistungen.⁶⁴

3.4.3. Europäisches Parlament und Aktionsprogramme

Das Europäische Parlament als Vertretung der EU-Bürger hat in der Geschichte der Gemeinschaft eine stetige Veränderung durchlaufen. Anfangs eher ein beratendes Gremium, welches kaum Einfluss auf die Rechtsetzung hatte, ist es heute vollwertiger Mitgesetzgeber neben dem Rat, dessen Rechte durch den Vertrag von Lissabon weiter ausgebaut werden.

Durch diese Aufwertung spielt das Parlament in Folge auch eine wichtige Rolle bei der Erlassung von gesundheitsschützenden oder die nationalen Gesundheitssysteme berührenden Maßnahmen (etwa als Mitgesetzgeber basierend auf Artikel 152 Abs. 4 EGV oder Miturheber der viel diskutierten *Tabakwerberichtlinie 98/43/EG*).

⁶² Vgl. dazu http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/general_info/mission_de.html#vision. (22.02.2009)

⁶³ Vgl. http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/general_info/mission_de.html#vision (22.02.2009)

⁶⁴ Vgl. http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/general_info/mission_de.html#action. (22.02.2009)

Als Querschnittsmaterie verteilen sich Fragen und Kompetenzen im Bereich des Gesundheitswesens auf mehrere Ausschüsse:

Ausschuss für Umweltfragen, Volksgesundheit und Lebensmittelsicherheit (ENVI):

1973 gegründet, wuchs der Einfluss dieses Ausschusses gleichzeitig mit der Entwicklung der Gemeinschaften und der Union.

Eine der wichtigsten Aufgaben dieses Ausschusses ist es, im Bereich Umwelt, Volksgesundheit und Lebensmittelsicherheit den Rechtsetzungsprozess zu verfolgen und zu bewerten, inwiefern Rechtsakte in den Mitgliedstaaten befriedigend implementiert wurden.⁶⁵

2002 wurde die *Health Working Group* mit dem Ziel ins Leben gerufen, die Implementation des Aktionsprogramms auf dem Gebiet der öffentlichen Gesundheit 2003-2008 zu überwachen.

Im Jahr 2005 verfasste der Ausschuss einen Bericht über die Patientenmobilität und die Entwicklung der Gesundheitssysteme in der Europäischen Union, welcher vom Parlament angenommen wurde und in Form einer Entschließung die Kommission dazu aufforderte, das Sammeln und die Evaluation von Daten zur grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung bis Anfang 2007 weiter zu forcieren, um entsprechende legislative Aktionen folgen lassen zu können.⁶⁶

Eine enge Zusammenarbeit besteht sowohl mit der *Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz* und der *GD für Umweltfragen*, als auch mit dem *Europäischen Zentrum für Krankheitsprävention und Kontrolle* oder der *Europäischen Medizinbehörde*.

Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz (IMCO):

Es handelt sich dabei um den jüngsten Ausschuss in der Geschichte des Europäischen Parlaments, der vorrangig zuständig ist für die Frage, inwiefern Wettbewerb und Verbraucherschutz in der Gemeinschaft nebeneinander bestehen können.

⁶⁵ Vgl. http://www.europarl.europa.eu/comparl/envi/implementation/default_en.htm. (18.03.2009)

⁶⁶ Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Patientenmobilität vom 06.09.2005, A-0129/2005.

In der 6. Legislaturperiode (2004-2009) besteht laut Kompetenzverteilung eine Zuständigkeit für horizontale Maßnahmen im Bereich des Gesundheitsschutzes. Eine Vorreiterrolle kam dem Ausschuss im Zusammenhang mit der Ausnahme der Gesundheitsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie zu: Ein Initiativbericht zur den Auswirkungen dieser Ausnahme wurde vom Parlament mit überwältigender Mehrheit angenommen und spricht sich gegenüber der Kommission dafür aus, ein angemessenes Instrument zu schaffen, welches die Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet widerspiegelt.⁶⁷

Aufgrund dieses Berichtes, der Tätigkeit des *ENVI-Ausschusses* als auch basierend auf der Rechtsprechung des EuGH wurde ein Prozess zur Schaffung einer Gesundheitsdienstleistungsrichtlinie in Gang gesetzt, welcher schließlich den Entwurf einer *Richtlinie zur Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung* im Sommer 2008 hervorbrachte.⁶⁸

In diesem Zusammenhang sollen auch die Aktionsprogramme 2003-2008 und 2008-2013 der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Gesundheit vorgestellt werden, bei deren Ausgestaltung das Parlament neben der Kommission eine wichtige Rolle gespielt hat und welche einen wichtigen Bestandteil der Gesundheitspolitik der EG bilden.⁶⁹

Erstes Programm 2003-2008:

Dieses sollte „zur Förderung einer integrierten und sektorübergreifenden Gesundheitsstrategie beitragen“⁷⁰ und wurde in dem *Beschluss Nr. 1786/2002/EG* des Europäischen Parlaments und des Rates festgehalten.

Als Rechtsgrundlage diente Artikel 152 Abs. 4 EGV, da es sich bei diesem Programm um „Fördermaßnahmen, die den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben [...]“ handelte.⁷¹

⁶⁷ Vgl. http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/press/070522_healthservices_en.pdf. (18.03.2009)

⁶⁸ Vgl. zu diesem Richtlinienentwurf weiter unten Kapitel 6.6.2.

⁶⁹ *Sieveling*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU in: EJML 2007, 25.

⁷⁰ Beschluss Nr. 1786/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Gesundheit (2003-2008).

⁷¹ http://ec.europa.eu/health/ph_programme/legal/legal_background_de.htm. (18.03.2009)

Bei der Verwirklichung dieses Programms war die Unterstützung der Kommission von einem Ausschuss der Vertreter der Mitgliedstaaten vorgesehen, der zu den im Rahmen dieses Vorhabens geplanten Maßnahmen Stellung nehmen musste.

Die zur Verfügung gestellten Mittel für diesen sechsjährigen Zeitraum beliefen sich auf 353,77 Millionen € – sofern nicht besondere Notfälle einträten, die eine Umverteilung rechtfertigen würden – um die drei Hauptziele des Programms (Information der Bevölkerung, Beseitigung von Gesundheitsgefahren und Ermittlung von Gesundheitsfaktoren) auf operationeller Basis zu erreichen.

*Zweites Programm 2008-2013*⁷²

Das nachfolgende Programm wurde im Oktober 2007 verabschiedet und baut auf den Ergebnissen und Strukturen des ersten Programms auf. Die drei neuen Hauptziele richten sich auf die Verbesserung des Gesundheitsschutzes der Bürger, die Gesundheitsförderung und eine vertiefte Information in Gesundheitsfragen.⁷³

Für diesen neuen Zeitraum beläuft sich die Höhe der Finanzierung auf 321 Millionen €, allein für das Jahr 2008 waren ca. 46 Millionen € vorgesehen. Hier ist jedoch zu erwähnen, dass die Gemeinschaft jeweils nur als Kofinanzierer tätig wird – in Artikel 4 des Beschlusses („Finanzhilfen“) findet sich eine genaue Aufschlüsselung der Höhe der Anteile, mit welchen sich die Gemeinschaft an Projekten beteiligen kann bzw. darf (im Regelfall 60%, unter besonderen Umständen 80%).

3.4.4. Non governmental Organizations

Um effektive Ergebnisse im Meinungsbildungsprozess der Gesetzgeber zu erzielen, hat sich die *Social Platform* als „alliance of representative European federations and networks of non-governmental organisations active in the social sector“⁷⁴ gebildet.

Zu den über 30 vollwertigen Mitgliedern zählen etwa *Caritas Europa*, *Eurochild* und *MHE*.

⁷² Beschluss Nr. 1350/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein zweites Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Gesundheit (2008-2013).

⁷³ Vgl. Beschluss 1350/2007/EG, Art. 2 Abs. 2.

⁷⁴ <http://www.socialplatform.org> (20.02.2009)

Als Dachverband nimmt die *Soziale Plattform* die Aufgabe wahr, ihren Mitgliedern ein Forum zur Verfügung zu stellen, in welchem Ideen diskutiert werden und Erfahrungsaustausch stattfindet.

In einem System von Arbeitsgruppen (aktuell drei: Sozialpolitik, Grundrechte und soziale Dienstleistungen im öffentlichen Interesse) werden so zu verschiedensten sozialen Themen Positionspapiere verfasst, die an die Institutionen weitergeleitet werden.

Auf diese Weise als auch durch forcierte Kampagnen zu aktuellen Themen, ist es den NGO's möglich geworden, ihre Werte und Ideen in die Entscheidungsprozesse der EG einfließen lassen zu können.

3.5. Artikel 152 im Reformvertrag

Der *Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*⁷⁵ bringt in vielen Bereichen Neuerungen mit sich – davon erfasst sind auch die Bestimmungen des Artikel 152 EGV. Im folgenden sollen die relevantesten Änderungen erwähnt werden, wobei zu beachten ist, dass bei der Änderung dieses Artikels nicht auf den *Vertrag über eine Verfassung für Europa* zurückgegriffen wurde, sondern die Regierungskonferenz 2007 versucht hat, diesen zeitgemäß und unter Berücksichtigung der Entwicklung im Laufe der Jahre zu adaptieren.⁷⁶

Abgesehen von dem strukturell bedingten Austausch des Begriffs *Gemeinschaft* mit der Bezeichnung *Union* erhält die Kompetenzregelung für das Gesundheitswesen auch eine neue Nummerierung und ist im *AEUV* unter Artikel 168 zu finden, wobei sie sich in sieben anstatt wie bisher fünf Absätze gliedert.

In *Absatz 1* findet sich eine Modifikation des Begriffes *Gesundheit* dahingehend, dass diese die „körperliche und geistige Gesundheit“ umfasst – dadurch wird eine weitestgehende Übereinstimmung mit der Definition dieses Terminus durch die WHO⁷⁷

⁷⁵ ABI 2007/C 306/01.

⁷⁶ Fischer, Der Vertrag von Lissabon (2008), Art. 152, Rz 2.

⁷⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 2.1. .

erreicht. Darüber hinaus wird auch der Anwendungsbereich dieser Bestimmung weiter gestaltet, indem dieser um die „Beobachtung, frühzeitige Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren“ erweitert wird.⁷⁸

In *Absatz 2* wird zusätzlich festgehalten, dass der Anwendungsbereich dieser Bestimmung nun auch die „Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten bezüglich der Komplementarität ihrer Gesundheitsdienste in den Grenzgebieten“ umfasst.

Die Kommission erhält laut dieser neuen Fassung darüber hinaus die Möglichkeit, „Initiativen durchzuführen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten“, wobei dem Europäischen Parlament Informationsrechte zukommen.

Absatz 4 normiert nun, dass für bestimmte Angelegenheiten das ordentliche Gesetzgebungsverfahren vorgesehen ist, „um den gemeinsamen Sicherheitsanliegen Rechnung zu tragen“. Ebenfalls wird eine neue *litera c* eingefügt, die es erlaubt, „Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte“ durchzuführen.

Die derzeit bestehende *lit. c* wird in einem neuen *Absatz 5* gefasst, welcher im Vergleich zu der bisherigen Ausführungen eine genauere Definition des Ziels des Gesundheitsschutzes enthält: wie bisher können Rat und Parlament in diesem Bereich nur unter Ausschluss von harmonisierenden Maßnahmen tätig werden, um Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit

„sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren sowie Maßnahmen, die

⁷⁸ Fischer, a. a. O., Art. 152, Rz 4.

unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben erlassen.“

In dem neuen *Absatz 7* findet sich der bisherige *Absatz 5*, welcher nun noch eindeutiger die Wahrung der Verantwortung der Mitgliedstaaten betont⁷⁹, wenn er bestimmt dass „die Verantwortung der Mitgliedstaaten die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel umfasst“.

Abgesehen von notwendigen redaktionellen Änderungen bringt die Neufassung des Art. 152 EGV somit einerseits ein Paket an Klarstellungen, was unter den bisher in dieser Bestimmungen verwendeten Begriffen (*Gesundheit, Verantwortung der MS*) tatsächlich zu verstehen ist und dadurch eine erhöhte Rechtssicherheit sowie „Schlagkraft“ - andererseits wird die Zuständigkeit der Union in einem nicht unerheblichen Ausmaß erweitert:⁸⁰ so ermöglicht beispielsweise die neue *litera c* in *Absatz 4*, auch im Bereich der medizinischen Produkte verpflichtende Qualitätsuntergrenzen festzulegen – wie der europäische Arzneimittelmarkt und die Pharmaindustrie auf diese Regelung reagieren, sofern sie in Kraft tritt, bleibt abzuwarten.

⁷⁹ Fischer, a. a. O., Art 152 Rz 4.

⁸⁰ Fischer, a. a. O., Art 152 Rz 2.

4. Die juristische Seite einer supranationalen Politik im Gesundheitswesen – die Bestimmungen des Artikel 152 EGV und seine Folgen

Wurden in den vorangegangenen Kapiteln die vorbereitenden Erklärungen, Definitionen und Veranschaulichungen behandelt, wird in diesem Teil der Arbeit versucht, anhand der Regelungen im EGV sowie der Rechtsprechung des EuGH aufzuzeigen, wo wir uns im Bereich der Gesundheitspolitik befinden und wohin die Entwicklung in den nächsten Jahren führen könnte, sofern man die Erkenntnisse des EuGH mutig auslegt – erlaubt Art. 152 EGV beispielsweise die Schaffung einer Richtlinie über die Aufmachung von Tabakprodukten, welcher maßgebende Bedeutung im Gesundheitsschutz zukommt, obwohl harmonisierende Regelungen in diesem Bereich nicht vorgesehen sind und wie eben ausgeführt die Verantwortung der Mitgliedstaaten im Bereich des Gesundheitswesens nicht beeinträchtigt werden darf?

Bevor man sich jedoch mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes und den möglichen Folgen beschäftigen kann, müssen die relevanten Bestimmungen des EGV, die für die europäische Gesundheitspolitik von Bedeutung sind, diskutiert werden:

Vor allem Artikel 152 EGV als sachliche Zuständigkeitsnorm betreffend den Politikbereich Gesundheit sowie Artikel 95 EGV als Instrument der Rechtsgestaltung sind in diesem Zusammenhang von großer Bedeutung.

So stellen sich bei genauerer Betrachtung die Fragen nach Teleologie und Position des Artikels 152 im EGV, nach der Reichweite des Harmonisierungsverbotes, das aus Art. 152 Abs. 4 EGV herausgelesen werden kann und wann bzw. auf welche Weise das „ergänzende Tätigwerden“ auszuüben ist.

Artikel 95 EGV als Instrument der EG, harmonisierende Maßnahmen zu erlassen, könnte es ermöglichen, ein gemeinschaftliches Mindestniveau bzgl. der zu erbringenden Leistungen in den Gesundheitssystemen festzulegen. Zur Beantwortung dieser Frage werden die Funktionsweise und die auf diesem Artikel basierenden Regelungen im

Gesundheitswesen sowie die geplante Glücksspielrichtlinie und ihr Zusammenhang mit dem Gesundheitswesen in einem eigenen Abschnitt behandelt.

Ebenfalls in einem eigenen Kapitel werden die Urteile des EuGH zur Patientenmobilität untersucht, da diese eine besondere Position in diesem Themengebiet einnehmen.

4.1. Die Kompetenzaufteilung zwischen Mitgliedsstaaten und Gemeinschaft

Bevor die Zuständigkeit der Europäischen Gemeinschaft im Bereich des Gesundheitswesens einer genaueren Untersuchung unterzogen wird sollen in einer kurzen Zusammenfassung die allgemeinen Regeln der Kompetenzwahrnehmung durch die EG vorgestellt werden um ein besseres Gesamtbild der Problemstellung zu gewährleisten, die in dieser Arbeit behandelt wird.

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung:

Verglichen mit der umfassenden Verbandskompetenz souveräner Staaten, deren Rechtssetzungsorgane grundsätzlich sowohl bei der Wahl der zu regelnden Materie als auch bei der Regelungsform frei sind, normiert Artikel 249 EGV ein „weniger“, nämlich dass

„zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrages [...] das Europäische Parlament und der Rat gemeinsam, der Rat und die Kommission Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen [erlassen] [...]“.⁸¹

Aus der Wendung „nach Maßgabe dieses Vertrages“ ergibt sich das *Prinzip der Einzelermächtigung*: Ohne ausdrückliche Kompetenzzuweisung durch den Vertrag können die Legislativorgane nicht tätig werden – sofern die Kompetenznorm nicht auch die Form des Rechtsakts vorschreibt, sind die Organe in der Wahl frei (wie etwa bei Art. 175 Abs. 1 EGV).⁸²

⁸¹ Vgl. zur Normierung dieses Prinzips auch Art. 5 Abs. 1. EGV.

⁸² Streinz, Europarecht (2008), S. 182.

Es fehlt somit an der *Kompetenz-Kompetenz*, d. i. die Fähigkeit, aus eigenem Handeln Kompetenzen zu begründen – diese ist vielmehr bei den Mitgliedsstaaten als „Herren der Verträge“ verblieben.⁸³

Für die Gesundheitspolitik bedeutet dies, dass relevante Regelungen nach dieser Vorschrift nur aufgrund der Kompetenznorm des Art. 152 EGV erlassen werden können. Jedoch ist hierbei zu bedenken, dass sich das Gesundheitswesen als breite Querschnittsmaterie darstellt und sich so der Gesundheitsschutz oder die –vorsorge öfters auch in anderen Kompetenznormen etwas versteckter wieder findet und somit auch auf einer anderen Grundlage basierende gesundheitsrelevante Regelungen erlassen werden können (vgl. etwa Art. 153 Abs. 1 EGV: Gesundheitsschutz als Teil des Verbraucherschutzes).

Diese „strenge“ Sichtweise der begrenzten Einzelermächtigung ist jedoch durch die teleologische Interpretation anderer Bestimmungen aufgelockert worden, wie sogleich gezeigt wird.

Auflockerungen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung:

Unter den Bestimmungen, die dem oben beschriebenen Grundsatz entgegenwirken bzw. es den Legislativorganen erlauben, auch etwas ausserhalb des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zu handeln, sind vor allem die Artikel 308, 94 und 95 EGV zu erwähnen.

Denn nach Art. 308 EGV ist es der Gemeinschaft möglich, auch bei einem Fehlen der erforderlichen Befugnisse die geeigneten Vorschriften zu erlassen, sofern ein Tätigwerden erforderlich erscheint, um „ihm Rahmen des Gemeinsamen Marktes eines ihrer Ziele zu verwirklichen“. Diese Rechtssetzungskompetenz zur Vertragslückenschließung wurde in den 70er und 80er Jahren in den Bereichen Umwelt-, Sozial- und Forschungspolitik eingesetzt, obwohl (oder gerade weil) in diesen Bereichen keine ausdrückliche Befugnisregelung bestand – mit der *Einheitlichen Europäischen Akte 1987* und dem *Unionsvertrag 1992*, welche ein Mehr an Rechtssetzungskompetenzen für die Gemeinschaft in verschiedenen Politikfeldern mit sich brachten, war dies jedoch nicht

⁸³ Vgl. zu diesem Begriff *Streinz*, a. a. O., S. 51; *Bach*, Die Europäisierung nationaler Gesellschaften (2000), S. 132.

mehr notwendig und nahm die Frequenz der Rechtsakte, die sich auf Art. 308 EGV stützen, wieder ab.⁸⁴

Weiter besteht die Möglichkeit, die Regelung bestimmter Sachmaterien durch die Rechtsangleichungsmöglichkeit der Art. 94 und 95 EGV an sich zu ziehen. Da dies im Gesundheitswesen, welches sich als eine solche Sachmaterie darstellt, eine besondere Rolle spielt, werden diese Rechtssetzungermächtigungen weiter unten genauer untersucht.

Das Subsidiaritätsprinzip:

Ergänzt wird das *Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung* durch das *Subsidiaritätsprinzip* – Art. 5 Abs. 2 EGV legt fest:

„In den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen, wird die Gemeinschaft nach dem Subsidiaritätsprinzip nur tätig, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“

Diese Bestimmung lässt zwei Folgerungen zu: zum einen legt sie der Gemeinschaft ein Rechtfertigungsgebot auf, sobald sie eine nicht ausschließliche Kompetenz wahrnehmen will (und zwar dahingehend, dass eine gemeinschaftsrechtliche Maßnahme eher zur Zielerreichung geeignet ist).

Zum anderen lässt die Unterscheidung zwischen „ausschließlichen“ und „anderen“ Kompetenzen erkennen, dass man auch bei einem fehlenden Kompetenzverteilungskatalog im EGV Konkretisierungen treffen kann, und zwar nach *ausschließlichen*, *konkurrierenden* und *Rahmen- bzw. Beitragskompetenzen*. Diese von der Literatur erarbeiteten Begriffe wurden auch vom EuGH aufgegriffen⁸⁵ und dienen heute als allgemein anerkannte Erkenntnisbehelfe.⁸⁶

⁸⁴ Frenz, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), S. 90; Streinz (2008), S. 183 mwN.

⁸⁵ Siehe dazu EuGH 05.05.1981, C-804/79 Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1981, 1045.

⁸⁶ Streinz, Europarecht (2008), S. 58 f. .

Mit dieser Unterscheidung stellt sich für diese Arbeit natürlich die Frage, welcher Kompetenz die Politik im Gesundheitswesen zuzuordnen ist.

4.2. Das „ergänzende Tätigwerden“ der sachlichen Zuständigkeit nach Artikel 152 EGV

Art. 152 Abs. 1 EGV hält fest, dass

„die Politik der Gemeinschaft [...] die Politik der Mitgliedstaaten [ergänzt] und ist auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der menschlichen Gesundheit gerichtet.“

Somit lässt sich im Wege der Wortinterpretation („ergänzt“) erschließen, dass es sich im Bereich des Gesundheitswesens grundsätzlich um eine *Beitragskompetenz* oder „begrenzte Mitzuständigkeit“⁸⁷ handelt.⁸⁸

Die Tätigkeit der EG hat lediglich ergänzenden Charakter und soll dort ansetzen, wo bestimmte Ziele auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht so gut erreicht werden können wie auf supranationaler Ebene – „sowohl die Limitierung hinsichtlich der Regelungsmaterie als auch die Limitierung hinsichtlich der Handlungsformen sind Ausprägungen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung.“⁸⁹ (weitere Beispiele für Politikbereiche, in welchen eine Beitragskompetenz besteht: Sozialpolitik, Kultur, Verbraucherschutz.). Das Handlungsinstrumentarium dieser *ergänzenden Tätigkeit* umfasst unter der Berücksichtigung der Absätze 2 bis 4 in der Literatur die Koordinierung, Kooperation mit Dritten, Förderung oder Empfehlung, in bestimmten Fällen (etwa Abs. 4 lit a) auch Richtlinien und Verordnungen.⁹⁰

Ein Problem, dass sich mE aus dem Wahrnehmen einer Beitragskompetenz ergibt, besteht in der Frage, *wann* bzw. *ob* die EG gewährleisten kann, bestimmte Agenden besser als die Mitgliedsstaaten zu führen – dass die Mitgliedsstaaten nicht wiederholt durch die

⁸⁷ *Schneider in Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 14.

⁸⁸ Vgl. zu dieser *Streinz*, a. a. O., S. 60.

⁸⁹ *Streinz*, a. a. O., S. 61.

⁹⁰ Vgl. *Bardenhewer-Rating/Niggemeier in von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Art 152 Rz 8.

Gemeinschaft daran erinnert werden wollen, dass autonome Versuche der Regelung einer Angelegenheit in den Augen der Gemeinschaftsorgane nicht die beste Lösung darstellen und von diesen ein Übergang auf die Kompetenz der EG gewünscht wird bildet in diesem Zusammenhang einen ähnlichen, wenn auch „menschlicheren“, Problemherd.

Im Hintergrund steht hier die Frage, inwiefern differierende Wertvorstellungen innerhalb der Gemeinschaft bzw. zwischen Gemeinschaft und Mitgliedern die Wahrnehmung einer Beitragskompetenz beeinflussen: Wo liegen hier die Grenzen zwischen dem „zulässigen Unterschied“ und dem Vorhandensein von so andersartigen Konzepten oder Regelungen, dass z. B. eine Harmonisierung - vermittelt über das Wahrnehmen einer Kompetenz, die dies ermöglicht - notwendig erscheint. Zur Lösung dieses Problems wird jedoch (aufgrund der Wichtigkeit und Komplexität der Materie) wohl eher auf den Einzelfall abzustellen sein, als dass man eine allgemeingültige Formel dafür aufstellen könnte.

Wodurch drückt sich ein „ergänzendes Tätigwerden“ der Gemeinschaft in der Realität aus? In einem Vermerk der Kommission heißt es dazu:

„In der Praxis wird die Wahrnehmung der ergänzenden Zuständigkeiten durch die Union im Wesentlichen in Initiativen zur finanziellen Unterstützung und/oder zur nichtzwingenden Koordinierung bei der Unterstützung bzw. der Ergänzung der einzelstaatlichen politischen Maßnahmen deutlich.“⁹¹

Darauf muss die *Beitragskompetenz* jedoch nicht beschränkt bleiben; so erlaubt Artikel 152 EGV auch rechtssetzende Tätigkeit, wenn auch nur unter bestimmten Bedingungen.⁹²

Es bleibt somit festzuhalten, dass Art. 152 EGV die EG grundsätzlich mit einer *Beitragskompetenz* ausstattet, um auf diesem Gebiet tätig zu werden – diese verwirklicht wiederum das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als auch das in Artikel 5 Abs. 2 EGV verankerte Subsidiaritätsprinzip, wonach die Gemeinschaft nur dann eingreifen soll, wenn Aktionen auf supranationaler Ebene eher zum Erfolg führen als auf nationaler.

Gerade im Bereich der Gesundheitspolitik enthält jedoch betreffender Artikel 152 EGV in seinem Absatz 4 eine Bestimmung, die das Schaffen von vereinheitlichenden

⁹¹ Sekretariat Europäischer Konvent (2002), S. 3.

⁹² Vgl. dazu die Aufschlüsselung des Art. 152 auf S. 21 ff.

Rechtsakten erschweren, aber nicht unmöglich machen kann. Im Folgenden sollen diese Regelung vorgestellt und durch ein Fallbeispiel veranschaulicht werden, wie diese zwar nicht umgangen, aber – überspitzt formuliert – „ausgehebelt“ werden kann.

4.3. Artikel 152 Absatz 4 – die Frage nach einem Harmonisierungsverbot

Nachdem geklärt wurde, um welche Art von Kompetenz es sich im Bereich des Gesundheitswesens handelt, stellt sich als nächstes die Frage, welche Instrumente der EG Verfügung stehen, um tätig werden zu können.

Absatz 4 des Artikels 152 EGV bestimmt in diesem Zusammenhang:

„Der Rat trägt gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen mit folgenden Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele dieses Artikels bei:

[...] b) abweichend von Artikel 37 Maßnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben.

c) Fördermaßnahmen, die den Schutz und die Verbesserung der menschlichen Gesundheit zum Ziel haben, unter Ausschluß jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten.“

Aus diesen Regelungen lassen sich mehrere Schlüsse bezüglich supranationaler Aktivitäten im Bereich des Gesundheitswesens ziehen:

- Der Verweis auf das Mitentscheidungsverfahren nach Artikel 251 EGV garantiert dem Europäischen Parlament den größtmöglichen Einfluss bei dem Schaffen von Rechtsakten.
- *Abs. 4 lit. b* ermöglicht es, ohne auf die gemeinsame Agrarpolitik des Art. 37 Rücksicht nehmen zu müssen, das volle Handlungsinstrumentarium des EGV zu nützen, sofern der Gesundheitsschutz der Bevölkerung im Zusammenhang mit

Veterinärwesen und Pflanzenschutz verbessert wird. Bezüglich der Wahl der Form sind die rechtssetzenden Organe somit in diesem eingeschränkten Bereich frei.

- *Abs. 4 lit. c* enthält darauf folgend die Antwort, was in allen anderen Fällen des Gesundheitsschutzes gelten sollte – grundsätzlich erlaubt dieser nur „Fördermaßnahmen“ und beschränkt somit für den Großteil der Initiativen im Gesundheitsbereich das Handlungsinstrumentarium - hierbei wird vor allem der Ausschluß jeglicher Harmonisierungsmaßnahmen hervorgehoben. Dieser Umstand lässt vorerst den logischen Schluss zu, dass es keinen allzu großen Spielraum für eine „wirksame“ supranationale Gesundheitspolitik gibt: Fördermaßnahmen können höchstens dazu verpflichtet, die Förderung zweckgemäß zu verwenden⁹³, aber nicht die Ergebnisse von verpflichtenden Normen (und etwaiger damit entstehender subjektiver Rechte) erreichen oder eine Gleichschaltung der Mitgliedsstaaten in bestimmten Bereichen des Gesundheitswesens bewirken.

Der Grund für die Beibehaltung der staatlichen Souveränität in diesem Bereich beruhte auf der Überlegung, dass alle Mitglieder eines Gesundheitssystems den gleichen Zugang zu den Versorgungseinrichtungen haben sollen – aufgrund der wirtschaftlichen und kulturellen Unterschiede zwischen den Staaten müssen diese auch in der Lage sein, ihre Systeme unterschiedlich ausgestalten zu können.⁹⁴

Es finden sich jedoch im Gemeinschaftsrecht einige sekundärrechtliche Regelungen, welche die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten angleichen und dabei auch *prima facie* den Gesundheitsschutz bezwecken – hier stellt sich die Frage, wie dies unter Beachtung des gültigen Primärrechts in Gestalt von Artikel 152 EGV zu erreichen möglich ist. In verschiedenen Entscheidungen hat sich der Gerichtshof mit diesem Problem auseinandergesetzt um das Verhältnis zwischen Gesundheitsschutz und Binnenmarkt sowie den einschlägigen Bestimmungen des EGV zu klären.

Aufgrund des engen thematischen Konnex wird nachfolgend die Entscheidung zur *RL 2001/37/EG* vorgestellt und die weiteren Erkenntnisse zu den Richtlinien über

⁹³ Strittig, Vgl. *Schneider* in *Mayer* (Hrsg.) EU- und EG-Vertrag, Art 152 Rz 24.

⁹⁴ Vgl. *Dettling*, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für die Gesundheitssysteme? in *EuZW* 2006, S. 522.

Tabakwerbeverbote 98/43/EG sowie 2003/33/EG, welche ebenfalls in Verbindung mit dem hier bestehenden Problem stehen, im Zusammenhang mit den Ausführungen zu Artikel 95 EGV diskutiert.

4.3.1. Rs British American Tobacco C-491/01⁹⁵

Sachverhalt:

Im Dezember 2001 hat der *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)*, ein Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet um zwei Fragen bezüglich der Gültigkeit und Auslegung der Richtlinie 2001/37/EG⁹⁶ zu klären.

Anlass dafür war ein Antrag der *British American Tobacco Investments Ltd.* sowie der *Imperial Tobacco Ltd.* auf Zulassung einer Klage zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Absicht und/oder Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie, welche unter anderem vorsieht, dass Tabakerzeugnisse keine Namen tragen dürfen, die eine geringere Schädlichkeit als andere vortäuschen („light“, „mild“) und einen prozentuellen Anteil der Flächen auf Verpackungen festlegt, auf welchen Warnhinweise angebracht werden müssen.⁹⁷

Entscheidung:

Der Zweck dieser Richtlinie ist, wie sich aus der dritten Begründungserwägung ergibt, die Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern, da die Vorschriften für Herstellung, Aufmachung und Verkauf von Tabakerzeugnissen sich noch wesentlich unterscheiden, wodurch wiederum Handelshemmnisse für den Markt entstehen. Weiters heisst es in der vierten Erwägung:

„Gemäß Artikel 95 Absatz 3 des Vertrags sollte in den Bereichen Gesundheit, [...] von einem hohen Schutzniveau ausgegangen werden.“

⁹⁵ EuGH 10.12.2002, C-491/01 British American Tobacco Investments und Imperial Tobacco, Slg. 2002, I-11453.

⁹⁶ Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen.

⁹⁷ *Hempel*, Tabakgenuss und Europarecht in ÖBl 2008, 210.

Angesichts der schädlichen Wirkungen des Tabaks sollte dem Gesundheitsschutz in diesem Zusammenhang Vorrang eingeräumt werden⁹⁸

Und schließlich definiert Artikel 1 der Richtlinie die zu regelnden Materien:

„[...] die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedsstaaten für den Teer-, Nikotin- und Kohlenmonoxidhöchstgehalt von Zigaretten, für die gesundheitsrelevanten Warnhinweise und sonstigen Angaben auf den Verpackungen von Tabakerzeugnissen sowie für bestimmte Maßnahmen, die die Inhaltsstoffe und die Bezeichnungen von Tabakerzeugnissen betreffen, wobei von einem hohen Gesundheitsschutzniveau ausgegangen wird.“⁹⁹

Ausgehend von diesen Beobachtungen scheint es, als würde die *RL 2001/37* mit ihren harmonisierenden Maßnahmen unter anderem den Gesundheitsschutz der Bevölkerung bezwecken – nach Artikel 152 Abs. 4 lit c EGV und seinem Vorrang vor sekundärrechtlichen Regelungen könnte hier ein Verstoß vorliegen.

Der Gerichtshof sah sich in Folge mit mehreren Fragen zur Gültigkeit dieser Richtlinie unter verschiedenen formal- als auch materiellrechtlichen Gesichtspunkten konfrontiert, auf die nicht alle näher eingegangen werden kann¹⁰⁰.

Des weiteren war für die Lösung der Problemstellung vor allem die Frage, ob die Richtlinie aufgrund eines Missbrauchs von Befugnissen ungültig ist, von Bedeutung: Die Klägerinnen, die Regierung des Vereinigten Königreichs, die belgische, die französische, die niederländische als auch die schwedische Regierung, weiter das Parlament und der Rat waren in ihren Erklärungen der Ansicht, dass diese Richtlinie eine verschleierte gesundheitspolitische Maßnahme sei.¹⁰¹ So heisst es etwa in den Ausführungen der Klägerinnen:

„Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens machen geltend, die Gemeinschaft sei nach Artikel 152 Absatz 4 Buchstabe c EG für die eigentliche Harmonisierung der nationalen Vorschriften im Bereich der

⁹⁸ EuGH, Urteil *British American Tobacco* (o. Fußn. 91), Rn 6 ff. .

⁹⁹ Vgl. EuGH, Urteil *British American Tobacco* (o. Fußn. 91), Rn 14.

¹⁰⁰ Siehe dazu die genaue Auflistung in EuGH, Urteil *British American Tobacco* (o. Fußn. 91), Rn 25.

¹⁰¹ EuGH, Urteil *British American Tobacco* (o. Fußn. 91), Rn 188.

Gesundheit überhaupt nicht und für den Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme auf der Grundlage von Artikel 95 EG nur dann zuständig, wenn diese Maßnahme tatsächlich den Zweck habe, die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern [...]. Im vorliegenden Fall bezwecke die Richtlinie entgegen den Ausführungen in ihren Begründungserwägungen nicht, den freien Verkehr mit Tabakerzeugnissen sicherzustellen, sondern diene in Wirklichkeit dem Gesundheitsschutz.¹⁰²

Dieser Auszug, der dem Vorbringen der übrigen Parteien gleicht, basiert auf dem Argument, dass Harmonisierungen im Bereich des Gesundheitswesens nur in den Fällen des Abs. 4 lit a und b möglich sind, wobei keine dieser Voraussetzungen hier vorliege.

Jedoch vertritt der EuGH in diesem Zusammenhang eine differenziertere Auffassung, die keinen Verstoß gegen Artikel 152 EGV ortet:

„Zu dem ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung [...] zum Schutz [...] der menschlichen Gesundheit [...] hat der Gerichtshof festgestellt, dass andere Artikel des EG-Vertrags nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, um diesen Ausschluss zu umgehen. Sind aber die Voraussetzungen für die Heranziehung von Artikel 95, Artikel 47 Absatz 2 EG-Vertrag und Artikel 55 EG-Vertrag als Rechtsgrundlage erfüllt, so kann sich der Gemeinschaftsgesetzgeber auf diese Grundlage stützen, auch wenn dem Gesundheitsschutz bei den zu treffenden Entscheidungen maßgebende Bedeutung zukommt. Zum einen sind [...] die Voraussetzungen für die Heranziehung des Artikels 95 EG im Falle der Richtlinie erfüllt; zum anderen ist nicht nachgewiesen worden, dass die Richtlinie ausschließlich oder überwiegend zu einem anderen Zweck als dem der Verbesserung der Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarktes für Tabakerzeugnisse erlassen worden ist.“¹⁰³

Zwar bestätigt der Gerichtshof hiermit, dass im EGV enthaltene Harmonisierungsverbote nicht umgangen werden dürfen – jedoch sieht er sich dazu verpflichtet, die Wichtigkeit eines funktionierenden Binnenmarktes, in welchem die

¹⁰² EuGH, Urteil British American Tobacco (o. Fußn. 91), Rn 43.

¹⁰³ EuGH, Urteil British American Tobacco (o. Fußn. 91), Rn 190.

Grundfreiheiten so weit wie möglich verwirklicht sind, als Zweck der Richtlinie herauszustreichen. Diese Entscheidung zu Gunsten der RL beruht auf mehreren Überlegungen:

- Artikel 95 EGV kann nur dann als Rechtsgrundlage herangezogen werden, sofern es dem Binnenmarkt dient. In Artikel 13 der RL findet sich eine Bestimmung, die den freien Verkehr mit Tabakerzeugnissen und somit die Warenverkehrsfreiheit sicherstellt.¹⁰⁴
- Weiter sieht der EuGH auch die Regelungen über den freien Dienstleistungsverkehr (siehe Verweis oben auf Art. 55 EGV) verwirklicht.
- Abschließend wird betont, dass „dem Gesundheitsschutz [...] entscheidende Bedeutung zugekommen ist“, dies aber eben nicht der *vorrangige* Zweck der Richtlinie ist – die Harmonisierung geht zwar von einem hohen Schutzniveau aus, wie es Artikel 95 EGV vorschreibt, verfolgt aber die Verwirklichung der Grundfreiheiten und als „zwingenden Folgeeffekt“ aufgrund der Materie auch den Gesundheitsschutz.¹⁰⁵

Als Folge dieser Entscheidung muss man anerkennen, dass Harmonisierungen im Bereich des Gesundheitswesens bzw. -schutzes entgegen des Wortlauts in Artikel 152 EGV möglich sind. Wie weiter unten noch anhand der Beispiele aus der Judikatur des EuGH zu den Verboten über die Tabakwerbung in der Gemeinschaft gezeigt wird, wirkt sich unter anderem die Verwirklichung der im EGV verankerten Grundfreiheiten auf die Gesundheitssysteme der Mitgliedsstaaten in verschiedenster Weise aus. In diesem Zusammenhang bedarf es einer genaueren Analyse der Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten im Bereich der Organisation des Gesundheitswesens, der systematischen Stellung des Artikels 152 im EGV sowie des Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage für harmonisierendes Tätigwerden der EG, um die Bedeutung und die Reichweite der Entscheidungen des Gerichtshofes und den Umfang der „Hebelwirkung“ der Grundfreiheiten bezüglich Harmonisierungsverboten zu erfassen.

¹⁰⁴ EuGH, Urteil British American Tobacco (o. Fußn. 91), Rn 74.

¹⁰⁵ Vgl. zu diesem Argument EuGH, Urteil British American Tobacco (o. Fußn. 91), Rn 75, 91 und 189.

4.4. Artikel 152 (5) – die Organisation des Gesundheitswesens als Verantwortung der Mitgliedsstaaten

Anschließend an die Überlegungen des vorangehenden Kapitels soll nun untersucht werden, wie weit Artikel 152 Abs. 5 EGV einerseits die Gemeinschaft, andererseits die Mitgliedsstaaten in Angelegenheiten des Gesundheitswesens gehen lässt.

Wie bereits weiter oben ausgeführt wurde, finden sich die Handlungsmöglichkeiten der Gemeinschaft im Gesundheitswesen durch die Normierung einer Beitragskompetenz in Absatz 1 wieder – nur unterstützendes Tätigwerden, ganz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips des Art. 5 EGV und des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, ist (dem Wortlaut nach) möglich, wobei die Rechtsprechung des EuGH zum Harmonisierungsverbot des Absatz 4 zu berücksichtigen ist.

Jedoch findet sich in Absatz 5 eine weitere in diesem Zusammenhang wichtige Bestimmung, die sich ebenfalls als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips versteht. Dieser Absatz normiert, dass

„bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung [...] die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt [bleibt].“

Der wichtige Bereich der Organisation des Gesundheitswesens geht nach diesem Satz also in keinem Fall auf die Gemeinschaft über, die Mitgliedstaaten handeln in diesem Gebiet autonom, lediglich an Ziele und Vorgaben der gemeinsamen Gesundheitspolitik gebunden. Warum diese Bestimmung eingefügt wurde, mag mehrere Gründe gehabt haben – politisches Interesse und die Empfindlichkeit dieses Politikbereichs (wie bereits im Zusammenhang mit Art. 152 Abs. 4 EGV weiter oben angesprochen) werden entscheidendes Gewicht bei der Schaffung dieser Bestimmung gehabt haben. Zu erwähnen ist weiters, dass Absatz 5 nicht von „Zuständigkeit“, sondern von „Verantwortung“ der Mitgliedstaaten spricht. „Verantwortung“ geht über „Zuständigkeit“ hinaus – von ihr kann nicht nur das Verbot „feindlicher Normsetzung“ sondern auch jegliche andere Form der rechtlichen Einmischung erfasst sein.¹⁰⁶ Die mögliche Tragweite dieser Formulierung und

¹⁰⁶ Vgl. Dettling, a. a. O., 522.

ihre Folgen werden weiter unten im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH zu grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen genauer untersucht.

Wie anhand der Rs *British American Tobacco* jedoch schon gezeigt wurde, sind solche Bestimmungen in Augen des EuGH mit Vorsicht und unter Berücksichtigung der Gewährleistung der Grundfreiheiten zu behandeln. Eine Klarstellung der Frage, wie weit der Autonomieschutz durch Artikel 152 Abs. 5 EGV tatsächlich reicht, hat der EuGH in der Entscheidung *Watts* getroffen und ist in diesem Fall zu dem Schluss gekommen, dass die Organisation der Gesundheitssysteme für die Bevölkerung zwar den Mitgliedstaaten obliegt, sich aber Verpflichtungen zu Änderungen daraus ergeben können, sofern es nötig ist, anderen Vertragsbestimmungen zu ihrer Durchsetzung zu verhelfen.¹⁰⁷ Ohne zu weit vorgreifen zu wollen lässt sich also festhalten, dass die Organisation des Gesundheitswesens grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten liegt, Änderungen und Anpassungen aber dann durch das Gemeinschaftsrecht bedingt sein können, sofern die Erfüllung anderer Artikel des EG-Vertrages (wie etwa die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit) dies verlangt. In diesem Sinne hat der EuGH in einem Urteil festgestellt:

„Zwar lässt das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt; gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten“¹⁰⁸

Ähnlich der Rechtsprechung zum Harmonisierungsverbot finden sich auch bei dieser Bestimmung gewisse Nuancen und durch den EuGH festgelegte Bedingungen, die einen über den Wortlaut des Artikel 152 EGV hinausgehenden Einfluss der Gemeinschaft auf das Gesundheitswesen ihrer Mitglieder gewährleisten können.

Wie weit dieser gehen kann, lässt sich aufgrund der noch fehlenden Entscheidungen des Gerichtshofes in diesem Bereich noch nicht beurteilen, sondern nur skizzieren. Anhand der weiter unten folgenden Diskussion der Rechtssache *Watts* wird aber ersichtlich werden, dass in diesem Bereich bei kontinuierlicher Rechtsprechung seitens des EuGH die

¹⁰⁷ EuGH 16.5.2006, C-372/04 *Watts*, Rn. 144 ff., Slg. 2006, I-4325, siehe dazu die ausführliche Behandlung dieses Urteils in Kap. 8.4.

¹⁰⁸ EuGH 28.4.1998, C-12/95 *Decker*, Slg. 1998, I-1831.

Möglichkeit besteht, spürbare Änderungen in den Systemen der Mitgliedsstaaten zu erwirken.

Als Zwischenergebnis lässt sich hier mE eine Unterteilung der Zuständigkeit im Gesundheitswesen vornehmen: Zum einen jene *Kompetenz im engeren Sinn*, welche sich dem Wortlaut nach in Artikel 152 EGV als lediglich einen Beitrag umfassend findet – andererseits die Rechtsetzungsbefugnis, die durch die Rechtsprechung des EuGH unter Berufung auf das Respektieren anderer Bestimmungen im EGV ausgedehnt wurde – die *Kompetenz im weiteren Sinn*.

Im Lichte dieses Gedankens empfiehlt sich als nächster Schritt die systematische Interpretation des Artikels 152 EGV um weitere Erkenntnisse über die Bedeutung dieser Regelung auch im Zusammenhang mit verwandten Bestimmungen des EGV zu erlangen.

5. Die Position im Vertrag und Beziehung zu weiteren Bestimmungen

Nach der Präambel, Erstem sowie Zweitem Teil werden im *Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* die Politiken der Gemeinschaft aufgeführt, die sich wiederum in 21 Titel mit untergeordneten Kapiteln gliedern. Eingebettet zwischen den Politiken *Kultur* und *Verbraucherschutz* findet sich Titel XIII, welcher das *Gesundheitswesen* in Form von Artikel 152 EGV enthält. Zusammen mit den Titeln XI , XII und XIV (*Sozialpolitik, allgemeine berufliche Bildung* und *Jugend*) bildet das Gesundheitswesen einen „Block der sozialen Politiken“ im Gefüge des Vertrages.

Ist Titel XIII zweifelsohne die wichtigste Bestimmung und Grundlage für die Gesundheitspolitik der EG, darf man hier nicht stehen bleiben sondern empfiehlt sich eine genauere Untersuchung der thematisch verwandten Kompetenzbestimmungen des EGV - mit anderen Worten: werden Belange des Gesundheitsschutzes und Erhaltung derselben auch in anderen Politikbereichen berücksichtigt und falls ja, welche Möglichkeiten wurden genutzt, um dies zu erreichen?

Um befriedigende Antworten auf diese Fragen zu finden, werden in diesem Kapitel ausgewählte Politiken der Gemeinschaft vorgestellt und erarbeitet, worin der (offensichtliche oder versteckte) Zusammenhang zur supranationalen Gesundheitspolitik zu finden ist (es ist zu berücksichtigen, dass der Einfluss des Art. 152 EGV als Querschnittsmaterie hierbei nicht in Frage gestellt bzw. behandelt wird). Wird man sich der im vorangegangenen Kapitel erläuterten Annahme einer *Zuständigkeit im weiteren Sinn* gewahr, verlangt die Logik, nach möglichen Erweiterungen der Gesundheitspolitik an anderen Stellen des EGV zu suchen und, sofern solche vorhanden sind, diese zu analysieren.

5.1. Artikel 71 EGV

Um die in Artikel 70 EGV festgelegte gemeinsame Verkehrspolitik zu verwirklichen, sieht Artikel 71 EGV vor, dass unter anderem

„der Rat unter der Berücksichtigung der Besonderheiten des Verkehrs gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen [...]

c) Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit erlassen;

d) alle sonstigen zweckdienlichen Vorschriften erlassen [soll].“

Absatz 2 legt weiter fest:

„Abweichend von dem in Absatz 1 vorgesehenen Verfahren werden die Vorschriften über die Grundsätze der Verkehrsordnung, deren Anwendung die Lebenshaltung [...] in bestimmten Gebieten [...] ernstlich beeinträchtigen könnte, vom Rat auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses einstimmig erlassen [...].“

Hält man sich vor Augen, dass wie anfangs festgestellt die Gesundheitspolitik neben Verbesserung auch Prävention umfasst, stellt sich die Frage, ob „Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit“ nicht auch unter Umständen partiell

gesundheitsspolitisch motivierte Aktionen rechtfertigen könnten – man denke an aktuelle Probleme wie Feinstaubüberlastung oder an die allgemeine Gefahr eines Verkehrsunfalls auf Europas Straßen. Folgt man der Rechtsprechung zu Handelshemmnissen auf dem Markt für Tabakprodukte ließe sich auch für gesundheitsschützende, verkehrsspolitische Maßnahmen eine Argumentationslinie finden:

Ein mögliches Szenario wäre etwa eine auf Artikel 71 EGV basierende Regelung, die es den Mitgliedsstaaten gebietet, berufsmäßigen Fahrern (wie etwa LKW-Lenkern, Lokführern, Taxifahrern) in regelmäßigen Abständen medizinischen Kontrollen zu unterziehen. Der gesundheitsspolitische Aspekt wäre nicht zu verneinen, jedoch steht hier die „Verbesserung der Verkehrssicherheit“ – als Gewährleistung des weitestgehend sicheren Transport von Menschen und Personen – im Vordergrund. Damit wären, wenn man diesen Gedankengang fortsetzt, die rechtsetzenden Organe (im konkreten Fall: Rat und Parlament im Mitentscheidungsverfahren) der EG nicht an das Harmonisierungsverbot des Artikel 152 EGV gebunden und würden auch nicht unerlaubt eine Änderung in der Organisation der Gesundheitssysteme der Mitgliedsstaaten notwendig machen, wobei alle Maßnahmen dem in Artikel 152 Abs. 1 EGV statuiertem hohen Schutzniveau genügen müssten.

Noch deutlicher findet sich eine Zuständigkeitsregelung in *Absatz 2*, wonach Grundsätze der Verkehrsordnung, die die Lebenshaltung in Gebieten beeinträchtigen könnten, ebenso vom Rat nach Anhörung von Parlament und Wirtschafts- und Sozialausschuss erlassen werden können. Auch hier bestünde die Möglichkeit, bei entsprechender Ausgestaltung gesundheitsspolitisch bedeutsame Maßnahmen erlassen zu können.

5.2. Artikel 137 EGV

Die nächste Bestimmung, welche für diese Untersuchung ausgewählt wurde, findet sich am Beginn des oben erwähnten „Block der sozialen Politiken“. Um die in Artikel 136 EGV normierten Ziele (Förderung der Beschäftigung, Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen, angemessener sozialer Schutz, etc.) zu realisieren wird die Gemeinschaft von Artikel 137 mit einer Beitragskompetenz (arg „unterstützt und ergänzt“)

ausgestattet um in bestimmten Gebieten tätig werden zu können. So findet sich in *Absatz 1 litera a* der Auftrag zur „Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer“.

Absatz 2 legt fest, wie weit das Pouvoir des Rates reicht; zum einen kann er gemäß *litera a* „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten Maßnahmen annehmen, die dazu bestimmt sind, die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten durch Initiativen zu fördern [...]“ oder nach *litera b* [...] durch Richtlinien Mindestvorschriften erlassen, die schrittweise anzuwenden sind“, wobei diese sich nicht als Gefährdung von kleinen und mittleren Unternehmen darstellen dürfen¹⁰⁹.

Erinnert schon das normierte Harmonisierungsverbot an Bestimmungen des Artikel 152 EGV, so findet sich auch in Absatz 4 eine Regelung, die bekannt scheint:

„Die aufgrund dieses Artikels erlassenen Bestimmungen berühren nicht die anerkannte Befugnis der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, und dürfen das finanzielle Gleichgewicht nicht erheblich beeinträchtigen [...].“

Auch hier wird explizit auf das Selbstorganisationsrecht der Mitgliedstaaten Rücksicht genommen.

Aus diesen Beobachtungen (Vorhandensein einer Beitragskompetenz, Verbot von Harmonisierungsvorschriften und Selbstorganisationsrecht der MS) ergibt sich, dass Artikel 137 EGV auf die Bestimmungen des Artikels 152 EGV Rücksicht nimmt, um diesem nicht zuwiderzulaufen. Man könnte sich jedoch auch hier fragen, inwieweit die (bis jetzt vorgestellte) Rechtsprechung zu Art. 152 EGV auf Art. 137 EGV Einfluss haben könnte.

¹⁰⁹ So zum Beispiel: RL 92/85/EWG über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz.

5.3. Artikel 153 Abs. 3 EGV

Eine weitere Bestimmung, die ebenfalls mit Gesundheitsschutz durch europäische Politik im Zusammenhang steht findet sich in Art. 153 EGV:

„Zur Förderung der Interessen der Verbraucher und zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus leistet die Gemeinschaft einen Beitrag zum Schutz der Gesundheit [...]“

Nach dem Wortlaut dieser Regelung wird klargestellt, dass Verbraucherschutz nicht nur den wirtschaftlichen sondern auch physischen Schutz der Konsumenten umfasst. Wiederum lässt sich auch hier herauslesen, dass es sich nur um eine Beitragskompetenz handeln kann, wie auch in *Absatz 3* betont und festgelegt wird, wie die Ziele des Verbraucherschutzes erreicht werden sollen:¹¹⁰

„Die Gemeinschaft leistet einen Beitrag zur Erreichung der in Absatz 1 genannten Ziele durch

- a) Maßnahmen, die sie im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts nach Artikel 95 erläßt; [...]“

Bei der Untersuchung dieser Konstruktion fällt auf, dass zwar im Eingangssatz die unterstützende Tätigkeit der Gemeinschaft betont wird, *litera a* aber die für Beitragskompetenzen typische Limitierung der Handlungsmöglichkeiten wiederum aufhebt und ausdrücklich ein harmonisierendes Tätigwerden nach Artikel 95 EGV vorsieht, sofern es der Verwirklichung des Binnenmarktes dient. Wenn Maßnahmen zur Herstellung des gemeinsamen Marktes notwendig erscheinen, ist ein hohes Niveau im Verbraucherschutz anzulegen, welches auch gesundheitsrelevante Aspekte umfasst - der Rückgriff auf das Verbot von harmonisierenden Maßnahmen nach Artikel 152 Abs. 4 EGV muss hier ins Leere gehen.

Die enge Verknüpfung dieser Sachgebiete (welche sich aus dem Umstand ergibt, dass diese beiden Politiken in einer Generaldirektion zusammengefasst sind) legt die Frage nahe, warum nicht auch in Artikel 152 EGV eine klärende Bestimmung eingearbeitet

¹¹⁰ Vgl. dazu auch *Streinz*, Europarecht (2008), S. 60.

wurde, die es ermöglicht binnenmarktverwirklichende harmonisierende Maßnahmen zu erlassen, die dabei von einem hohen Standard im Regelungsbereich der Gesundheit ausgehen. Es ist hier davon auszugehen, dass diese beiden Bestimmungen ursprünglich mit verschiedenen Zielen in den EGV eingearbeitet wurden. Die Konkretisierung, dass auch Maßnahmen nach Art. 95 EGV einen Beitrag zum Verbraucherschutz darstellen, stellt klar, dass dieses Ziel vorrangig über die Verwirklichung des Binnenmarktes erreicht werden soll und somit der Verbraucherschutz auf der Ebene der Gemeinschaft der Erreichung des gemeinsamen Marktes nachgeordnet ist.¹¹¹ Eine ähnliche Konkretisierung konnte in Artikel 152 EGV nicht eingefügt werden, da diese Bestimmung von einem anderen Konzept zur Zielerreichung ausgeht.

5.4. Artikel 163 EGV

Auch der Bereich *Forschung und Technologischen Entwicklung*, genauer Artikel 163 EGV, lädt dazu ein zu untersuchen, ob eine Beziehung zu den Bestimmungen des Artikels 152 EGV besteht.

Grundsätzlich wird festgelegt:

„Die Gemeinschaft hat zum Ziel, die wissenschaftlichen und technologischen Grundlagen der Industrie der Gemeinschaft zu stärken und die Entwicklung ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit zu fördern sowie alle Forschungsmaßnahmen zu unterstützen, die aufgrund anderer Kapitel dieses Vertrags für erforderlich gehalten werden.“

Gemäß Art. 152 Abs. 1 EGV umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft auch „die Erforschung der Ursachen, der Übertragung und der Verhütung“ von schweren weitverbreiteten Krankheiten.

Setzt man diese Bestimmungen zueinander in Beziehung, ergibt sich ein Bild, wonach zu den Zielen der Gemeinschaft im Bereich des Gesundheitswesens nicht nur der Schutz und die Verbesserung sondern auch die Forschung gehört, wobei die einschlägigen Artikel weitgehend aufeinander Rücksicht nehmen.

¹¹¹ *Wichard* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 153, Rz 15; *Basedow* in FS Everling (1995), S. 49.

Auch in der Handlungsweise besteht Übereinstimmung: Artikel 152 EGV spricht von der fördernden Tätigkeit im Forschungsbereich, durch die die Politik der Mitgliedstaaten ergänzt werden soll; Artikel 164 EGV, welcher die Schritte zur Zielerreichung im Bereich der Forschung und technologischen Entwicklung festlegt, spricht von „Maßnahmen, welche die in den Mitgliedstaaten durchgeführten Aktionen ergänzen“; folgt man der Meinung von *Streinz* stellt sich die Kompetenz in Artikel 164 EGV sogar als ein „weniger“ dar, da sie als *Rahmenkompetenz* lediglich Koordinations- und Akkordierungsaufträge erhält.¹¹²

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Artikel 152 und 164 EGV im Gefüge des Vertrages gut zusammenarbeiten können – weder in den möglichen Handlungsweisen noch in den inhaltlichen Abgrenzungen scheinen Reibungspunkte auf.

5.5. Artikel 174 EGV

Den Abschluss dieses Kapitels bildet ein Blick auf Titel XIX des 3. Teils im EGV, in welchem sich der Politikbereich *Umwelt* findet.

Zur Umweltpolitik und ihrer Reichweite legt Artikel 174 EGV fest:

„Die Umweltpolitik der Gemeinschaft trägt zur Verfolgung der nachstehenden Ziele bei:

- Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie der Verbesserung ihrer Qualität;
- Schutz der menschlichen Gesundheit;

[...]“

In *Absatz 2* finden sich weitere Grundprinzipien, wie die Rücksichtnahme auf regionale Unterschiede, die Verpflichtung zur Vorsorge (*Vorsorgeprinzip*), das Verursacherprinzip und die Festlegung ein hohes Schutzniveaus. Die enge Verbindung dieser beiden Bestimmungen wurde auch von der Kommission hervorgehoben, die in ihrer Mitteilung

¹¹² *Streinz*, a. a. O. , S. 61.

über *eine europäische Strategie für Umwelt und Gesundheit*¹¹³ die Wechselwirkungen zwischen Gesundheit und Umwelt herausstreicht.

Handelt es sich hier auch wiederum um eine Beitragskompetenz (arg „trägt...bei“), besteht insofern ein Unterschied zu Artikel 152 EGV, als harmonisierendes Tätigwerden nicht untersagt wird – Artikel 176 EGV stellt lediglich fest, dass die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, strengere Maßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, sofern sie mit dem Vertrag vereinbar sind.

Es stellt sich nun die Frage, wie weit es möglich ist, sich auf Artikel 174 EGV als Kompetenzgrundlage zu berufen um gesundheitsschützende Maßnahmen zu erlassen. ME lässt sich die Abgrenzung zwischen beiden Kompetenztatbeständen relativ klar ziehen: Ergibt die Betrachtung im Einzelfall, dass eine Maßnahme vorwiegend dem Umweltschutz dient und dieser wiederum auch zum Schutz der menschlichen Gesundheit beiträgt, handelt es sich um eine Maßnahme nach Artikel 174 EGV. Bei Aktionen bzw. Regelungen, bei welchen klar der Schutz oder die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung im Vordergrund stehen (womöglich sogar zu Lasten des Umweltschutzes), stützt sich die Maßnahme auf Artikel 152 EGV. Es ist also, im Sinne der Rechtsprechung des EuGH, nach dem überwiegenden Zweck der jeweiligen Maßnahme zu fragen – dieser führt zur passenden Kompetenzgrundlage.

Ein Beispiel für eine gelungene Kohabitation dieser beiden Bestimmungen ist die *Richtlinie 2000/69/EG über Grenzwerte von Benzol und Kohlenmonoxid in der Luft*¹¹⁴. Mit Hilfe dieser Regelung sollte der Gehalt der genannten Stoffe in der Luft eingegrenzt werden, um deren schädliche Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt insgesamt zu stoppen. Diese Zielsetzung lässt erkennen, dass zwar der Schutz der menschlichen Gesundheit für diese Richtlinie auch von Bedeutung ist, der vorrangige Zweck aber in dem Schutz der *gesamten* Umwelt zu finden ist. Aus diesem Grund wurde als Rechtsgrundlage auch nicht Artikel 152 EGV sondern Art. 175 sowie 174 EGV gewählt.

Richtig wird jedoch in den Erwägungsgründen festgehalten, dass diese Richtlinie auch der Vorgabe des Art 152, in allen Politikbereichen ein hohes Schutzniveau für die menschliche Gesundheit zu schaffen, entsprechen muss. Der enge Bezug wurde weiters

¹¹³ KOM (2003) Nr. 338 endg. vom 11.06.2003, S. 1.

¹¹⁴

dadurch unterstrichen, dass erwähnte Richtlinie bezüglich ihrer Katalogisierung sowohl in den Sachgebieten *Umwelt* sowie *Gesundheitsschutz* zu finden ist.¹¹⁵

Diese vorangehenden Untersuchungen haben gezeigt, dass eine enge Verknüpfung zwischen Artikel 152 EGV, seiner Bedeutung für die Gesundheitspolitik und anderen Bestimmungen des Vertrages besteht. Die EG wird nicht nur basierend auf Artikel 152 EGV *vertikal* tätig sondern auch *horizontal* dort, wo sie sich auf andere Bestimmungen und Politiken stützt.¹¹⁶ Aufgrund der thematisch genau umrissenen Bereiche, die der Gesundheitsschutz in diesen verwandten Artikeln einnimmt, ist es wohl berechtigt, diese Bestimmungen als *leges speciales* gegenüber Artikel 152 EGV anzusehen.

6. Artikel 95 EGV als Instrument flexibler Rechtsgestaltung

In diesem Kapitel soll – im Anschluss an die Ausführungen zur sachlichen Kompetenz der EG – nun eines der wichtigsten Instrumente zur harmonisierenden Rechtsgestaltung untersucht werden. Artikel 95 EGV, welcher - unter der Voraussetzung dass es sich um einen Beitrag zum Funktionieren des Binnenmarktes handelt - es ermöglicht, die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten anzugleichen, scheint nach einer ersten, schnellen Betrachtung aufgrund der Bestimmung des Artikel 152 Abs. 4 EGV keinen Anwendungsmöglichkeit im Bereich des Gesundheitswesens zu haben.

Doch schon am Beispiel der Entscheidung *British American Tobacco* und den dortigen Ausführungen des Gerichtshofes ist angeklungen, dass sowohl in Lehre als auch Praxis eine differenziertere Betrachtung geboten ist und dies zu anderen Ergebnissen führen kann bzw. geführt hat. Schließlich findet sich auch in Absatz 3 eine Schutzniveaulausel, wonach ein hohes Gesundheitsschutzniveau bei der Berufung auf Artikel 95 EGV zu gewährleisten ist.

Berücksichtigt man die Möglichkeit weitreichender und starker Einflüsse auf die Sozialsysteme der Mitgliedsstaaten durch harmonisierende Bestimmungen, die sich –

¹¹⁵ Vgl. dazu den Fundstellennachweis unter <http://eur-lex.europa.eu/Repview.do?rep=15> (27.03.2009).

¹¹⁶ *Wichard* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 152 Rz 2.

aufgrund der Qualität als Querschnittsmaterie – über diese hinaus auch auf andere Bereiche der Rechts- bzw. Verwaltungsordnung auswirken können, erscheint es nicht möglich, ernsthafte Aussagen über die Qualität der europäischen Gesundheitspolitik zu treffen, ohne diese Bestimmung genau zu untersuchen – es stellt sich in diesem Zusammenhang die grundsätzliche Frage, inwieweit die Verwirklichung des Binnenmarktes auf der einen und der Gesundheitsschutz auf der anderen Seite miteinander zu vereinbaren sind und ob dort, wo dem Gesundheitsschutz Rechnung getragen wird, mit dieser Rücksichtnahme nicht ein Konflikt mit Artikel 152 EGV entstehen könnte.

6.1. Zweck und Anwendungsbereich

Nach der Bestimmung des Abs. 1 sollen durch die „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“ Hindernisse beseitigt werden, die sich aus der Unterschiedlichkeit von nationalen Vorschriften ergeben und der Verwirklichung des gemeinsamen Marktes entgegenstehen.¹¹⁷ Dies wird schon im ersten Satz durch den Bezug auf Artikel 14 EGV und in Satz 2 unter Definition des Zieles der „Errichtung und des Funktionieren des Binnenmarktes“ hervorgehoben¹¹⁸, wobei die Errichtung und das Funktionieren als jeweils selbstständige Ziele gelten, zu denen ein „wesentlichen Beitrag“ geleistet werden muss.

Auch für die Kompetenz nach Artikel 95 EGV gelten die im Vertrag festgelegten Grenzen für von der Gemeinschaft geschaffene Vorschriften gegenüber Mitgliedstaaten, wie etwa das *Subsidiaritäts-* und *Verhältnismäßigkeitsprinzip* nach Art. 5 EGV, die Diskriminierungsverbote und die gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte.¹¹⁹

Diese mit der *EEA* geschaffene Bestimmung wurde in den Vertrag eingefügt, um bestimmte Schwächen zu beseitigen die Artikel 94 EGV aufweist, wie etwa das dort erforderliche Einstimmigkeitsprinzip und die Beschränkung auf die Handlungsform der

¹¹⁷ *Beiser/Zorn* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Artikel 95 Rz 1.

¹¹⁸ *Kahl* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 95 Rz 4. Zu der Frage, inwiefern sich die Begriffe „Binnenmarkt“ und „gemeinsamer Markt“ decken: *Beiser/Zorn*, a. a. O., Art. 95 Rz 5 ff. .

¹¹⁹ *Beiser/Zorn*, a. a. O., Art. 95 Rz 17.

Richtlinie¹²⁰ - die Union war so ab diesem Zeitpunkt in der Lage, flexibler und dynamischer auf Hindernisse im Binnenmarkt zu reagieren.

Der sachliche Anwendungsbereich findet sich in den ersten beiden Absätzen umrissen: *Absatz 1* legt fest, dass diese Bestimmung nur dann zur Anwendung kommen soll „soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt ist“. Unter Beachtung dieser Subsidiaritätsklausel handelt es sich also hier um „eine Generalrechtsangleichungskompetenz, die gegenüber spezielleren Vorschriften zurücktritt“¹²¹ (zu diesen zählen etwa: Art. 44, Art. 55 iVm Art 46 Abs. 2 oder Art. 57 Abs. 2 EGV).

Zur Auswahl an Handlungsformen bleibt anzumerken, dass sich diese nicht auf die Richtlinie und Verordnung beschränken – vielmehr steht das ganze Pouvoir des Artikel 249 EGV zur Verfügung¹²², wobei die Richtlinie in der Literatur „als besonders geeignetes Instrument zur Rechtsangleichung“ qualifiziert wird.¹²³

Absatz 2 enthält drei Ausnahmen vom Anwendungsbereich, wonach „Absatz 1 [...] nicht für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer [gilt]“ - dies bedeutet im Ergebnis, dass in diesen Bereichen harmonisierende Regelungen nur bei Einstimmigkeit im Rat geschaffen werden können.¹²⁴

Hierbei ist zu beachten, dass unter die Bestimmungen der Rechte und Interessen der Arbeitnehmer eher arbeits- und sozialrechtliche Regelungen zu subsumieren sind, während Aspekte des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit von Arbeitnehmern von dieser Bereichsausnahme nicht erfasst sind.

Kahl hält zusammenfassend fest, dass „unter dem Strich [...] für Art. 95 im Kern vor allem der Bereich des freien Warenverkehrs [bleibt]“. ¹²⁵ Jedoch darf man meines Erachtens nicht darauf verfallen, den Anwendungsbereich dieser Bestimmung streng auf diesen Themenbereich zu reduzieren. Wie schon am Beispiel der Rechtssache *British American Tobacco* gezeigt wurde, ist eine harmonisierende Tätigkeit über das Gebiet des freien

¹²⁰ Vgl. *Kahl*, a. a. O., Artikel 95 Rz 1.

¹²¹ *Kahl*, a. a. O., Artikel 95 Rz 5.

¹²² Vgl. *Kahl*, a. a. O., Artikel 95 Rz 6 ff.

¹²³ *Beiser/Zorn*, a. a. O., Artikel 95 Rz 20 mwN.

¹²⁴ *Beiser/Zorn*, a. a. O., Artikel 95 Rz 23.

¹²⁵ *Kahl*, a. a. O., Art. 95 Rz 7; *Beiser/Zorn*, a. a. O., Rz 32.

Warenverkehrs hinaus unter Abstützung auf Artikel 95 EGV unter bestimmten Bedingungen durchaus möglich, mag es sich dabei auch nur um eine „Begleiterscheinung“ handeln. Diese Meinung hat sich auch in der Literatur gefestigt - mitunter wird der Standpunkt vertreten, dass

„primärrechtliche Harmonisierungsverbote (z. B. Art 152 Abs. 4 UAbs. 1 lit. c) [...] einem Tätigwerden des Gemeinschaftsgesetzgebers auf der Grundlage von Art. 95 grundsätzlich nicht entgegen [stehen]. Denn die Schutzniveaunklausel des Abs. 3 macht nur Sinn, wenn die Gemeinschaft auch in den dort genannten Bereichen Rechtsangleichungsmaßnahmen erlassen kann.“¹²⁶

6.2. Absatz 3 – das „hohe Schutzniveau“

Wie soeben ausgeführt bedingt der Wortlaut der in *Absatz 3* normierten Schutzniveaunklausel, dass die Gemeinschaft auch im Bereich der Gesundheit tätig werden kann. Die Kommission hat in ihren Vorschlägen basierend auf diesem Artikel in den Bereichen *Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz* und *Verbraucherschutz* von einem hohen Schutzniveau auszugehen und in diesem Zusammenhang laufend die neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen. Ihren Ursprung hatte diese Bestimmung vor allem in den Sorgen Deutschlands und Dänemarks, mit der Einführung des Mehrheitsprinzips würde es zur Schaffung eines „Durchschnittsniveaus“ in der Gemeinschaft kommen, welches die progressiveren Standards in einigen wenigen Mitgliedstaaten beseitigen könnte.¹²⁷

Diese Rechtspflicht trifft ebenso den Rat und das Europäische Parlament im Zuge des Rechtsetzungsprozesses – es droht hier eine mögliche Vertragsverletzung aus zwei Richtungen:

„Rechtsangleichungsmaßnahmen, die dem von Art 95 Abs. 3 geforderten hohen Schutzniveau nicht entsprechen, können vertragswidrig sein, weil sie ein hohes Schutzniveau nicht sichern (aktive Verletzung des

¹²⁶ Kahl, a. a. O., Art. 95 Rz 23 mwN.

¹²⁷ Simon in Constantinesco/Jacqué/Kovar/ders. (Hrsg.), Art 100a, Rz 10.

Schutzzieles [...]). Ebenso kann es vertragswidrig sein, Maßnahmen zur Rechtsangleichung nicht zu setzen (passive Verletzung des Schutzzieles).¹²⁸

Ein „hohes Schutzniveau“ ist einerseits nicht der höchste Maßstab, andererseits auch nicht im Mittelfeld zu finden - vielmehr „muß [es] unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vertretbarkeit für ökonomisch schwächere Staaten über dem gemeinschaftlichen Durchschnitt liegen“¹²⁹ und die „synergetisch größtmögliche Wirkung“¹³⁰ vor dem Hintergrund der neuesten gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse erzielen.

In diesem Zusammenhang wird ein dynamischer Ansatz gewährleistet (vgl. dazu auch das *Vorsorgeprinzip* des Art 174 EGV) und die Anforderungen an die regulierende Tätigkeit weiter erhöht.

Artikel 95 EGV soll also dazu beitragen, das Funktionieren des Binnenmarktes zu gewährleisten und im selben Atemzug ein hohes Schutzniveau im Bereich der Gesundheit sichern. Eine schwierige Aufgabe, wird man sich der Unterschiedlichkeit dieser Themenbereiche klar: wirtschaftlich motivierte Beseitigung von Handelshemmnissen auf der einen Seite, von gesundheitspolitischen (und eher protektionistischen) Grundsätzen angetriebene Ideen der sozialen Sorge auf der anderen.

Wie die Frage dieser Kohabitation zu lösen ist, wurde in der Literatur unter anderem im Zusammenhang mit dem Verfahren zur *Tabakwerbeverbotsrichtlinie 98/43/EG* diskutiert. Hintergrund war das Urteil des Europäischen Gerichtshofes, mit dem die oben genannte Richtlinie für nichtig aufgrund mangelnder Zuständigkeit erklärt wurde¹³¹:

Die Begründung, ein absolutes Werbeverbot für Tabakprodukte (wie es Artikel 3 dieser RL vorsah) würde der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen, indem für alle Mitgliedsstaaten gleiche Bedingungen geschaffen werden, sahen sowohl Generalanwalt als auch Gerichtshof nicht als ausreichend an.

So stellte der EuGH in seinem Erkenntnis eingangs fest, dass zwar Artikel 152 Abs. 4 lit c EGV Harmonisierungen im Bereich des Gesundheitswesens verbietet, dies aber die

¹²⁸ *Beiser/Zorn*, a. a. O., Art. 95 Rz 34 f. .

¹²⁹ *Kahl*, a. a. O., Art. 95 Rz 27.

¹³⁰ *Beiser/Zorn*, a. a. O., Art. 95 Rz 33.

¹³¹ EuGH 5.10.2000, C-376/98 Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419.

Stützung auf andere Rechtsgrundlagen des Vertrages nicht verhindert. Sollte damit jedoch eine Umgehung des Artikel 152 EGV bezweckt werden, sei dies nicht zulässig.¹³² Deshalb musste sich der Gerichtshof vor allem mit der Frage beschäftigen, ob diese Richtlinie eben der Verwirklichung des Binnenmarktes diene oder ihr Ziel verfehlt hat. Unter der Prämisse, dass der Binnenmarkt im Sinne des Artikel 14 EGV durch die Beseitigung von Hindernissen und die Konstituierung der Grundfreiheiten gekennzeichnet ist, ist der Gerichtshof übereinstimmend mit dem Schlussantrag des Generalanwaltes zu dem Ergebnis gekommen, dass die fraglichen Bestimmungen (und hier vor allem das normierte absolute Werbeverbot) nicht dazu geeignet sind, einerseits Hemmnisse des freien Warenverkehrs bzw. andererseits etwaige Wettbewerbsverzerrungen in der Tabak- oder Werbebranche¹³³ zu beseitigen – das bloße Bestehen von Unterschieden in nationalen Vorschriften, die mögliche Beeinträchtigung von Grundfreiheiten oder potenzielle Wettbewerbsverletzungen reichen noch nicht aus, um eine Maßnahme auf Art. 95 EGV zu stützen.¹³⁴

Auch *Raschauer* kommt zu dem Schluss, dass die gegenständliche Richtlinie sich nicht auf Artikel 95 EGV stützen durfte, da ihr Ziel nicht die Verwirklichung des Binnenmarktes sein kann (und sich deshalb als Formmissbrauch bzw. Umgehung des Harmonisierungsverbots des Art 152 Abs. 4 darstellt) und „[...] Art 95 EGV in diesem Zusammenhang von vornherein unanwendbar [ist]“.¹³⁵

In seinem Schlussantrag beschäftigte sich der Generalanwalt jedoch in Folge auch mit der grundsätzlichen Frage nach dem Verhältnis zwischen der Harmonisierung zur Verwirklichung des Binnenmarktes und dem Garantieren eines hohen Schutzniveaus, wie es Art. 95 Abs. 3 EGV vorsieht. Er kommt hierbei zu dem Ergebnis, dass

„jedes materielle Ziel, sei es die Gesundheit oder ein anderes Gebiet der Regulierungstätigkeit, das auch verfolgt wird, [...] nicht so sehr im Wettbewerb mit dem Binnenmarktziel [steht] oder ihm dient; es ist vielmehr von anderer Art und kann daher gleichzeitig oder untrennbar so intensiv verfolgt werden, wie es der Gesetzgeber wünscht (oder für erforderlich hält)

¹³² EuGH 5.10.2000, C-376/98 Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419, Rn 78 f.

¹³³ EuGH 5.10.2000, C-376/98 Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, I-8419, Rn 116 ff.

¹³⁴ *Beiser/Zorn* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 95 Rz 18.

¹³⁵ *Raschauer*, Ultra-vires-Akte der Europäischen Gemeinschaften in *ÖJZ* 2000, 247 ff.

solange die funktionalen Ziele des Binnenmarkts von der erlassenden Maßnahme gefördert werden¹³⁶

Diese Argumentation unterstützt einen Standpunkt, wonach auch im Bereich des Gesundheitsschutzes harmonisierende Rechtsinstrumente benutzt werden können – unter der Bedingung, dass das primäre Ziel die Errichtung bzw. das Funktionieren des Binnenmarktes ist.

In der Lehre wurde diese Position mit Vorsicht aufgenommen¹³⁷ und darauf hingewiesen, dass diese These zu allgemein gehalten sei: In der Praxis sind vor allem der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu berücksichtigen, um eine Umgehung des Artikel 152 EGV zu verhindern.

Teile der Lehre¹³⁸, der Generalanwalt als auch der EuGH bejahen die Möglichkeit, Harmonisierungsmaßnahmen zu setzen, ohne damit in Konflikt mit Artikel 152 Abs. 4 lit. c EGV zu treten – wie bereits oben erwähnt unter den Bedingungen des Vorhandenseins eines vorrangigen Binnenmarktelementes bzw. einer entsprechenden anderen Rechtsgrundlage im Vertrag (so der EuGH in seinem Erkenntnis *British American Tobacco*) und dem Fehlen eines Umgehungsvorsatzes.

Es ist hier unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH¹³⁹ jener Meinung zu folgen, die sich für eine Möglichkeit der Harmonisierung ausspricht sofern das Binnenmarktziel damit in diesem Zusammenhang im Vordergrund steht bzw. erreicht wird. Dafür spricht etwa wie weiter oben bereits erwähnt die Existenz der Schutzniveauklausel, welche das Binnenmarktkonzept um den Anspruch der Wahrung eines hohen Niveaus in den erwähnten Bereichen erweitert, die in den einschlägigen Kompetenzbestimmungen (wie Art. 152 EGV) festgelegten Ziele konkretisiert und sowohl die Gemeinschaftsorgane als auch die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung in die Pflicht nimmt.¹⁴⁰

¹³⁶ Schlussantrag des Generalanwaltes *Fennelly* zur Rs C-376/98, Rn 66.

¹³⁷ Etwa *Wägenbaur*, Binnenmarkt und Gesundheitsschutz – eine schwierige Kohabitation in EuZW 2000, 549.

¹³⁸ Vgl. dazu *Wägenbaur*, a. a. O. , 549 und *Eisenberger/Urbantschitsch*, Harmonisierung und Gesundheitsschutz in *ecolex* 2000, 843 ff.

¹³⁹ Etwa die Entscheidungen C-491/01 *British American Tobacco* (o. Fußn. 91) oder C-376/98 *Deutschland/Parlament und Rat* (o. Fußn. 127)

¹⁴⁰ *Beiser/Zorn*, a. a. O. , Art. 95 Rz 35.

6.3. Absätze 4 und 5 als Harmonisierungsdurchbrechungsklauseln

Die weiter oben bereits erwähnte Sorge der Mitgliedsstaaten, durch das Mehrheitsprinzip könne eine „Harmonisierung mit dem Rasenmäher“¹⁴¹ geschehen, fand ihren Ausdruck auch in den *Absätzen 4* und *5*. Diese ermöglichen unter gewissen Bedingungen die Beibehaltung (Abs. 4) und die Einführung (Abs. 5) strengerer einzelstaatlicher Bestimmungen.

Die Möglichkeit, harmonisierenden Regelungen national einen „Riegel“ vorschieben zu können gebietet es, diese Bestimmungen in einem kurzen Abriss vorzustellen.

Beiden gemein ist das Erfordernis, dass die nationale Schutzverstärkung *verhältnismäßig*, also geeignet, erforderlich, angemessen und zumutbar sein muss, wobei den Mitgliedsstaaten ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt.

Weiters dürfen sich die nationalen Vorschriften nicht als Mittel zur willkürlichen Diskriminierung oder verschleierte Handelsbeschränkung darstellen.¹⁴²

Ein wesentlicher Unterschied besteht in den Rechtfertigungsgründen, die ein Beibehalten oder eine Einführung ermöglichen – so heißt es in *Absatz 4*, dass

„als Rechtfertigungsgründe für das Beibehalten nationaler Sonderregeln [...] wichtige Erfordernisse im Sinne des Artikels 30 oder der Schutz der Arbeitsumwelt und der Umweltschutz in Betracht [kommen]“¹⁴³

Im Vergleich dazu findet sich in *Absatz 5* eine strengere Linie mit restriktiveren Voraussetzungen, die eine Limitierung der nationalen Alleingänge bewirken soll:

„Unbeschadet des Absatzes 4 teilt ein Mitgliedstaat, der es nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme durch den Rat oder die Kommission für erforderlich hält, auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützte einzelstaatliche Bestimmungen zum Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt aufgrund eines spezifischen Problems für diesen

¹⁴¹ Hailbronner, Der nationale Alleingang im EG-Binnenmarkt (1989), S. 24.

¹⁴² Kahl, a. a. O., Artikel 95 Rz 48.

¹⁴³ Kahl, a. a. O., Artikel 95 Rz 49.

Mitgliedstaat, das sich nach dem Erlass der Harmonisierungsmaßnahme ergibt, einzuführen, die in Aussicht genommenen Bestimmungen sowie die Gründe für ihre Einführung der Kommission mit.“

So greifen nach dieser Bestimmung nur der Schutz der Umwelt und der Arbeitsumwelt als Rechtfertigungsgründe (die Europäische Kommission¹⁴⁴ und Teile der Lehre¹⁴⁵ rechnen den Gesundheitsschutz – im Gegensatz zu den anderen, hier nicht anwendbaren Gründen des Artikel 30 EGV – dem Schutz der Arbeitsumwelt bzw. dem Umweltschutz zu).

Erschwerend kommt hinzu, dass die Regelungen auf „neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen“ basieren zu haben, wobei diese aber nicht unumstritten sein müssen (mindestens sollten jedoch fundierte Zweifel am gemeinschaftsrechtlich eingeführten Niveau bestehen). „Neu“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Erkenntnisse erst nach dem Erlass der harmonisierenden Regelung bekannt werden dürfen.¹⁴⁶

In der Regel bedient sich die Europäische Kommission zur Beurteilung, ob neue wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, wissenschaftlicher Gremien, die im Regelfall ein Gegengutachten erstellen welches die Kommission als eigenes übernimmt.

Das Problem, welches den Mitgliedsstaat zur Derogation treibt, muss ein „spezifisches“ sein, also kein EU-weites, allgemeines Thema – dies bedeutet jedoch nicht, dass es sich „nur“ auf einen Mitgliedstaat zu beschränken hat (andernfalls wäre die Verpflichtung der Kommission, Gemeinschaftsmaßnahmen gemäß Abs. 7 zu überprüfen wenn einem Mitgliedstaat die Einführung strengerer Regelungen erlaubt wurde, ihrer Rechtfertigung beraubt). Inhaltlich muss sich die Besonderheit auf den Schutz der Umwelt oder Arbeitsumwelt beziehen, wobei eine weite Auslegung geboten ist. Nichtsdestotrotz sind die Anforderungen an den Nachweis der Spezifität sehr hoch und wird davon ausgegangen, dass dieses Erfordernis in der Rechtsprechung des EuG und EuGH als Schlüsselvoraussetzung betrachtet wird.

Letztes Element im Katalog der Voraussetzungen ist das Erfordernis, dass sich das besondere Problem „nach dem Erlass einer Harmonisierungsmaßnahme ergibt“ (Abs. 5).

¹⁴⁴ Vgl. Entscheidung 2001/570/EG v. 13.7.2001, Rn 76.

¹⁴⁵ Vgl. *Kahl*, a. a. O., Artikel 95 Rz 54 mwN.

¹⁴⁶ *Kahl*, a. a. O., Artikel 95 Rz 55 f.

Zwar kann es bereits vorher bestanden haben, jedoch nur solange das Existieren beziehungsweise die Auswirkungen erst später erkennbar werden.¹⁴⁷

6.4. Folgeabsätze

In den weiteren Absätzen finden sich zum Teil verfahrensrechtliche Bestimmungen sowie weitere Verpflichtungen der Kommission (*Revisionsklausel*).

Absatz 6 regelt das Verhalten der Kommission bezüglich der Prüfung der Schutzverstärkungen auf Diskriminierung und Handelsbeschränkungen. Hierbei ist zu beachten, dass die Mitgliedsstaaten die fraglichen Regelungen bis zur Entscheidung der Kommission nicht wirksam lassen werden dürfen (*echter Genehmigungsvorbehalt*).¹⁴⁸

Absätze 7 und 8 verpflichten die Kommission – im Sinne einer dynamischen und sinnorientierten Weiterentwicklung des Rechts – ihre Regelungsentwürfe zu überprüfen, sofern ein Staat Schutzverstärkungen beibehalten oder einfügen darf (Abs. 7) oder aber sich ein „spezielles Gesundheitsproblem“ in einem Staat auftut (Abs. 8).

Absatz 9 ermöglicht es, den EuGH unmittelbar anzurufen, sofern Verdacht auf Missbrauch der Befugnisse dieses Artikels durch einen Mitgliedsstaat oder die Kommission besteht.

Abschließend sieht *Absatz 10* die Möglichkeit vor, mit den Harmonisierungsmaßnahmen Schutzklauseln zu verbinden.

¹⁴⁷ Kahl, a. a. O., Artikel 95 Rz 56.

¹⁴⁸ Beiser/Zorn, a. a. O., Artikel 95 Rz 44; EuGH 17.5.1994, C-41/93 Frankreich/Kommission, Slg. 1994, I-1829.

6.5. Auswirkungen auf Initiativen im Bereich des Gesundheitswesens

Das hohe Schutzniveau einerseits und die kurz vorgestellten Möglichkeiten, Harmonisierungen zu durchbrechen, haben unterschiedlichen Einfluss auf mögliche Initiativen seitens der Gemeinschaft. Von primärer Bedeutung ist der Umstand, dass Artikel 95 EGV auch als Rechtsgrundlage für Regelungen dienen kann, die (zumindest teilweise) den Gesundheitsschutz bezwecken.¹⁴⁹ Das Harmonisierungsverbot des Artikel 152 EGV muss aus diesem Grund differenzierter gelesen werden als es scheint, nämlich als Verbot von Umgehungsmaßnahmen. Nicht erfasst sind jedoch Begleit- oder dem Binnenmarktziel untergeordnete Initiativen.

Die in Absatz 3 festgelegte Schutzniveaunklausel hat über die Verpflichtung zu einem gewissen qualitativen Standard hinaus Bedeutung erlangt, als dass Teile der Lehre die Existenz dieser Klausel an sich als (Teil-)Berechtigung sehen, um auch im Bereich des Gesundheitswesens tätig werden zu können und nicht durch Artikel 152 Abs. 4 EGV beschränkt zu werden.¹⁵⁰

Aber selbst wenn Initiativen den hohen Anforderungen des Absatz 3 genügen, müssen sie nicht unbedingt lückenlos im Unionsgebiet gelten, wie soeben gezeigt wurde. Durch die Subsumierung des Gesundheitsschutzes unter die ausdrücklich genannten Schutzgüter des Artikel 95 Abs. 5 EGV ergibt sich unter Umständen die Möglichkeit unter Berufung auf aktuelle Probleme in nationalen Gesundheitssystemen um Harmonisierungen im Bereich des Gesundheitswesens einen „Riegel vorzuschieben“. Aufgrund der besonderen, auch als individuell zu charakterisierenden Ausgestaltung der Gesundheitssysteme könnte sich gerade in diesem Bereich auch der Beweis der Spezifität des Problems als etwas einfacher herausstellen.

¹⁴⁹ Vgl. dazu die Ausführungen in den vorangegangenen Kapiteln, vor allem zur Rs *British American Tobacco*.

¹⁵⁰ Vgl. dazu die bereits getroffenen Feststellungen im vorangegangenen Kapitel.

6.6. Ausgewählte Initiativen, die auf Artikel 95 EGV basieren

Im folgenden sollen einige Maßnahmen vorgestellt werden, die als Rechtsgrundlage Artikel 95 EGV anführen (könnten) und darüber hinaus auch für das Gesundheitswesen beziehungsweise den Gesundheitsschutz relevante Bestimmungen enthalten – zum Teil sind diese Bestimmungen bis heute gültig, partiell kam es zu einer nachträglichen Aufhebung aufgrund georteter Verstöße gegen die Kompetenzgrundlagen des EGV.

Darüber hinaus sollen auch sich in Planung befindliche Regelungen vorgestellt werden, wie etwa die aktuelle Gesundheitsdienstleistungsrichtlinie oder eine mögliche Mindestharmonisierung im Bereich des Glücksspielrechts. Diese Beispiele sollen aber nicht nur als Plädoyer für eine Überbrückung des Schutzes der nationalen Gesundheitssysteme durch die Binnenmarktziele stehen – gerade eine geplante Glücksspielrichtlinie könnte am Gesundheitsschutz scheitern.

Diese „Praxisbeispiele“ sollen vor allem dazu dienen, die oben ausgeführten Gedanken zu untermauern – von besonderem Interesse ist dabei der Vergleich zwischen den *TabakwerbeRL 98/43/EG* und *2003/33/EG*.

6.6.1. Tabakwerberichtlinien 98/43/EG und 2003/33/EG

Wie bereits im Zusammenhang mit dem hohen Schutzniveau des Artikel 95 EGV erläutert, wurde das in der *RL 98/43/EG* normierte absolute Werbeverbot als nicht dem Binnenmarktziel dienlich qualifiziert – auch die Lehre¹⁵¹ hatte diese Maßnahme als verfehlte und verschleierte Gesundheitsschutzmaßnahme angesehen, weshalb dieser Rechtsakt schlussendlich als nichtig aufgrund Kompetenzüberschreitung betrachtet werden musste.¹⁵²

Im Gegensatz dazu wurde die neue Richtlinie *2003/33/EG* als mit dem Vertrag vereinbar beurteilt: Im Unterschied zur Vorgängerregelung findet sich nun eine enumerative Aufzählung jener Werbemittel, mit denen keine Werbung für Tabak betrieben

¹⁵¹ Vgl. *Raschauer*, a. a. O., 247 ff.

¹⁵² Zur Frage, wie Ultra-vires-Akte der Europäischen Gemeinschaft zu behandeln sind: *Raschauer*, Ultra-vires-Akte der Europäischen Gemeinschaften in *ÖJZ* 2000, 241 ff.

werden darf (gestattet ist demnach weiterhin die Bewerbung von Tabakprodukten beispielsweise in Kinos, auf Anzeigetafeln oder auf Plakaten¹⁵³). In der Literatur fanden sich zwar auch hier kritische Stimmen (vor allem zur Frage, ob der für eine Harmonisierungskompetenz notwendige grenzüberschreitende Sachverhalt gegeben war¹⁵⁴), jedoch wurde bereits 2006 eine Klage der *F1-Rennstrecken-Betreiberin Nürburgring GmbH* unter Hinweis auf die mangelnde individuelle und unmittelbare Betroffenheit vom EuG abgewiesen.¹⁵⁵ Auch der EuGH sah anlässlich einer Klage Deutschlands gegen das Werbeverbot der Richtlinie in diesem Falle keine problematischen Regelungen als gegeben an und wies diese ab - mit der Begründung, dass Differenzen bezüglich der nationalen Vorschriften über die Bewerbung von Tabakprodukten ein Hindernis für die Funktion des Binnenmarktes darstellen, welches durch die gegenständliche Regelung beseitigt wird.¹⁵⁶

Vom Standpunkt des Gesundheitsschutzes wäre es natürlich wünschenswert gewesen, ein Totalverbot für Tabakwerbung zu erreichen – in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Kohabitation von Gesundheitsschutz und Binnenmarkt ist dies aber nicht möglich und findet man sich nun mit der überarbeiteten Richtlinie wohl auf jenem Punkt des Spektrums wieder, der diese beiden Gebiete am ehesten (unter Berücksichtigung der den Binnenmarkt konstituierenden Grundfreiheiten) miteinander vereinen kann.

Jedoch spiegelt sich in diesen beiden Erkenntnissen ein Wandel in der Rechtsprechung des EuGH wider, der (auch im Hinblick auf Art. 152 EGV) nicht unerwähnt bleiben soll:

Wie bereits erörtert¹⁵⁷ verlangt Artikel 95 EGV, dass durch einen auf dieser Bestimmung beruhenden harmonisierenden Rechtsakt ein wesentlicher Beitrag zum Funktionieren bzw. Errichten des Binnenmarktes gewährleistet werden soll. Der EuGH lockerte jedoch in seiner Rechtsprechung der letzten Jahre diese Erfordernisse auf und „[...] genügt [dem] Gerichtshof nunmehr im Wesentlichen die Wahrscheinlichkeit von Wettbewerbsverzerrungen durch voneinander abweichende Rechtsvorschriften über die Werbung in den MS.“ Durch diese Erweiterung konnte der Gerichtshof in seinem Erkenntnis über die Richtlinie 2003/33/EG „die Rechtspflicht der Gemeinschaft in den

¹⁵³ Hempel, Tabakgenuss und Europarecht in ÖBl 2008, 213.

¹⁵⁴ Vgl. dazu Rauber, Das Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH in ZEuS 2007, 151.

¹⁵⁵ Hempel, a. a. O., 213 und EuG 29.06.2006, T-311/03 Nürburgring/Parlament und Rat, Slg. 2006, II-46.

¹⁵⁶ EuGH 12.12.2006, C-380/03 Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, 11573

¹⁵⁷ Vgl. dazu die getroffenen Ausführungen in Kapitel 6.1. .

Mittelpunkt [stellen], das vertraglich vorgegebene hohe Schutzniveau in der Querschnittsmaterie Gesundheit sicherzustellen und [...] Ziele, die im Allgemeinen von dem MS gem Art 152 EGV wahrzunehmen sind, durch das Funktionieren des Binnenmarkts sichernde Maßnahmen der Rechtsangleichung gem Art 95 Abs 3 EGV zu verwirklichen.“¹⁵⁸ Die Bedeutung für das Sortiment anderer „verwandter“ Produkte (wie etwa Alkohol) ist offensichtlich – auch hier könnte sich durch das Existieren von unterschiedlichen nationalen Werbevorschriften ein Hindernis für die Warenverkehrsfreiheit ergeben, welches in den Augen des EuGH eine Harmonisierungsmaßnahme, welche sich auf Art. 95 EGV stützt (und dabei im geduldeten Rahmen ebenso den Gesundheitsschutz verfolgt), rechtfertigen bzw. notwendig erscheinen lässt. Demgegenüber hielt der Gerichtshof in seinem Urteil zur Tabakwerberichtlinie 98/43/EG noch fest, dass die bloße Möglichkeit von Verletzungen der Grundfreiheiten oder Wettbewerbsverletzungen an sich noch nicht ausreicht, um eine Rechtsangleichungskompetenz nach Art. 95 EGV zu begründen.¹⁵⁹

6.6.2. Eine mögliche Gesundheitsdienstleistungsrichtlinie

Bereits im Jahr 2004 hat die Kommission – in Form der damaligen Dienstleistungsrichtlinie¹⁶⁰ - auf die Forderungen der Mitgliedsstaaten reagiert mehr Klarheit dahingehend zu schaffen, was für eine Bedeutung den Gesundheitsdienstleistungen im Gefüge des Gemeinschaftsrechts zukommt.¹⁶¹

Sowohl das Parlament als auch der Rat waren jedoch mit der Implementation dieses Bereichs in die geplante Dienstleistungsrichtlinie nicht zufrieden - das Thema Gesundheitsleistungen schien zu komplex und im Hinblick auf seine Bedeutung in der öffentlichen Meinung zu wenig behandelt worden.¹⁶² Seitdem versuchte die Kommission den Mitgliedsstaaten und Akteuren im Gesundheitswesen eine eigene Richtlinie vorzulegen, welche vorrangig die Regelung der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme

¹⁵⁸ *Hempel*, a. a. O. , 214.

¹⁵⁹ Siehe dazu die Ausführungen zur *RL 98/43/EG* in Kapitel 6.3. .

¹⁶⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2 endg./3 vom 5. März 2004.

¹⁶¹ Vgl. KOM (2006) Nr. 1195 vom 26.09.06, S. 2.

¹⁶² Vgl. Memo/06/348 der Kommission (2006), S. 1.

von Gesundheitsdienstleistungen zum Inhalt hat. Die zwei erklärten Ziele in diesem Zusammenhang sind Rechtssicherheit bei den Bürgern und Akteuren zu schaffen sowie die Mitgliedsstaaten dort zu unterstützen, wo eine Zusammenarbeit auf europäischer Ebene sinnvoller erscheint als einzelstaatliche Maßnahmen.¹⁶³

Schließlich wurden durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Bereich zwar grundsätzliche Fragen geklärt, jedoch mindestens genauso viele neue aufgeworfen, die mit dieser Gemeinschaftsmaßnahme beantwortet werden sollen: Gibt es gemeinsame Mindeststandards in der EU? Welche Einflüsse haben Gesundheitsdienstleistungen, die gegen Entgelt erbracht werden, auf die Organisation von nationalen Gesundheitssystemen (diese und weitere Fragen bilden auch wichtige Punkte dieser Arbeit, weshalb an dieser Stelle nur kurze Hinweise gegeben und erwähnte Fragen bzw. Probleme in den folgenden Kapiteln genauer vorgestellt werden)?

Basierend auf diesen verschiedenen Faktoren wurde ausgehend von der Kommission ein Prozess in Gang gesetzt, der vor allem der Informationsbeschaffung und des Austausches zwischen den verschiedensten nationalen und europäischen Stellen dienen sollte – Konsultationen wurden abgehalten und die Suche nach Input seitens der Kommission weiter verstärkt, um politische Möglichkeiten in diesem Bereich zu eruieren. Jedoch sah sich vor allem das Europäische Parlament in diese Vorgänge zu wenig eingebunden:

„Andreas Schwab, stellvertretender EVP-ED-Koordinator im Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments, hat die intransparente und teilweise auch irreführende Kommunikationspolitik der EU-Kommission im Hinblick auf die EU-Richtlinie für Gesundheitsdienstleistungen scharf kritisiert [...]. So hätten hochrangige Kommissionsvertreter noch gestern ausdrücklich bestätigt, dass die EU-Richtlinie zu den grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen am heutigen Mittwoch veröffentlicht werden soll. Heute früh wurde dann kurzfristig bekannt, dass die Vorlage des Richtlinienentwurfs entgegen anders lautender Angaben erneut verschoben wird.“¹⁶⁴

So hat es noch bis zum Sommer 2008 gedauert, bis ein Vorschlag vorgelegt wurde. Früher angekündigte Vorschläge der Kommission wurden kurzfristig im Dezember 2007

¹⁶³ Vgl. KOM (2006) Nr. 1195 vom 26.09.06, S. 3.

¹⁶⁴ Pressemitteilung der EVP-ED vom 19.12.2007.

zurückbehalten ohne eine Frist für die Neuvorlage festzusetzen. Grund für diese Maßnahme sei „mangelnde Durchdachtheit“ und fehlende Unterstützung des Richtlinienvorschlages durch Parlament und Rat gewesen, so die Kommissarin *Margot Wallström*. Möglicher Grund könnte aber auch die vor der Tür stehende Ratifizierung des *Vertrags von Lissabon* gewesen sein – so hätte die Gefahr bestanden, dass besagte Richtlinie über Gesundheitsdienstleistungen gegen den Reformvertrag instrumentalisiert hätte werden können.

Im Juli 2008 wurde schließlich ein Vorschlag für eine *Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über die Ausübung von Patientenrechten in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*¹⁶⁵ an die zuständigen Delegationen übermittelt.

Dieser aktuellste Vorschlag für eine Richtlinie gliedert sich in drei Hauptteile – zum einen werden gemeinsame Grundsätze in den Gesundheitssystemen der EU festgelegt, „die darlegen, welcher Mitgliedstaat für die Einhaltung der gemeinsamen Grundsätze der Gesundheitsversorgung verantwortlich ist“¹⁶⁶. Zum anderen soll die Richtlinie die Rechtssicherheit für Patienten erhöhen, als dass sie genau umschreibt, welche Ansprüche der Patienten bei einer Gesundheitsversorgung im Ausland bestehen und in welcher Höhe die Kosten erstattet werden. Hier soll als Faustregel gelten, dass der Patient jenen Betrag erstattet erhält, der für die gleiche Behandlung im Inland zu bezahlen gewesen wäre.

Des weiteren dürfen hinsichtlich ambulanter Behandlungen im Ausland keine Systeme der vorherigen Genehmigung eingeführt werden, hinsichtlich Krankenhausbehandlungen (eine Behandlung, die einen Aufenthalt von mindestens einer Nacht im Krankenhaus erforderlich macht) lediglich dann, wenn die Behandlung auch im Heimatland erbracht hätte werden können oder wenn die entstehenden Patientenströme negative Auswirkungen auf das finanzielle Gleichgewicht der Sozialsysteme haben würde.¹⁶⁷

Zuletzt soll durch diesen Rechtsakt auch die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten verstärkt und erleichtert werden, etwa durch die Schaffung eines Rahmens für die Anerkennung von ausländischen Verschreibungen. In diesem Sinne orientiert sich dieser Richtlinienvorschlag (wie bereits der ganze Prozess der vor ihm stand) an dem

¹⁶⁵ Kommissionsdokument KOM (2008) 414 vom 4. Juli 2008.

¹⁶⁶ Kommissionsdokument KOM (2008) 414 vom 4. Juli 2008, S. 5.

¹⁶⁷ Kommissionsdokument KOM (2008) 414 vom 4. Juli 2008, S. 44 ff.

Fallrecht und damals aktuellen Entscheidungen des EuGH im Bereich der Patientenmobilität und wurde als Rechtsgrundlage für diesen Vorschlag Artikel 95 EGV gewählt. Zu dessen Anwendbarkeit ist anzumerken (ohne hierbei zu weit vorgreifen zu wollen):

Basierend auf den Urteilen des EuGH¹⁶⁸, wonach die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen gegen Entgelt als wirtschaftliche Tätigkeit und in Folge als von der Dienstleistungsfreiheit erfasst gesehen werden muss, dient eine Richtlinie, die hier Klarheit schaffen und Beschränkungen oder Hindernisse durch Unterschiedlichkeiten in den nationalen Bestimmungen beseitigen möchte, wohl dem Binnenmarktziel und muss Artikel 95 EGV als Harmonisierungskompetenz als anwendbar erachtet werden, obwohl nicht ausgeschlossen ist, dass es zu einer Berührung von Artikel 152 Abs. 4 bzw. Abs. 5 EGV kommen könnte - auch wenn in dem Richtlinienentwurf betont wird, die Verantwortung der Mitgliedstaaten zur Organisation des Gesundheitswesens werde nicht eingeschränkt.¹⁶⁹

In diesem Zusammenhang sollte nicht das Gebot der Verhältnismäßigkeit übersehen werden – Artikel 95 EGV darf von diesem nicht ausgenommen werden, würde doch andernfalls ein Verstoß gegen Artikel 5 Absatz 2 und 3 EGV vorliegen. Der Rechtsprechung des EuGH folgend „verfügt der Gemeinschaftsgesetzgeber über ein weites Ermessen in einem Bereich [...] in dem von ihm politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen verlangt werden und in dem er komplexe Prüfungen durchführen muss.“¹⁷⁰

Dies eröffnet einen weiten Entscheidungsspielraum: die Literatur geht in diesem Zusammenhang erst dann von einem Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus, wenn „die Maßnahme zur Erreichung ihres Ziels offensichtlich ungeeignet ist“¹⁷¹.

Ob der Richtlinienvorschlag noch während der Amtszeit der derzeitigen Kommission das Mitentscheidungsverfahren passiert, ist schwer abzusehen – die erste Lesung ist für den 23.04.2009 geplant¹⁷², jedoch kann es bedingt durch die Wahl der Abgeordneten zum

¹⁶⁸ Beginnend mit den Entscheidungen EuGH 28.4.1998, C-120/95 Decker, Slg. 1998, I-1831; 28.04.1998, C-158/96 Kohll, Slg. 1998, I-1931.

¹⁶⁹ Vgl. Kommissionsdokument KOM (2008) 414 vom 4. Juli 2008, S. 9.

¹⁷⁰ EuGH, Urteil British American Tobacco (o. Fußn. 191), Rn 120 f. .

¹⁷¹ Kahl in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 95 Rz 19.

¹⁷² Zum Stand des Verfahrens siehe <http://www.europarl.europa.eu/oeil/file.jsp?id=5661632> (24.03.2009).

Europäischen Parlament im Juni 2009 dazu kommen, dass eine neue Lesung sowie neue Berichterstatte vorgesehen werden müssen.

6.6.3. Binnenmarkt, Gesundheitswesen und die Idee einer Glücksspielrichtlinie

Haben die vorigen Rechtsakte bewiesen, dass Artikel 95 EGV als Harmonisierungsgrundlage nicht unbedingt durch Artikel 152 EGV und dessen Harmonisierungsverbot in seiner Anwendung eingeschränkt wird, soll das folgende Beispiel zeigen, dass der Schutz der Gesundheit auch überwiegen und Binnenmarktziele anstrebende Regelungen verhindern kann. Mag es zum jetzigen Zeitpunkt noch ein höchst theoretischer und spezieller Aspekt sein, besitzt er als Beispiel mE doch genug Aussagekraft.

Ausgangspunkt ist die in verschiedenen Mitgliedstaaten geführte Diskussion über den im Bereich des Glücksspiels noch bestehenden staatlichen Monopolismus und einer möglichen Mindestharmonisierung des Glücksspielrechts als neuen Ansatz.

Aus dem Umstand, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten eine sehr heterogene Auffassung von einer Beibehaltung des Status quo (Monopolismus) oder der Durchsetzung der Dienstleistungsfreiheit haben (Zulassen von Privatanbietern am eigenen Markt) scheint es am vernünftigsten, dass

„[...] das Glücksspielrecht – wie das bereits für andere monopolistische Bereiche der EU längst geschehen ist – gemeinschaftsweit mittels einer eigenen Glücksspielrichtlinie zu harmonisieren.“¹⁷³

Unbestritten gibt es gewichtige volkswirtschaftliche, juristische und soziale Argumente sowohl für die Beibehaltung des Monopolismus im Glücksspielbereich als auch für die Abschaffung desselben. Dass sich die Kommission früher oder später mit diesem Thema befassen muss scheint - wenn man den schnell wachsenden Markt des Glücksspiels und seinen Umsatz berücksichtigt - sicher und sich in Folge eine mögliche Richtlinie zur

¹⁷³ Zuletzt *Wohlfahrt*.

Regelung des Glücksspiels in der Union zumindest teilweise auf Artikel 95 EGV stützen würde zumindest möglich.

Um eine Beziehung zum Schutz der Gesundheit bzw. der Politik im Gesundheitswesen herstellen zu können, muss man bei den einschlägigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes ansetzen:

In der Rs C-243/01 *Gambelli* hat der EuGH entschieden, dass

„eine nationale Regelung, die - strafbewehrte - Verbote der Entfaltung der Tätigkeit des Sammelns, der Annahme, der Bestellung und der Übertragung von Wetten, insbesondere über Sportereignisse, enthält, eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs nach den Artikeln 43 EG und 49 EG darstellt, wenn der betreffende Mitgliedstaat keine Konzession oder Genehmigung erteilt.“¹⁷⁴

Grund für die Vorlage an den Gerichtshof war ein Verfahren, in welchem italienischen Unternehmern vorgeworfen wurde, einem ausländischen Buchmacher (*Stanley International Betting Ltd.*) beim Sammeln von Wetten unterstützt zu haben, was normalerweise nur dem Staat vorbehalten ist, der im Bereich der Sportwetten ein Monopol besitzt.

Die Wetten wurden der italienischen Agentur mitgeteilt, die wiederum an den englischen Buchmacher einen Antrag auf Annahme der Wette stellte, der vom Buchmacher in Echtzeit bestätigt wurde oder nicht. Nach erfolgter Bestätigung hatte der Wettende den ausstehenden Betrag an die Agentur zu zahlen, die den Betrag wiederum an ein eigens dafür eingerichtetes Konto im Ausland überwies.

Der Gerichtshof musste sich in diesem Vorlageverfahren vor allem mit der Frage beschäftigen, ob jenes Gesetz, welches die Annahme von Wetten durch Nicht-Mitglieder des staatlichen Monopols *CONI* unter ein strafbewehrtes Verbot stellt, der Dienstleistungs- bzw. der Niederlassungsfreiheit (im Hinblick auf die Teilnahme am Verfahren zur Konzessionsvergabe) entgegensteht.

¹⁷⁴ EuGH 6.11.2003, C-243/01 *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, Rn 76.

Bezüglich der Konzessionsvergabe, die zum Sammeln von Wetten berechtigen würde, kam der EuGH zu dem Schluss, dass die italienischen Vorschriften dazu geeignet sind, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken.¹⁷⁵

Mit einem Verweis auf frühere Urteile¹⁷⁶ stellte das Gericht weiter fest, dass die Annahme von Sportwetten auf jeden Fall auch dann als „wirtschaftliche Tätigkeit“ zu qualifizieren ist, wenn die Sportereignisse in einem anderen Staat stattfinden – dies auch beim Anbieten über das Internet (also ohne Ortswechsel).¹⁷⁷

Demnach sei ein strafbewehrtes Verbot der Teilnahme an solchen Wetten als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit anzusehen und ist in der Folge zu überprüfen gewesen ob einer der Rechtfertigungsgründe der Artikel 45 und 46 EGV vorliegt oder dieses Gesetz bestimmten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient und dabei die Voraussetzungen (Eignung zur Zielerreichung, Erforderlichkeit und nicht diskriminierend) des Gerichtshofes erfüllt.¹⁷⁸

Der EuGH ging in seinem Urteil davon aus, dass die Beschränkung der Annahme von Wetten durchaus durch Gründe des Verbraucherschutzes oder der Betrugsbekämpfung gerechtfertigt sein kann – im konkreten Fall wurde dies aber verneint, da „der italienische Staat auf nationaler Ebene eine Politik der starken Ausweitung des Spielens und Wettens zum Zweck der Einnahmenerzielung verfolge“¹⁷⁹ und Italien sich deshalb nicht auf oben erwähnte oder ähnliche ordnungspolitische Ziele berufen konnte ohne seine Glaubwürdigkeit zu verlieren.

In Folge kam der Gerichtshof in seinem Urteil zu dem Schluss, dass die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch Regelungen beschränkt wird, die das Sammeln, Annehmen oder Bestellen von Wetten bestrafen. Ob aber die die Rechtfertigungsgründe für das Bestehen dieser Beschränkung bestehen haben die nationalen Gerichte zu beurteilen.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Vgl. EuGH, Urteil Gambelli (o. Fußn. 170), Rn 49.

¹⁷⁶ Etwa EuGH 24.03.1994, C-275/92 Schindler, Slg. 1994, I-1039.

¹⁷⁷ EuGH, Urteil Gambelli (o. Fußn. 170), Rn 54.

¹⁷⁸ Vgl. EuGH, Urteil Gambelli (o. Fußn. 170), Rn 59 ff. .

¹⁷⁹ EuGH, Urteil Gambelli (o. Fußn. 170), Rn 67 f. .

¹⁸⁰ Vgl. EuGH, Urteil Gambelli (o. Fußn. 170), Rn 75.

Diese Rechtsprechung hat der Gerichtshof in einem weiteren Urteil, den verbundenen *Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 Placanica*¹⁸¹ noch einmal bestätigt – es handelte sich um einen nahezu gleichen Sachverhalt, wieder in Italien situiert.

Um also die Entwicklung des Binnenmarktes weiter voranzutreiben scheint es sinnvoll, das monopolistische System im Glücksspielwesen zu Gunsten der Dienstleistungsfreiheit jedem Anbieter zu öffnen. Ausgenommen wären jene staatlichen Monopole, die bestimmten Interessen der Allgemeinheit dienen (wozu aber auf jeden Fall nicht fiskalische Interessen zählen¹⁸²) oder einem Rechtfertigungsgrund in den Artikeln 45 und 46 EGV entsprechen – wie etwa dem Gesundheitsschutz. Es wäre natürlich falsch, davon auszugehen, dass jede Person, die sich an einen Roulettetisch setzt als potenziell spielsüchtig anzusehen – zu viele Faktoren spielen in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle.

Unbestritten ist aber die Qualifikation der Spielsucht als eine anerkannte nicht stoffgebundene Abhängigkeit und Krankheit¹⁸³ - der Schutz der menschlichen Gesundheit muss in diesem Sinn auch die Präventions- und Betreuungsmaßnahmen für Spielsüchtige umfassen.

Was bedeuten nun diese Feststellungen für die mögliche Liberalisierung des Glücksspielmarktes?

Einer der Vorteile eines monopolistischen Systems liegt in den guten Kontrollmöglichkeiten durch eine gemeinsame Obrigkeit und Überschaubarkeit des Angebotes: Lediglich lizenzierte Anbieter können an ihren jeweiligen Sitzen die gewünschte Leistung anbieten – anders in einem liberalisierten System: das Angebot kann in diesem Fall stark nach oben schnellen, die Qualität der Leistungen fällt unter Umständen. Spielsucht kann sicher nicht durch eines der beiden Systeme „geheilt“ oder beseitigt werden. Die Möglichkeit eines kontrollierten Angebotes durch wenige überschaubare Anbieter hat jedoch höheren präventiven Charakter und ermöglicht eine gewisse Kontrolle jenes Teils der Bevölkerung, der sich in diese Abhängigkeit begeben hat – weniger Anbieter bedeuten weniger Rückfallsmöglichkeiten.

¹⁸¹ EuGH 06.03.2007, C-338/04, C-359/04, C-360/04 *Placanica*, Slg. 2007, I-1891.

¹⁸² Vgl. EuGH, Urteil *Gambelli* (o. Fußn. 170), Rn 61.

¹⁸³ *Haller/Scholz*, Spielsucht-eine nicht stoffgebundene Abhängigkeit (2005), S. 3 f. .

Vor diesem Hintergrund erscheint gerechtfertigt, über die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu Gunsten des Gesundheitsschutzes nachzudenken und monopolistische Systeme dort zuzulassen, wo sie erwiesenermaßen eingerichtet sind, um auch dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu dienen (dies kann sich in besonderen präventiven Maßnahmen oder etwa der Verwendung von Erträgen aus dem Glücksspiel zur Suchtbekämpfung und -betreuung ausdrücken).

Die Notwendigkeit einer Richtlinie im Segment des Glücksspiels zu diskutieren würde vermutlich die Kapazitäten dieser Arbeit sprengen – die hier ausgeführten Gedanken lassen aber trotzdem Schlüsse zu, die dazu beitragen, das Phänomen des Gesundheitswesens als Politik zu erfassen:

Die Politik im Gesundheitswesen hat im Laufe der Entwicklung der Europäischen Union eine immer größere und wichtigere Rolle eingenommen. Mit diesem Wachsen wird aber auch die Konkurrenz zu den übrigen Zielen der Union spürbar. Am vorhergehenden Beispiel war ersichtlich, dass sich die Durchsetzung der Dienstleistungs- bzw. Niederlassungsfreiheit im Glücksspielbereich unter Umständen negativ auf die menschliche Gesundheit auswirken kann, wenn nicht entsprechende Begleitmaßnahmen getroffen oder Kompromisse gefunden werden.

Weiters sieht sich die Verwirklichung der Gesundheitspolitik der Gemeinschaft noch vielen Unklarheiten ausgesetzt, wie die Ausführungen zu Artikel 95 EGV als Rechtsgrundlage gezeigt haben – auch hier wird die enge Verbindung zum Binnenmarkt spürbar, wenn der Gerichtshof feststellt, dass die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten durch EG-Recht geregelt werden dürfen, sofern der fragliche Rechtsakt ein Binnenmarktelement enthält. Dass stark auf die Verwirklichung des Binnenmarktes gerichtete Rechtshandlungen andererseits auch aus Gründen des Gesundheitsschutzes (weil sie sich als verschleierte Maßnahmen darstellen und einer Rechtsgrundlage im Vertrag entbehren, nicht das verpflichtende hohe Schutzniveau aufweisen oder strengere Regelungen aus Gründen des Gesundheitsschutzes beibehalten werden) nicht vorgenommen werden können ist ein weiterer Beweis für dieses komplizierte und empfindliche Verhältnis zwischen Gesundheitspolitik und Binnenmarkt.

7. Die Rechtsinstrumente Richtlinie und Verordnung

Als zwei der wichtigsten Handlungsformen des Pouvoirs der Gemeinschaft gelten die Richtlinie und die Verordnung – beide sind durch ihre Verbindlichkeit gekennzeichnet, in ihren Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten jedoch stark unterschiedlich.

Stützt sich ein Vorschlag der Kommission beispielsweise auf den im vorangegangenen Kapitel behandelten Artikel 95 EGV, so „steht der Gemeinschaft aufgrund des undeutlichen, aber übergreifenden Begriffs Maßnahmen neben der Richtlinie [...] die Verordnung [...] zur Verfügung.“¹⁸⁴

Es stellt sich nun die Frage, wann welches Rechtsinstrument eingesetzt werden soll sofern Wahlfreiheit besteht – vor dem Hintergrund, dass es sich dabei um eine das Gesundheitswesen oder den Gesundheitsschutz betreffende Maßnahme hält.

Hier können natürlich keine allgemein gültigen Regeln aufgestellt werden; vielmehr soll aufgezeigt werden, dass die Wahl des richtigen (bzw. falschen) Instrumentes erheblichen Einfluss auf den Erfolg und die Auswirkungen von Gemeinschaftsinitiativen haben kann.

Als dritte Rechtshandlung mit verbindlichen Charakter soll die Entscheidung in diesem Zusammenhang außer Acht gelassen werden – im Unterschied zu Verordnung und Richtlinie kann sich dieser Rechtsakt nur an bestimmte Mitgliedstaaten oder Personen richten.

¹⁸⁴ *Pipkorn/Bardenhewer-Rating/Taschner* in *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, Artikel 95, Rz. 67.

7.1. Die Verordnung

„Verordnungen sind abstrakt-generelle Rechtssätze des Gemeinschaftsrechts“¹⁸⁵. Zwar ist nicht von Identität mit dem Begriff des Gesetzes zu sprechen, jedoch „erfüllt sie die materiellen Bedingungen eines Gesetzes und ist dementsprechend in allen ihren Teilen verbindlich.“¹⁸⁶

Charakteristika einer Verordnung sind eben diese allgemeine und unmittelbare (es bedarf keiner nationalen Umsetzungsmaßnahme um sich auf die in der Verordnung begründeten Rechte berufen zu können) Wirkung in jedem Mitgliedsstaat sowie der ihnen zukommenden Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.¹⁸⁷ Dazu gehört auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, alle Aktionen zu unterlassen, die auch nur den Anschein erwecken, dass die Wirkung einer Verordnung in Frage gestellt wird.¹⁸⁸

Von einer „hinkenden Verordnung“ wird dann gesprochen, wenn sich in einer Verordnung die Verpflichtung findet, weitere Durchführungsmaßnahmen zu erlassen.¹⁸⁹

7.2. Die Richtlinie

Auch die Richtlinie entfaltet normative Verbindlichkeit für die Mitgliedsstaaten – jedoch beschränkt sich diese Verpflichtung auf das Ziel bzw. erwünschte Ergebnis: „Sie enthält [...] finale Vorgaben für die Mitgliedsstaaten, die diese durch Akte der Umsetzung zu realisieren haben“¹⁹⁰, wobei sie „jene Umsetzungsakte zu setzen [haben], die zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit (effet utile) des Gemeinschaftsrechts am besten geeignet sind.“¹⁹¹

¹⁸⁵ Ruffert in Calliess/ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Artikel 249 Rz 39.

¹⁸⁶ Streinz, Europarecht (2008), S. 147; Vzeclouch in Mayer (Hrsg.), EU- und EG Vertrag, Art. 249 Rz 17.

¹⁸⁷ Davon zu unterscheiden ist die unmittelbare Geltung, wonach sie ohne Transformationsakt Bestandteil der nationalen Rechtsordnung wird – zu dieser Ungenauigkeit in Art. 249 EGV siehe Vzeclouch, a. a. O. Art. 249 Rz 16.

¹⁸⁸ Vgl. Streinz, a. a. O., S 147 ff. .

¹⁸⁹ Vgl. Ruffert, a. a. O. , Artikel 249 Rz 43.

¹⁹⁰ Ruffert, a. a. O. , Artikel 249 Rz 45.

¹⁹¹ Vzeclouch, a. a. O., Art. 249 Rz 37.

Diese Konstruktion soll vor allem dazu dienen, die bereits bestehenden normativen Strukturen der Mitgliedstaaten zu schonen und nicht zu starke Eingriffe in die unterschiedlichen Rechtsordnungen vornehmen zu müssen. Aus diesem Grund wird im Bereich der Rechtsangleichung in den meisten Fällen dieses Rechtsinstrument angewendet.¹⁹²

Auf die in Vielzahl bestehenden und viel diskutierten Besonderheiten der Richtlinie (etwa: Einhaltung der Umsetzungsfrist, ausreichender Bestimmtheitsgrad etc.) kann hier nicht eingegangen werden – erwähnenswert in diesem konkreten Zusammenhang ist jedoch die schon länger bestehende Kritik, die Regelungsdichte von Richtlinienbestimmungen steige genauso weiter wie die Umsetzungsdefizite.¹⁹³

Dies führe dazu, dass die Richtlinie – aufgrund der großen Menge an Bestimmungen – in einigen Fällen den Adressaten nicht mehr jenen Umsetzungsspielraum gewährt, der der eigentliche Grund für die Wahl dieses Rechtsaktes war und sich zu sehr von einer Rahmenvorgabe zur Verordnung hinwendet – die Umsetzung reduziert sich in solchen Fällen auf ein „Gebot der perfekten Umsetzung“, da nur die wörtliche Übernahme des Textes ausreicht, um eine konforme Umsetzung zu garantieren.¹⁹⁴

7.3. Der Trend im Bereich Gesundheit

So weit die Materie Gesundheit reicht, so wichtig ist es im Rechtsetzungsprozess, das für die jeweilige Materie geeignete „normative Gewand“ in Form der Richtlinie oder Verordnung zu finden. In diesem Zusammenhang gilt es, mehrere Faktoren zu berücksichtigen:

- Aufgrund der unterschiedlichen Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten müssen die Folgen der Wahl des Rechtsinstrumentes bei jeder Regelungsmaterie beachtet werden.

¹⁹² Ruffert, a. a. O. , Artikel 249 Rz 46.

¹⁹³ Vgl. Ruffert, a. a. O. , Artikel 249 Rz 122; Everling in FS Carstens (1997), S. 97.

¹⁹⁴ Vzelouch, a. a. O. , Art. 249 Rz 49.

- Inhaltlich erlaubt die Verordnung grundsätzlich eine höhere Regelungsdichte als die eher als Rahmenvorgabe konzipierte Richtlinie (wobei dies durch die Praxis im Lauf der Zeit relativiert wurde).
- Den erwünschten Effekt beachtend wirkt die Verordnung im Gegensatz zur Richtlinie ohne zeitliche Versetzung.
- Abschließend muss auch in diesem Zusammenhang das in Artikel 5 EGV statuierte Gebot der Verhältnismäßigkeit beachtet werden.

Diese Punkte sollen im folgenden diskutiert und in Beziehung zu einander gebracht werden um die These zu untermauern, dass Regelungen vor allem in so (wirtschaftlich, sozial, rechtlich und auf unsere zukünftige Entwicklung bezogenen) empfindlichen Bereichen wie jenem der Gesundheit und des Gesundheitswesens genau überprüft werden müssen - dies sowohl vor als auch nach ihrer Schaffung.

Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten:

Wie bereits erwähnt liegt einer der größten Unterschiede zwischen Richtlinie und Verordnung in der Wirkung für die Mitgliedstaaten. Während erstere auf einem zweistufigen, „sanfteren“ Ansatz aufbaut, der die Möglichkeit gibt die verbindlichen Ziele der Gemeinschaft in das nationale Recht einzuarbeiten, entfaltet die Verordnung mit Eintritt ihrer Rechtskraft unmittelbar Rechte und Pflichten.

Aus diesen Unterschieden ergibt sich mE, dass sich die Richtlinie vor allem dort empfiehlt, wo bereits „Vorarbeit“ in den Mitgliedstaaten besteht bzw. Themen und Bereiche angesprochen werden, die bereits eine hohe nationale Regelungsdichte aufweisen. Aufgrund des integrativen Ansatzes wird den Adressaten in diesem Fall der Weg eröffnet, bereits bestehende Regelungen umzuformen und anzupassen.

Im Gegensatz dazu scheint das Verwenden der Verordnung unter diesem Gesichtspunkt dort angebracht, wo es sich um neue oder so spezielle Materien handelt, deren Entstehen im Zusammenhang mit Neuerungen auf den unterschiedlichsten wissenschaftlichen oder wirtschaftlichen Feldern zu tun hat. Da in diesem Fall die normative Dichte in den nationalen Rechtsordnungen unter Umständen noch gering ausfällt, ist es der Gemeinschaft möglich mit der Verordnung klärende Grundsätze aufzustellen.

Auf diesen Erwägungen basierend empfiehlt sich die Richtlinie vor allem dort, wo bereits bestehende Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten abgeändert bzw. auf ein neues Ziel „kalibriert“ werden sollen, ohne dabei zu überhastet vorgehen zu müssen:

„Die Konstruktion der Richtlinie ist ein Kompromiss zwischen den Erfordernissen einheitlichen Rechts innerhalb der Gemeinschaften und weitestmöglicher Bewahrung nationaler Eigentümlichkeiten. Daher wurden Richtlinienkompetenzen insbesondere in solchen Sachbereichen vorgesehen, wo es um Angleichungen, nicht aber notwendig um Vereinheitlichungen nationalen Rechts geht.“¹⁹⁵

Im Bereich des Gesundheitswesens wäre zu empfehlen, jene möglichen Rechtsakte, die empfindliche Konstruktionen wie beispielsweise die Sozial- und Gesundheitssysteme oder ähnliches berühren, in Form der Richtlinie zu schaffen, da dieser weite Bereich der Gesundheit und des Gesundheitswesens in jedem Staat stark geregelt ist und eine Verordnung mit ihrer überlagernden Wirkung eher Probleme schaffen als lösen könnte.

Inhaltliche Ausgestaltung:

Folgt man der Grundkonzeption der beiden Rechtsinstrumente, sollte die Richtlinie im Vergleich zur Verordnung eher die Aufgabe einer (verbindliche) Rahmenvorgabe übernehmen, während die Verordnung mit ihrer Bestimmtheit durchaus dem nationalen Gesetz ähnlich ist.

Diese Idee wurde jedoch im Lauf der Jahre immer weiter modifiziert – heute kann man davon ausgehen, dass die Richtlinie - was ihre inhaltliche Ausgestaltung und begriffliche Bestimmtheit angeht - eine der Verordnung gleichgestellte Qualität haben kann. Gefestigt wurde diese Möglichkeit auch durch die Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien: eine der vom Gerichtshof geforderten Voraussetzungen für diese (eigentlich der Verordnung vorbehaltene Wirkung) ist, dass die Richtlinie so genau formuliert sein muss, dass auch ohne einer nationalen Umsetzung (also auch ohne dem sonst zu gewährenden Umsetzungsspielraum) Rechte für den einzelnen abgeleitet werden

¹⁹⁵ Streinz, a. a. O. , S. 149.

können.¹⁹⁶ Daraus folgt, dass Richtlinien zwar (mehr oder weniger) Umsetzungsspielraum lassen können, aber nicht zwingend müssen.

Folglich hat die Wahl des Rechtsinstrumentes in den Bereichen Gesundheit bzw. Gesundheitswesen nur geringe Auswirkungen auf die mögliche Höhe der normativen Dichte, da sowohl Verordnung als auch Richtlinie sehr genaue Bestimmungen enthalten können.

Soll mit einer Rechtshandlung ein „Novum“ in der europäischen Rechtslandschaft geschaffen werden empfiehlt sich – aufgrund der vereinheitlichenden Wirkung – die Verordnung (so etwa die Verordnung 851/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates *zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten*).

Zeitpunkt der Wirkung:

Mit dem hier angesprochenen Wirkungszeitpunkt ist jener Moment gemeint, ab welchem das Recht der Gemeinschaft in den nationalen Rechtsordnungen gilt. Fällt dieser Zeitpunkt bei der Verordnung mit dem In-Kraft-Treten derselben zusammen, entfalten die Bestimmungen der Richtlinie (ausgenommen der ausnahmsweisen unmittelbaren Wirkung) erst mit ihrer ordnungsmäßigen Transformation in innerstaatliches Recht ihre Rechtskraft.

Die Richtlinie empfiehlt sich vor allem dort, wo Ziele längerfristig erreicht werden sollen und – neben der Umsetzung der Bestimmungen – auch noch weitere legislative Arbeit in den Rechtsordnungen notwendig ist, um das angestrebte Ergebnis zu erreichen. Die Verordnung demgegenüber ermöglicht durch ihre unmittelbare „Geltung“ eine (unter Berücksichtigung des in den Institutionen der Union vorangehenden Rechtssetzungsprozesses) verhältnismäßig schnellere Zielerreichung, die auch nicht mit dem Risiko einer falschen oder mangelhaften Umsetzung zu kämpfen hat:

„Der Nachteil der Richtlinie ist ihre Umsetzungsbedürftigkeit, die wegen fehlender, verzögerter oder unzureichender Umsetzung durch die Mitgliedstaaten zu Defiziten für die Einheitlichkeit des Gemeinschaftsrechts

¹⁹⁶ Vgl. dazu *Streinz*, a. a. O. S. 158 und EuGH 06.10.1970, C-9/70 Grad/Finanzamt Traunstein, Slg. 1970, I-825.

geführt hat. Soweit dies rechtlich möglich ist und politisch durchsetzbar erscheint, gibt die Kommission daher der Verordnung den Vorzug [...]"¹⁹⁷

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit:

In einer Erklärung des Europäischen Rates zu Artikel 100a (nunmehr Artikel 95 EGV) heißt es:

„Die Kommission wird bei ihren Vorschlägen nach Artikel 100a Absatz 1 der Rechtsform der Richtlinie den Vorzug geben, wenn die Angleichung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Änderung gesetzlicher Vorschriften erfordert.“¹⁹⁸

Diese Erklärung ist Teil des *Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit zum Vertrag über die Europäische Gemeinschaft* und bringt damit zum Ausdruck, dass die Form der Richtlinie als das verhältnismäßigere Mittel gegenüber der Verordnung angesehen werden muss, sofern es sich um angleichende Maßnahmen handelt und die Wahl zwischen einer dieser beiden Rechtshandlungen besteht.¹⁹⁹

Diese Erklärung darf jedoch nicht in einer Art und Weise verstanden werden, die der Richtlinie in jeder Situation, in der eine Wahl ermöglicht wird, als das verhältnismäßigere Mittel den Vorrang gibt. Denn wie soeben erläutert ist eine Vielzahl von Faktoren zu berücksichtigen, die an sich erst jene Information liefern, mit der entschieden werden kann, welche Rechtshandlung die geeignetste, erforderliche und angemessenste ist.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sollte demnach nur dann als Argument für die Wahl der Richtlinie dienen, wenn sich auch aus den anderen Umständen ein Überwiegen für die Richtlinie ergibt bzw. keine zwingenden Gründe für eine bestimmte der beiden Rechtshandlungen gefunden werden können - gleich einer Zweifelsregel. Denn wie bereits oben erwähnt mag die Richtlinie das integrationsfreundlichere Instrument sein, läuft aber Gefahr, fehlerhaft oder falsch umgesetzt zu werden. Dieses Problem muss gerade bei dem Attribut der Eignung im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt werden.

¹⁹⁷ Streinz, a. a. O., S. 149.

¹⁹⁸ Erklärung zu Art. 100a des EWG-Vertrages, Schlussakte der EEA, Amtsblatt Nr. L 169/87, S. 24.

¹⁹⁹ Andernfalls würde ein etwaiger „Formenmissbrauch“ als unzulässiger Eingriff in die Souveränitätsrechte eine Vertragsverletzung darstellen – Vzelouch in Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 249 Rz 6.

7.4. Beurteilung und Ausblick

Als wichtige Schlussfolgerung dieses Kapitels muss festgehalten werden, dass es nur schwer möglich ist, einen Trend bezüglich der gewählten Rechtshandlungen im Gesundheitswesen festzumachen – zu weit gefächert sind die Themenbereiche, als dass fundierte Voraussagen gemacht werden könnten. Gerade durch die Rechtsprechung des EuGH vor allem zu Artikel 95 und seinem Verhältnis zu Artikel 152 EGV wurde die Kompetenz der Union erweitert bzw. gefestigt.²⁰⁰

Hat man aber Informationen über Inhalt und Ziel einer neuen Regelungen lässt sich durchaus beurteilen, ob die Wahl des Rechtsinstrumentes zutreffend war oder nicht.

Die Kommission als Vorbereiterin von Normvorschlägen ist deshalb dazu angehalten, den unterschiedlichsten Faktoren Rechnung zu tragen, bevor sich endgültig für eine Rechtshandlung entschieden werden kann. Diese Entscheidung muss auf jeden Fall den Anforderungen des *Verhältnismäßigkeitsprinzips* entsprechen. Die Verantwortung in diesem Bereich ist jedoch nicht nur bei der Kommission zu suchen: auch Rat und Parlament – hier besonders die zuständigen Fachausschüsse – müssen bei der Beurteilung der gewählten Rechtshandlung hohe Sorgfalt an den Tag legen, denn nur durch dieses Zusammenwirken ist gewährleistet, dass Sachmaterien mit den entsprechenden Regelungsformen behandelt und die tatsächlich angestrebten Ergebnisse erreicht werden.

²⁰⁰ Vgl. dazu die Ausführungen in den vorangehenden Kapiteln.

8. Die Rechtsprechung des EuGH zu Grundfreiheiten und Gesundheitswesen – richtungweisende Entscheidungen und ihre Folgen

Seit der Aufnahme seiner Tätigkeit im Jahr 1953 hat der Europäische Gerichtshof erheblichen Einfluss auf die europäische Rechtslandschaft. In einer Vielzahl von Erkenntnissen hat er – zum Teil viel diskutierte – grundlegende Entscheidungen zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts getroffen, die sich heute in jedem Lehrbuch finden.

Da die Europäische Gemeinschaft vor allem auch eine Gemeinschaft des Rechtes ist haben die Urteile des Gerichtshofes eine besonders starke Bedeutung und gerade auch im Bereich der Kompetenz(er-)gründungen hat der Gerichtshof seine Rolle als Wahrer des Rechts angenommen, manchmal in einer von der Literatur als zumindest „nicht unbedenklich“ eingestuften Weise.²⁰¹

Seine rechtsfortbildende Tätigkeit hat dazu geführt, dass bestehende Regelungen der Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft sich in ihrer Bedeutung weiterentwickelt haben oder, als negative Seite, aufgehoben werden mussten. Diese richterliche Rechtsfortbildung ist nicht selten Grundlage für Rechtsakte der Gemeinschaft gewesen, die auf Basis der Entscheidungen des Gerichtshofes zu einem aktuellen Thema entstanden sind:

„Er hat sich mit grundlegenden wirtschaftspolitischen Problemen zu befassen, ist häufig rechtsfortbildend und rechtsergänzend tätig und durch seine eigenständige dynamische Interpretationsmethode neben der Kommission zum Motor der Integration geworden, der deren Prozess in Gang gehalten hat.“²⁰²

Dass diese Entscheidungen in vielen Fällen von der Lehre genau untersucht, diskutiert und auch kritisiert werden ist nicht abwendbar, im Gegenteil sogar wünschenswert und zeugt von dem dynamischen Universum des Europarechts, dass auf der einen Seite den

²⁰¹ *Streinz*, Europarecht (2008), S. 212.

²⁰² *Streinz*, a. a. O., S. 213.

Gerichtshof dem die „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ obliegt und auf der anderen Seite die Lehre, welche als Korrektiv auf Missstände und verbesserungswürdige Situationen hinweist, umfasst.

Von besonderer Wichtigkeit sind naturgemäß die Entscheidungen des EuGH im Bereich des Binnenmarktes bzw. zu den Grundfreiheiten. Kernfrage ist hier oft der Umstand, ob eine der vier Freiheiten, die den Binnenmarkt ausmachen, durch eine nationale Regelung beschränkt wird und falls ja, ob dies gerechtfertigt geschieht oder nicht.

Fragen wie jene nach den Eigenschaften einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“, die gegeben sein muss um den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit zu eröffnen, oder wann ein „grenzüberschreitender Sachverhalt“ vorliegt bedürften und bedürfen noch immer der Klärung durch die Richter und haben großen Einfluss auf die Entwicklung in der EG. Sollte man etwa die medizinische Behandlung an sich als eine wirtschaftliche Tätigkeit qualifizieren? Was für Auswirkungen hätte dies auf Artikel 152 EGV – müsste er allen Regelungen unterworfen werden, die die Dienstleistungsfreiheit im Bereich des Gesundheitswesens sichern wollen?

Eine Vielzahl von Fragen stellt sich zu diesem Verhältnis zwischen dem Binnenmarkt, der Auslegung und Anwendung des Vertrages und dem Gesundheitswesen. Einen Teil hat der Gerichtshof in relativ jungen Entscheidungen beantwortet – von Interesse sind aber vor allem die Auswirkungen dieser Urteile auf den Rest des Vertrages. In der Rechtssache *Watts*, die weiter unten noch ausführlich vorgestellt wird, hat sich der Gerichtshof etwa für einen Vorrang der Dienstleistungsfreiheit gegenüber Artikel 152 EGV ausgesprochen.

Einen weiteren interessanten Aspekt in diesem Zusammenhang bildet die Frage, ob die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Patientenrechten der Unionsbürger es erlaubt, ein gemeinschaftsweites Mindestniveau an medizinischer Versorgung an einen durchsetzbaren Anspruch - unabhängig von einer vorhergehenden Genehmigung durch den Heimatstaates - zu knüpfen.

Um auf diese Fragen zufriedenstellende Antworten liefern zu können ist es einerseits notwendig, die Aufgabe und den Einfluss der richterlichen Rechtsfortbildung sowie die einschlägigen Urteile des EuGH genau zu untersuchen. Andererseits darf man hier nicht stehen bleiben, sondern muss darüber hinaus bedenken, welche Auswirkungen diese

Urteile auf die Sozialsysteme, das nationale Verwaltungsrecht, Medizinrecht oder Wirtschaftsrecht haben.

Es stellen sich in diesem Zusammenhang auch die wichtigen Fragen nach dem derzeitigen Stand der (auch juristischen) Qualität der medizinischen Versorgung in und zwischen den Mitgliedstaaten und wohin sich unsere Gesundheitssysteme - beeinflusst durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes - entwickeln könnten und mit welchen Herausforderungen in der Zukunft zu rechnen ist.

8.1. Rechtsfortbildung durch den EuGH

Gemäß Artikel 220 EGV obliegt es dem Gerichtshof – und dem Gericht erster Instanz – das Recht bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages zu wahren. In einer Reihe von Bestimmungen werden die Zuständigkeiten des EuGH genauer gefasst, die neben dem Erstellen von Gutachten (Art. 300 Abs. 6) „verfassungsrechtliche“ (Auseinandersetzungen zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaftsorganen), „verwaltungsrechtliche“ (Verfahren zwischen Gemeinschaftsorganen und Individuen sowie Gemeinschaftsbediensteten), Rechtsmittel sowie sonstige Verfahren (Vorabentscheidung, Amtshaftung) beinhalten.²⁰³

Im Zusammenhang mit den Urteilen des Gerichtshofes spielt auch immer wieder die richterliche Rechtsfortbildung eine wichtige Rolle. Hinter diesem Begriff steht nach allgemeinem Verständnis der „Bereich der Rechtsgewinnung, welcher über die klassischen Regeln der Auslegung hinausgeht.“²⁰⁴ In der Lehre wurde darauf hingewiesen, dass die Grenzziehung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung durch den „möglichen Wortsinn“ im Gemeinschaftsrecht durchaus problematisch ist: Da alle sprachlichen Fassungen normative Kraft entfalten kommt dem Wortsinn als Auslegungsargument weniger Gewicht zu.²⁰⁵ Dass der EuGH selbst in seinen Urteilen nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung terminologisch unterscheidet erschwert es, einen allgemein gültigen Begriff im Gemeinschaftsrecht zu definieren - aus diesem Grund empfiehlt es sich, als Definition die *über die Auslegungsregeln hinausgehende Rechtsgewinnung* zu wählen.

²⁰³ Streinz, a. a. O., S. 130 f. .

²⁰⁴ Franzen, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), S. 575.

²⁰⁵ Vgl. Franzen, a. a. O., S. 576 f. .

Dass die Aufgabe der Wahrung des Rechts die Rechtsfortbildung nicht ausschließt wurde auch durch das deutsche Bundesverfassungsgericht bejaht – dieses hat

„bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Befugnis des EuGH zur Rechtsfortbildung hervorgehoben, dass dem EuGH zwar keine Befugnis übertragen worden ist, auf dem Wege richterlicher Rechtsfortbildung Gemeinschaftskompetenzen beliebig zu erweitern, andererseits aber keine Zweifel daran bestehen können, dass die Mitgliedsstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offen stehen sollten, wie sie in jahrhundertelanger gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind.“²⁰⁶

Man darf also nicht davon ausgehen, dass dem EuGH ein Freibrief in Bezug auf Richterrecht ausgestellt wurde. Im Sinne einer gemeinsamen europäischen Rechtstradition muss es ihm aber möglich sein, dort rechtsfortbildend tätig zu werden wo es notwendig erscheint, nicht jedoch darüber hinaus – dies gebietet auch der (ebenfalls in mehreren Rechtsordnungen vorhandene) Grundsatz der richterlichen Zurückhaltung.²⁰⁷

Notwendig ist seine rechtsfortbildende Tätigkeit etwa dort, wo das Gemeinschaftsrecht als junge Rechtsordnung noch Lücken enthielt bzw. enthält, die nicht vorgesehen waren und „aus rechtsstaatlichen Gründen nicht hingenommen werden können“²⁰⁸. Bestes Beispiel für diese Tätigkeit sind etwa die Urteile des Gerichtshofes zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts²⁰⁹, der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien bei Ablauf der Umsetzungsfrist²¹⁰ oder der Schaffung eines Staatshaftungsanspruchs bei Verletzungen von Gemeinschaftsrecht²¹¹. Mit diesen und weiteren Urteilen hat der Gerichtshof dem Gemeinschaftsrecht zu jener Wirksamkeit verholfen, die berechtigt gefordert werden kann.

Ferner scheint eine Rechtsfortbildung durch den Gerichtshof dort gerechtfertigt, wo die eigentlichen Rechtssetzungsorgane nicht ihrem Auftrag nachgekommen sind – etwa bei der Verwirklichung der Grundfreiheiten. Sollten diese in einem Kontext nicht verwirklicht sein, der darauf schließen lässt, dass es sich um einen nicht erfüllten Rechtssetzungsauftrag

²⁰⁶ Streinz, a. a. O. , S. 213 f. und BverfGe vom 08.04.1987, 2 BvR 687/85 Kloppenburg-Beschluß, BverfGe 75, 223/241.

²⁰⁷ Benda/Klein, Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts (2001), Rn 21.

²⁰⁸ Streinz, a. a. O. , S. 213.

²⁰⁹ EuGH 15.07.1964, C-6/64 Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1141.

²¹⁰ EuGH 05.04.1979, C-148/78 Ratti, Slg. 1979, 1629.

²¹¹ EuGH 05.03.1996, C-46/94 Brasserie du pêcheur, Slg. 1996, I-1029.

des Primärrechts handelt, obliegt es dem EuGH, dem Gemeinschaftsrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen.²¹²

Im Zusammenhang mit dem Gesundheitswesen als Politikbereich der Gemeinschaft und dort vor allem im Bereich der Patientenmobilität und den vom Vertrag festgelegten Kompetenzen hatte der Gerichtshof im Lauf der Zeit mehrere Probleme zu behandeln und wurde auch hier rechtsfortbildend tätig. Beginnend mit den Urteilen im Jahr 1998 in den Rechtssachen *Kohll* und *Decker* beschäftigte sich der Gerichtshof mit der grenzüberschreitenden Leistungsbeanspruchung durch Patienten. Es folgten die Entscheidungen *Smits und Peerboms* sowie *Müller-Frauré und Van Riet* sowie *Inizan*. Die beiden aktuellsten Erkenntnisse, *Watts* und *Stamatelaki*²¹³, werden aufgrund ihrer Sonderstellung weiter unten noch eingehender behandelt.

8.2. Patientenmobilität und grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung im Lichte der Rechtsprechung des EuGH

Gerade im Bereich der staatlichen Versorgung ist ein relativ großes Pouvoir an Geldmitteln nötig, um ein nachhaltiges und wirksames Gesundheitssystem bereitstellen zu können. Die Kosten für die Staaten werden in diesem Zusammenhang immer weiter steigen, woraus sich zwei große Zielbereiche für die Mitgliedstaaten ergeben: nationale Effizienzsteigerung und Kostendämpfung auf der einen, gleichzeitig aber auch die Garantie einer gesamteuropäischen, nachhaltigen Gesundheitsversorgung basierend auf den Grundsätzen der Solidarität und Gleichheit auf der anderen Seite. Zu diesen Zwecken bedarf es in einer Gemeinschaft der Zusammenarbeit und dem Öffnen von Grenzen, andernfalls ist dieses Unternehmen zum Scheitern verurteilt: man denke etwa an Fälle, in denen das nächstgelegene Krankenhaus bereits im Nachbarstaat liegt oder bestimmte Arten der diagnostischen Medizin in kleineren Mitgliedsstaaten nicht angeboten werden.

Andererseits ermöglicht es der Fluss an Patienten auch, die jeweiligen Ärzte bzw. Gesundheitsdienstleister mit jenem Pensum an Arbeit zu versorgen, dass notwendig ist um

²¹² Vgl. *Streinz*, a. a. O. S. 214.

²¹³ EuGH 16.05.2006, C-372/04 *Watts*, Slg. 2006, I-4325; 19.04.2007, C-444/04 *Aikaterini Stamatelaki*, Slg. 2007, I-3185.

sich weiter zu entwickeln und im Wege der geleisteten Arbeit eigene Fähigkeiten weiter auszubauen - denn schließlich sollte die Patientenmobilität nicht nur auf die Leistungsempfänger reduziert werden, auch der Anbieter und hier insbesondere Ärzte müssen die Möglichkeit haben, sich frei bewegen zu können, etwa um notwendigen *Know-how*-Austausch zu betreiben und so für die erwünschte Nachhaltigkeit im eigenen Gesundheitssystem zu sorgen. Die Initiativen der Gemeinschaft genauso wie die Entscheidungen des Gerichtshofes haben sich diese Ziele vergegenwärtigt und erkennen mE zum richtigen Zeitpunkt, dass wie schon so oft seit den Gründungsverträgen sich ein durch das Entdecken und Weiterentwickeln gemeinsamer Werte und Ansichten großes Vorhaben zum Wohl der Bürger der Union in Gang gesetzt hat, dessen Realisierung von den Vätern der Gemeinschaft sicher nicht vorausgesehen und berücksichtigt werden konnte.

In den für die Gesundheitssysteme der Mitgliedsstaaten, aber auch für den einzelnen, bedeutsamen Urteilen spielt immer wieder die Behandlung bzw. die Gewährung der Patientenmobilität eine wichtige Rolle. Als Arbeitsbegriff beschreibt dieser Terminus das Szenario eines Patienten bzw. einer Privatperson, die sich zur medizinischen Behandlung in einen anderen Mitgliedsstaat zu einem Dienstleistungserbringer begibt.²¹⁴

Im Gemeinschaftsrecht wurde dieser Fall - vor den Urteilen des EuGH - lediglich in den *Verordnungen 1408/71/EG, 883/2004/EG und 574/72/EG* geregelt bzw. berücksichtigt. Diese Rechtsakte sehen vor, dass Patienten, bei denen eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat notwendig wird, grundsätzlich den gleichen Anspruch auf Behandlung haben wie inländische Patienten, sofern sie die Europäische Krankenversicherungskarte benutzen und es sich um Wanderarbeitnehmer oder deren Angehörige handelt. In diesem Zusammenhang finden sich auch Bestimmungen über die Übernahme der Kosten sowie ihrer Voraussetzungen und den Finanzausgleich zwischen den jeweiligen Staaten.

²¹⁴ Vgl. KOM (2006) Nr. 1195 vom 26.09.06, S. 6.

Exkurs: Das Erfordernis der vorherigen Genehmigung einer medizinischen Behandlung im Ausland

In Bezug auf die *Verordnung 1408/71*²¹⁵ zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern ist anzumerken, dass diese nicht die Frage der Kostentragung bzw. -erstattung regelt, wenn die medizinische Behandlung in einem anderen als dem Wohnsitzmitgliedstaat *ohne* vorherige Genehmigung erbracht wurde.²¹⁶

Systeme, die die Zusage (und damit die Kostenübernahme) einer Behandlung im Ausland von einer vorhergehenden Genehmigung abhängig machen, sind im europäischen Feld der Sozialsysteme nicht unüblich. In den Augen des EuGH stellen sich solche Systeme jedoch als problematisch dar, denn sieht er die Gefahr, dass ein solches

„System der vorherigen Genehmigung die betroffenen Patienten davon abschreckt oder sogar daran hindert, sich an Erbringer von Leistungen der Krankenhausversorgung in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, und sowohl für diese Patienten als auch für die Leistungserbringer eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.“²¹⁷

Stellen sich diese Konstruktionen als Beschränkung dar, so können sie durch bestimmte zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein – laut Rechtsprechung sind darunter zu verstehen:

- der Schutz der finanziellen Balance der nationalen Sozialsysteme,
- das Bestreben, eine chancengleiche medizinische Versorgung im Land gewährleisten zu können
- sowie das Erfordernis, den Umfang der medizinischen Versorgung im betreffenden Mitgliedstaat zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung aufrecht zu erhalten²¹⁸.

²¹⁵ Dieser Rechtsakt wurde erweitert durch *Verordnung 883/2004/EG*, welche jedoch in ihrem 44. Erwägungsgrund festhält, dass aus Gründen der Rechtssicherheit die *VO 1408/71/EG* weiterhin rechtskräftig bleibt.

²¹⁶ Vgl. etwa EuGH 23.10.2003, C-56/01 Inizan, Rn 19 mwN, Slg. 2003, I-12403.

²¹⁷ EuGH 16.05.2006, C-372/04 Watts, Slg. 2006, I-4325, Rn 98 mwN.

²¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 213), Rn 103 f.

Darüber hinaus muss sich das System der vorherigen Genehmigung allgemein als notwendig und verhältnismäßig²¹⁹ in Bezug auf die erwähnten Ziele erweisen - dies wurde vom Gerichtshof grundsätzlich bejaht²²⁰. Als letzte Voraussetzung stellt der EuGH fest, dass dieses System

„[...] nur dann [...] gerechtfertigt [ist], wenn es auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die eine missbräuchliche Ausübung verhindern“.²²¹

Davon zu unterscheiden ist die Behandlung nach einer gemäß Art. 22 der *Verordnung 1408/71* erfolgten vorherigen Genehmigung (wobei zu beachten ist, dass diese bei Vorliegen der Voraussetzungen zwingend erteilt werden muss). Dieser Fall stellt nach Meinung des Gerichtshofes keine Behinderung des freien Verkehrs dar, denn „indem Art. 22 [...] den Sozialversicherten, wenn auch abhängig von der Erteilung einer Genehmigung, den Zugang zur Behandlung in den anderen Mitgliedstaaten und die Kostenübernahme durch den zuständigen nationalen Träger der Sozialversicherung garantiere [...] trage er dazu bei, die Freizügigkeit [...] zu fördern.“ Die Erteilung einer Genehmigung stelle sich nicht als unzulässige Beschränkung dar, da „der Gemeinschaftsgesetzgeber [...] gemäß Art. 42 EG-Vertrag die zur Verwirklichung der Freizügigkeit [...] eingeräumten Vergünstigungen von Voraussetzungen abhängig machen und ihre Grenzen festlegen [dürfe].“²²² Somit erfährt diese Einschränkung eine Rechtfertigung durch eine weitere Bestimmung des EG-Vertrages.

Die den Entscheidungen des Gerichtshofes zugrunde liegenden Sachverhalte haben den Aspekt gemein, dass eine Genehmigung für eine Auslandsbehandlung nicht erteilt wurde und die betreffenden Personen trotzdem eine medizinische Leistung im Ausland in Anspruch genommen haben. Neben möglichen Ansprüchen die aus Art. 49 EGV resultieren könnten prüft der EuGH hier auch jeweils die Anwendbarkeit der *VO 1408/71*/

²¹⁹ Vgl. dazu EuGH 30.11.1995, C-55/94 Gebhard, Slg. 1995, I-4165.

²²⁰ Unter der Berücksichtigung, dass Staaten Mechanismen vorsehen können müssen, die zum einen zur Kostenbeherrschung, zum anderen zur Gewährleistung eines ausreichenden Angebotes dienen. Vgl. dazu etwa EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 213), Rn 108.

²²¹ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 213), Rn 116.

²²² EuGH 23.10.2003, C-56/01 Inizan, Slg. 2003, I-12403.

EG und legt bei beiden Grundlagen einen wie soeben ausgeführt strengen Maßstab für die Versagung einer Genehmigung an, um eine mögliche Behinderung des freien Verkehrs so gering wie möglich zu halten.

Der Gerichtshof hat in seinen Urteilen neue Grundsätze aufgestellt, die auf die Erstattung von im Ausland entstandenen Kosten für medizinische Behandlungen ohne Genehmigung anzuwenden sind. Insbesondere die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr auf die Patientenmobilität spielt in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle; war dieser spezielle Bereich zuvor nur partiell durch die oben angeführten Rechtsakte geregelt, findet sich nun eine rechtliche Basis im Primärrecht, mit welcher das Thema grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung neue Bedeutung im europäischen Dialog erlangte.

Basierend auf einem kurzen Abriss der wichtigsten Entscheidungen soll verdeutlicht werden, inwiefern sich das Ziel eines Marktes weitgehend ohne Beschränkungen auch auf – auf den ersten Blick – untypische Segmente erweitern und das Leben jedes EU-Bürgers beeinflussen kann. Das, wie bereits erwähnt, durch eine besondere Dynamik charakterisierte, geschaffene Recht der Gemeinschaft hat sich in diesen Fällen – vermittelt durch die Urteile des Gerichtshofes – gleichsam selbst auf ein bis dato unbekanntes Szenario eingestellt und versucht, im Rahmen des Möglichen und Erlaubten die für den Bürger beste Lösung zu finden.

*Rechtssache C-158/96 Kohll.*²²³

Grund für den Rechtsstreit zwischen dem luxemburgischen Staatsangehörigen Raymond Kohll und seiner Krankenkasse, der *Union des Caisses de Maladie* (UCM), war der Antrag eines luxemburgischen Arztes, eine zahnärztliche Behandlung (Zahnregulierung) für die minderjährige Tochter von Kohll in Deutschland zu genehmigen. Dieser wurde mit der Begründung abgelehnt, die gegenständliche Behandlung sei weder dringend noch zwingend in Deutschland vorzunehmen, dies auch unter Verweis auf Artikel 20 Abs. 1 des *Code des Assurances Sociales*, wonach Versicherte nur in Fällen der Dringlichkeit nicht an eine Genehmigung der gesundheitlichen Behandlung durch den Träger der sozialen Sicherheit gebunden sind. Der von Kohll geltend gemachte Umstand, diese und die übrigen

²²³ EuGH 28.04.1998, C-158/96 Kohll, Slg. 1998, I-1931.

in dieser Entscheidung herangezogenen Bestimmungen verstößen gegen Artikel 59 EGV, wurde in den Entscheidungen der Behörden nicht berücksichtigt (diese beschränkten sich auf die Prüfung der Vereinbarkeit der luxemburgischen Bestimmungen mit jenen der *Verordnung 1408/71/EG*) und führte zur Einleitung eines Vorlageverfahrens in welchem zwei Fragen zu klären waren:

- „1. Sind die Artikel 59 und 60 des Vertrages zur Gründung der EWG dahin auszulegen, daß sie einer Regelung entgegenstehen, die die Übernahme der Kosten für erstattungsfähige Leistungen von der Genehmigung durch eine Einrichtung der sozialen Sicherheit des Versicherten abhängig macht, wenn die Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Wohnstaat des Versicherten erbracht werden?
2. Ändert es etwas an der Antwort auf die vorangegangene Frage, wenn die Regelung den Zweck hat, eine finanziell ausgewogene, allen offenstehende ärztliche und klinische Versorgung in einer bestimmten Region aufrechtzuerhalten?“²²⁴

Im Zuge seiner Entscheidungsfindung konzentrierte sich der Europäische Gerichtshof auf drei Themenkreise, um die gestellten Fragen beantworten zu können: die Beziehung zwischen den Bestimmungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Kompetenz der Mitgliedsstaaten zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit, die Bedeutung der *Verordnung 1408/71/EG* und die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit im gegenständlichen Fall.²²⁵

Eingehend stellte der Gerichtshof fest, dass auch wenn „die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt [bleibt]“²²⁶ dies nicht dazu führt, dass bei der Ausübung dieser Kompetenz das Recht der Gemeinschaft ignoriert werden darf, in Folge auch die Bestimmungen über den freien Verkehr. Die thematisch der sozialen Sicherheit zuzuordnende Regelung findet sich somit im Anwendungsbereich des freien Verkehrs wieder. Dieser Gedanke der Entbündelung von Inhalt und Entsprechen nationaler Regelungen gegenüber dem europäischen

²²⁴ Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 10.

²²⁵ Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 15.

²²⁶ EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 17.

Primärrecht wurde vom Gerichtshof, unter Berufung auf die Schlussanträge des Generalanwalts²²⁷, in prägnanter Weise festgehalten.

Die UCM machte geltend, die Bestimmungen der *VO 1408/71* über die Frage des Kostenersatzes seien in eine Richtung zu verstehen, dass jede medizinische Behandlung in einem anderen Mitgliedsstaat der vorherigen Genehmigung bedarf.²²⁸ Angriffe gegen die luxemburgische Regelung der Kostenübernahme würden sich also auch gegen die Gültigkeit der Bestimmungen der gegenständlichen Verordnung stellen. Zu diesen Ausführungen stellte der EuGH jedoch fest, dass selbst wenn nationale Regelungen sekundärem EG-Recht entsprechen sie trotzdem auch und vor allem mit den Bestimmungen des EG-Vertrags im Einklang zu stehen haben.

Nach Meinung des Generalanwalts, der sich der Gerichtshof in seinem Urteil anschloss, ist von der gegenständlichen Verordnung jedoch nicht jener Fall erfasst, wonach sich eine Person ohne vorherige Genehmigung durch den Sozialversicherungsträger in einen anderen Mitgliedsstaat zu einer Behandlung begibt und hierauf die Kosten zu jenen Sätzen erstattet werden, die im Staat des Versicherers gelten. Die Regelung einer solchen Erstattung widerspricht per se nicht der *Verordnung 1408/71/EG*. Aus diesem Grund musste in Folge die Vereinbarkeit einer Regelung, wie sie in *Frage 1* formuliert ist, mit den Bestimmungen des Binnenmarktes, im Besonderen mit jenen des freien Dienstleistungsverkehrs, geprüft werden.²²⁹

Dass die medizinische Behandlung im konkreten Fall (Leistungen eines Zahnarztes) als eine von der Dienstleistungsfreiheit erfasste Tätigkeit ist, da sie gegen Entgelt erbracht und zudem ausdrücklich als freiberufliche Tätigkeit durch den EGV anerkannt wird, eröffnete in Folge auch den Anwendungsbereich der Bestimmungen des EGV.²³⁰

Deshalb war zu prüfen, ob jene Regelung, welche die Behandlung in einem anderen Mitgliedsstaat von einer vorhergehenden Genehmigung abhängig macht, gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt und ob gegebenenfalls Rechtfertigungsgründe bestehen könnten.

²²⁷ Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 19.

²²⁸ EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 21.

²²⁹ Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 22.

²³⁰ EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 24.

Unter Verweis auf frühere Urteile kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass sich diese Bestimmung tatsächlich als eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, da „[...] eine solche Regelung die Sozialversicherten davon ab[hält], sich an ärztliche Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, und [...] sowohl für diese wie für ihre Patienten eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar[stellt].“²³¹

Zu der Frage, ob eine solche Regelung beispielsweise durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses oder andere gerechtfertigt sein kann stützte sich die UCM vor allem auf folgende Argumente:

- Die vorherige Genehmigung von Behandlungen sei das einzig wirksame und schonendste Mittel, um die nationalen Gesundheitskosten kontrollieren zu können
- Die fragliche Regelung diene auch dem Schutz der öffentlichen Gesundheit, da dadurch im Zeitpunkt der Genehmigung ein gewisser Grad an Qualität der medizinischen Leistungen im Ausland sichergestellt und eine ausgeglichene, allen Versicherungsnehmern zugängliche medizinische Versorgung im Inland garantiert wird.

Beide Vorbringen wurden jedoch vom EuGH als nicht ausreichend angesehen: Zwar kann die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts eines nationalen Gesundheitssystems durch fehlende Kostenkontrolle einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen – jedoch nicht dann, wenn die Erstattung der Behandlungskosten ohnehin zum Tarif des Staates des Versicherers erfolgt.²³²

Zum zweiten sind die Ausübungen der Tätigkeit als (Zahn-)Arzt vielfach durch verschiedene Richtlinien geregelt worden, um die gegenseitige Anerkennung zwischen den Mitgliedsstaaten zu gewährleisten. Folge dieser Anerkennung ist, dass die von im Gemeinschaftsgebiet ansässigen Ärzten erbrachten Dienstleistungen als gleichwertig betrachtet werden müssen – deshalb kann es auch keinen Grund für die Genehmigung der Behandlung im Ausland als qualitätssichernde Maßnahme geben. Darüber hinaus hatte es die UCM verabsäumt, in ihren Ausführungen nachzuweisen, dass die streitige Regelung

²³¹ EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 199), Rn 35.

²³² Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 199), Rn 42.

eine Notwendigkeit darstellt um eine ausgeglichene und allen zugängliche medizinische Versorgung zu gewährleisten.²³³

Aus diesem Grund kam der Gerichtshof in seinem Urteil zu dem Schluss, „daß eine nationale Regelung, die die Erstattung der Kosten für Zahnbehandlungen durch einen Zahnarzt in einem anderen Mitgliedstaat nach den Tarifen des Versicherungsstaats von der Genehmigung des Trägers der sozialen Sicherheit des Versicherten abhängig macht, gegen die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag verstößt.“²³⁴

In der *Rechtssache C-120/95 Decker* befasste sich der Gerichtshof mit einem ähnlich gelagerten Fall, jedoch mit dem Unterschied, dass es sich hierbei um eine mögliche Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit handelte: auch der Erwerb von medizinischen Erzeugnissen im Ausland darf nicht von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werden, sofern die Kostenerstattung zu einem Pauschaltarif erfolgt²³⁵. Daraus folgt, dass die Staaten bei der Organisation der Sozialsysteme auch die Warenverkehrsfreiheit zu berücksichtigen haben.²³⁶

Die Ähnlichkeit der Argumentation in diesen beiden zeitlich in engem Konnex miteinander stehenden Urteilen erlaubte es davon auszugehen, dass es sich dabei nicht um einmalige Einzelfallentscheidungen handeln könne, sondern der Gerichtshof Klarheit auf diesem Gebiet schaffen wollte. Herauszustreichen sind dabei folgende Feststellungen:

- Gesundheitsdienstleistungen sind als von der Dienstleistungsfreiheit des EGV erfasst anzusehen²³⁷. In der späteren Entscheidung *Smits & Peerbooms*²³⁸ hat der EuGH darüber hinaus klargestellt, dass der Umstand, dass die „wirtschaftliche Gegenleistung“ – also das Bezahlen – für die Behandlung in Krankenhäusern nicht durch den Patienten erfolgen muss, sondern auch bei der Abgeltung durch Krankenkassen die Dienstleistungsfreiheit anwendbar ist.²³⁹

²³³ Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 47.

²³⁴ EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 54.

²³⁵ EuGH 28.04.1998, C-120/95 Decker, Slg. 1998, I-1831.

²³⁶ *Sieveking*, a. a. O., S. 33.

²³⁷ Vgl. EuGH, Urteil Kohll (o. Fußn. 219), Rn 24.

²³⁸ EuGH 12.07.2001, C-157/99 Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473

²³⁹ Vgl. *Budischowsky* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 49, Rz 8.

- Wird zwar durch das Recht der Gemeinschaft die Befugnis der Mitgliedsstaaten, ihre Systeme der sozialen Sicherheit nach ihren Vorstellungen auszugestalten, nicht eingeschränkt, so müssen diese aber wiederum bei der Ausübung dieser Verantwortung das Gemeinschaftsrecht (wie etwa die Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheit) beachten und entziehen sich nationale Regelungen trotz ihrer thematischen Zugehörigkeit zum Bereich der sozialen Sicherheit nicht dem Anwendungsbereich (und hier den Grundfreiheiten) des Vertrages und in Folge der Verpflichtung der Vereinbarkeit mit dem Recht der Gemeinschaft²⁴⁰. Diese Feststellung wurde vom EuGH in seinen Urteilen wiederholt betont.
- Nationale Bestimmungen, die eine Behandlung im Ausland, deren Kosten zu den Tarifen des Versichererstaats ersetzt werden, von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen, stellen sowohl für die Patienten als auch für Ärzte und andere Dienstleistungserbringer eine Behinderung des freien Verkehrs dar.

Mit diesen ersten Entscheidungen stellte der Gerichtshof klar, dass das Gemeinschaftsrecht einer grenzüberschreitenden Beanspruchung von Krankenbehandlungsleistungen positiv gegenübersteht und die Grundfreiheiten auch im Bereich der Organisation des Gesundheitswesens als Beschränkungsverbote gelten, wodurch ein Vorrang oder zumindest eine Konkurrenz dieser Binnenmarktelemente gegenüber der Bestimmung des Artikel 152 Abs. 5 EGV statuiert wird.

Der Gerichtshof konkretisierte in seinen folgenden Urteilen weitere Grundsätze, die im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zu berücksichtigen sind. In seiner Entscheidung *Rs C-385/99 Müller-Frauré/van Riet* stellte der EuGH klärend fest, dass die Art und Weise, mit der die Mitgliedstaaten ihre Sozialsysteme finanzieren und aufbauen keinen Einfluss auf die Qualität von Gesundheitsdienstleistungen als Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrages hat²⁴¹. In der selben Entscheidung wird auch auf den Unterschied zwischen einer Krankenhausbehandlung und ambulanten Leistungen eingegangen:

- Jede ambulante Versorgung, zu der ein EU-Bürger in seinem Heimatstaat berechtigt ist, steht ihm auch ohne vorherige Genehmigung im Ausland zu. Der Kostenersatz richtet sich nach der Höhe für die Versorgung im eigenen Land.²⁴²

²⁴⁰ Vgl. dazu EuGH 28.04.1998, C-158/96 Kohll, Rn. 17 f., Slg. 1998, I-1931; 28.04.1998, C-120/95 Decker Rn 21 f., Slg. 1998, I-1931.

²⁴¹ EuGH 13.05.2003, C-385/99 Müller-Frauré & van Riet, Slg. 2003, I-4509, Rn 103.

²⁴² Vgl. EuGH, Urteil Müller-Frauré & van Riet (o. Fußn. 237), Rn 93.

- Im Falle einer stationären Versorgung ist zwar die Bedingung einer vorherigen Genehmigung für eine Versorgung im Ausland zulässig, jedoch ist diese zu erteilen, wenn die Versorgung im Inland nicht innerhalb der medizinisch notwendigen Frist gewährleistet ist. Auch hier richtet sich der Kostenersatz nach der Höhe der Erstattung im Inland.²⁴³

Den Grund für diesen Unterschied sieht der Gerichtshof in dem unterschiedlichen Einfluss auf das finanzielle Gleichgewicht der Sozialsysteme – die ambulante Behandlung wurde in diesem Zusammenhang als weniger belastend angesehen.

Entspricht also das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung einem Hindernis für den freien Verkehr, so kann es doch – wenn auch nur eingeschränkt – in die nationalen Rechtsordnungen eingebaut werden (siehe dazu oben sowie die Ausführungen zu *Rs C-158/96 Kohll* bzw. *Rs C-120/95 Decker*: nicht das System der Genehmigung an sich, sondern die Begründung für ihre Einführung waren mangelhaft). Dies bekräftigte der Gerichtshof in der Entscheidung *C-56/01 Inizan*, wonach die Artikel über den freien Verkehr

„[...] dahin auszulegen [sind], dass sie Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats insoweit nicht entgegenstehen, als diese zum einen die Erstattung der Kosten einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat von einer Genehmigung durch diese Krankenkasse und zum anderen die Erteilung dieser Genehmigung von dem Nachweis abhängig machen, dass der Sozialversicherte die seinem Zustand angemessene Behandlung in dem Mitgliedstaat, in der seine Krankenkasse ihren Sitz hat, nicht hat erhalten können.“²⁴⁴

Daraus folgt, dass Genehmigungen einer Behandlung in diesem Zusammenhang nur dann versagt werden können, wenn eine gleichwertige Behandlung binnen angemessener Frist auch in jenem Gebiet möglich ist, in dem der Patient lebt.²⁴⁵

Es ist anzumerken, dass über diesen Fall hinaus auch für das Bestehen des Erfordernisses einer Genehmigung die grundsätzlichen Bestimmungen über die

²⁴³ Vgl. KOM (2006) Nr. 1267 vom 26.09.06, S. 5 oder auch EuGH, Urteil Müller-Fauré & van Riet (o. Fußn. 237), Rn 76 ff. .

²⁴⁴ EuGH 23.10.2003, C-56/01 Inizan, Urteilstenor, Slg. 2003, I-12403.

²⁴⁵ Übereinstimmend Sieveking, a. a. O. , S. 36.

Beschränkung der Grundfreiheiten gelten müssen – bestehen etwa Gründe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit (vgl. Art. 46 Abs. 1 iVm Art. 55 EGV) oder zwingende Gründe des Allgemeininteresses²⁴⁶, die dieses Instrument notwendig erscheinen lassen, so muss hier eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit möglich sein.

Abschließend kann festgehalten werden, dass die Entscheidungen des EuGH kontinuierlich für eine Ausdehnung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Gesundheitssysteme gesorgt haben – die Fragen nach dem Verhältnis der wirtschaftlichen und gesundheitlichen Interessen innerhalb der Union wurden dadurch aber keineswegs endgültig gelöst, wie es die folgenden Entscheidungen zeigen.

8.3. Rechtssache C-372/04 Watts

Die Fragen der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen und ihre Auswirkungen haben wie soeben gezeigt eine ganze Sequenz von Urteilen des EuGH bedingt, aus welchen sich wichtige Antworten bezüglich der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit und ihrer möglichen Beschränkungen durch die Mitgliedstaaten in diesem Bereich ergeben haben.

In einer seiner aktuellsten Entscheidungen, die diese Grundsätze fortsetzt (tatsächlich enthält die *Watts*-Entscheidung eine Zusammenfassung aller vom EuGH im Zusammenhang mit der Patientenmobilität entwickelten Ergebnisse) geht der Gerichtshof jedoch einen Schritt weiter und bejaht im Ergebnis originäre Leistungsrechte der Unionsbürger in einem Bereich, in dem grundsätzlich keine Kompetenz der Gemeinschaft besteht.

So hält auch *Dettling* fest, dass

„die Rechtsprechung des EuGH [...] voller politischer und rechtlicher Brisanz [steckt]. Der EuGH begründet Leistungsrechte auf Kosten der Mitgliedstaaten und reizt die Grundfreiheiten gerade in einem Sektor aus, in dem die Gemeinschaft nach dem EG-Vertrag

²⁴⁶ EuGH 03.12.1974, C-33/74 Van Binsbergen, Slg. 1974, I-1299, Rn 10 f. .

die Verantwortung der Mitgliedstaaten in vollem Umfang zu wahren hat.“²⁴⁷

In diesem Zusammenhang wurden auch weitere Fragen aufgeworfen wie etwa jene nach der Existenz eines möglichen internationalen Mindestniveaus bei medizinischen Behandlungen oder einer Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, ihre Gesundheitssysteme zu harmonisieren, um den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gerecht zu werden, da diese eine Beschränkung der (medizinischen) Dienstleistungsfreiheit aus wirtschaftlichen Gründen nicht auf Kosten einer übermäßig langen Behandlungszeit dulden. Aufgrund der Kontinuität in der Judikatur des EuGH, die anhand der oben vorgestellten Entscheidungen gegeben ist, kann man wohl nicht mehr von Einzelfallentscheidungen sprechen und bietet es sich deshalb an, diese Themen anhand der aktuellsten Entscheidung zu diskutieren.

Die deshalb besondere Stellung des Urteils in der Rechtssache *Watts* ist Anlass und Grundstein dieser Arbeit, da aus der Interpretation dieser Ergebnisse möglicherweise eine Teilantwort darauf gegeben werden kann, wohin sich die Gesundheitssysteme innerhalb der Union bewegen werden und – allgemeiner – wo die Neuauslegung der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit durch den Gerichtshof ihre Grenzen findet.

²⁴⁷ Dettling, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für die Gesundheitssysteme? in EuZW 2006, 519.

8.3.1. Sachverhalt und Rechtslage

Der Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefragen

Frau Watts, die an Hüftarthrititis litt, erkundigte sich bei dem in ihrem Gebiet zuständigen *Primary Care Trust (PCT)*²⁴⁸, ob die Möglichkeit bestehe, sich im Ausland operieren zu lassen. Der *Bedford PCT* veranlasste eine Untersuchung durch einen Facharzt, der Frau Watts als Routinefall einstufte – es war mit einer Wartezeit von ungefähr einem Jahr für die Behandlung zu rechnen.

Auf dieses Schreiben gestützt teilte der *Bedford PCT* Frau Watts mit, dass eine Auslandsbehandlung nicht möglich sei, da eine Behandlung im Inland „im Lichte der Vorgaben der Regierung für den *NHS*“ und damit „rechtzeitig“ erfolgen könne. Somit war die Voraussetzung des Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 der *VO 1408/71* nicht gegeben.

Frau Watts leitete daraufhin ein Verfahren zur Zulassung der Anfechtungsklage gegen die abweisende Entscheidung ein – im Laufe dieses Verfahrens wurde sie noch einmal untersucht und nun in eine Kategorie zwischen normalen und dringlichen Fällen eingestuft, was eine ungefähre Wartezeit von drei bis vier Monaten bedeutete.

Der *Bedford PCT* gab einem erneuten Antrag seitens Frau Watts auf Auslandsbehandlung wieder nicht statt, verwies noch einmal auf die Rechtzeitigkeit der Behandlung im Inland.

Daraufhin ließ sich Frau Watts in Frankreich ein künstliches Hüftgelenk einsetzen. Die Kosten der Behandlung beglich sie selbst.

Das von ihr angestrebte Verfahren zur Zulassung der Anfechtungsklage betrieb sie weiter und beantrage darüber hinaus auch noch die Erstattung der Behandlungskosten. Der *High Court of Justice (England and Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court)* wies den Antrag jedoch mit der Begründung zurück, dass sehr wohl eine Wartezeit von einem Jahr, nicht aber eine Dauer von drei bis vier Monaten eine Auslandsbehandlung rechtfertigen. Gegen diese Entscheidung erhoben sowohl Frau Watts als auch der britische Gesundheitsminister Rechtsmittel. Der *Court of Appeal (England and Wales) (Civil*

²⁴⁸ Zur Organisation des Englischen Gesundheitssystems siehe Kap 2.3.1.2. sowie weiter unten.

Division) setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vor²⁴⁹:

I. Ob die Auslegung von Artikel 49 EGV vor dem Hintergrund der bereits gefällten Urteile des EuGH dahingehend vorzunehmen ist, dass nach Gemeinschaftsrecht ein Anspruch auf Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat (auf Kosten des *NHS*) bestehe.

I.1. Ob die unterschiedliche Ausgestaltungen der Systeme der sozialen Sicherheit Einfluss auf die Auslegung haben kann.

I.2. Bestünde auch eine Verpflichtung, Auslandsbehandlungen zu genehmigen und zu bezahlen, wenn Behandlungen, die in England durch private Dienstleister erfolgen durch den *NHS* weder zu genehmigen noch zu bezahlen sind?

I.3. Inwiefern es von Bedeutung ist, dass sich Patienten eine Auslandsbehandlung ohne vorherige Genehmigung oder Information organisieren.

II. Ob es für die oben ausgeführten Fragen von Bedeutung ist, wenn die vom *NHS* selbst gewährten Behandlungen als Dienstleistungen gemäß Artikel 49 EGV anzusehen sind.

III. Sofern die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit auf den *NHS* anwendbar wären, könnten nachstehend angeführte Gründe die Versagung einer Genehmigung für eine Auslandsbehandlung rechtfertigen:

- das Vermeiden der Untergrabung des *NHS*-Systems,
- der Umstand, dass weniger dringende Patienten durch eine Genehmigung Vorrang vor akuterer Fällen bekommen würden,
- die Gefahr, dass eine Genehmigung die Neuverteilung von finanziellen Mitteln notwendig machen würde und zur Folge hätte, dass die Kosten für jene, die nicht

²⁴⁹ Zum nachfolgenden Fragenkatalog: EuGH 16.05.2006, C-372/04 Rs. Watts, Rn. 42, Slg. 2006, I-4325.

bereit sind eine Auslandsbehandlung in Anspruch zu nehmen oder dies nicht können, ansteigen würden,

- die möglicherweise entstehende Verpflichtung, dass durch erteilte Genehmigungen der *NHS* mit mehr Mitteln ausgestattet werden oder aber sein Angebot einschränken müsste.
- die im anderen Mitgliedstaat für die Behandlung entstehenden Vergleichskosten (inklusive Nebenkosten).

IV. Welche Faktoren bei der Beurteilung, ob eine Behandlung „rechtzeitig“ ist, zu berücksichtigen sind - konkret:

- bestehende Wartezeiten,
- vom *NHS* eingeräumte Prioritäten,
- die ökologische Planung des Versorgungsangebots in Krankenhäusern,
- der Umstand der kostenlosen Leistungsgewährung sowie
- individueller Gesundheitszustand und Krankheitsgeschichte des Patienten.

V. Ob der „Zeitraum, der für diese Behandlung normalerweise erforderlich ist“ des Artikels 22 Abs. 1 lit c der *VO 1408/71* nach den selben Kriterien zu beurteilen ist, die bei der Definition der „Rechtzeitigkeit“ eine Rolle spielen.

VI. Nach welchen Vorgaben eine Kostenerstattung vorzunehmen wäre, bestünde eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung zur Kostenübernahme von Auslandsbehandlungen – gemäß Art 22 der *VO 1408/71* oder Art 49 EGV? In diesem Zusammenhang wurde auch die Frage nach dem genauen Umfang der Kosten und deren Berechnung bei fehlenden Tarifen im Inland gestellt.

VII. Steht die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit und der VO 1408/71 den Bestimmungen des Artikel 152 Abs. 5 EGV entgegen?

Die VO Nr. 1408/71 und der National Health Service Act 1977

Art. 22 der *Verordnung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern* bestimmt:

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

c) der vom zuständigen Träger die Genehmigung erhalten hat, sich in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates zu begeben, um dort eine seinen Zustand angemessene Behandlung zu erhalten, hat Anspruch auf:

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

Absatz Zwei desselben Artikels normiert weiter, dass die für eine Auslandsbehandlung erforderliche Genehmigung nur dann nicht erteilt werden darf, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen gegeben sind:

- Wenn die Behandlung nicht zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des Wohnortmitgliedstaates vorgesehen sind und
- unter Berücksichtigung der Verfassung und Krankheitsentwicklung des Patienten die Behandlung im Wohnortmitgliedstaat in einem Zeitraum erhältlich ist, der als rechtzeitig gewertet werden kann.

Nach den Bestimmungen dieser Verordnung haben Unionsbürger unter genau bestimmten Umständen einen oder eben keinen Anspruch auf die Genehmigung einer Auslandsbehandlung. Dass das in diesem Rechtsakt vorgesehene System der vorherigen Genehmigung sich nicht als Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt, wurde bereits weiter oben erörtert.

Der *National Health Service Act* aus dem Jahr 1977 verpflichtet den englischen Gesundheitsminister dazu, in England und Wales einen nationalen Gesundheitsdienst bereitzustellen.²⁵⁰

Die Finanzierung dieses Gesundheitssystems, welches allen Personen mit Wohnsitz in England oder Wales zur Verfügung steht, erfolgt primär durch den Staat, der das Budget auf *Primary Care Trusts* nach regionalen Bedürfnissen aufteilt. Da das zur Verfügung gestellte Budget begrenzt ist, bestehen aufgrund nationaler Richtlinien verhältnismäßig lange Wartezeiten für Behandlungen, die nicht dringlich sind. Die Patienten besitzen keinen Anspruch auf eine Behandlung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder an einem bestimmten Ort; diese werden unter Beachtung der Dringlichkeit sowie der nationalen Richtlinien bestimmt. Die Entscheidungen der *NHS*-Einrichtungen können zwar im Klageweg angefochten werden, jedoch ist diesen in der Mehrzahl der Fälle der Erfolg versagt. Außerdem besteht aufgrund der Kostenfreiheit der Behandlungen kein britischer Erstattungstarif.²⁵¹

Zum Verhältnis dieser beiden Rechtsakte ist festzustellen, dass die *Verordnung 1408/71* aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung keiner Umsetzung bedarf, also auch *NHS*-Patienten

²⁵⁰ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 24.

²⁵¹ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 13.

nach Art. 22 Absatz 1 Buchstabe c eine Behandlung im Ausland in Anspruch nehmen können. Die Kosten sind dem Träger des Behandlungsstaates zu dem in diesem Mitgliedsstaat geltendem Satz vom Träger des Heimatstaates zu erstatten.²⁵²

In Folge soll nun die Entscheidung des Gerichtshofes bzw. seine Antworten auf die oben ausgeführten Fragen analysiert werden – hierbei wird zuerst die fünfte Frage behandelt, da der EuGH sich zuerst intensiv mit der Frage der Auslegung des Art. 22 der Verordnung beschäftigt, „[...] denn auf die Erteilung einer Genehmigung nach dieser Vorschrift sei der Antrag von Frau Watts, sich in einem anderen Mitgliedsstaat [...] stationär behandeln zu lassen, unstreitig gerichtet gewesen.“²⁵³

8.3.2. Das Urteil

Schon bevor sich der EuGH mit den Vorlagefragen beschäftigt, stellt er in seinen Vorbemerkungen fest, dass die Anwendbarkeit des Art. 22 der Verordnung auf gegenständliche Rechtssache nicht automatisch den Anwendungsbereich des Art. 49 EGV ausschließe. Der Gerichtshof beruft sich in diesem Fall auf seine Rechtsprechung im Urteil Rs C-158/96 *Kohll*, wonach eine nationale Maßnahme, die Regelungen des abgeleiteten Rechts entspricht, trotzdem an den Bestimmungen des Vertrages gemessen werden muss.

Weiters schließt laut Gerichtshof unter Berufung auf sein Urteil Rs C-368/98 *Vanbraekel*

„die Anwendbarkeit des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 auf den in Rede stehenden Sachverhalt [...] nicht aus, dass der Betroffene parallel dazu gemäß Artikel 49 EG einen Anspruch auf Zugang zu Leistungen der Gesundheitspflege in einem anderen Mitgliedstaat unter Bedingungen der Kostenübernahme hat, die sich von denen des Artikels 22 unterscheiden.“²⁵⁴

²⁵² Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 15 ff. .

²⁵³ *Schneider*, Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG in ELR 2006, 343.

²⁵⁴ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 46.

Es ist in Folge das Bestehen eines Anspruchs auf Auslandsbehandlung und Kostenübernahme sowohl im Hinblick auf die *VO 1408/71* wie auch auf Artikel 49 EGV zu prüfen.

Fragen IV und V

Mit diesen Fragen wollte das vorlegende Gericht wissen, inwiefern die Anhaltspunkte für die Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlung normalerweise erforderlich ist“ mit jenen übereinstimmen, die für die Bestimmung des Begriffes „rechtzeitig“ im Bereich des Art. 49 EGV herangezogen werden.²⁵⁵ Ebenso geht es darum, ob die in *Frage IV* angeführten Faktoren auch bei der Auslegung des „erforderlichen Zeitraumes“ gemäß Art 22. Abs 2 UAbs 2 eine Rolle spielen.

Der EuGH bejaht diese Fragestellung, da es

„keine Gründe [gibt], die unterschiedliche Auslegungen [...] rechtfertigen könnten, da es [...] im einen wie im anderen Fall um die Frage geht, ob die aufgrund des Gesundheitszustandes des Betroffenen erforderliche Krankenhausbehandlung im Gebiet seines Wohnmitgliedsstaates innerhalb eines vertretbaren zeitlichen Rahmens erbracht werden kann, der ihre Nützlichkeit und Wirksamkeit wahrt.“²⁵⁶

Bereits in den Urteilen *Smits und Peerbooms* und *Müller-Frauré und van Riet* hat der Gerichtshof den Begriff der „Rechtzeitigkeit“ aufgegriffen²⁵⁷ und unter Verweis auf die dortigen Ausführungen die Wendung des „erforderlichen Zeitraumes“ in Art 22 Abs 2 UAbs 2 nachfolgend in seinem Urteil *Inizan* ausgelegt²⁵⁸.

Demnach ist der „erforderliche Zeitraum“ dann *nicht* überschritten, „wenn sich ergibt, dass die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig in dessen Wohmitgliedstaat erlangt werden kann.“ Bei der Beurteilung des Begriffes der „Rechtzeitigkeit“ bzw. des „erforderlichen Zeitraumes“ sind laut EuGH alle Umstände des

²⁵⁵ Vgl. *Schneider*, a. a. O. , 343.

²⁵⁶ EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 245), Rn 60.

²⁵⁷ EuGH 12.07.2001, C-157/99 *Smits und Peerbooms*, Rn 103 f. , Slg. 2001, I-5473.

²⁵⁸ Vgl. EuGH 23.10.2003, C-56/01 *Inizan*, Rn 45 f. , Slg. 2003, I-12403.

jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen, nicht nur der Zustand im Zeitpunkt der Stellung des Antrages, sondern etwa auch die Vor- und Krankheitsgeschichte.²⁵⁹

Schließlich zieht der Gerichtshof noch Art. 20 der *Verordnung 883/2004* heran, welcher den bestehenden Artikel 22 ersetzen soll, wonach eine Verpflichtung zur Genehmigung der Auslandsbehandlung besteht, sofern eine Inlandsbehandlung nicht innerhalb eines Zeitraumes gewährleistet kann, der unter Berücksichtigung des derzeitigen Gesundheitszustandes und der voraussichtlichen Krankheitsentwicklung als vertretbar angesehen werden kann.²⁶⁰

Der EuGH erläutert dem vorlegenden Gericht in Folge, welche Faktoren bei der Prüfung der zweiten Voraussetzung des Art. 22 Abs. 2 UAbs. 2 der *VO 1408/71* eine Rolle spielen, sofern ein Wartelistenplatz besteht.

Das Recht, Wartelisten zu erstellen um dem beschränkten Budget zu begegnen, kann keinem Staat abgesprochen werden, auch aufgrund der steigenden Lebenserwartung und der damit höher werdenden Nachfrage; jedoch reicht die bloße Existenz von solchen Wartelisten nicht dazu aus, um eine Entscheidung über die Rechtzeitigkeit einer Behandlung zu rechtfertigen.

Darüber hinaus müsse die Festlegung der Wartezeiten auf einer flexiblen Basis erfolgen, die eine neuerliche Überprüfung unter Berücksichtigung des Gesundheitszustandes des Betroffenen nach der ersten Antragsstellung auf Auslandsbehandlung ermöglicht.²⁶¹

Die Genehmigung für eine Auslandsbehandlung darf laut EuGH bei einem bestehenden Wartelistenplatz also nur dann versagt werden, wenn die zuständige Stelle beweist, dass

„diese Wartezeit nicht den vertretbaren zeitlichen Rahmen überschreitet, der sich aus einer objektiven medizinischen Beurteilung des klinischen Bedarfs des Betroffenen unter Berücksichtigung sämtlicher Parameter ergibt, die seinen Gesundheitszustand zu dem Zeitpunkt kennzeichnen, zu dem der Antrag auf Genehmigung gestellt oder gegebenenfalls erneuert wird.“²⁶²

²⁵⁹ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 61.

²⁶⁰ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 65.

²⁶¹ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 247), Rn 67.

²⁶² EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 247), Rn 68.

In einzelnen Schritten, beginnend bei vorangegangenen Urteilen, erarbeitete hier der Gerichtshof eine Definition, die nun sowohl auf den Begriff der „Rechtzeitigkeit“ als auch jene des „erforderlichen Zeitraums“ anzuwenden ist. Aber darüber hinaus legt der Gerichtshof mit dieser Definition der zumutbaren Wartezeit den Grundstein für ein mögliches ethisches Leitbild, an das sich die nationalen Gesundheitssysteme halten sollen - eine genauere Untersuchung dieses besonderen Aspekts erfolgt in Kap. 8.4. .

Gleichsam den unausgesprochenen Bedenken der Mitgliedstaaten zuvorkommend nimmt der Gerichtshof in seiner Entscheidung auch zu möglichen wirtschaftlichen Folgen Stellung und erläutert denn Sinn der zweiten Voraussetzung des Art 22 Abs 2 UAbs 2:

Würde die Verordnung den Patienten einen Anspruch auf Behandlung im Ausland gewähren, ohne dabei das Kriterium einer vertretbaren Wartezeit im Wohnsitzstaat zu berücksichtigen

„würde dies zu Wanderungsströmen von Patienten führen, die sämtliche Planungs- und Rationalisierungsanstrengungen in Frage stellen könnten, die der zuständige Mitgliedstaat [...] unternommen hat, um die Probleme einer Überkapazität von Krankenhäusern, eines Ungleichgewichts im Angebot an medizinischer Krankenhausversorgung sowie logistischer wie auch finanzieller Verschwendung und Verluste zu verhindern.“²⁶³

Die durch den Gerichtshof vollzogene Auslegung des Art 22 Abs. 2 UAbs. 2 schadet diesem Ziel nicht, da dadurch weder das Recht auf das Beibehalten von Wartelisten noch die Entscheidungsbefugnis über die Erteilung einer Genehmigung zur Auslandsbehandlung berührt werden. Die Systeme der Wartelisten werden durch die Auslegung jedoch dazu verpflichtet, Mechanismen vorzusehen, die es erlauben, auf den konkreten Einzelfall reagieren zu können.²⁶⁴

Abschließend stellt der EuGH fest, dass der Umstand der höheren Kosten der Behandlung im Ausland keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund für die Versagung biete, genauso wenig wie das Fehlen eines Erstattungstarifes in England – es müsse dann vielmehr ein nationaler finanzieller Mechanismus vorgesehen werden, um dem Träger des Leistungsstaats die erbrachten Dienste erstatten zu können.²⁶⁵

²⁶³ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 71.

²⁶⁴ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 75.

²⁶⁵ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 73.

Im Ausgangsverfahren sei es

„Sache des vorlegenden Gerichtes, zu prüfen, ob die Wartezeit, [...] auf die die zuständige *NHS*-Einrichtung ihre Ablehnung des ursprünglichen Genehmigungsantrages und des neuerliche Antrages gestützt hat, in Anbetracht des individuellen Zustandes und des individuellen klinischen Bedarfs der Betroffenen zu diesen jeweiligen Zeitpunkten den medizinisch vertretbaren zeitlichen Rahmen überschritten hat.“²⁶⁶

Ob die von Frau Watts beantragte Behandlung im Ausland also zu Recht unter Berufung auf das Bestehen eines Wartelistenplatzes nicht genehmigt wurde und der dadurch entstehende Zeitraum das erforderliche Maß im Sinne der vom EuGH vorgenommenen Auslegung zu Art 22 Abs 2 UAbs 2 der *VO 1408/71* nicht überschritten hat ist vom nationalen Gericht zu entscheiden.

Das Bestehen eines separaten Anspruchs auf Auslandsbehandlung und Kostenübernahme gestützt auf Artikel 49 EGV ist damit noch nicht geklärt – dieser Frage widmet sich der Gerichtshof in Folge bei der Beantwortung der ersten vier Fragen, denn mit diesen

„[...] möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Patient des *NHS* nach Artikel 49 EG Anspruch auf eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu Lasten dieses nationalen Dienstes hat.“²⁶⁷

Fragen I – IV

Dem gewohnten Fallprüfungsschema in seinen Entscheidungen folgend untersucht der Gerichtshof eingangs die Anwendbarkeit des Art. 49 EGV auf den gegenständlichen Sachverhalt. Mit Hinweis auf frühere Urteile (etwa: C-158/96 *Kohll* und C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*) stellt er fest, dass auch medizinische Leistungen, sofern sie gegen Entgelt erbracht werden, von der Dienstleistungsfreiheit erfasst sind. Dies beinhaltet auch die *passive Dienstleistungsfreiheit*, also das Recht der Leistungsempfänger, sich in einen anderen Mitgliedsstaat zu begeben um dort die

²⁶⁶ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 78.

²⁶⁷ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 80.

erwünschte Leistung zu erhalten.²⁶⁸ Somit ist Art 49 EGV „unabhängig von der Funktionsweise des nationalen Systems anwendbar, auf dessen Leistungen diese Person Anspruch hat und bei dem später die Übernahme der Kosten der betreffenden Leistungen beantragt wird.“²⁶⁹

Zwar hat die Gemeinschaft gemäß Artikel 152 Abs. 5 EGV die Verantwortung der Mitgliedstaaten bei der Organisation des Gesundheitswesens zu respektieren, wozu auch die Festlegung der Voraussetzungen zählt, „unter welchen [...] Leistungen der sozialen Sicherheit gewährt werden“ - bei der Wahrnehmung dieser Verantwortung durch die Mitgliedstaaten ist jedoch auch das Gemeinschaftsrecht zu beachten, wie etwa die Bestimmungen über die Grundfreiheiten, die die Einführung oder Beibehaltung von ungerechtfertigten Hindernissen verbieten.²⁷⁰ Der Gerichtshof hat diese Ausführungen zur Beziehung zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalen Gesundheitswesen im Lichte des Artikel 152 EGV bereits in früheren Urteilen getroffen²⁷¹ und unterstreicht damit seine ständige Rechtsprechung, die darauf abzielt, auch im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen nationale Barrieren zu beseitigen um das Ziel des Binnenmarktes soweit als möglich zu verwirklichen.

Da der *NHS* die Kosten von Behandlungen seiner Patienten im Ausland nur nach Erteilung einer vorhergehenden Genehmigung übernimmt, ist das britische System nach Ansicht des Gerichtshofes dazu geeignet, auf Patienten eine Wirkung zu haben, die Behandlungen in Krankenhäusern von anderen Mitgliedstaaten unattraktiv erscheinen lässt oder sogar nicht zulässt. Dadurch würde sowohl die (passive) Freiheit der Patienten, sich zur Behandlung in einen anderen Staat zu begeben, als auch jene (aktive) der Leistungserbringer beschränkt. Dass der NHS im Inland vorgenommene Behandlungen durch private, ihm nicht zugehörige, Einrichtungen nicht zu genehmigen und zu bezahlen hat steht nach Meinung des EuGH dieser Auslegung nicht entgegen (Frage I.2.).²⁷²

Unter Verweis auf seine bisherige Rechtsprechung weist der Gerichtshof darauf hin, dass eine Beschränkung dieser Art durch bestimmte zwingende Gründe gerechtfertigt sein

²⁶⁸ Vgl. Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 87; *Budischowsky* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art 49, Rz 12; grundlegend zur passiven Dienstleistungsfreiheit siehe auch EuGH 31.01.1984, C-286/82 u. C-26/83 *Luisi und Carbone*, Slg. 1984, I-377.

²⁶⁹ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 60.

²⁷⁰ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 92.

²⁷¹ Vgl. dazu oben Seite 93 und EuGH 28.04.1998, C-158/96 *Kohll*, Slg. 1998, I-1931; 28.04.1998, C-120/95 *Decker*, Slg. 1998, I-1831; 23.10.2003, C-56/01 *Inizan*, Slg. 2003, I-12403.

²⁷² EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 245), Rn 98 f.

kann – zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts, zur Verwirklichung einer ausgewogenen, allen Bürgern zugänglichen, medizinischen Versorgung oder zum Schutz der Gesundheit (oder des Überlebens) der Bevölkerung indem ein bestimmtes Niveau an medizinischer Versorgung gesichert wird.²⁷³ Darüber hinaus müssen die zu diesen Zwecken getroffenen Maßnahmen notwendig und verhältnismäßig sein:

In einer abstrakten Betrachtung führt der Gerichtshof aus, dass sich die Planung im Gesundheitswesen (etwa die geographische Lage von Krankenhäusern, der Umfang an angebotenen Leistungen etc.) vor allem mit zwei Zielen beschäftigen muss: zum einem dem Bestreben, allen Versicherten eine gut zugängliche und ausbalancierte Versorgung bieten zu können, zum anderen sollen Enteignungsmaßnahmen aber auch helfen, unnötige Kosten zu vermeiden und die durch technischen, finanziellen und menschlichen Aufwand erwachsenden Ausgaben so gut als möglich zu dämpfen. Unter der Berücksichtigung, dass die Bewältigung dieser beiden Aufgaben sich nicht als einfaches Unterfangen darstellt, erblickt der Gerichtshof die Einführung eines Systems der vorherigen Genehmigung bei Auslandsbehandlungen durchaus als verhältnismäßige Maßnahme.²⁷⁴

Als Antwort auf die Frage I.3. und Zwischenergebnis im Urteil des Gerichtshofes kann folglich festgehalten werden, dass Artikel 49 EGV auch auf die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung durch eine Krankenhausbehandlung im Ausland anwendbar ist. Gleichzeitig steht Artikel 49 EGV jedoch nicht Bestimmungen entgegen, die dieses Recht auf Behandlung von einer vorherigen Genehmigung durch den Belasteten abhängig machen – die Voraussetzungen, wann eine solches System eingeführt wird, müssen jedoch im Einklang mit den vom EuGH behandelten zwingenden Gründen stehen, wobei auch dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit Rechnung getragen werden muss.²⁷⁵

Darüber hinaus verweist der Gerichtshof in seiner Entscheidung auf eine weitere Bedingung, welche ein System der vorherigen Genehmigung zu erfüllen hat, um gerechtfertigt in die durch den EGV gewährten Grundfreiheiten eingreifen zu können:

Bei der Entscheidungsfindung durch eine nationale Behörde, ob eine Genehmigung erteilt wird oder nicht, müssen ihrem Ermessen Grenzen gesetzt werden, um eine missbräuchliche Anwendung zu verhindern die den Bestimmungen des

²⁷³ Vgl. EuGH 16.05.2006, C-372/04 Watts, Slg. 2006, I-4325, Rn. 102 und die bereits getroffenen Ausführungen oben Kap. 8.3. .

²⁷⁴ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 109.

²⁷⁵ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 113.

Gemeinschaftsrechts ihre Wirksamkeit rauben würde. Deshalb müssen Systeme der vorherigen Genehmigung auf objektiven, klaren und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die jedem im Voraus bekannt sein müssen.²⁷⁶

In diesem Zusammenhang legt der Gerichtshof auch die vermögensrechtlichen Grundregeln für solche Genehmigungssysteme fest: sie müssen

„[...] auf einem leicht zugänglichen Verfahren beruhen und geeignet sein, den Betroffenen zu garantieren, dass ihr Antrag innerhalb angemessener Frist sowie objektiv und unparteiisch behandelt wird, wobei eine Versagung der Genehmigung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anfechtbar sein muss.“²⁷⁷

In der gegenständlichen Entscheidung sollte sich gerade das Erfordernis, das Ermessen der nationalen Behörden durch objektive Kriterien einzuschränken, als Stolperstein für den *NHS* darstellen. Denn in seinen Ausführungen kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die fraglichen Regelungen des britischen Systems eben nicht jene Kriterien festlegen, die für die Erteilung oder Versagung einer Genehmigung für eine Auslandsbehandlung und deren Kostenübernahme notwendig wären – dadurch wird das Ermessen der nationalen Stelle nicht in dem erforderlichen Umfang eingeschränkt und weiters die richterliche Kontrolle von Entscheidungen, die eine Genehmigung versagt haben, erschwert.²⁷⁸

Basierend auf diesen Feststellungen kann als weiteres Zwischenergebnis festgehalten werden, dass Artikel 49 EGV so auszulegen ist, dass er dem einzelnen einen (auf den Bestimmungen des freien Dienstleistungsverkehrs und der Rechtsprechung des EuGH) Anspruch auf Behandlung in einem anderen als dem Wohnsitzmitgliedstaat gelegenen Krankenhaus zu Lasten des Systems des Wohnsitzmitgliedstaats gewährt ohne dass die Reihung auf einer Warteliste an sich dies verhindern könnte und im gegenständlichen Fall die Regelungen über die Versagung einer vorher einzuholenden Genehmigung für eine Auslandsbehandlung und deren Kostenübernahme des britischen *National Health Service* aufgrund des Fehlens von objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien, die das Entscheidungsermessen der *Primary Care Trusts* beschränken sollten, gegen Artikel 49

²⁷⁶ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 115 f. .

²⁷⁷ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 116.

²⁷⁸ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 118 f. .

EGV als nicht gerechtfertigte Beschränkung verstoßen. Frau Watts hätte in Folge die Erstattung ihrer Behandlungskosten genehmigt werden müssen (*Fragen I.2. und II.*)

Mit seiner *dritten Frage* wollte das vorlegende Gericht wissen, auf welche Gründe sich die nationalen Stellen berufen könnten, um die Genehmigung für eine Behandlung im Ausland gemäß Artikel 49 EGV zu versagen, während mit der Beantwortung der bereits behandelten vierten Frage erläutert werden soll, welche Faktoren bei der Beurteilung, ob eine Behandlung „rechtzeitig“ ist bzw. den vertretbaren medizinischen Rahmen nicht überschritten hat, relevant sind.

Der EuGH verweist in diesem Zusammenhang auf seine Ausführungen zu einer Krankenhausbehandlung im Ausland nach den Bestimmungen der VO 1408/71, in welchen er zu diesen Fragen des vorlegenden Gerichts schon Stellung genommen hat²⁷⁹ und lässt dadurch erkennen, dass das bloße Vorhandensein eines Wartenlistenplatzes kein Kriterium für die Entscheidung über die Genehmigung einer Krankenhausbehandlung im Ausland sein kann – vielmehr bedarf es einer objektiven medizinischen Beurteilung des jeweiligen Patienten unter Berücksichtigung seiner Vorgeschichte und der weitergehenden Entwicklung seiner Krankheit. Ergibt sich, dass die Wartezeit im Hinblick auf diese Parameter jenen Rahmen sprengt, der als vertretbar angesehen werden muss, besteht ein Anspruch auf Erteilung einer Genehmigung – weder das Bestehen eines Wartelistenplatzes noch einer der in *Frage IV.* angeführten Gründe (Reihung nach Priorität durch nationale Stelle, Kostenfreiheit des Systems des Mitgliedstaats, Verpflichtung zur zusätzlichen Bereitstellung von Mitteln oder Kostenvergleich der Behandlung zwischen Wohnsitz- und Behandlungsstaat) würde eine Versagung rechtfertigen.²⁸⁰

In Ansehung, dass die *Fragen I.1* und *III.* in eine Richtung zu verstehen sind, ob sich aus der Auslegung von Art. 49 EGV eine Verpflichtung zur Anpassung der Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten ergeben könnte, deren Organisation nach Artikel 152 Abs. 5 EGV in der Verantwortung der Mitgliedstaaten bleibt, führt der Gerichtshof in einem (relativ kurzen) Verweis aus,

„dass zwar das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten [...] unberührt lässt, dass aber die Verwirklichung der [...] Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten unvermeidlich dazu verpflichtet, Anpassungen in diesen

²⁷⁹ Vgl. dazu die Ausführungen oben S. 117.

²⁸⁰ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 119 f.

Systemen vorzunehmen, ohne dass dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich angesehen werden könnte.“²⁸¹

Diese Feststellung zählt mitunter zu den wichtigsten, die der Gerichtshof in dieser Rechtssache getroffen hat – es stellt sich die Frage, wie weit sich der EuGH durch diese Auslegung von der Normanwendung hin zur Normsetzung bewegt hat und inwiefern die Bestimmungen des Dienstleistungsverkehrs als Hebel zur Anpassung der Sozialsysteme der Mitgliedsstaaten durch Richterrecht benutzt worden sind. Aufgrund des weitreichenden Inhaltes werden diese Fragen im Anschluss an das Urteil in einem eigenen Abschnitt, der sich mit den möglichen Folgen dieser Entscheidung beschäftigt, behandelt²⁸².

Wird nun angenommen, dass Frau Watts einen im Gemeinschaftsrecht begründeten Anspruch auf eine Krankenhausbehandlung im Ausland hat, stellen sich die Fragen nach den Regeln der Kostentragung (Erstattung nach den Sätzen des Wohnsitzmitgliedstaats gemäß Artikel 49 EGV oder des Aufenthaltsmitgliedstaat gemäß den Bestimmungen der *VO 1408/71*) sowie dem genauen Umfang der Kostenerstattungspflicht, die der Gerichtshof in *Frage VI* beantwortet und sogleich klarstellt, dass, sofern eine Genehmigung gemäß den Bestimmungen der *VO 1408/71* rechtmäßig erteilt wurde natürlich auch die in diesem Rechtsakt vorgesehenen Kostenerstattungsregeln anzuwenden sind – in diesem Fall sind also die Beteiligungsmodalitäten des Aufenthaltsmitgliedstaats anzuwenden, nach welchen der Wohnortmitgliedstaat nach erfolgter Behandlung Ersatz zu leisten hat.²⁸³

Bei der weitergehenden Prüfung in Bezug auf Artikel 49 EGV geht der EuGH davon aus, dass der Patient grundsätzlich

„[...] in die Lage zu versetzen [ist], in der er sich befunden hätte, wenn der nationale Gesundheitsdienst, auf dessen Leistungen er Anspruch hat, [...] ihm eine Behandlung hätte erbringen können.“²⁸⁴

Lässt sich der Patient eines Landes, in welchem die Kostenfreiheit der Behandlung vorgesehen ist (wie etwa im gegenständlichen Fall) in einem Staat behandeln, in welchem die Kosten der Behandlung nicht vollständig übernommen werden, hat sich der Träger des

²⁸¹ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 121.

²⁸² Siehe dazu die Ausführungen weiter unten in Kapitel 8.4.

²⁸³ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 123 ff. .

²⁸⁴ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 131 und 143.

Wohnortmitgliedstaats mit jenem Betrag an der Behandlung zu beteiligen, der der Differenz zwischen dem Betrag für die geleistete Behandlung und dem Betrag, mit welchem sich der Träger des Aufenthaltsmitgliedstaats an dieser Behandlung beteiligt, entspricht, vorausgesetzt die Behandlung ist teurer als die Beteiligung. Der Betrag ist dem Patienten im Nachhinein zu erstatten.²⁸⁵

Zum Umfang der zu erstattenden Behandlungskosten hält der Gerichtshof fest, dass gemäß den Bestimmungen der *VO 1408/71* grundsätzlich nur jene Kosten zu ersetzen sind, die in unmittelbaren Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung stehen (medizinische Leistungen, Ersatz für den im Krankenhaus notwendigen Aufenthalt, nicht jedoch etwa die Anreise).

Nach Artikel 49 EGV besteht ein etwas breiteres Spektrum an übernehmbaren Nebenkosten, sofern eine gültige Genehmigung der Auslandsbehandlung vorliegt und diese Nebenkosten auch bei einer Behandlung im Inland durch den Träger übernommen werden müssen.²⁸⁶

Mit der *siebten* und letzten Frage wollte das vorlegende Gericht wissen, inwiefern aus den gemeinschaftsrechtlichen Ansprüchen auf Krankenhausbehandlungen der Patienten sich eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten ergibt, entgegen bestehender Haushaltszwänge die Kosten zu übernehmen und ob diese Verpflichtung mit Artikel 152 Abs. 5 EGV vereinbar ist.

Die Antwort auf diese Frage ist gliedert der Gerichtshof in zwei Teile auf: einerseits in die Erklärung, welches Bemühen er mit seiner Auslegung der Art 49 EGV und 22 der *VO 1408/71* tatsächlich verfolgt, andererseits in die juristische Untersuchung des Einflusses von Artikel 152 EGV auf die Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitsbereich.

Tatsächlich ist es nach Meinung des EuGH²⁸⁷ nicht seine Intention, die Mitgliedstaaten unbegrenzt für die Kosten von Auslandsbehandlungen ihrer Patienten aufkommen lassen zu müssen – vielmehr musste der Gerichtshof bei seiner Entscheidung die Ziele der Freizügigkeit mit den nationalen Vorgaben im Haushaltsbereich, der Planung der Krankenhauskapazitäten und dem sinnvollen Einsatz von Kosten gleichermaßen berücksichtigen (etwa durch die Feststellung, dass Systeme der vorherigen Genehmigung

²⁸⁵ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 131.

²⁸⁶ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 143

²⁸⁷ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 145.

gerade zur Planung und Kostendämpfung durchaus als notwendiges und verhältnismäßiges Mittel die Dienstleistungsfreiheit beschränken dürfen).

Der zweite Teil seiner Antwort wurde im Laufe dieser Arbeit schon mehrmals angesprochen und wird diese Interpretation sowie ihre Möglichen Auswirkungen gleich unten genauer untersucht: denn mag Artikel 152 EGV den Mitgliedstaaten auch die alleinige Verantwortung für die Organisation des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung geben, so bedeutet dies nicht, dass die Mitgliedstaaten nicht aufgrund anderer primär- (Art. 49 EGV) oder sekundärrechtlicher (*VO 1408/71*) Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dazu verpflichtet werden können, ihre Systeme der sozialen Sicherheit anzugleichen um diesen zu entsprechen.

8.3.3. Rechtssache C-444/05 Aikaterini Stamatelaki

In seiner aktuellsten (Stand: 25.3.2009) Entscheidung zur Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitsbereich führte der Gerichtshof die zum Urteil in der Rechtssache *Watts* getroffenen Feststellungen weiter fort: Gegenstand war die Frage, ob eine nationale Regelung, die die Kostenerstattung einer Behandlung in einer Privatklinik in einem anderen Mitgliedstaat versagt, sofern der Patient über 14 Jahre alt ist, gegen Artikel 49 EGV verstößt.

Im Gegensatz zu seiner *Watts*-Entscheidung musste der Gerichtshof jedoch in diesem Fall sein Augenmerk nur auf den Verstoß gegen Artikel 49 EGV legen, da – trotz Ansuchen der belgischen Regierung, auch diese Frage zu prüfen – Herr Stamatelaki (tatsächlich wurde das Verfahren von seiner Frau angestrengt, da Herr Stamatelaki verstorben war) weder um eine Genehmigung der Behandlung gemäß Artikel 22 der *VO 1408/71* angesucht hat noch die Vorlageentscheidung auf diese Bestimmung verwiesen hat.²⁸⁸

In den Entscheidungsgründen wird bezüglich der Ausführungen, inwiefern nationale Regelungen, die den Zugang zu Krankenhausbehandlungen im Ausland beschränken, ein

²⁸⁸ EuGH 19.04.2007, C-444/05 Aikaterini Stamatelaki, Slg. 2007, I-3185, Rn. 14 f..

Hindernis für die (aktive und passive) Dienstleistungsfreiheit darstellen primär auf das Urteil *Watts* wie auch auf seine vorhergehende Rechtsprechung verwiesen.²⁸⁹

Unter der Berücksichtigung, dass es für die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht von Bedeutung ist, ob die Behandlung in einem ausländischen öffentlichen oder privaten Krankenhaus erbracht wird, kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die zu prüfende nationale Regelung in ihrer Ausgestaltung als „nahezu absolutes Verbot“²⁹⁰ eine ungerechtfertigte Beschränkung darstellt und nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Die vom EuGH als gerechtfertigt anzusehenden Ziele (Wahrung des finanziellen Gleichgewichts, Sicherstellung eines ausreichenden Zugangs der Bevölkerung und Schutz der Gesundheit/des Überlebens der Bevölkerung) könnten vielmehr auch mit weniger einschneidenden Maßnahmen wie der Einrichtung eines Systems der vorherigen Genehmigung genauso wirksam erreicht werden.²⁹¹

Die Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung und vor allem auch seiner Entscheidung *Watts* in diesem Urteil zeigen, dass der Gerichtshof in diesem Bereich eine klare Linie verfolgt, die er durchgesetzt sehen will: Hin zu einem Patienten, der zu seinem gesundheitlichen Wohl von den Bestimmungen des freien Dienstleistungsverkehrs profitieren kann, ohne dabei die Mitgliedstaaten bedingungslos zu Kostenübernahmen bei Auslandsbehandlungen zu verpflichten. Mit seinem Konzept, nur bestimmte Ziele als über das Bedürfnis des einzelnen hinausgehend anzusehen und die Umstände, unter denen Behörden der Mitgliedstaaten mit Wartelisten und anderen Kostenkontrollmechanismen im Bereich der Gesundheitsversorgung arbeiten dürfen, genau festzulegen, sieht er einen Ansatz gegeben der die nationalen Bestrebungen der Kostenkontrolle und des Schutzes der eigenen Bevölkerung mit jenem der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung lösen kann.

²⁸⁹ Vgl. EuGH, Urteil Aikaterini Stamatelaki (o. Fußn. 284), Rn 19.

²⁹⁰ EuGH, Urteil Aikaterini Stamatelaki (o. Fußn. 284), Rn 35.

²⁹¹ Vgl. EuGH, Urteil Aikaterini Stamatelaki (o. Fußn. 284), Rn 30.

8.4. Mögliche Folgen der Urteile

Der Gerichtshof kam in seinen aktuellsten Entscheidungen *Watts* und *Stamatelaki* sowohl zu Ergebnissen, die aufgrund der bereits gefestigten Rechtsprechung in diesem Bereich zu erwarten waren als auch zu Schlussfolgerungen, deren Tragweite über das Schicksal von Frau Watts' Hüfte weit hinausgehen. Durch diese Entscheidungen wurden Diskussionen über verschiedene Themengebiete belebt, die auch in dieser Arbeit genau untersucht werden müssen, um Antworten auf die Zukunft der nationalen Gesundheitssysteme in der Europäischen Gemeinschaft zu erhalten und – in einem abstrakteren Kontext – Hinweise darauf zu bekommen, welche Richtung die europäische Rechtsprechung im Hinblick auf die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit einnimmt. Denn - wie durch die Diskussion der einschlägigen Urteile demonstriert wurde - nimmt dieses Gebiet einen zentralen Platz ein, um welchen sich die weiteren bereits angesprochenen Problemkreise herausbilden.

Im folgenden soll das Augenmerk vor allem auf jene bereits kurz angeschnittenen Diskussionspunkte gelegt werden:

- Die Deckung der Entscheidungen des EuGH im Hinblick auf Artikel 152 EGV, insbesondere dessen Absatz 5,
- die Frage nach dem Bestreben des EuGH, durch seine Rechtsprechung das weitergehende Ziel der Verwirklichung eines verpflichtenden Mindestniveaus bei medizinischer Versorgung in den Mitgliedstaaten zu verwirklichen und dessen Konkurrenz zu Artikel 152 Abs. 4 EGV
- der vollzogene Wandel in der Auslegung des Artikel 49 EGV vom Diskriminierungsverbot hin zum originären Leistungsrecht und
- inwiefern das Phänomen der Inländerdiskriminierung zur Umsetzung der Patientenmobilität eine Rolle spielt.

8.4.1. Verhältnis Dienstleistungsfreiheit – Artikel 152 EGV: Ein Ausblick auf eine neue Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH?

Wie bereits behandelt regelt Artikel 152 EGV die Zuständigkeit betreffend Maßnahmen, die Auswirkungen auf die Organisation des Gesundheitswesens oder der Gesundheitsversorgung haben – dies in einem sehr klar definierten Rahmen, der der Gemeinschaft von vornherein einen eng abgesteckten Spielraum lässt und die Aufgabe der Gesundheitspolitik *in der Verantwortung der Mitgliedstaaten* belässt. Ein Gros der von den Mitgliedstaaten erlassenen nationalen Regelungen, die etwa in den Urteilen *Decker*, *Kohll* und *Watts* auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht geprüft werden, befinden sich genau in diesem Kompetenzbereich – trotzdem hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass auch diese Bestimmungen als Hindernisse der Grundfreiheiten und nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar qualifiziert werden können (und müssen), woraus eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten entstehe, Anpassungen in ihren jeweiligen Systemen vorzunehmen. Wie sollte das aber möglich sein, wo es sich doch um einen Bereich handelt, den auch der EuGH mehrmals als in der Verantwortung der Mitgliedstaaten verbleibend anerkannt hat? Der Schlüssel liegt in jenem Gedanken, den der EuGH mit seiner Rechtsprechung schützen möchte: der Verwirklichung der durch den Vertrag gewährten Grundfreiheiten.

Am Beispiel der *Watts*-Entscheidung lässt sich diese Auslegungstechnik demonstrieren:

Um in seinem Urteil die durch das Gemeinschaftsrecht bestehende Verpflichtung für die Mitgliedstaaten, Anpassungen der Systeme der sozialen Sicherheit vornehmen zu müssen, definieren zu können war es notwendig, die Bestimmung des Artikel 152 Abs. 5 EGV zu entschärfen – andernfalls hätte der Gerichtshof sich auf die Feststellung beschränken müssen, dass die zu prüfende Regelung in den Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten fällt.

In seiner Entscheidung erklärte der Gerichtshof aber vielmehr, dass Artikel 152 Abs. 5 EGV für den gegenständlichen Fall nicht mehr als bedeutungslos sei - mit folgender Begründung:

Unter der Betonung, dass die nationale Autonomie im Bereich der Organisation des Gesundheitswesens und der Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit wie sie

Artikel 152 EGV in seinen Bestimmungen vorsieht gewahrt bleibt, legt er die Grundfreiheiten als Beschränkungsverbot aus und legt fest, dass „[...] die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten [müssen]“²⁹².

Die Bestimmung des Art. 152 EGV darf laut Gerichtshof also nicht in einem Sinn interpretiert werden, der die notwendige Berücksichtigung anderer Vertragsbestimmungen oder (sogar) aufgrund diesen erlassener sekundärrechtlicher Bestimmungen (etwa die *VO 1408/71*) außer Acht lässt.²⁹³

Wie scheint es nun vereinbar mit den Regelungen des Art. 152 EGV, dass der Gerichtshof die Grundfreiheiten über Spezialbestimmungen des Vertrages stellt? *Dettling* verneint in seiner Analyse der Entscheidung *Watts* die Sinnhaftigkeit dieses Weges und sieht darin eine Degradierung der Vorgabe, die Organisation des Gesundheitswesens auf nationaler Ebene zu belassen²⁹⁴: Es handle sich nicht nur um eine bloße Zuständigkeit in diesem Bereich, sondern, wie es in der Bestimmung heißt, um eine Verantwortung, die bei den Staaten verbleibt. Aus dieser besonderen Wortwahl resultiere, dass nicht nur Normen wie etwa Verordnungen und Richtlinien diese Bestimmung zu berücksichtigen haben, sie steht „[...] auch jeder anderen Form der rechtlichen Intervention durch die Gemeinschaft entgegen.“²⁹⁵ Daher seien auch einzelfallbezogene richterliche Entscheidungen davon erfasst.

ME werden dabei jedoch einige wichtige Punkte übergangen, deren Berücksichtigung bei der Beurteilung der Entscheidung *Watts* eine wichtige Rolle spielen.

So wurde anhand der in dieser Arbeit vorgestellten Urteile bereits gezeigt, dass diese nicht als „unbestimmte und einzelfallbezogene gemeinschaftsrichterliche Entscheidungen“²⁹⁶ qualifiziert werden dürfen – die gegenseitigen Verweise bzgl. verschiedenster Definitionen oder Ausführungen sind nur die offensichtlichsten Anzeichen, die diesen Vorwurf entkräften.

Auch scheint der Vorwurf der Unbestimmtheit zu voreilig gewählt – denn Intention des Gerichtshofes ist (wie bereits erwähnt) es unter anderem, die Bedürfnisse der Patienten im

²⁹² EuGH, 28.04.1998, C-12/95 Decker, Leitsätze, Slg. 1998, I-1831 und sinngemäß EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 247), Rn 92.

²⁹³ Vgl. EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 247), Rn 147.

²⁹⁴ Vgl. *Dettling*, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für die Gesundheitssysteme? in *EuZW* 2006, 520.

²⁹⁵ *Dettling*, a. a. O. , 522.

²⁹⁶ *Dettling*, a. a. O. , 522.

Gebiet der Gemeinschaft, die aufgrund des Fortschritts in den medizinischen Bereichen immer weiter steigen werden, mit den Bestimmungen des Vertrages (und hier insbesondere den Grundfreiheiten) einerseits und den Interessen der Mitgliedstaaten andererseits in Einklang zu bringen. Diese Aufgabe erfordert eine nicht nur *rechtsprechende* sondern auch *rechtsfortbildende* Tätigkeit. Als „zweiter Motor“²⁹⁷ hinter der Kommission hat der Gerichtshof diese Herausforderung angenommen und versucht, sowohl menschliche als auch wirtschaftliche Bedürfnisse am europäischen Markt der Gesundheitsdienstleistungen in seinen Entscheidungen zu vereinbaren – dies auch vor dem Hintergrund dass Rechtsordnungen immer vor dem Problem stehen, die Vielzahl an Sachverhalten des täglichen Lebens nicht abschließend regeln zu können.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass die Verwirklichung der Grundfreiheiten eines der Hauptziele des EGV ist, wie in der *Einheitlichen Europäischen Akte 1987* und dem *Weißbuch der Kommission zur Vollendung des Binnenmarktes*²⁹⁸ festgehalten. Wie bereits erschöpfend in dieser Arbeit dargestellt muss auch die Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen als davon erfasst angesehen werden. Mögliche Verpflichtungen zu Anpassungen der Systeme der sozialen Sicherheit dürfen unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Artikel 152 EGV nicht wahllos unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit erfolgen, können sich aber ergeben sofern nationale Bestimmungen sich als Beschränkungen darstellen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes darf nicht in einem Sinn verstanden werden, der ihr die Absicht unterstellt, einzelne Systeme der Mitgliedstaaten nach seinen Vorstellungen „reparieren“ zu wollen. Intention ist es mE vielmehr, die durch Art. 152 EGV gewährte Autonomie mit Hilfe der Grundfreiheiten dort zu verneinen, wo es notwendig erscheint, Staaten zur Beseitigung von bestehenden Hemmnissen für eben diese Freiheiten in ihren Rechtsordnungen anzuhalten.

²⁹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 8.1. .

²⁹⁸ KOM (1985) Nr. 310 endg.

8.4.2. Die Frage nach der Existenz eines richterrechtlich geschaffenen gemeinschaftsweiten Mindestniveaus und dessen Bestand gegenüber dem Harmonisierungsverbot des Artikel 152 Abs. 4 EGV

Der zweite Reibungspunkt, der zwischen der *Watts*-Entscheidung und Artikel 152 EGV besteht, ergibt sich aus dessen Absatz 4, der harmonisierende Tätigkeiten der Gemeinschaft im Bereich des Gesundheitswesens stark einschränkt sowie der Annahme, dass durch die Entscheidungen des EuGH ein gemeinschaftsweit geltender Mindeststandard an medizinischer Versorgung sichergestellt werden soll. Vor allem *Dettling* hat sich als einer der ersten kritisch mit diesem durch die *Watts*-Entscheidung aufgekommenen Problem auseinander gesetzt, weshalb in Folge öfters auf dessen Ausführungen verwiesen wird.

Um dieses Verhältnis lösen zu können muss zunächst untersucht werden, inwiefern von dem Bestehen eines alle Mitgliedstaaten bindenden Mindestniveaus ausgegangen werden kann:

Wie *Dettling* festhält hat der Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung *Smits und Peerbooms* ausgeführt, dass bei der medizinischen Bewertung, was als „vertretbar“ oder „üblich“ angesehen werden muss, nicht der nationale Standard Maßstab sein darf sondern geprüft werden muss, welche Erfordernisse auf internationaler Ebene erfüllt sein müssen um der „Üblichkeit“²⁹⁹ einer Behandlung zu entsprechen³⁰⁰.

Auch in der *Watts*-Entscheidung verweist der Gerichtshof auf das Kriterium der „Üblichkeit“, indem er festlegt, dass die Genehmigung einer Krankenhausbehandlung im Ausland nur dann versagt werden kann, wenn die Wartezeit für eine Inlandsbehandlung unter Berücksichtigung aller objektiven medizinischen Parameter das „vertretbare Maß“ nicht überschreitet. Um feststellen zu können, wann dieses vertretbare Maß überschritten ist (der EuGH hat sich in diesem Punkt zurückgehalten), ergeben sich zwei Möglichkeiten – die Ermittlung durch Einzelfallbewertung und das Heranziehen von konkreten Behandlungsbeispielen aus den Mitgliedstaaten einerseits oder – wie von *Dettling* vorgeschlagen – der Rückgriff auf die vom internationalen Weltärztebund festgehaltenen

²⁹⁹ EuGH 12.07.2001, C-157/99 *Smits & Peerbooms*, Slg. 2001, I-5473, Rn 38 und Urteilsspruch.

³⁰⁰ Vgl. *Dettling*, a. a. O., 521 ff.

Leitlinien für ärztliche Tätigkeiten, die sich aus den verschiedenen Deklarationen und Entschlüssen ergeben.

Sowohl die Vorhersehbarkeit als auch die Rechtssicherheit werden durch die erste Möglichkeit mehr erschwert als das Abstellen auf die Vorgaben des Weltärztebundes, weshalb dieser Ansatz mE vorzuziehen ist - dies auch aus dem Grund, dass bestimmte international gemeinsam getroffene Formulierungen integraler Bestandteil der ethischen Verhaltensrichtlinien der Ärzteschaft geworden sind³⁰¹. Demnach ergibt sich der internationale anerkannte Standard des medizinisch Vertretbaren etwa aus dem *Genfer Gelöbnis* von 1948, wonach „die Gesundheit des Patienten oberstes Gebot des Handelns sein soll“.³⁰²

Des weiteren schuldet der Arzt den Einsatz aller durch die ärztliche Wissenschaft möglichen Hilfsmittel und soll es für ihn im Interesse des Wohles des Patienten keine Beschränkungen hinsichtlich der Wahl von Behandlungsmethoden oder -mitteln geben.³⁰³

Diese Vorgaben, aus denen sich zumindest ein ungefähres Bild zeichnen lässt, auf welchem (hohen) Niveau der international anerkannte Standard anzusiedeln ist, sind zum Beispiel nicht vereinbar mit einer längeren Wartezeit bei bestehender Hüftarthrititis, die soweit fortgeschritten ist, dass das Einsetzen eines künstlichen Gelenkes notwendig ist.

Bildet aber nicht der nationale, sondern der international anerkannte Standard den Maßstab für die Beurteilung (etwa bzgl. Rechtzeitigkeit oder Art) der „Üblichkeit“ von Behandlungen oder dem „medizinisch Vertretbaren“ in den Entscheidungen des EuGH, sehen sich die Mitgliedstaaten mit einer neuen Anforderung konfrontiert, die sie erfüllen müssen, um nicht gegen die Vorgaben der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu verstoßen. In der *Watts*-Entscheidung manifestiert sich dieser Standard wie bereits erwähnt etwa in dem Erfordernis, dass der Zeitraum, der durch einen Wartelistenplatz entsteht, nach Beurteilung von objektiven medizinischen Kriterien nicht jenes „vertretbare Maß“ überschreiten darf³⁰⁴, welches sich wiederum aus dem international anerkannten Standard ergibt, wobei die Beurteilung, ob dieser erfüllt ist, den nationalen Gerichten obliegt.

³⁰¹ So etwa die Deutsche Bundesärztekammer, vgl. <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=1.109.114.3351> (26.03.2009)

³⁰² Dettling, a. a. O., 521 sowie zum Genfer Gelöbnis: www.bundesaerztekammer.de/downloads/Genf.pdf (26.03.2009)

³⁰³ Dettling, a. a. O., 521.

³⁰⁴ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Urteilstenor Punkt 2.

Wie bereits festgestellt, kann die Sicherung der Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten dazu anhalten, Anpassungen in ihren Gesundheitssystemen vornehmen zu müssen.³⁰⁵ Vor dem Hintergrund, dass der Gerichtshof, wie soeben ausgeführt, bei der Prüfung einer medizinischen Behandlung (die bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt als von der Dienstleistungsfreiheit erfasst anzusehen ist) vom „international anerkannten Standard“ ausgeht, ergibt sich daraus die Verpflichtung der Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, zumindest dieses Niveau an Behandlungs- und Versorgungsqualität bereitzustellen und wird dadurch ein Minimum an Qualität der medizinischer Versorgung gefordert. *Detting* führt dazu aus, dass „[...] die Rechtsprechung des EuGH zur Krankenhausbehandlung in anderen Mitgliedstaaten in ihrem Kern auf die Schaffung eines gemeinschaftsweiten Mindestniveaus [abzielt].“³⁰⁶ Die Frage nach der Existenz eines europäischen Standards in der medizinischen Versorgung muss also dahingehend beantwortet werden, dass dieser zumindest in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes Einzug erhalten hat – er ist nicht nur ein rechtspolitisches Ziel geblieben, sondern manifestiert sich in den Entscheidungen des Gerichtshofes. Ist dies zwar inhaltlich zu begrüßen, ergeben sich doch Konflikte mit den Bestimmungen des EGV:

Unter Rückgriff auf die Grundfreiheiten kommt es zu einem Harmonisierungseffekt im Bereich der nationalen Gesundheitssysteme, der im Widerspruch zu Art. 152 Abs 4 lit. c EGV steht, welcher ausdrücklich harmonisierendes Tätigwerden der Gemeinschaft in diesem Bereich verbietet und die nationale Autonomie schützt, um den sich aus kulturellen und wirtschaftlichen Differenzen zwischen den Staaten verschiedenen ausgestalteten Zugang zu diesen Systemen sicherzustellen. Aus diesem Grund fände sich hier eine durch die Entscheidung des Gerichtshofes bedingte Verletzung von Vertragsbestimmungen wieder – vor allem auch dadurch, dass „[...] der EuGH als Herr der Grundfreiheiten deren Anwendungsbereich ausweitet [und] zugleich die Kompetenzordnung zu seinen Gunsten [verschiebt].“³⁰⁷ Aus diesen Gründen wäre davon auszugehen,

„dass das Watts-Urteil [...] und die ihm zugrunde liegende
Rechtsprechung zur Krankenhausbehandlung in anderen

³⁰⁵ EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 269), Rn 121.

³⁰⁶ *Detting*, a. a. O. , 521.

³⁰⁷ *Detting*, a. a. O. , S. 523.

Mitgliedstaaten [...] zu den seltenen Ausnahmefällen gehören, in denen die Gemeinschaftsorgane *ultra vires* handeln“.³⁰⁸

Dieser Feststellung sollte jedoch nicht ohne zu reflektieren gefolgt werden – die Bezeichnung des Gerichtshofes als „Herr der Grundfreiheiten“ darf wohl nur als überspitzt bewertet werden – denn handelt es sich bei der Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit auf medizinische Leistungen nicht um eine Feststellung, die das erste Mal im Zusammenhang mit der *Watts*-Entscheidung getroffen worden wäre. Aus der Qualifikation der Krankenhausbehandlung als Dienstleistung, die bei einem grenzüberschreitendem Sachverhalt an den Bestimmungen des EGV zu messen ist, findet sich in diesem Sinne nichts das sich zu kritisieren lohnt.

Wie bereits erörtert ist das Verbot von harmonisierenden Maßnahmen im Gesundheitsbereich gemäß Artikel 152 Abs. 4 lit c EGV nicht absolut und können auf Art. 95 EGV basierende Rechtsakte unter bestimmten Voraussetzungen auch gesundheitspolitische Themen zum Inhalt haben - zwar handelt es sich bei den Urteilen des EuGH naturgemäß nicht um eine Maßnahme nach Art. 95 EGV, jedoch ist zu berücksichtigen (sofern die *Verantwortung*³⁰⁹ der Mitgliedstaaten dahingehend ausgelegt wird, dass dies jedes harmonisierende Eingreifen seitens der Gemeinschaft - ob nun durch Verordnung, Richtlinie oder Entscheidung des EuGH - verbiete), dass auch dieser Ansatz auf seine Anwendbarkeit bei Entscheidungen des EuGH geprüft werden muss.

Wie bereits erläutert ist es nur dann möglich, harmonisierende Rechtsakte zu erlassen, welche auch gesundheitspolitische Themen betreffen, sofern das primäre Ziel die Verwirklichung des Binnenmarktes ist.

An die Prüfung, worin der Hauptzweck einer Maßnahme besteht, ist jedoch ein strenger Maßstab anzulegen – zu gefährlich wäre es andernfalls, durch den Vertrag statuierte Verbote bzw. Ausnahmen zu umgehen. Für den gegenständlichen Fall hat dies zur Folge, dass zu prüfen ist, ob die Verwirklichung des Binnenmarktelements tatsächlich das primäre Ziel des EuGH gewesen ist oder das Verfahren betreffend Frau *Watts* ein willkommener Anlass für die (in diesem Fall rechtswidrige) Harmonisierung der Gesundheits- und Sozialsysteme war.

³⁰⁸ *Detting*, a. a. O. , S. 524.

³⁰⁹ Zu dem Umfang der Verantwortung siehe oben Kap 4.4. .

Ein Argument, welches für die Verwirklichung des Binnenmarktes unter der notwendigen Berücksichtigung des Wohles der Patienten spricht, ergibt sich aus der klaren Wortwahl des Gerichtshofes in seinem Urteilstenor, wonach das Recht auf eine Krankenhausbehandlung im Ausland bei einer nicht mehr zu vertretenden Wartezeit sich ausdrücklich auf Artikel 49 EGV stützt. Um sich auf die Bestimmungen der Dienstleistungsfreiheit berufen zu können, muss diese jedoch in dem fraglichen Bereich in einem Sinn verwirklicht werden, der Beschränkungen verschiedenster Art (wie etwa zu lange Wartezeiten oder Systeme der vorherigen Genehmigung, die rein wirtschaftlichen Belangen dienen) verbietet. Dass sich der Gerichtshof bei der Beurteilung des „vertretbaren Zeitraumes“ auf einen internationalen Standard stützt, um beurteilen zu können, wann dieser Zeitraum überschritten und eine Beschränkung vorhanden ist, schafft in diesem Sinn unbestreitbar eine Harmonisierung durch Richterrecht dahingehend, dass die Mitgliedstaaten ihre Gesundheits- und Sozialsysteme an den internationalen Standard anpassen müssen, um bestehende Beschränkungen zu beseitigen – damit folgt der Gerichtshof seiner Rechtsprechung in der Entscheidung *British American Tobacco*, die ebenfalls in der Lehre diskutiert, jedoch nicht als Ultra-vires-Urteil aufgefasst wurde. Durch das Abstellen auf diesen internationalen Standard sorgt der Gerichtshof überdies für ein höheres Maß an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit für Patienten, wodurch es den betroffenen Personen ermöglicht wird, die gewährleisteten Rechte besser zu nutzen.

Problematisch ist jedoch etwa, dass die Entscheidung des Gerichtshofs sich auch auf die *VO 1408/71* zum Kostenersatz beruft und faktisch diese sekundärrechtlichen Bestimmungen zusammen mit Art. 49 EGV vor die primärrechtlichen Spezialbestimmungen des Art. 152 Abs. 4 und 5 EGV stellt – bis auf die Ausführungen zur (Nicht-) Anwendbarkeit des Artikel 152 EGV finden sich keine Anhaltspunkte in seiner Entscheidung, aus denen sich schließen ließe, dass der Gerichtshof im Wege der Auslegung versucht hat, die widerstrebenden Ziele des Vertrages miteinander zu vereinen – vielmehr überließ er diese Aufgabe den Adressaten und Interessierten an dieser Entscheidung. Durch diese Technik scheint es, als würde der Gerichtshof den Schritt von der Interpretation hin zum Schaffen von Normen vollzogen haben³¹⁰ ohne sich an die grundlegenden Regeln der Auslegung zu halten. Differenzierter bzw. von einem anderen Standpunkt aus betrachtet ergibt sich jedoch wie bereits angesprochen aus der

³¹⁰ Vgl. zu dieser Meinung *Detting*, a. a. O., S. 523.

Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitsbereich, dass es in seiner Urteilssequenz auch immer um die Berücksichtigung und Vereinbarkeit der Bestimmungen des EGV untereinander ging, ohne dass dies eines expliziten Hinweises bedürfe.

Der EuGH trat in seiner *Watts*-Entscheidung für eine durchaus patientenfreundliche Auslegung der Dienstleistungsfreiheit ein, durch die die Prinzipien des freien Marktes mit den Anforderungen an eine nachhaltige, für jedermann gut zugängliche und qualitativ gesicherte Gesundheitsversorgung in Einklang gebracht werden sollten, ohne die Mitgliedstaaten ihrer durch den Vertrag garantierten Autonomie zu berauben. Dass diese jedoch dazu angehalten werden, zur Gewährleistung der aktiven und passiven Dienstleistungsfreiheit Änderungen in ihren Systemen vorzunehmen und sich dabei an einem international anerkannten Maßstab zu halten haben lässt mE nicht automatisch den Schluss zu, der Gerichtshof würde für sich eine Kompetenz-Kompetenz beanspruchen, welche im Rechtsgefüge der Gemeinschaft nicht vorgesehen ist. Vielmehr kanalisiert sich die Dynamik des Gemeinschaftsrechts in diesem Urteil, um auf neue Herausforderungen reagieren zu können – unbestreitbar muss jedoch diese Entwicklung mit Vorsicht vorangetragen und beobachtet werden, um nicht den Schritt aus der Grauzone des „Hebels“ der Dienstleistungsfreiheit in den Bereich der Unzulässigkeit zuzulassen.

8.4.3. Vom Diskriminierungsverbot hin zum originären Leistungsrecht

Die Anwendung und Auslegung der Grundfreiheiten spielt in den Entscheidungen des Gerichtshofes wiederholt eine wichtige Rolle – nicht nur in jenem Bereich, den diese Arbeit herausstreicht. In der Geschichte der Urteile des EuGH fand bei der Auslegung der „Freiheitsrechte des Binnenmarktes“³¹¹ ein Wandel statt, der den Grundfreiheiten, welche anfangs „nur“ als Diskriminierungsverbote vorgesehen waren, eine stetig größere Bedeutung zukommen ließ. Diesen Trend einer extensiven Auslegung setzte der EuGH in seiner *Watts*-Entscheidung fort, weshalb auch auf diesen Aspekt besonderes Augenmerk gelegt werden muss.

Dem Konzept der vier Grundfreiheiten im Binnenmarkt folgend war auch die Dienstleistungsfreiheit darauf gerichtet, sowohl direkte als auch indirekte (das Anknüpfen von Normen an Merkmale, die im Regelfall von Ausländern erfüllt werden³¹²) Diskriminierungen, die auf die Staatsangehörigkeit der beteiligten Unionsbürger zurückzuführen sind, zu beseitigen.

In Artikel 50 Abs. 3 normiert der EGV, dass der Dienstleistungserbringer auch bei nur kurzem Aufenthalt in einem anderen Staat unter den selben Bedingungen wie dort ansässige Unternehmen arbeiten können muss. Hierbei wurde jedoch nicht berücksichtigt, dass eine Vielzahl von (notwendigen) nationalen Bestimmungen existiert, die auf Unternehmer ausgelegt sind, welche sich dauerhaft im Wirtschaftsgebiet eines Staates betätigen wollen. In seiner Entscheidung C-205/84 *Kommission gegen Deutschland*³¹³ behandelte der Gerichtshof dieses Problem und kam zu dem Schluss, dass nicht jede Regelung, die für inländische niedergelassene Unternehmer gelte auch auf nur kurzfristig zum Zweck der Leistungserbringung im Staatsgebiet aufhältige Personen anzuwenden sei – vielmehr könne dies dazu führen, dass das Ziel der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit vereitelt werde.³¹⁴

³¹¹ Beiser/Zorn in Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 95, Rz 13.

³¹² Vgl. Kucsko-Stadlmayer in Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 12, Rz 52 mwN.

³¹³ EuGH 25.02.1986, C-205/84 *Kommission/Deutschland*, Slg. 1986, I-3755.

³¹⁴ Vgl. dazu auch Budischowsky in Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 49, Rz 23 ff.

Nach dieser neuen, weitergehenden³¹⁵, Auslegung der Dienstleistungsfreiheit ist es nun möglich, dass auch Bestimmungen, die unterschiedslos auf In- wie Ausländer angewendet werden, sich als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit darstellen, wobei unter „Beschränkung“ Regelungen zu verstehen sind, die „geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden [...] zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen“.³¹⁶

Im Gegensatz zu Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, die grundsätzlich nur aus den in Art. 55 iVm 46 EGV genannten Gründen (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit) gerechtfertigt beibehalten oder eingeführt werden können, sind nicht diskriminierende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit aufgrund der weiterreichend zu verstehenden zwingenden Gründe des Allgemeininteresses möglich³¹⁷ (wodurch wohl auch ein „Gegengewicht“ zu der neuen Auslegung der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote geschaffen werden sollte, um eine flexible Argumentationsbasis für notwendige nationale Maßnahmen zu haben).

Auch in seiner Rechtsprechung zur Krankenhausbehandlung in anderen Mitgliedstaaten musste sich der Gerichtshof mit Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und deren möglicher Rechtfertigung auseinandersetzen. Sowohl in seinen Entscheidungen *Smits & Peerbooms*, *Müller-Frauré und van Riet* als auch *Watts* stellte sich die Frage, ob Systeme der vorherigen Genehmigung ein Hindernis für die Dienstleistungsfreiheit darstellen und falls ja, inwiefern dieses gerechtfertigt sein kann³¹⁸. Im Ergebnis erachtet der Gerichtshof dieses System als Beschränkungen, da es

„die betroffenen Patienten davon abschreckt oder sogar daran hindert, sich an Erbringer von Leistungen der Krankenhausversorgung in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, und [somit] für diese Patienten als auch für die Leistungserbringer eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt.“³¹⁹

³¹⁵ Davon erfasst ist auch die aus Art. 10 EGV abgeleitete Pflicht der Mitgliedstaaten, durch aktives Handeln die Grundfreiheiten zu sichern – vgl. dazu EuGH 09.12.1997, C-265/95 Kommission gegen Frankreich, Slg. 1997, I-6959. Bejahend *Frenz*, welcher aber keine Notwendigkeit für einen Rückgriff auf Art. 10 EGV sieht, um diese Handlungspflicht zu begründen.

³¹⁶ EuGH 25.07.1991, C-76/90 Säger/Dennemeyer, Slg. 1991, I-4221, Rn. 33 und *Budischowsky*, a. a. O., Rn 25.

³¹⁷ Etwa Konsumenten- und Arbeitnehmerschutz, vgl. zu weiteren Beispielen *Budischowsky*, a. a. O., Rn 27.

³¹⁸ Vgl. dazu den Exkurs unter Kapitel 8.2.

³¹⁹ EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 269), Rn 98.

Vor allem in seiner *Watts*-Entscheidung geht der EuGH jedoch noch über diese Auslegung hinaus und untersucht die Frage, ob sich aus Art. 49 ff. EGV ein originärer Rechtsanspruch auf Kostenübernahme von Krankenhausbehandlungen im Ausland ergibt, denn

„[...] nachdem eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs festgestellt worden ist und bevor die Frage beantwortet wird, ob ein NHS-Patient nach Artikel 49 EG Anspruch auf medizinische Behandlung in einem Krankenhaus in einem anderen Mitgliedstaat zu Lasten des betreffenden nationalen Dienstes hat, ohne durch diese Beschränkung behindert zu werden, ist zu prüfen, ob die Beschränkung objektiv gerechtfertigt sein kann.“³²⁰

Mit dieser Wortwahl anerkennt der Gerichtshof die Möglichkeit eines sich direkt aus den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts ergebenden Anspruchs auf die Übernahme der Kosten einer Krankenhausbehandlung im Ausland, ohne dass dieser durch unzulässige Beschränkungen³²¹ eingegrenzt werden dürfte und stellt in Folge fest, dass

„[...] Artikel 49 EG auf einen Fall anwendbar [ist], in dem sich eine Person, deren Gesundheitszustand eine Krankenhausbehandlung erforderlich macht, in einen anderen Mitgliedstaat begibt und dort gegen Entgelt eine derartige Behandlung erhält, ohne dass zu prüfen wäre, ob die Leistungen der Krankenhausversorgung, die im Rahmen des Systems erbracht werden, auf dessen Leistungen diese Person Anspruch hat, selbst Dienstleistungen im Sinne der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr darstellen.“³²²

Die Dienstleistungsfreiheit verbietet nach Meinung des Gerichtshofes nicht nur (direkt oder indirekt) diskriminierende und beschränkende Maßnahmen sondern gewährt den Unionsbürgern einen im Gemeinschaftsrecht begründeten Anspruch auf die Kostenübernahme von Krankenhausbehandlungen im Ausland, schafft ein originäres

³²⁰ EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 269), Rn 101.

³²¹ Vgl. zu den gerechtfertigten Beschränkungen, welche sich aus den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses ergeben, oben Kapitel 8.2. .

³²² EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 269), Rn 123.

Leistungsrecht auf welches sich der einzelne gegenüber seinem Mitgliedstaat unmittelbar berufen kann.³²³

Ähnlich der (aus dem Diskriminierungsverbot abgeleiteten) Pflicht zur aktiven Gleichbehandlung durch die Mitgliedstaaten wird hier aus der Dienstleistungsfreiheit die Verpflichtung zu einem Handeln abgeleitet. Der Unterschied besteht jedoch in Umfang und Ziel:

Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung als ein den Grundfreiheiten immanenter Gedanke gepaart mit dem Institut der Unionsbürgerschaft sichert Angehörigen anderer Mitgliedstaaten die Teilhabe an bereits bestehenden Leistungsverpflichtungen eines Mitgliedstaats (es handelt sich um derivative bzw. partizipatorische Rechte, welche nicht eigens geschaffen wurden sondern bereits für die Bürger des jeweiligen Staates bestanden)³²⁴. In der Lehre und vom EuGH ist der Bestand derartiger Rechte vor allem im Hinblick auf staatliche Leistungen im sozialen Bereich akzeptiert, da die Unionsbürgerschaft und das auf ihr beruhende Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht nicht durch eine unsachliche Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verletzt oder erschwert werden dürfen³²⁵ - „aus dem Aufenthaltsrecht wird daher verschiedentlich ein allgemeines Recht auf soziale Grundsicherung gefolgert.“³²⁶ Die Auslegung des EuGH in der *Watts*-Entscheidung ermöglicht aber einen originären Anspruch auf Kostenübernahme, welcher nicht ausschließlich auf die Gleichstellung mit Angehörigen anderer Mitgliedstaaten gerichtet ist.³²⁷

Zwar hat der Gerichtshof die Schaffung originärer Rechte als Ergebnis der Grundfreiheiten bereits durch das Bestehen von staatlichen Schutzpflichten bejaht³²⁸, jedoch sollen diese Schutz vor den Übergriffen durch andere private Personen gewähren –

³²³ Zur unmittelbaren Anwendbarkeit vgl. EuGH 15.7.1964, C-6/64 *Costa/ENEL*, Slg. 1954, I-1141; EuGH 03.12.1974, C-33/74 *van Binsbergen*, Slg. 1974, I-1299.

³²⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht (2004), Rn. 198 ff; *Reichelt*, „Vom Diskriminierungsverbot zur Unionsbürgerschaft“ in: FS Michalek (2005), S. 357 f. .

³²⁵ Etwa: EuGH 12.5.1998, C-85/96 *Martínéz Sala*, Slg. 1998, I-2691, Rn 61 f. zum Recht auf Gewährung von Kindergeld in einem anderen Staat zu gleichen Bedingungen wie Inländer; 20.09.2001, C-184/99 *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193, Rn 31 ff. zur Gewährung des Existenzminimums und Arbeitslosenunterstützung für Studierende aus dem EU-Ausland. Für weitere Beispiele *Kolonovits* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 18 Rz 20.

³²⁶ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 12 Rz 47.

³²⁷ Auch wenn dieser unter bestimmten Umständen nicht gewährt werden muss – vgl. dazu die Ausführungen zu Systemen der vorherigen Genehmigung weiter oben.

³²⁸ Grundlegend dazu EuGH 09.12.1997, C-265/95 *Kommission gegen Frankreich*, Slg. 1997, I-6959 und auch *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. I (2004), Rn 190 ff.

Leistungsrechte entstehen daraus genauso wenig wie eine Verpflichtung etwas über den notwendigen Schutz hinaus zu unternehmen.

Mit der Gewährung dieses Anspruchs auf Kostenübernahme erreicht der Gerichtshof die Grenze der Dienstleistungsfreiheiten, berührt und überschreitet diese vielleicht sogar. Denn wie *Frenz* richtig betont ist es das Ziel der Grundfreiheiten, einen Raum ohne (ungerechtfertigte) Hindernisse zu schaffen, in welchem sich Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital so frei als möglich bewegen können. Dort, wo spezifische inländische Regelungen bestehen, die einen vergünstigenden Charakter besitzen und der Ausschluss von EG-Ausländern eine die Grundfreiheiten einschränkende Diskriminierung bedeuten würde, ist es notwendig eine derivative Teilhabe zu gewährleisten um den Binnenmarkt zu verwirklichen – jedoch nicht mehr. Eine Gewährung von originären *Leistungsrechten* aus den Grundfreiheiten würde aufgrund der damit verbundenen staatlichen Vorherrschaft dem Ziel der Grundfreiheiten entgegenlaufen.³²⁹

Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass es dem Gerichtshof mit seinem gegenständlichen Urteil gerade um die Verwirklichung der passiven Dienstleistungsfreiheit geht, wobei per definitionem der Leistungsempfänger im Mittelpunkt steht. Um das Recht auf Kostenübernahme gegen den eigenen Mitgliedstaat und die daraus resultierende Dienstleistungsfreiheit nutzen zu können besteht jedoch kein Anspruch, aus welchem sich auf derivativen Wege dieses Recht auf Leistung ableiten lassen könnte. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass der EuGH im gegenständlichen Fall die Notwendigkeit gesehen hat, ein originäres Leistungsrecht aus den Grundfreiheiten abzuleiten, um diesen zum Durchbruch zu verhelfen. Darüber hinaus ist dieser spezifische Anspruch auf Kostenerstattung von Auslandsbehandlungen durchaus von den Mitgliedstaaten bejaht worden, da dessen Voraussetzungen auch in der *VO 1408/71* festgelegt werden.

³²⁹ *Frenz*, a. a. O. , Rn 205 f. .

8.4.4. Inländerdiskriminierung zur Umsetzung der Patientenmobilität?

Da die Grundfreiheiten und somit auch die gegenständlichen Entscheidungen des EuGH rechtliche Wirkungen nur bei dem Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes entfalten, wurde in der Literatur zu Recht das Problem der Inländerdiskriminierung durch die Urteile des Gerichtshofes im Bereich der Patientenmobilität und dessen Auswirkungen diskutiert – kommt es durch die gemeinschaftsrechtlich bedingte Besserstellung von grenzüberschreitenden Patienten zu einer unsachlichen Benachteiligung von Personen, die für ihre Behandlung (etwa aufgrund mangelnder Transportfähigkeit) im Inland bleiben müssen und in Folge zu einer unausgeglichene medizinischen Versorgung in den Mitgliedstaaten?

Tatsächlich hält sich der Gerichtshof bei der Behandlung dieser gesundheitspolitischen Fragen³³⁰ sehr bedeckt und liefert keine genauen Antworten, inwiefern die Mitgliedstaaten dazu angehalten sind, vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur Übernahme von Auslandsbehandlungskosten ihre nationalen Budgets aufzustocken, um eine nachhaltige Versorgung im Inland gewährleisten zu können.

Der Gerichtshof stellt in seiner Entscheidung fest, dass die Mitgliedstaaten – unter Wahrung ihrer Autonomie bei der Organisation der Gesundheitssysteme – aufgrund der Dienstleistungsfreiheit auch Anpassungen hinsichtlich der Mittel, die für das Funktionieren der Gesundheitssysteme notwendig sind, vornehmen müssen – etwa durch die Einrichtung von finanziellen Mechanismen zur Kostenerstattung von Auslandsbehandlungen.³³¹ Sofern der die Auslandsbehandlung beantragende Patient diese tatsächlich dringender als ein „Vergleichspatient“ benötigt, der sich nicht ins Ausland begeben kann oder möchte, stellt dies kein Problem dar. Tritt jedoch der denkbare Fall ein, dass neben dem beantragenden Patienten noch weitere Personen existieren, deren Behandlungsbedarf genauso dringend oder vielleicht sogar dringender ist, tritt das angesprochene Problem der Inländerdiskriminierung auf: Der EuGH beantwortet nicht, inwiefern die Behandlungen von Patienten im Inland gesichert werden sollte oder ob das gedeckelte Budget des *NHS* beispielsweise nach oben hin geöffnet werden muss.

³³⁰ So etwa gestellt vom High Court of Appeal – vgl. EuGH 16.05.2006, C-372/04 Watts, Slg. 2006, I-4325, Rn 42 Punkt 3 c und d.

³³¹ Vgl. EuGH, Urteil Watts (o. Fußn. 326), Rn 121.

Dies ermöglicht es den Mitgliedstaaten, nur Umschichtungen in den jeweiligen Ressorts vorzunehmen wodurch zwar die Kosten für Auslandsbehandlungen gedeckt wären - jedoch bei gleichzeitiger Einsparung im eigenen Land zu Lasten der dortigen Patienten. Der rein innerstaatliche Sachverhalt wird dadurch gegenüber Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug, welche von den günstigeren Regelungen des Gemeinschaftsrecht profitieren, benachteiligt (die Diskriminierung bezieht sich also nicht direkt auf die Staatsangehörigkeit der Personen, wirkt sich aber im Besonderen immer auf die jeweiligen Staatsbürger aus³³²).

Warum der Gerichtshof diese Fragen nicht eingehender behandelt hat bleibt im Nachhinein lediglich Gegenstand von Vermutungen. Im Bewusstsein, mit seiner Auslegung des Artikel 152 EGV für Diskussionen über die Rechtmäßigkeit seiner Entscheidung im Hinblick auf die dort garantierte Autonomie der Mitgliedstaaten zu sorgen schien es vielleicht eher angebracht, die bereits von ihm getroffenen klaren Vorgaben nicht zu strapazieren und den Kritikern noch mehr Angriffsfläche zu bieten. Dies würde auch die wiederholten Feststellungen in seiner Entscheidungen in ein entsprechendes besänftigendes Licht rücken, wonach seine Auslegung nicht dazu führen würde, Wanderungsströme von Patienten zwischen den Mitgliedstaaten zu verursachen, da schlussendlich Genehmigungen von Auslandsbehandlungen in Krankenhäusern immer noch versagt werden können, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, die die Wartezeit als unvertretbar erscheinen ließen.³³³

Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass sich der EuGH nicht der gesundheits- und sozialpolitischen Auswirkungen seiner Entscheidung bewusst gewesen wäre – vor allem vor dem Hintergrund, dass die hL das Phänomen der Inländerdiskriminierung als wohl gegen das Ziel des Binnenmarktes, nicht aber gegen dessen Regeln verstoßend ansieht: die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten bzw. des EGV an sich ist nur bei einem grenzüberschreitendem Sachverhalt („gemeinschaftsrechtlich geregelte Situation“³³⁴) gegeben, weshalb die Entscheidung über die Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung und deren Beseitigung grundsätzlich Sache der jeweiligen Mitgliedstaaten und nicht des EuGH ist.³³⁵

³³² *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 12 Rz 54.

³³³ Vgl. EuGH, Urteil *Watts* (o. Fußn. 326), Rn71 ff. .

³³⁴ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 12 Rz 52.

³³⁵ Vgl. zu diesen Ausführungen *Streinz*, a. a. O. , S. 314; *Kucsko-Stadlmayer*, a. a. O. , Art. 12 Rz 54.

Mögliche Konsequenz ist in Folge die innerstaatliche Auseinandersetzung mit der Existenzberechtigung der gegenständlichen beschränkenden Regelung, vor allem im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz (in Österreich Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG 1867 oder Deutschland Art. 3 GG), wodurch eine „Bereinigung“ der Inländerdiskriminierung auf nationaler Ebene erfolgen kann.³³⁶ Unter Berücksichtigung dieses Gedankens ist es möglich, dass der Europäische Gerichtshof sich gewollt in diesem Bereich zurückgehalten hat.

Diese Motivation ist jedoch schnell begründeter Kritik ausgesetzt: Denn kann sich der EuGH nicht auf eine schnelle Reaktion der Mitgliedstaaten zu diesem Thema verlassen, wenn man berücksichtigt, dass in der Praxis neben einem konkreten Anlassfall auch des öfteren zuerst politischer Druck ausgeübt werden muss, um bestimmten Problemen auf einer lösungsorientierten Basis zu begegnen. All dies würde zu Lasten der betroffenen Bürger geschehen, weshalb schon aus diesem Grund eine klare Aussage zu wünschen gewesen wäre.

Überdies existieren zu dem Thema der umgekehrten Diskriminierung und der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts begründete Gegenmeinungen, die auf dem Gedanken basieren, dass die Unterscheidung zwischen „innerstaatlichen“ und „grenzüberschreitendem“ Sachverhalt als überholt betrachtet werden muss, sofern man sich dem Ziel des Gemeinsamen Marktes (der sich nicht mehr auf das Wirtschaftsleben beschränkt, sondern auch im Sinne einer politischen Gemeinschaft erweitert wurde) wirklich weiter annähern möchte. Die Inländerdiskriminierung wird über das Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV, welches durch die Interpretation als Beschränkungsverbot jede Behinderung der Grundfreiheiten (ohne auf die grenzüberschreitende Komponente abzustellen) erfasst³³⁷, in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts aufgenommen und damit auch entscheidungsrelevant für den EuGH.³³⁸ Auch *Epiney* postuliert in diesem Zusammenhang eine Ausdehnung der Grundfreiheiten um die Fälle der Inländerdiskriminierung erfassen zu können, da diese zu

³³⁶ Zur Interpretation des Gleichheitsgrundsatzes als allgemeines Sachlichkeitsgebot, aus dem sich die Verpflichtung zur Beseitigung eines benachteiligenden innerstaatlichen Sachverhaltes ergibt vgl. *Kucsko-Stadlmayer*, a. a. O., Art. 12 Rz 55 mwN.

³³⁷ Vgl. *Kewenig*, „Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung“ in JZ 1990, S 23.

³³⁸ Kritisch *Kucsko-Stadlmayer*, a. a. O., Art. 12 Rz 53.

einer Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation, dem Abschotten von Märkten und somit einer verlangsamten Integration führe.³³⁹

Folgte man dieser Theorie, hätte sich der Gerichtshof auch mit den Auswirkungen seiner Entscheidung auf Inländer auseinander setzen müssen – ein durchaus wünschenswertes Ergebnis.

8.5. Einfluss der Entscheidungen auf das Gesundheitswesen und in Folge auf:

Die Ausführungen in den vorangegangenen Kapiteln haben erschöpfend dargestellt, dass die Entscheidungen des EuGH nicht nur Bedeutung für den jeweiligen Anlassfall bzw. die konkreten Rechtsfragen hatten, sondern darüber hinaus auch Auswirkungen auf die Organisation des nationalen Gesundheitswesens an sich haben – zu erwähnen sind hier die Schaffung des gemeinschaftsweiten Mindestniveaus, welches die Staaten zumindest zur laufenden Prüfung anhält, ob dieser Standard auch in den jeweiligen Einrichtungen gehalten wird oder der Umstand, dass Art. 49 EGV einen Anspruch auf Krankenhausbehandlungen im Ausland gewährt, der nur unter bestimmten Gründen mit dem Verweis auf eine bestehende Wartezeit im Inland nicht erfüllt werden muss. Aufgrund dieser Interpretation müssen sich die Mitgliedstaaten und die für den Bereich der Gesundheitspflege zuständigen öffentlichen Stellen mit einem drohenden auftretenden Mehraufkommen an Patienten und dessen Berücksichtigung in nationalen Haushaltsplänen auseinandersetzen: mögliche Folgen sind der Erlass neuer Qualitätsvorschriften oder interner Richtlinien, durch deren Einhaltung vermieden werden soll, dass der „Zeitraum des medizinisch Vertretbaren“ überschritten und damit die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten einer Auslandsbehandlung begründet wird.

Auch bezüglich der rechtlichen Ausgestaltung der Genehmigungsverfahren an sich hat der Europäische Gerichtshof klare Feststellungen getroffen – Systeme der vorherigen Genehmigung müssen transparent und leicht zugänglich sein, auf objektiven Kriterien beruhen und die Entscheidung muss durch die Anrufung eines Gerichtes überprüft werden können – dieser Katalog an Vorgaben ist zwingend, sofern der jeweilige Staat es nicht

³³⁹ Vgl. *Epiney*, Umgekehrte Diskriminierungen (1995), S. 11 f.

riskieren möchte, eine unzulässige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit in seinem System bestehen zu lassen. So sah sich die englische Regierung damit konfrontiert, dass das in ihrem Land geltende Genehmigungsmodell das Ermessen der Behörde nicht genug eingeschränkt hatte – durch die Einführung von objektiven Kriterien die jedermann zugänglich sind kann dies behoben werden.

Aber auch hinsichtlich einer abstrakteren Ebene, auf welcher vor allem die Interpretation des Gerichtshofes dass Spezialbestimmungen des Vertrages unter gewissen Umständen durch die Grundfreiheiten und sie verwirklichende Akte des Sekundärrechts überlagert werden können, im Mittelpunkt steht, ergibt sich eine Einflussreichweite, die über die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten hinaus in andere Bereiche geht - eine genaue Untersuchung, welche Regelungen in welchem Umfang möglichen Änderungen oder Neuauslegungen unterliegen, kann hier nicht vorgenommen werden, ohne den Rahmen dieser Arbeit zu sprengen - deshalb muss sich dieses Kapitel auf kurze Denkanstöße beschränken.

8.5.1. Wirtschaftsrecht und -leben

Es ist wenig überraschend, dass die Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofes zu den verschiedenen Tabakwerberichtlinien sowie über die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung im Ausland auch Einfluss auf das in den Mitgliedstaaten herrschende Wirtschaftsrecht und -leben ausgeübt haben.

Die RL 2001/37/EG verbietet es, Bezeichnungen zu verwenden die vortäuschen, dass bestimmte Tabakprodukte weniger schädlich wären als andere. Mit der Bestätigung dieses Rechtsaktes in dem Urteil *British American Tobacco* war es Tabakprodukterzeugern teilweise nicht mehr möglich, bereits etablierte Marken weiter zu vertreiben („Milde Sorte“, „Marlboro Light“). Wurden durch diese Richtlinie zwar die differierenden nationalen Vorschriften bezüglich Herstellung und Aufmachung von Tabakprodukten harmonisiert und dadurch künftige Hindernisse für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt, so ist es nicht von der Hand zu weisen, dass den Produzenten damit wichtige Identifikationsmöglichkeiten auf dem Tabakmarkt genommen wurden und vor dem Hintergrund des geistigen Eigentums an den betroffenen Marken in gewisser

Hinsicht auch Vermögensgüter nicht mehr genutzt werden können. Der EuGH hat jedoch in diesem Zusammenhang das Recht auf die Führung von bereits gefestigten Marken als nicht höherwertiger gegenüber dem Recht des Konsumenten, im Sinne eines hohen Gesundheitsschutzniveaus klar über Tabakprodukte informiert zu werden, beurteilt.³⁴⁰

Neue Herausforderungen stehen der Industrie auch insofern bevor, als dass sich die Frage stellt, ob die im Zuge der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes entwickelten Grundsätze nicht auch auf ähnliche Produkte übertragen werden können: auch Alkohol hat sowohl lang- als auch kurzfristig spürbare negative gesundheitliche Auswirkungen, deren mögliches Eintreten nicht durch die Bezeichnung „light“ oder ähnliche Umschreibungen beschönigt oder verklärt werden sollten. Es wäre hier zu prüfen, ob die nationalen Bestimmungen über die Aufmachung von alkoholischen Getränken differieren und eine Harmonisierung notwendig erscheint, um möglichen Handelshemmnissen vorzubeugen. Wäre dies der Fall, ist auch hier wiederum im Sinne des Art. 95 Abs. 3 EGV ein hohes Schutzniveau im Bereich der Gesundheit anzulegen, wodurch auch dieser Maßnahme maßgebende Bedeutung im Bereich des Gesundheitsschutzes zukommen könnte, ohne die Verantwortung der Mitgliedstaaten bezüglich der Organisation ihrer Gesundheitssysteme zu beeinträchtigen.

Weitere Beispiele wären etwa Produkte, die mit ihrer Eigenschaft als „zuckerfrei“ beworben werden, jedoch andere Süßungsmittel („Coke Zero“) enthalten oder Waren, die einen überdurchschnittlich hohen Anteil an Fett haben³⁴¹ – eine mögliche Entwicklung in diese Richtung bleibt abzuwarten.

³⁴⁰ *Hempel*, Tabakgenuss und Europarecht in ÖBl 2008, S. 211.

³⁴¹ Vgl. *Hempel*, a. a. O., S. 214.

8.5.2. Verwaltungsrecht

Die Erteilung einer Genehmigung zur Auslandsbehandlung erfolgt in Österreich durch den zuständigen Sozialversicherungsträger. Sofern die beantragte Kostenübernahme bestätigt wird, ist dem Patienten das Formular E-112 auszuhändigen, welches von diesem als Bestätigung im jeweiligen Behandlungsstaat vorzulegen ist. Das Rechtsverhältnis zwischen den beteiligten Parteien ist dadurch gekennzeichnet, dass der Versicherungsträger als juristische Person öffentlichen Rechts³⁴² eine mit Imperium ausgestattete Partei ist, die dem ansuchenden Patienten die begehrte Genehmigung³⁴³ erteilt oder nicht – es handelt sich hierbei nicht um ein privatrechtliches, sondern öffentlich-rechtliches Verhältnis.

Der EuGH hat in seinen Erkenntnissen herausgearbeitet, dass Systeme der vorherigen Genehmigung als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sind, sofern das Verfahren zur Entscheidungsgewinnung über die Genehmigungserteilung auf objektiven Kriterien beruht, die das Ermessen der Behörde weitestgehend einschränken und ausreichende Transparenz in diesem Verfahren gewährleistet wird³⁴⁴. Aus diesem Grund müssten auch die einschlägigen österreichischen Regelungen einer Überprüfung unterzogen werden, ob sie diesen Erfordernissen entsprechen und gegebenenfalls an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben angepasst werden.

8.5.3. Medizinrecht

Unter den Begriff des Medizinrechts werden mehrere Rechtsgebiete subsumiert, so etwa das Arztrecht, das Arzneimittelrecht, das Medizinproduktrecht und auch das Transfusionsrecht.

Das Arztrecht, welches wiederum alle Normen beinhaltet, die das rechtliche Verhältnis zwischen dem Arzt und seinen Patienten definieren und darüber hinaus auch jene

³⁴² *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2003), S. 24.

³⁴³ *Raschauer*, a. a. O., S. 236 zu den Wesensmerkmalen eines Bescheids als „von einer Verwaltungsbehörde im Bereich der Hoheitsverwaltung förmlich erlassene individuelle außenwirksame Norm“.

³⁴⁴ Diese Anforderungen hatte das englische System nicht erfüllt – vgl. dazu die Ausführungen zum Urteil *Watts* in Kapitel 8.3. .

Bestimmungen erfasst, die die Ausübung des Arztberufs an sich betreffen³⁴⁵, steht als Recht eines der wichtigsten Leistungserbringer in einem engen Kontext mit dem Gesundheitswesen und ist dadurch unter Umständen auch von den Urteilen des EuGH betroffen.

Im Zuge seiner Aufklärungspflichten, die aus dem zwischen dem Arzt und seinem Patienten bestehenden Vertrag entstehen und denen er beim aufklärenden Gespräch nachzukommen hat, stellt sich die Frage, inwiefern er diesen auch über die Möglichkeit einer Auslandsbehandlung unter Kostenübernahme durch den nationalen Versicherer zu informieren hat - den vom *Genfer Gelöbnis* aufgestellten Prinzipien folgend, welche den Mediziner zu jeglichem Handeln verpflichten, welches dem Wohl des Patienten dient, muss man sich vor dem Hintergrund der Urteile des EuGH die Frage stellen, ob den Arzt auch eine dahingehende Informationspflicht trifft.

Der behandelnde Arzt ist jene Person, die am genauesten über die für die Erteilung der Genehmigung relevanten medizinischen Parameter Bescheid weiss und beurteilen könnte, ab wann eine Wartezeit auf eine Behandlung jenes Maß überschreitet, welches als medizinisch vertretbar angesehen werden muss – wobei ihn jedoch keine Pflicht treffen kann, eine juristische Beurteilung der Gesamtsituation zu erstatten.

Ergibt sich jedoch aus den objektiven medizinischen Informationen, dass die Wartezeit im Inland zu lang wäre und wird der Patient darüber nicht aufgeklärt, könnte sich hieraus eine *informatiorische Fehlleistung nichtärztlicher Natur* ergeben. Denn zu den Informationen, die ein Arzt dem Patienten zukommen lassen muss, gehören auch jene nicht unmittelbar dem ärztlichen Bereich zurechenbaren Auskünfte, die einen Einfluss auf die Willensbildung des Patienten haben.³⁴⁶ Auskünfte über die medizinische Dringlichkeit einer Behandlung und die im Regelfall auftretende Wartezeit sind dem Arzt wohl zuzumuten, weshalb er auch dazu angehalten werden sollte, den Patienten zumindest allgemein über die Möglichkeit von Auslandsbehandlungen zu informieren.

Nimmt man das Bestehen einer solchen Verpflichtung an, stellt sich in Folge die Frage nach den haftungsrechtlichen Folgen für den Arzt. Hat er für etwaige Ansprüche einzustehen, die sich aus einer verspäteten oder nicht erfolgten Aufklärung ergeben haben, obwohl ein Recht auf Auslandsbehandlung bestanden hätte?

³⁴⁵ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht (2008), S. 4.

³⁴⁶ Zu dieser Informationspflicht siehe Deutsch/Spickhoff, a. a. O., S. 139.

Es handelt sich hierbei jedoch nur um theoretische Erwägungen, die keinen Anspruch auf Gültigkeit besitzen und einer erheblich weitergehenden Untersuchung benötigen würden um sie zu be- oder entkräften – einmal mehr kann aber dadurch gezeigt werden, welch weiten Einfluss die Urteile des Europäischen Gerichtshofes und das Gemeinschaftsrecht auf verschiedenste Rechtsgebiete haben können.

8.6. „Der Schutz der öffentlichen Gesundheit“ als Rechtfertigungsgrund für Beschränkungsmaßnahmen

Den Abschluss der in diesem Kapitel getroffenen Ausführungen bildet die Behandlung der Frage, was unter dem Terminus der „öffentlichen Gesundheit“ im Sinne des EGV verstanden werden muss. Wie bereits erörtert³⁴⁷ kann sich durch Unschärfen in der Übersetzung ein weite Begriffsbedeutung ergeben, die es einzugrenzen gilt - gerade vor dem Hintergrund, dass Beschränkungen der Grundfreiheiten (wie sie in dieser Arbeit vorgestellt wurden) basierend auf dem ordre-public Vorbehalt³⁴⁸ auch im Hinblick auf den Schutz der nationalen Gesundheitssysteme von Bedeutung sein können.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Frage, welche Indikatoren die Beschränkung einer Grundfreiheit aufgrund des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt erscheinen lassen. So hielt der Gerichtshof fest, dass Regelungen, die dazu dienen, eine „nachhaltige, vom fairen Zugang geprägte, ärztliche und klinische Versorgung aufrecht zu erhalten“³⁴⁹, als eine zulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu werten sind.

Bei der Konkretisierung der Begriffe des ordre-public Vorbehalts ist auch auf die *Richtlinie 38/2004/EG*³⁵⁰ hinzuweisen die in ihrem Art. 29 genau festlegt, welche Krankheiten eine freizügigkeitsbeschränkende Maßnahme aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit rechtfertigen: ausschließlich jene mit epidemischen Potential im

³⁴⁷ Vgl. dazu die Übersetzung von „public health“ bzw. „santé publique“ als „Gesundheitswesen“.

³⁴⁸ „Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“, vgl. Art. 33, 39 und 46 EG.

³⁴⁹ Vgl. etwa EuGH 19.04.2007, C-444/05 Aikaterini Stamatelaki, Slg. 2007, I-3185 Rn 31 mwN, in welcher der EuGH festhält, dass dieser Grund dem Schutz der öffentlichen Gesundheit gemäß Artikel 46 EGV zuzurechnen ist.

³⁵⁰ Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

Sinne der einschlägigen Rechtsbestimmungen der *WHO* und sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten, sofern gegen diese Krankheiten Maßnahmen zum Schutz der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats getroffen werden. Dies verdeutlicht, dass ein strenger Maßstab an die Rechtfertigung von Beschränkungsinitiativen gelegt werden muss – aber andererseits ist dadurch nur ein Teil der Bedeutung der „öffentlichen Gesundheit“ abgedeckt.

Die Lehre und der Europäische Gerichtshof gehen davon aus, dass Beschränkungen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit nur dann möglich sein dürfen, wenn ein solcher Grad an Gefährdung vorliegt, dass bei weniger eingreifenden Maßnahmen der Erfolg des Abwendens oder Unterbindens der Gefahr nicht gewährleistet ist (Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme) und der jeweilige Staat auch im nationalen Bereich gegenüber seinen eigenen Bürgern Beschränkungsmaßnahmen setzt, um die bestehende Gefahr abzuwenden. Wirtschaftlich motivierte Ziele können jedoch nie eine Beschränkung rechtfertigen.³⁵¹

Die inhaltliche Reichweite des „Schutzes der öffentlichen Gesundheit“ ist basierend auf der Besonderheit dieser Beschränkungsmöglichkeiten grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten zu bestimmen, wobei diese jedoch im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht vorzugehen haben und durch die Organe (arg. „gerechtfertigt“ in Art. 39 Abs. 3 EGV - hier sind vor allem Kommission und Gerichtshof berufen) der EG kontrolliert werden müssen, um zu hohe Auslegungsfluktuationen zwischen den Mitgliedstaaten zu verhindern und dem Ermessen der Staaten Grenzen zu setzen.³⁵²

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich der Terminus der „öffentlichen Gesundheit“ aufgrund seines breiten Begriffsspektrums nicht abschließend definieren lässt – wie die Kommission ausgeführt hat wäre dies auch sehr schwierig und nicht sinnvoll.³⁵³ Die Frage, wann eine Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit vorliegt, die eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigt, ist somit unter Rückgriff auf die soeben ausgeführten Grundsätze jeweils im Einzelfall von den Mitgliedstaaten zu beantworten –

³⁵¹ Brechmann in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 39, Rz 93; EuGH 18.05.1989, C-249/86 Kommission gegen Deutschland, Slg. 1989, I-1263.

³⁵² Brechmann in Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 39, Rz 92 f. mwN; Wölker/Grill in von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum EU-, EG-Vertrag, Art. 39, Rz 123 f., wonach jedoch die fortschreitende Integration zu einer weitgehenden Angleichung der Auslegung der Begriffe „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ in den Mitgliedstaaten geführt habe.

³⁵³ Vgl. KOM (1999) Nr. 372 vom 20.7.1999, Punkt 3.1.1. .

im Mittelpunkt muss dabei in der Regel das gesundheitliche Wohl der Gesamtbevölkerung stehen.

9. Conclusio

Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu den Grundsätzen der Patientenmobilität und den aus ihr resultierenden Rechten ist von einem ethischen Standpunkt aus durchaus zu begrüßen. In seinen Erkenntnissen wendet sich der EuGH von einem zu ökonomisch orientierten Verständnis der medizinischen Versorgung ab und hin zu einem Prinzip, welches (über den Weg der Dienstleistungsfreiheit) die Behandlungs- und sonstigen Bedürfnisse des Patienten in den Mittelpunkt stellt - auch wenn dies bedeutet, dass die Sozialversicherungsträger der Mitgliedstaaten häufiger mit Anträgen auf die Kostenübernahme von Auslandsbehandlungen konfrontiert werden.

In seinen Entscheidungen berücksichtigt der Gerichtshof jedoch auch die Interessen der Mitgliedstaaten, wonach besonders in einem empfindlichen Bereich wie dem des Gesundheitswesens eine Kontrollmöglichkeit bestehen muss um die zukünftige Entwicklung der Gesundheitssysteme in fiskalischer und ressourcenorientierter Hinsicht steuern zu können. Das Bestreben, diese divergierenden Interessen weitestgehend miteinander zu vereinen kommt in seiner Position zu den Systemen der vorherigen Genehmigung zum Ausdruck:

Wie in dieser Arbeit erläutert stellen sich diese Systeme als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit³⁵⁴ dar, da sie die Behandlung in einem anderen Staat unmöglich oder zumindest unattraktiv erscheinen lassen. Die Existenz einer solchen Beschränkung ist nach zutreffender Meinung des Gerichtshofes nicht mit dem Prinzip des Binnenmarktes vereinbar, sofern sie nur dem Erschweren der Patientenmobilität aus wirtschaftlichen Gründen dient, ohne auf einem tiefer gehenden Konzept zu beruhen, welches dieses System als notwendig und angemessen erscheinen lässt. Aus diesem Grund sah sich der EuGH veranlasst, selbst jene Rechtfertigungsgründe herauszuarbeiten, die ein solches Genehmigungssystem als zulässige Beschränkung existieren lassen können. Diese

³⁵⁴ Ausnahme ist die Entscheidung *Decker*, in welcher auch die Warenverkehrsfreiheit betroffen war.

ermöglichen es den Mitgliedstaaten, berechnete wirtschaftliche und gesundheitspolitische Ziele zu verfolgen, wobei jedoch zusätzlich gewisse verfahrensrechtliche Vorgaben zu erfüllen sind, die gewährleisten sollen, dass dem ansuchenden Patienten alle Mittel offen stehen, um negative Entscheidungen überprüfen lassen zu können.

Im Zusammenhang mit der Feststellung, welche Wartezeit als „medizinisch vertretbar“ angesehen werden muss, ging der Gerichtshof einen Schritt weiter und statuierte die Heranziehung eines internationalen Standards zur Bewertung von Krankenhausbehandlungen und deren Dauer – durch diese Verpflichtung kommt es, wie im Zuge der Diskussion über die *Watts*-Entscheidung ausgeführt, zu einer Harmonisierung in den Gesundheitssystemen der Mitgliedstaaten.

Durch diese Ausführungen und Feststellungen hat der Europäische Gerichtshof Leitlinien für eine moderne Gesundheitsversorgung geschaffen, die in einer Europäischen Gemeinschaft, welche sich auf dem fortschreitenden Weg der Integration befindet, durchaus willkommen zu heißen sind; denn wird dadurch gezeigt, wohin sich die europäischen Sozialsysteme – unter Wahrung der nationalen Autonomie im Bereich der Organisation und Verwaltung, wie es auch der *Vertrag von Lissabon* vorsieht – entwickeln können: grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung soll dort, wo ein berechtigter Anspruch besteht, nicht durch erschwerende Regelungen oder langwierige Verfahren behindert sondern vielmehr erleichtert werden, ohne Rücksicht auf die durch wirtschaftliche und kulturelle Determinanten bedingten Unterschiede der Systeme der Mitgliedstaaten.

Mit diesem „ethischen Leitbild für die Gesundheitssysteme“³⁵⁵ verbunden ist das Institut der Unionsbürgerschaft in Art. 17 f. EGV zu sehen, aus welchem die Grundlage für einen möglichen alternativen Anspruch auf Kostenübernahme gebildet werden könnte:

In Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV ergibt sich durch das mit der Unionsbürgerschaft verbundene Aufenthalts- und Freizügigkeitsrecht des einzelnen nach Rechtsprechung des EuGH ein Anspruch auf Partizipation an bestimmten sozialen Leistungen die in den jeweiligen Mitgliedstaaten für ihre Bürger bestehen - zu nennen sind etwa Kindergeld oder die Studienbeihilfe³⁵⁶. Durch diesen „grundlegenden

³⁵⁵ *Detting*, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für Gesundheitssysteme? in *EuZW* 2006, S. 519 ff.

³⁵⁶ Sofern die Nichtgewährung der Leistung sich als unverhältnismäßig darstelle, siehe *Kolonovits* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 18 Rz 20 f. mwN; EuGH 12.5.1998, C-85/96 *Martín Sala*, Slg. 1998, I-2691; 20.09.2001, C-184/99 *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

Status³⁵⁷ wird dem Unionsbürger ein gewisser Standard an sozialer Sicherung³⁵⁸ in den anderen Mitgliedstaaten ermöglicht, welcher sich vor dem Hintergrund der europäischen Integration auch auf die Krankenhausversorgung erstrecken sollte.

In einem theoretischen Optimalfall muss diese Entwicklung der Unionsbürgerschaft in einem „Europa ohne Grenzen“ von bereits bestehenden politischen und Kontrollrechten auch hin zu sozialen Rechten führen, sodass ein spanischer Staatsbürger denselben Anspruch auf eine Behandlung in Schweden hat wie ein schwedischer Staatsangehöriger – der Unterschied zur Rechtsprechung des EuGH besteht hierbei darin, dass der Gerichtshof in seinem *Watts*-Urteil aus der Dienstleistungsfreiheit heraus einen originären Anspruch auf Übernahme der Kosten durch den nationalen Versicherer geschaffen hat.

Betrachtet man jedoch die Unionsbürgerschaft in diesem Licht als einen Katalog von auch sozialen Rechten, die jedem unabhängig von seiner Staatsbürgerschaft zustehen, ergäbe sich der Anspruch auf Kostenübernahme schlussendlich aus den Art. 18 iVm 12 EGV - der Gerichtshof hat bereits in anderen Sachgebieten, die (wie auch die Organisation des Gesundheitswesens) in der nationalen Kompetenz verblieben sind, die Unionsbürgerschaft in Verbindung mit dem Verbot der Ungleichbehandlung angewandt (aufgrund der Regelung der Unionsbürgerschaft im zweiten Teil des EGV unterliegt die Kontrolle dieses Status dem EuGH) und festgestellt, dass auch in diesen Bereichen „das Gemeinschaftsrecht, und insbesondere auch die den Unionsbürgern nach Art 18 EGV zuerkannte Freiheit [...] zu beachten“ ist.³⁵⁹

Der Anwendungsbereich des Vertrages ergibt sich hier nicht aus der Nutzung einer wirtschaftlichen Grundfreiheit sondern der Wahrnehmung des durch Art. 18 EGV garantierten Freizügigkeitsrechts, welches zumindest mittelbar beeinträchtigt sein muss.³⁶⁰

Gegenüber der *Watts*-Entscheidung ergibt sich hier noch ein weiterer Unterschied in der Ausgestaltung des Anspruchs: es stellt sich nicht die Frage nach der Zulässigkeit der Schaffung von möglichen originären Ansprüchen aus den wirtschaftlichen Freiheiten des Vertrags, da die auf Art. 17 f. EGV beruhenden Rechte bei entsprechender inhaltlicher

³⁵⁷ EuGH 11.07.2002, C-224/98 D'Hoop, Slg. 2002, I-6191, Rz 28.

³⁵⁸ Vgl. dazu auch *Borchardt*, Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft in NJW 2000, S. 2058 ff.

³⁵⁹ *Kolonovits*, a. a. O., Art. 18, Rz 25.

³⁶⁰ *Kolonovits*, a. a. O., Art. 17, Rz 3, 22.

Ausgestaltung auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat geltend gemacht werden können³⁶¹.

Es ist jedoch zu beachten, dass der Gerichtshof bezüglich des Verhältnisses der sich aus den marktbezogenen Grundfreiheiten ergebenden Freizügigkeitsrechte zu dem Aufenthalts- und Bewegungsrecht gemäß Art. 18 EGV festgehalten hat, dass erstere als speziellere Regelungen vorgehen, auch wenn das allgemeinere Freizügigkeitsrecht als Auslegungsmaßstab für die Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheiten Einfluss ausübt.³⁶² Da jedoch durch das Diskriminierungsverbot und Art. 18 EGV in diesem Fall ein Anspruch konstruiert wird, der vor der Rechtsprechung des EuGH nicht bestanden hat, ist zu erwägen, ob in dem Fall der Krankenhausbehandlung im Ausland nicht dem allgemeinen Diskriminierungsverbot Vorrang eingeräumt werden sollte (gerechtfertigte Beschränkungen – und dadurch das Bestehen von Genehmigungssystemen – sind in diesem Fall weiterhin möglich³⁶³).

Auf einer abstrakteren Ebene setzt sich der Europäische Gerichtshof in seinen Urteilen zur Patientenmobilität auch mit der grundlegenden Bedeutung der Grundfreiheiten im Vertrag auseinander – inwiefern müssen Bestimmungen wie jene des Artikel 152 Abs. 5 EGV von einem relativierten Standpunkt betrachtet werden um den Grundfreiheiten zum Durchbruch zu verhelfen - und wann ist die Grenze hin zu einem Umgehen der Vertragsbestimmungen überschritten, welches den Gerichtshof eher als Createur denn als Normausleger erscheinen lässt?

Auch wenn in der Literatur³⁶⁴ teilweise empfohlen wurde, die *Watts*-Entscheidung als ausbrechendes und damit nicht verpflichtendes Urteil anzusehen, ist mE dieser Ansicht nicht zu folgen. So hat der EuGH in seinen Urteilen zu den Tabakwerberichtlinien in Einklang mit den Schlussanträgen der Generalanwälte festgestellt, dass Maßnahmen die der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen auch in jenen Bereichen maßgebende Bedeutung zukommen kann, die nicht in die Regelungskompetenz der EG fallen. In seiner Urteilssequenz zur Patientenmobilität wird von ihm ein ähnlicher argumentativer Weg beschritten, wonach sich aus den Grundfreiheiten die Verpflichtung ergeben kann, trotz der

³⁶¹ Kolonovits, a. a. O., Art. 17, Rz 14.

³⁶² Kolonovits, a. a. O., Art. 18, Rz 9; EuGH 6.2.2003, C-92/01 Stylianakis, Slg. 2003, I-1291, Rn 20 f. .

³⁶³ Kolonovits, a. a. O., Art. 17 Rz 7 ff. mwN.

³⁶⁴ So Dettling, a. a. O., S. 524.

Sonderbestimmung des Art. 152 Abs. 5 EGV Änderungen in den Gesundheitssystemen vornehmen zu müssen. In diesem Zusammenhang sind auch die Ausführungen von *Beiser* und *Zorn* zu Art. 95 Abs. 3 EGV zu berücksichtigen, wonach diese Bestimmung zur Verwirklichung des Binnenmarktes ein den erwähnten Urteilen des EuGH gleich gelagertes Ziel verfolgt.

Die dort enthaltene Schutzniveauklausel kann als eine erweiternde Modifizierung des Binnenmarktkonzepts verstanden werden, wonach in diesem Raum ein hoher Standard bezüglich Gesundheits-, Umwelt-, Verbraucherschutz und Sicherheit gelten soll. Die in diesen Themenbereichen durch den EGV normierten Ziele der Gemeinschaft werden dadurch genauer definiert und entfalten zumindest gegenüber den Gemeinschaftsorganen bindenden Charakter.³⁶⁵

Die Vorgaben der Gemeinschaft für die nationalen Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten müssen in diesem Zusammenhang genau auf ihren Zweck geprüft werden, um nicht etwaigen Umgehungsmaßnahmen den Weg zu ebnen – auch dieses Problem hat der Gerichtshof mit seinem Urteil zur ersten Tabakwerberichtlinie 98/43/EG erkannt.

Sind die Entscheidungen des EuGH aufgrund ihres Zieles somit durchaus positiv zu bewerten und im Hinblick auf eine Krankenhausversorgung des einzelnen ohne nationale Grenzen vielleicht sogar als richtungsweisend anzusehen (der Entwurf zur Richtlinie über die Ausübung von Patientenrechten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten basiert in verschiedenen Punkten auf den erarbeiteten Grundsätzen des EuGH³⁶⁶), ist die Rechtslage jedoch noch nicht endgültig geklärt. Denn wenn die europäische Integration konsequent weitergeführt werden soll müssen auch Sachverhalte mit reinem Inlandsbezug in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts aufgenommen werden, weshalb den erwähnten Ausführungen, die eine Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts bei „umgekehrten Diskriminierungen“ bejahen, mE zu folgen ist. Zwar besitzt die Gemeinschaft keine allgemeine Regelungskompetenz, die es ermöglichen würde auf den für die Anwendbarkeit der Vertragsbestimmungen notwendigen „Gemeinschaftsbezug“ bzw. „Auslandsbezug“ zu verzichten³⁶⁷, jedoch sollte dort, wo durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes eine „umgekehrte Diskriminierung“ unmittelbar oder

³⁶⁵ *Beiser/Zorn*, a. a. O., Art. 95 Rz 35.

³⁶⁶ Siehe dazu die Eckpunkte dieses Entwurfs in Kapitel 6.6.2. .

³⁶⁷ *Kucsko-Stadlmayer* in *Mayer* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Art. 12 Rz 53.

mittelbar begünstigt wurde dieses Phänomen auch bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

Der Anlass für diesen Vorschlag findet sich in der Behandlung der *Watts*-Entscheidung, in welcher der Gerichtshof sich bei der Frage der finanziellen Organisation der Auslandsbehandlungen zurückhaltend geäußert und dadurch es den Mitgliedstaaten offen gelassen hat, ob sie tatsächlich mehr Mittel bereitstellen oder lediglich Umschichtungen in ihren Budgets vornehmen, wodurch es wiederum zu einer möglichen Schlechterstellung jener Staatsangehörigen kommen könnte, die sich zur Behandlung nicht ins Ausland begeben wollen oder können.³⁶⁸

Abschließend bleibt festzuhalten, dass der Europäische Gerichtshof mit seiner Rechtsprechung in den letzten 12 Jahren für Kontinuität in Fragen der Patientenmobilität gesorgt und Grundsätze etabliert hat, die nun auch von den rechtsetzenden Organen der EG aufgegriffen wurden. Wie und ob der EuGH auf die noch offenen Fragen in diesem Themenbereich reagieren wird, bleibt mit Interesse abzuwarten.

³⁶⁸ Siehe dazu die bereits getroffenen Ausführungen in Kapitel 8.4.

Literaturverzeichnis

Bücher und Kommentare

ÀRNASON Vilhjálmur und GÚSTAFSSON Lúðvík E. : Dialog und Menschenwürde – Ethik im Gesundheitswesen (LIT, Berlin, 2005, 1. Auflage)

BENDA Ernst und KLEIN Eckart: *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts* (C. F. Müller, München, 2001, 2. Auflage)

CALLIESS Christian und RUFFERT Matthias (Hrsg.): *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta* (C. H. Beck, München, 2007, 3. Auflage)

CONSTANTINESCO V. , JACQUE Jean Paul und KOVAR R. (Hrsg.): *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article* (Economica, Paris, 1992, 1. Auflage)

BACH Maurizio: *Die Europäisierung nationaler Gesellschaften* (VS Verlag, Wiesbaden, 2000, 1. Auflage)

BÖRNER Bodo, JAHRREIß Hermann und STERN Klaus (Hrsg.): *Festschrift für Karl Carstens* (Carl Heymanns, Köln, 1984, 1. Auflage)

DEUTSCH Erwin und SPICKHOFF Andreas: *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht* (Springer, Berlin, 2007, 6. Auflage)

DUE Ole, LUTTER Markus und SCHWARZE Jürgen (Hrsg.): *Festschrift für Ulrich Everling* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 1995, 1. Auflage)

EPINEY Astrid: *Umgekehrte Diskriminierungen* (Carl Heymanns, Köln, 1995, 1. Auflage)

FISCHER Klemens H.: *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008, 1. Auflage)

FRANZEN, Martin: *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft* (Walter de Gruyter, Berlin, 1999, 1. Auflage)

FRENZ Walter: *Handbuch Europarecht 1: Europäische Grundfreiheiten* (Springer, Berlin, 2004, 1. Auflage)

GAUGG Harald: *Das Gesundheitswesen in Österreich* (hg. vom Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, Wien, 2005, 4. Auflage)

GRABITZ Eberhard und HILF Meinhard (Hrsg.): *Das Recht der Europäischen Union* (C. H. Beck, München, 2008, 37. Auflage)

HAILBRONNER Kay: *Der nationale Alleingang im EG-Binnenmarkt: Vortrag gehalten vor der juristischen Gesellschaft zu Berlin* (Walter de Gruyter, Berlin, 1989, 1. Auflage)

JAKUBOWSKI Elke: *Das Gesundheitswesen in der EU* (hg. vom Europäischen Parlament, Luxembourg, 1998, 1. Auflage)

MAYER Heinz (Hrsg.): *Kommentar zum EU- und EG-Vertrag* (Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien, 2007, 43. Auflage)

NOHLEN, Dieter und SCHULZE, Rainer-Olaf (Hrsg.): *Lexikon der Politikwissenschaft* (C. H. Beck, München, 2002, 1. Auflage)

RASCHAUER Bernhard: *Allgemeines Verwaltungsrecht* (Springer, Wien, 2003, 2. Auflage)

STREINZ Rudolf: *Europarecht* (C. F. Müller, München, 2008, 8. Auflage)

VON DER GROEBEN Hans und SCHWARZE Jürgen (Hrsg.): *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft* (Nomos Verlag, Baden-Baden, 2003, 6. Auflage)

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER (Hrsg.): *Festschrift für Nikolaus Michalek* (Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien, 2005, 1. Auflage)

Zeitschriften

BORCHARDT Klaus Dieter : *Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft*, in: NJW Nr. 29 (2000), S. 2057.

DETLING Heinz-Uwe: *Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für Gesundheitssysteme?*, in: EuZW Nr. 17 (2006), S. 519.

EISENBERGER Iris und URBANTSCHITSCH Wolfgang: *Harmonisierung und Gesundheitsschutz*, in: ecolex (2000), S. 844.

HALLER Reinhard und SCHOLZ Herwig: *Spielsucht – eine nicht stoffgebundene Abhängigkeit*, in: CliniCum Sonderausgabe (2005), S. 1.

HEMPEL Karl: *Tabakgenuss und Europarecht*, in: ÖBl Nr. 7 (2008), S. 210.

KEWENIG Wilhelm: *Niederlassungsfreiheit, Freiheit des Dienstleistungsverkehrs und Inländerdiskriminierung*, in: JZ Nr. 3 (1990), S. 20.

OLATUNJI Susanne: *Public Health in England*, in: Österreichische Pflegezeitschrift Nr. 5 (2004), S. 19.

RASCHAUER Bernhard: *Ultra-vires-Akte der Europäischen Gemeinschaften*, in: ÖJZ Nr. 55 (2000), S. 241.

RAUBER Markus: *Das Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH*, in: ZeuS Nr. 1 (2007), S. 151.

SIEVEKING Klaus: *ECJ Rulings on Health Care Systems and Their Effects on Patient Mobility in the EU*, in: EJML Nr. 9 (2007), S. 25.

SCHNEIDER Uwe: *Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG*, in: ELR Nr. 9 (2006), S. 342.

SCHWEDISCHES INSTITUT (Hrsg.): *Das schwedische Gesundheitswesen*, in: Tatsachen (2007), S. 1.

WÄGENBAUR Betrand: *Binnenmarkt und Gesundheitsschutz – eine schwierige Kohabitation*, in: EuZW Nr. 18 (2000), S. 549.

Urteile

EuGH 15.07.1964, C-6/64 Costa/E.N.E.L., Slg. 1964, 1141

EuGH 06.10.1970, C-9/70 Grad/Finanzamt Traunstein, Slg. 1970, 825

EuGH 03.12.1974, C-33/74 Van Binsbergen, Slg. 1974, 1299

EuGH 05.04.1979, C-148/78 Ratti, Slg. 1979, 1629

EuGH 05.05.1981, C-804/79 Kommission/Vereinigtes Königreich, Slg. 1981, 1045

EuGH 31.01.1984, C-286/82 u. C-26/83 Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377

EuGH 25.02.1986, C-205/84 Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755

EuGH 18.05.1989, C-249/86 Kommission gegen Deutschland, Slg. 1989, 1263

EuGH 25.07.1991, C-76/90 Säger/Dennemeyer, Slg. 1991, 4221

EuGH 24.03.1994, C-275/92 Schindler, Slg. 1994, 1039

EuGH 17.05.1994, C-41/93 Frankreich/Kommission, Slg. 1994, 1829

EuGH 30.11.1995, C-55/94 Gebhard, Slg. 1995, 4165

EuGH 05.03.1996, C-46/94 Brasserie du pêcheur, Slg. 1996, 1029

EuGH 09.12.1997, C-265/95 Kommission gegen Frankreich, Slg. 1997, 6959

EuGH 15.01.1998 C-196/97 Intertronic F. Cornelis/Kommission, Slg. 1998, 199

EuGH 28.04.1998, C-12/95 Decker, Slg. 1998, 1831

EuGH 28.04.1998, C-158/96 Kohll, Slg. 1998, 1931

EuGH 12.05.1998, C-85/96 Martínéz Sala, Slg. 1998, 2691

EuGH 05.10.2000, C-376/98 Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2000, 8419

EuGH 12.07.2001, C-157/99 Smits und Peerbooms, Rn 103 f. , Slg. 2001, 5473

EuGH 20.09.2001, C-184/99 Grzelczyk, Slg. 2001, 6193

EuGH 11.07.2002, C-224/98 D'Hoop, Slg. 2002, 6191

EuGH 10.12.2002 C-491/01 British American Tobacco, Slg. 2002, 11453

EuGH 06.02.2003, C-92/01 Stylianakis, Slg. 2003, 1291

EuGH 13.05.2003, C-385/99 Müller-Frauré & van Riet, Slg. 2003, 4509

EuGH 23.10.2003, C-56/01 Inizan, Slg. 2003, 12403

EuGH 06.11.2003, C-243/01 Gambelli, Slg. 2003, 13031

EuGH 16.05.2006, C-372/04 Watts, Slg. 2006, 4325

EuGH 12.12.2006, C-380/03 Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, 11573.

EuGH 06.03.2007, C-338/04, C-359/04, C-360/04 Placanica, Slg. 2007, 1891

EuGH 19.04.2007, C-444/04 Aikaterini Stamatelaki, Slg. 2007, 3185

EuG 29.06.2006, T-311/03 Nürburgring/Parlament und Rat, Slg. 2006, II-46

BVerfG 08.04.1987, 2 BvR 687/85, BverfGE 75, 223/241.

Dokumente und Rechtsakte der Europäischen Union und WHO

Beschluss Nr. 1786/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 *zur Annahme eines Aktionsprogramms der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Gesundheit* (2003-2008). Amtsblatt Nr. L 271 vom 9.10.2002, S. 2

Beschluss Nr. 1350/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 *über ein zweites Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit* (2008—2013), Amtsblatt Nr. L vom 20.11.2007, S. 3

Einheitliche Europäische Akte, Amtsblatt Nr. L 169 vom 29.06.1987, S. 1

Entscheidung 2001/570/EG der Kommission vom 13.07.2001 *über den von der Bundesrepublik Deutschland mitgeteilten Entwurf einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Beschränkungen des Inverkehrbringens und der Verwendung zinnorganischer Verbindungen*, Amtsblatt Nr. L 202 vom 27.07.2001, S. 37

Entschließung des Rates vom 18.11.1999 *zur Förderung der psychischen Gesundheit*, Amtsblatt Nr. C 86 vom 24.03.2000.

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 06.09.2004 *zu der Patientenmobilität und den Entwicklungen der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union*, SitzungsNr. A6-0129/2005, EP-Nr. 353.303, Berichterstatter: John Bowis.

Fragen und Antworten zu den Gesundheitsdienstleistungen in der EU, Memo/06/348 vom 26.09.2006 der Europäischen Kommission.

Mitteilung der Kommission *betreffend der Konsultation zu Gemeinschaftsmaßnahmen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen*, SEC (2006) Nr. 1195 vom 26.09.2006

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament *zu den Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Unionsbürgern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind*, KOM (1999) Nr. 372 endg. vom 20.07.1999

Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss - *Eine europäische Strategie für Umwelt und Gesundheit*, KOM (2003) Nr. 338 endg. vom 11.06.2003.

Richtlinie 92/85/EWG des Europäischen Parlaments und des Rates *über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz*, Amtsblatt Nr. L 348 vom 28.11.1992, S. 1

Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 *zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen*, Amtsblatt Nr. L 194 vom 18.07.2001, S. 26.

Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 *über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG*, Amtsblatt Nr. L 158 vom 30.04.2004, S. 77

Schlussfolgerungen des Rates vom 02.12.2002 *zur Fettleibigkeit*, Amtsblatt Nr. C 11 vom 17.01.2003, S. 3.

Verfassung der Weltgesundheitsorganisation (2006), 54. Edition.

Vermerk der Europäischen Kommission *über Ergänzende Zuständigkeiten der Europäischen Union: beschränkte Handlungsbefugnisse*, (CONV 2002) Nr. 7 vom 29.07.2002.

Verordnung 851/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.04.2004 *zur Errichtung eines Europäischen Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten*, Amtsblatt Nr. L 142 vom 30.04.2004, S. 1

Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, Amtsblatt Nr. C 306 vom 17.12.2007, S. 1

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates *über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung*, KOM (2008) Nr. 414 endg. vom 04.07.2008

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates *über Dienstleistungen im Binnenmarkt*, KOM (2004) Nr. 2 endg. vom 05.03.2004

Weißbuch der Kommission zur *Vollendung des Binnenmarktes*, KOM (1985) Nr. 310
endg. vom 14.06.1985

Links

http://www.bpb.de/themen/EM53VQ.0.Gesundheitspolitik_Lernstation.html

Homepage der Bundeszentrale für politische Bildung

http://www.stgkk.at/esvapps/page/page.jsp?p_pageid=213&p_menuid=4159&p_id=6

Homepage der steiermärkischen Gebietskrankenkasse

http://www.who.int/whosis/database/core/core_select_process.cfm

Homepage des statistischen Erfassungssystems der WHO (WHOSIS)

<http://aekno.de/archiv/2003/09/014.pdf>

Homepage der Ärztekammer Nordrhein

http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/2002/uk_part2_de.htm

Homepage des gegenseitigen Informationssystems der sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten der EU und des EWR

http://ec.europa.eu/commission_barroso/kyprianou/index_de.htm

Homepage des vormaligen Kommissars für Gesundheitsschutz Kyprianou, nunmehr Vassilou

http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/general_info/mission_de.html#action

Homepage der Generaldirektion für Gesundheit und Verbraucherschutz

http://www.europa.eu/scadplus/treaties/eec_de.htm

Homepage der Europäischen Union – SCADPLUS Zusammenfassung der Gesetzgebung

http://www.europarl.europa.eu/comparl/envi/implementation/default_en.htm

Homepage des ENVI-Ausschusses des Europäischen Parlaments

http://www.europarl.europa.eu/comparl/imco/press/070522_healthservices_en.pdf

Homepage des IMCO Ausschusses des Europäischen Parlaments - Pressemitteilungen

<http://www.europarl.europa.eu/oel/file.jsp?id=5661632>

Legislative Observatory des Europäischen Parlaments

<http://www.socialplatform.org/>

Homepage der Vereinigung „Social Platform“

<http://eur-lex.europa.eu/Repview.do?rep=15>

Homepage des Suchsystems EUR-Lex der Europäischen Union

<http://www.bundesarztekammer.de/page.asp?his=.109.114.3351>

Homepage der Deutschen Bundesärztekammer

<http://www.evp-ed.eu/home/de/default.asp>

Homepage der Europäischen Volkspartei – Pressemitteilungen

Zusammenfassung

Gegenstand dieser Arbeit ist die Untersuchung der einschlägigen Urteile des EuGH zur Patientenmobilität, beginnend mit den Erkenntnissen *Kohll* und *Decker* aus dem Jahr 1998 bis hin zu den aktuellsten Entscheidungen *Watts* und *Stamatelaki* aus dem Jahr 2006, um auf einer abstrakteren Ebene Antworten darauf zu erhalten, wohin sich die nationalen Gesundheitssysteme unter Einfluss der europäischen Gesundheitspolitik entwickeln werden.

Untersucht wird in diesem Zusammenhang auch die Institutionalisierung des Gesundheitswesens in der Union – welche Organe und Ausschüsse haben Einfluss auf die Europäische Gesundheitspolitik und welche Neuerungen bringt in diesem Zusammenhang der Vertrag von Lissabon?

Über die bereits erwähnten Erkenntnisse hinaus werden die wichtigsten Bestimmungen des EGV in diesem Kontext untersucht – Art. 152 EGV als sachliche Kompetenz der Gemeinschaft für Initiativen im Bereich des Gesundheitswesens legt fest, in welchem Umfang und mit welchen Mitteln Maßnahmen gesetzt werden können. Entgegen dem in dieser Bestimmung enthaltenen Harmonisierungsverbot für Maßnahmen, die den Schutz der Gesundheit zum Gegenstand haben, entfalten die Urteile des EuGH eine rechtsvereinheitlichende Wirkung insofern, als dass durch die vom Gerichtshof gewählten Maßstäbe, wann die Wartezeit auf eine medizinische Behandlung als unvertretbar angesehen werden muss, sich an einem internationalen Standard orientieren.

Um die Antwort auf die Lösung dieses Problemkreises zu erhalten ist es notwendig gewesen, Art. 95 EGV als Instrument zur Rechtsangleichung genauer zu untersuchen: sowohl die Lehre als auch der Gerichtshof bejahen dort die Möglichkeit, gesundheitsschützende Aspekte in Regelungen einfließen zu lassen, sofern das Hauptziel der Regelung die Verwirklichung des Binnenmarktes bleibt. Vor diesem Hintergrund sind auch die Urteile zur Patientenmobilität zu sehen, mit welchen der Gerichtshof primär die Verwirklichung der passiven Dienstleistungsfreiheit sicherstellen wollte und dabei – wie auch in Art. 95 Abs. 3 EGV vorgesehen – ein hohes Gesundheitsschutzniveau festlegte.

Des weiteren wird in dieser Arbeit die systematische Stellung des Art. 152 EGV im Vertrag untersucht und verschiedene Verbindungen zu anderen Bestimmungen aufgezeigt, die ebenfalls mit dem Thema des Gesundheitsschutzes in engem Zusammenhang stehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die einschlägigen Urteile des Gerichtshofes nicht als Ultra-vires-Akte zu qualifizieren sind. Es ist zwar unbestreitbar, dass der EuGH seine Rolle als Ausleger und Wahrer des Gemeinschaftsrechts in diesem Fall sehr weit verstanden hat (dies auch mit der Bejahung eines originären Anspruchs auf Übernahme der Kosten von Auslandsbehandlungen durch den Versicherer des Wohnortmitgliedstaats basierend auf Art. 49 EGV), jedoch bewegt er sich innerhalb der Grenzen der Zulässigkeit, solange er mit seinen Urteilen die Verwirklichung der Grundfreiheiten und den Abbau von Hemmnissen bezweckt.

Biographische Skizze

Geburtsort, -datum

Am 25. Februar 1984 in Salzburg.

Bildungsweg

1994 – 2002

Gymnasium Der Herz – Jesu Missionare
Matura mit gutem Erfolg

2002 – 2006

Studium der Rechtswissenschaften in Wien.
Studienschwerpunkt: Europa- und Wirtschaftsrecht.

März 2007 – April 2009

Dissertationsstudium am Juridicum Wien.
Thema: „Das Gesundheitswesen als Politik der
EG – vom Diskriminierungsverbot zum
originären Leistungsrecht“. Betreuer: Dr. Karl
Hempel

Beruflicher Werdegang

01/07/06 – 01/10/07

LEITER DER ARGE EUROPATELEFON,
Bka Wien
Organisation und Abstimmung der Aufgaben des
Europatelefons mit dem Kabinett des
Bundskanzlers sowie der Abteilung VII/4
Bürgerservice

07/01/08 – 04/04/08

MITARBEITER VON MEP WOLFGANG BULFON
Europäisches Parlament, Brüssel
Verfassen von verschiedensten Presstexten,
juristische Analyse von Normvorschlägen,
intensive Mitarbeit bei Themen des Ausschusses
für Binnenmarkt und Verbraucherschutz.

01/05/08 – 29/02/09

RECHTSPRAKTIKANT

01/04/09 – dato

KONZIPIENT
Kanzlei Schuppich, Sporn und Winischhofer