Dr. Constanze Janda,
Friedrich-Schiller-Universität,
Jena

Die Verteilung der Kostenlast bei ungeplanten Krankenhausaufenthalten in anderen EU-Mitgliedstaaten

– zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 15.6.2010, Rs. C-211/08 (Kommission/Spanien), abgedruckt in diesem Heft auf S. 479 ff.

Dr. Constanze Janda *

In seinem Urteil vom 15. 6. 2010 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) einem Versicherten die vollständige Übernahme der Kosten einer ungeplanten Krankenhausbehandlung im EU-Ausland verweigert. Diese Entscheidung scheint auf den ersten Blick überraschend, hatte das Gericht in jüngster Zeit doch die sozialen Rechte von Personen, die von ihren Grundfreiheiten Gebrauch machen, erheblich gestärkt. Gesetzlich Krankenversicherten war danach regelmäßig – unmittelbar gestützt auf die Dienstleistungsfreiheit – ein Anspruch auf kostenfreie Krankenbehandlung zugestanden, wenn sie im zuständigen Versicherungsstaat ebenfalls eine unentgeltliche Versorgung erhalten hätten**.

I. Leitlinien der Entscheidung

Das Urteil erging nicht im Rahmen einer Klage eines Versicherten, sondern in einem Vertragsverletzungsverfahren, das die Kommission gegen Spanien angestrengt hatte. Dem Verfahren lag die Beschwerde eines französischen Staatsangehörigen zugrunde, der seinen Wohnsitz in Spanien innehat und im dortigen Nationalen Gesundheitsdienst (*Servicio Nacional de Salud*) versichert ist.

Während eines Aufenthalts in Frankreich erkrankte der Versicherte und unterzog sich einer stationären Behandlung. Der Träger des Aufenthaltsorts erlegte dem Versicherten im Einklang mit dessen Recht einen Selbstbehalt zu den Behandlungskosten (*ticket modérateur*) auf. Die übrigen Kosten erstattete der spanische Versicherungsträger dem aushelfenden französischen Sicherungssystem. Die Erstattung des Selbstbehalts lehnte er jedoch ab und berief sich dabei auf Art. 22 I lit. a) Ziff. i), Art. 36 VO (EWG) 1408/71 (jetzt Art. 19, Art. 35 VO (EG) 883/2004). Da dem französischen Träger die Kosten der Krankenhausbehandlung lediglich abzüglich des *ticket modérateur* entstanden seien, sei auch nur diese Summe von der Erstattungspflicht umfasst. Darüber hinausgehende Aufwendungen fielen dem Versicherten zur Last.

Der EuGH ist dieser Argumentation gefolgt. Insbesondere sei durch die Versagung der ergänzenden Erstattung des Selbstbehalts die Dienstleistungsfreiheit nicht beeinträchtigt. Eine Erkrankung während einer Urlaubsreise sei ein lediglich hypothetisches Ereignis, dessen Ungewissheit den Einzelnen kaum von einer Reise in andere Mitgliedstaaten abhalten werde, sollten ihm im Zusammenhang mit einer ungeplanten Behandlung zusätzliche Kosten entstehen.

II. Bewertung des Urteils

Der Tenor des vorliegenden Urteils scheint auf einen Bruch mit der durch die Rechtssachen Kohll[1] und Decker[2] begründeten Rechtsprechung zur Übernahme von Aufwendungen für Gesundheitsdienstleistungen in anderen EU-Mitgliedstaaten hinzudeuten. Bei näherer Betrachtung der Urteilsgründe wird jedoch deutlich, dass das Gericht im Grunde an seiner weiten Interpretation der Dienstleistungsfreiheit einschließlich der daraus gezogenen Folgerungen für eine großzügige Kostenerstattungspraxis festhält.

1. Stationäre Behandlung als Dienstleistung i.S.v. Art. 56 I AEUV

Im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung[3] hat der EuGH die von dem spanischen Versicherten in Anspruch genommene Behandlung in einem französischen Krankenhaus als Dienstleistung i.S.v. Art. 56 I AEUV qualifiziert. Der Um-

* Ich danke Rolf Naumann, Mitarbeiter am Lehrstuhl für Sozialrecht und Bürgerliches Recht, für seine wertvollen Hinweise und Anregungen.

** So EuGH, Slg. 2001, I-5363, Rn. 37 (Vanbraekel); Slg. 2006, I-4326, Rn. 48 (Watts); Slg. 2007, I-3185, Rn. 38 (Stamatelaki).

1 EuGH, Slg. 1998, I-1931.

2 EuGH, Slg. 1998, I-1831.

3 EuGH, Slg. 1981, 3305, Rn. 10 (Webb); Slg. 1998, I-1931, Rn. 29 (Kohll); Slg. 2001, I-5363, Rn. 41 (Vanbraekel); Slg. 2001, I-5473, Rn. 53 (Smits und Peerbooms); Slg. 2003, I-4509, Rn. 38 (Müller-Fauré und van Riet); Slg. 2003, I-12403, Rn. 16 (Inizan); Slg. 2006, I-4325, Rn. 86 (Watts); Slg. 2007, I-3185, Rn. 19 ff. (Stamatelaki).

stand, dass der Versicherte die Kosten der Behandlung nicht selbst tragen wollte, sondern deren Übernahme durch den *Servicio Nacional de Salud* beantragt hat, ändert diese Bewertung nicht, lässt sie doch die Entgeltlichkeit der Leistung als solche unberührt[4].

Es kommt auch nicht darauf an, dass gerade die Inanspruchnahme der in Rede stehenden Leistung Anlass und Ziel der Reise gewesen ist. Denn die Dienstleistungsfreiheit umfasst auch die Freiheit, bei vorübergehenden Auslandsaufenthalten aus anderen Gründen, beispielsweise als Tourist oder Geschäftsreisender, ungeplante medizinische Behandlungen im Aufenthaltsstaat in Anspruch zu nehmen.

2. Rechtliche Grundlagen der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland

Üblicherweise ordnet das nationale Recht das Ruhen sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche an, wenn ein Versicherter den Geltungsbereich des Gesetzes verlässt. Die räumlichen Grenzen der Rechtssetzungsbefugnis des Sozialstaats bilden also den institutionellen Rahmen für den Zugang zu den durch diesen gewährten Rechten. Für das deutsche Sozialrecht nimmt § 30 I SGB I diese Funktion ein. Die Regelung wird im Krankenversicherungsrecht durch die §§ 16 bis 18 SGB V ergänzt. Dadurch ist der Anspruch auf Krankenbehandlung nach deutschem Gesetzesrecht auf Leistungserbringer mit Sitz im Inland beschränkt.

Diese hergebracht aus dem „Territorialitätsprinzip"[5] abgeleitete Beschränkung der Reichweite erworbener Ansprüche lässt sich in einer mobilen Gesellschaft jedoch nur schwer rechtfertigen[6]. Europarecht überwindet diese. Es ermöglicht allen Unionsbürgern eine nahezu unbeschränkte Bewegungsfreiheit. Als Arbeitnehmern (Art. 45 AEUV), aber auch als wirtschaftlich Inaktiven (Art. 21 AEUV) ist ihnen das Recht eingeräumt, sich auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dies ist Folge wie auch notwendige Bedingung eines Wirtschaftsraums ohne Binnengrenzen, als den sich die EU gemäß Art. 26 II AEUV versteht. In dieser Wirtschaftsunion sollen und müssen Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital zirkulieren können. Das europäische koordinierende Sozialrecht – maßgeblich ist die VO (EG) 883/2004[7], welche inzwischen die VO (EWG) 1408/71 abgelöst hat[8] – soll die Freizügigkeit sozialrechtlich flankieren. Gegen das soziale Risiko der Krankheit gesetzlich Versicherten ist darin das Recht eingeräumt, Krankenbehandlungen auf Kosten ihres zuständigen Trägers unter bestimmten Voraussetzungen und in bestimmtem Umfang auch in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen. Das nationale Recht der Mitgliedstaaten trägt diesen Anforderungen Rechnung, in der Bundesrepublik beispielsweise mit den Regelungen des § 13 IV, V SGB V, so dass das „Territorialprinzip" in seinem hergebrachten Verständnis inzwischen überwunden ist[9].

a) Koordinierung medizinischer Behandlungsleistungen nach der VO (EG) 883/2004

Grundsätzlich steht versicherten Unionsbürgern unmittelbar der Zugang zum Gesundheitssystem aller Mitgliedstaaten offen. Dieses Recht besteht jedoch nicht voraussetzungslos: die Krankenbehandlung im Versicherungsstaat soll der Regelfall, die im EU-Ausland die Ausnahme sein. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Koordinierung unterscheiden sich je nachdem, ob die Krankenbehandlung im Aufenthaltsstaat unerwartet erforderlich (Art. 19) oder geplant (Art. 20) ist[10]. Beiden ist gemein, dass der Patient so behandelt wird, als wäre er Versicherter des Aufenthaltsstaates. Er kann daher nur die Leistungen beanspruchen, die in dessen Leistungskatalog vorgesehen sind und muss sich auf den nach dessen nationalem Recht geltenden Leistungsmodus – Sachleistung, Kostenerstattung oder Gesundheitsdienst – verweisen lassen.

Art. 35 I VO (EG) 883/2004 ordnet als Regelverfahren an, dass die *vom Träger* des Aufenthaltsstaats erbrachten Leistungen vom Träger des zuständigen Staates in voller Höhe zu erstatten sind. Der Höhe nach orientiert sich der Erstattungsbetrag an den tatsächlich entstandenen Kosten, sofern diese nicht aus Zweckmäßigkeitserwägungen durch Pauschalbeträge abgegolten werden sollen. Darüber hinausgehende ergänzende Erstattungsansprüche der Versicherten, etwa für Selbstbehalte, sind nach dem Wortlaut der Norm nicht vorgesehen.

Nach Art. 25 VII VO 987/2009[11] – der Durchführungsverordnung zur neuen Koordinierungsverordnung – kann der zuständige Träger die Erstattung zwar auch nach den für ihn geltenden Sätzen gewähren. Diese Norm zielt auf Fälle, in denen der Versicherte aufgrund höherer Selbstbehalte im Behandlungsstaat schlechter gestellt ist, als er bei einer Behandlung im Inland gestanden hätte[12]. Allerdings handelt es sich um eine Kann-Vorschrift. Eine Verpflichtung des zuständigen Trägers zur ergänzenden Erstattung solcher Selbstbehalte kann daraus nicht abgeleitet werden. Der Rückgriff auf diese Norm kommt zudem nur in Betracht, wenn die involvierten Träger untereinander kein Erstattungsverfahren durchführen, bei-

4 Kritisch zur „Entgeltlichkeit" bei Leistungen eines Nationalen Gesundheitsdienstes Bieback, ZESAR 2006, 241 (244).

5 v. Maydell, Internationales Sozialversicherungsrecht, in: Festschrift 25 Jahre BSG, Band 2, 1979, S. 943, 947; Schuler, Das Internationale Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 204 ff.

6 Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 93 ff.; Zacher, ZIAS 2002, 193 (194 f.).

7 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. 2004, L-166, S. 1 ff.

8 Zu den damit einhergehenden Veränderungen im europäischen koordinierenden Sozialrecht vgl. Eichenhofer, SGb 2010, 185.

9 Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 94.

10 Dazu ausführlich Klein in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, VO (EG) 883/04 – K Art. 19, Rn. 9; Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Art. 19 VO (EG) 883/2004, Rn. 10 f.; Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 184 ff.

11 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 284, 1 ff.

12 Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Art. 20 VO (EG) 883/2004, Rn. 22.

spielsweise weil das in Art. 19 VO (EG) 883/2004 angeordnete System der Leistungsaushilfe nicht eingehalten wird[13].

b) Primärrechtliche Dimension der Krankenbehandlung im EU-Ausland

Diese Regelungen hat der EuGH bereits 1998 in seinen Entscheidungen zu den Rechtssachen Kohll und Decker um eine primärrechtliche Dimension erweitert. Während das Verordnungsrecht entsprechend der Anordnung in Art. 48 AEUV vor allem auf die Sicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zielt[14] und insofern „zweckgebunden"[15] ist, hat das Gericht die Freiheit des Dienstleistungs- und des Warenverkehrs nach Art. 28, 56 AEUV in den Fokus gerückt[16].

Indem das Koordinierungsrecht Unterschiede in den sozialen Sicherungssystemen der Mitgliedstaaten unberührt lässt, zugleich aber anordnet, dass sich Art und Modus der medizinischen Behandlungsleistungen nach dem Recht des Aufenthaltsstaats richten, ist nicht ausgeschlossen, dass Versicherte unter Umständen Nachteile hinnehmen müssten, die bei einer Behandlung im Inland nicht aufgetreten wären: Der Versicherte eines nach dem Sachleistungsgrundsatz organisierten Systems muss Behandlungskosten vorleisten, wenn er sich in einem Staat aufhält, in dem das Kostenerstattungsprinzip gilt. Zudem mag das Recht des Aufenthaltsstaats höhere Selbstbeteiligungen anordnen als das des zuständigen Staates. Der Versicherte kann im Falle einer Erkrankung daher vor die Wahl gestellt sein, medizinische Versorgung im Aufenthaltsstaat wahrzunehmen oder vorzeitig in den Versicherungsstaat zurückzukehren, um sich dort behandeln zu lassen. Wenn das dort geltende Leistungsniveau für ihn günstiger ist, wird er sich in der Regel wohl für letztere Variante entscheiden. Die in Art. 19, 20, 35 VO (EG) 883/2004 niedergelegte Regelung bindet Versicherte damit quasi an den zuständigen Staat, wollen sie keine finanziellen Nachteile erleiden. Im Einzelfall ist das Koordinierungsrecht daher geeignet, Unionsbürger an der Ausübung ihrer passiven Dienstleistungsfreiheit zu hindern[17]. Denn es ist – im Gegensatz zur Zielrichtung der Dienstleistungsfreiheit – nicht dessen Zweck und Anliegen, einem Versicherten in allen Mitgliedstaaten Behandlungen zu den gleichen Bedingungen, Umständen und Kosten wie im Staat der Versicherungszugehörigkeit zu ermöglichen[18].

Der EuGH hat das Primärrecht daher als ein System für grenzüberschreitende Leistungsansprüche etabliert, welches ergänzend neben das Verordnungsrecht tritt und im Einzelfall über dieses hinausgehende Ansprüche für die Versicherten begründet. Art und Weise sowie Umfang der Leistungserbringung richten sich anders als im koordinierenden Sozialrecht nach dem Recht des Versicherungsstaats[19]. Dem liegt die implizite Annahme zugrunde, dass die Dienstleistungsfreiheit nur dann diskriminierungsfrei durchsetzbar ist, wenn der Empfänger einer Leistung diese überall zu den gleichen Konditionen in Anspruch nehmen könne wie in seinem Herkunftsstaat[20].

2. Folgerungen für den Umfang der Erstattung

Es ist daher nicht ausgeschlossen, Unionsbürgern, die im Ausland erkranken, unmittelbar gestützt auf die Grundfreiheiten einen Anspruch auf ergänzende Erstattung der Mehrkosten einer Auslandsbehandlung zu gewährleisten, selbst wenn sie aus dem koordinierenden Sozialrecht nicht unmittelbar herzuleiten ist[21]. Die Tatsache, dass das Primärrecht eine solche ergänzende Erstattung ermöglicht, lässt indes nicht darauf schließen, dass diese in jedem Fall zwingend sei.

a) Primärrechtskonforme Kostenverteilung bei der ambulanten Behandlung

Zwar wird vertreten, dass im Hinblick auf die Freistellung des Versicherten von Behandlungskosten allein die Sätze des zuständigen Versicherungsstaats maßgeblich seien[22]. Denn nur dies ermögliche ihm die wirklich freie Wahl, ob er die begehrte Leistung im In- oder Ausland in Anspruch nehmen möchte. Dem wird entgegengehalten, dass die Dienstleistungsfreiheit damit faktisch von der Rechtslage im zuständigen Staat abhängig[23] gemacht werde. Denn eine freie Wahl habe nach dieser Lesart nur, wer einem Versicherungssystem mit großzügigem Deckungsniveau angehöre[24].

aa) Vielfalt der Rechtssysteme als Dienstleistungshemmnis?

Die Dienstleistungsfreiheit soll dem Einzelnen jedoch keine finanziellen Vorteile verschaffen und dadurch unter Umständen Fehlanreize etablieren, sondern lediglich Hindernisse für die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungserbringern beseitigen[25]. Dies erfordert nicht weniger, aber auch nicht mehr, als dem Einzelnen das Recht einzuräumen, zu fairen Bedingungen als Anbieter oder Nachfragender auf dem Markt anderer Mitgliedstaaten agieren zu können. Die Gerechtigkeit der Marktbedingungen erfordert aber lediglich eine Gleichbehandlung mit Inländern des Aufenthaltsstaats nach den dort gültigen Rechtsnormen. Dies hat der EuGH bereits 1993 in der

13 Bieback in Fuchs, Europäisches Sozialrecht, Art. 20 VO (EG) 883/2004, Rn. 17.

14 EuGH, Slg. 1964, 1215, Rn. 1 (Van der Veen); Slg. 1967, 240, Rn. 2 (Ciechelski); Slg. 1975, 1149, Rn. 13 (Petroni); Slg. 1986, 685, Rn. 18 (Spruyt); Slg. 1990, I-1623, Rn. 13 (Winter-Lutzins).

15 Kingreen, ZESAR 2009, 109 (110); dazu auch Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 49 f.

16 Dazu Becker, NJW 2003, 2272 (2275); kritisch Fuchs, NZS 2002, 337 (342).

17 EuGH, Slg. 1984, 377, Rn. 16 (Luisi und Carbone); Slg. 1992, I-249, Rn. 31 (Bachmann); Slg. 1998, I-1931, Rn. 35 (Kohll).

18 EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 27 (Kohll); Slg. 2001, I-5363, Rn. 36 (Vanbraekel).

19 EuGH, Slg. 2006, I-4325, Rn. 131 (Watts); dazu Becker, NJW 2003, 2272 (2274 f.).

20 Vgl. dazu Bieback, ZESAR 2006, 241 (242).

21 EuGH, Slg. 2001, I-5363, Rn. 53 (Vanbraekel); Slg. 2006, I-4326, Rn. 48 (Watts).

22 Langer, NZS 1999, 537 (541).

23 Vgl. die Klarstellung bei Bieback, ZESAR 2006, 241 (245).

24 Eichenhofer, Sozialrecht in der Europäischen Union, Rn. 204, so im Ergebnis auch Kingreen, NJW 2001, 3382 (3383).

25 Becker, NJW 2003, 2272 (2275); Krajewski, EuR 2010, 165 (172).

Rechtssache Keck[26] klargestellt. Versicherte, die sich im EU-Ausland behandeln lassen, müssen daher im Einzelfall auch Nachteile hinnehmen, die sich aus der konkreten Ausgestaltung des nationalen Rechts des Aufenthaltsstaats ergeben[27].

Die Verschiedenheit der Rechtssysteme selbst berührt die Dienstleistungsfreiheit nicht, lässt das Gemeinschaftsrecht die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme sozialen Schutzes doch unberührt[28]. Nach Art. 168 AEUV ist die Herstellung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus zwar Querschnittsaufgabe des europäischen Rechts. Die Union ergänzt aber lediglich die Politik der Mitgliedstaaten und fördert deren Zusammenarbeit. Die nationalen Sozialrechte sollen und dürfen mithin nicht vereinheitlicht werden. Daher bestimmt jeder Mitgliedstaat selbst, wem er Versicherungsschutz gewährt, welche Leistungen zur Verfügung gestellt und wie diese organisiert und finanziert werden[29].

bb) Versichertenstatus als Zugangskriterium

In Art. 35 VO (EG) 883/2004 ist eine Grundentscheidung dafür getroffen, dass sich die Sachleistungsaushilfe immer nach dem Recht des Aufenthaltsstaats richtet. Der Versicherte, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht, nimmt also stets nur den Rechtsgrund für seine Leistungsberechtigung mit – die Versicherteneigenschaft als solche. Diese ist der Schlüssel für den Zugang zum Gesundheitssystem anderer Mitgliedstaaten. Die konkrete Ausfüllung des Zugangsrechts im Versicherungsfall wird durch das nationale Recht des Staats der Leistungserbringung gewährleistet[30]. Dies gilt sowohl für die zu erbringenden Leistungen selbst als auch für den Modus der Leistungserbringung und etwaige Selbstbehalte, wie Art. 19 I 2 VO (EG) 883/2004 anordnet. Es handelt sich dabei um eine abschließende Rechtsfolgenverweisung auf das für den Träger des Aufenthaltsorts geltende Recht. Dies bedeutet, dass auf Leistungen, die im Recht des Staats der Leistungserbringung nicht vorgesehen sind, auch über den Umweg über das europäische koordinierende Sozialrecht kein Anspruch besteht, selbst wenn diese im Leistungskatalog des Versicherungsstaats enthalten sind[31]. Für eine in Frankreich in Anspruch genommene Behandlung findet das Kostenerstattungsprinzip Anwendung, selbst wenn der Versicherte in einen staatlichen Gesundheitsdienst – wie in Spanien – einbezogen ist, für den das Sachleistungsprinzip gilt. Zuzahlungen zu Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln, die in der Bundesrepublik beispielsweise trotz der grundsätzlichen Geltung des Sachleistungsprinzips in §§ 31 III, 32 II, 33 VIII SGB V vorgesehen sind, haben in Deutschland behandelte Patienten auch zu leisten, wenn sie im Versicherungsstaat eine kostenfreie Versorgung beanspruchen können. Dementsprechend trägt der zuständige Träger nur die Kostenlast für die Leistungen, die vom aushelfenden Träger eigenverantwortlich – und nicht etwa als Erfüllungsgehilfe des Versicherungsstaats! – erbracht werden[32]. Mangels harmonisierender Wirkung europäischen Rechts müssen die im Recht der Mitgliedstaaten begründeten Unterschiede hingenommen werden.

cc) Folgerungen aus dem Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV

Gleichzeitig ordnet Art. 18 AEUV die Gleichbehandlung aller Unionsbürger an. Europarecht darf also nicht dazu führen, dass die Angehörigen eines Versicherungsstaates mit vergleichsweise niedrigem Deckungsniveau und hohen Selbstbehalten für eine in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommene Leistung mehr belastet werden als Versicherte eines Staates mit hohem Deckungsniveau. Es ist jedoch nicht Anliegen des Diskriminierungsverbots, jedwede Nachteile zu verbieten, die durch einen Wechsel des Aufenthaltsstaats im Hinblick auf die soziale Sicherung auftreten. Die Verschiedenheit der Rechtssysteme hat notwendig zur Folge, dass ein solcher Ortswechsel in seinen Rechtsfolgen nicht immer „neutral"[33] ist.

Eine Ausnahme ist nur dann und auch nur im Hinblick auf eine finanzielle Mehrbelastung des Versicherten vorzusehen, wenn die Inanspruchnahme der Behandlung im Ausland zwingend ist, weil der zuständige Staat – obwohl in dessen Leistungskatalog verankert – diese nicht oder nicht rechtzeitig gewährleisten kann. In diesem Fall dient die Leistungsaushilfe des anderen Mitgliedstaats der Abwehr eines Systemversagens. Einem solchen vorzubeugen liegt allein in der Verantwortung des Versicherungsstaats, so dass es gerechtfertigt ist, diesem die Mehrkosten aufzuerlegen, die einem Versicherten durch das Ausweichen ins Ausland entstehen.

b) Abweichung von der Kohll/Decker-Rechtsprechung

Darin liegt auch der Unterschied zur bisherigen Rechtsprechung, nach der dem Versicherten eine volle Kostenübernahme zugesprochen worden war[34]. Diese bezog sich auf geplante Krankenbehandlungen im Ausland – sei es, weil eine Leistung im Inland nicht rechtzeitig verfügbar war, sei es weil der Versicherte die Behandlung aus anderen Gründen in einem anderen Mitgliedstaat vornehmen lassen wollte. Das Vertragsverletzungsverfahren gegen Spanien betraf dagegen einen Fall, in dem sich die Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung

26 EuGH, Slg. 1993, I-6097, Rn. 16 (Keck): „Demgegenüber ist ... die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten ... nicht geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ... zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben."

27 EuGH, Slg. 2002, I-2829, Rn. 50 ff. (Hervein); Slg. 2004, I-4981, Rn. 55 (Weigel); Slg. 2007, I-3505, Rn. 76 (Alevizos).

28 EuGH, Slg. 1984, 523, Rn. 16 (Duphar); Slg. 1997, I-3395, Rn. 27 (Sodemare); Slg. 1998, I-1931, Rn. 17 (Kohll); Slg. 2001, I-5473, Rn. 44 ff. (Smits und Peerbooms); Slg. 2003, I-4509, Rn. 100 (Müller-Fauré und van Riet); Slg. 2006, I-4325, Rn. 92 (Watts).

29 EuGH, Slg. 1980, 1445, Rn. 12 (Coonan); Slg. 1991, I-4501, Rn. 15 (Paraschi); Slg. 1997, I-511, Rn. 36 (Stöber und Piosa Pereira); Slg. 1998, I-1931, Rn. 18 (Kohll).

30 Eichenhofer, Sozialrecht der Europäischen Union, Rn. 31.

31 EuGH, Slg. 1978, 825, Rn. 19 (Pierik); sowie Slg. 2009, I-6095, Rn. 53 (Chamier-Glisczinski) für die Sachleistungen der sozialen Pflegeversicherung.

32 Klein in Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, VO (EG) 883/04 – K Art. 19, Rn. 18 f.

33 EuGH, Slg. 2002, I-2829, Rn. 51 (Hervein); Slg. 2006, I-2369, Rn. 34 (Piatkowski); Slg. 2009, I-6095, Rn. 85 (Chamier-Glisczinski).

34 EuGH, Slg. 2001, I-5363, Rn. 37 (Vanbraekel); Slg. 2006, I-4326, Rn. 48 (Watts); Slg. 2007, I-3185, Rn. 38 (Stamatelaki).

erst während eines aus anderen Gründen angetretenen Auslandsaufenthalts ergeben hatte. Dies vermag die unterschiedliche Handhabung der ergänzenden Erstattung durch den EuGH zu erhellen.

Will sich ein Versicherter gezielt ins EU-Ausland begeben, um sich dort einer medizinischen Behandlung zu unterziehen, hindert ihn die unvollständige Kostenübernahme durch den zuständigen Träger daran[35]. Die Dienstleistungsfreiheit gebietet daher, den Versicherten von jedweden Zusatzkosten freizustellen[36]. In der Rechtssache Vanbraekel[37] trat der Umstand hinzu, dass der zuständige Staat die nach Art. 20 VO (EG) 883/2004 erforderliche Genehmigung für die Auslandsbehandlung zu Unrecht verweigert hatte. Der Anspruch auf Kostenerstattung über die im zuständigen Staat geltenden Sätze hinaus soll in derartigen Fällen auch die Risikobereitschaft des Versicherten ausgleichen, sich eine notwendige Behandlung notfalls auf eigene Kosten zu verschaffen. Der zuständige Träger soll in derartigen Fällen nicht auch noch von Kostenvorteilen profitieren, die sich für ihn aus dem für den aushelfenden Träger geltenden Recht ergeben[38].

Handelt es sich dagegen um eine ungeplante Behandlung im Rahmen eines touristischen Aufenthalts, ist die passive Dienstleistungsfreiheit im Hinblick auf medizinische Dienstleistungen allenfalls mittelbar und nur vage betroffen. Denn niemand wird sich durch den Umstand von einer Urlaubsreise abhalten lassen, dass im Falle einer Erkrankung im Urlaubsland möglicherweise Kosten auf ihn zukommen[39]. Dass hypothetische Beeinträchtigungen keinen Eingriff in die Grundfreiheiten begründen können, hat der EuGH bereits in seiner früheren Rechtsprechung bestätigt[40]. In der Rechtssache Ioannidis[41], in der es ebenfalls um eine ungeplante Krankenhausbehandlung während eines Auslandsaufenthalts als Tourist ging, hat das Gericht die Dienstleistungsfreiheit daher gar nicht erst thematisiert. Vielmehr hat es ausdrücklich auf das Sekundärrecht, insbesondere auf den in Art. 31 VO (EWG) 1408/71 – nunmehr Art. 35 VO (EG) 883/2004 – vorgesehenen Erstattungsweg verwiesen. Ungeplante medizinische Behandlungen in anderen Mitgliedstaaten sind daher nicht am Primärrecht zu messen.

Der EuGH hat seine Rechtsprechung zu den Wirkungen der Dienstleistungsfreiheit auf das Gesundheitswesen also keineswegs aufgegeben. Er hält grundsätzlich daran fest, dass die in Art. 56 I AEUV verankerte Grundfreiheit die „Mitnahme" der heimatlichen Versicherungsbedingungen in andere Mitgliedstaaten erfordert. Im Falle einer ungeplanten Behandlungsbedürftigkeit im Ausland hat das Gericht die Dienstleistungsfreiheit dagegen als nicht tangiert befunden. Die bisherige Rechtsprechung ist also lediglich um eine weitere Facette ergänzt worden.

c. Finanzieller Risikoausgleich als Anliegen des koordinierenden Sozialrechts?

Ergänzend und hilfsweise hat der EuGH darauf verwiesen, dass eine ergänzende Erstattung von Selbstbehalten das durch die Koordinierungsverordnung in Art. 22 I lit. a) VO (EWG) 1408/71 – nunmehr Art. 19 I VO (EG) 883/2004 – etablierte System des Risikoausgleichs beeinträchtige. Etwaige Mehraufwendungen, die einem Mitgliedstaat dadurch entstehen, dass seine Versicherten während des Aufenthalts in einem anderen Staat mit einem höheren als dem eigenen Deckungsniveau der stationären Behandlung bedürfen, würden durch die Fälle ausgeglichen, in denen die Behandlung in einem Staat mit niedrigerem Deckungsniveau notwendig werden. Sei ein Mitgliedstaat aber gehalten, seinen Versicherten stets auch den vom sozialen Sicherungssystem des Aufenthaltsstaats nicht gedeckten Selbstbehalt zu gewähren, sei dieser Risikoausgleich beeinträchtigt, führte dies angesichts der steigenden Mobilität der Bevölkerung doch systematisch zu einer erheblichen finanziellen Belastung des Versicherungsstaats. Dieses erstmals in die Diskussion eingeführte Argument überzeugt jedoch weder inhaltlich noch methodisch.

Zum einen wird damit impliziert, dass die Gesundheitskosten in allen Staaten in der Summe aus öffentlichem Deckungsniveau und Selbstbehalten der Versicherten etwa gleich hoch wären, während die des zur Leistung verpflichteten Staates niedriger seien. Denn nur so ließe sich eine systematische Mehrbelastung eines Mitgliedstaates aus der vollen Kostentragung für Auslandsbehandlungen seiner Versicherten herleiten. Zum anderen wird der Risikoausgleich im Sinne einer solidarischen Verteilung der Gesundheitskosten systemimmanent vollzogen, also innerhalb des durch die nationale Rechtsordnung vorgegebenen Leistungsrechts – in Deutschland beispielsweise durch den morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleich nach § 266 SGB V[42]. In diesem Rahmen soll mit der gleichmäßigen Lastenverteilung auf alle Leistungsberechtigten der nationalstaatlichen Verantwortung für eine gerechte und ausgewogene Versorgung Rechnung getragen werden[43]. Eine solche Verantwortung der Gemeinschaft für das sozialrechtliche, insbesondere finanzielle Wohl und Wehe der Mitgliedstaaten, die einen Risikoausgleich im Leistungserbringungsrecht begründen könnte, besteht jedoch nicht. Sie lässt sich auch nicht aus den Verträgen ableiten, die die Mitgliedstaaten zwar inzwischen zu mehr als einer reinen Wirtschafts- und Währungsunion, nicht aber zu einer sozialpolitischen Schicksalsgemeinschaft verbinden.

Indem der EuGH Primär- und Sekundärrecht als unterschiedliche, nebeneinanderstehende Systeme ansieht, die unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen für die so-

35 Kritisch Kötter, ZESAR 2003, 168 (174).
36 Erstmals EuGH, Slg. 1998, I-1931, Rn. 26 (Kohll).
37 EuGH, Slg. 2001, I-5363 (Vanbraekel).
38 Kingreen, NJW 2001, 3382 (3383); Kötter, ZESAR 2003, 168 (174) verweist insofern zutreffend auf die Grundsätze des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs nach deutschem Sozialrecht.
39 So aber die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi vom 25.2.2010, Rn. 80, 85.
40 EuGH, Slg. 1990, I-583, Rn. 11 (Krantz); Slg. 2000, I-493, Rn. 24 f. (Graf) zur Arbeitnehmerfreizügigkeit.
41 EuGH, Slg. 2003, I-1703 (Ioannidis).
42 Dazu Janda, Medizinrecht, S. 64.
43 Zur beschränkten Wirkung des Solidarprinzips Kingreen, NJW 2001, 3382 (3382); zweifelnd Fuchs, NZS 2002, 337 (341); Kötter, ZESAR 2003, 168 (175).

zialrechtlichen Ansprüche freizügigkeitsberechtigter Personen begründen, scheint es zudem auch methodisch nur schwerlich nachvollziehbar, warum ein Anliegen des Sekundärrechts geeignet sein soll, die Reichweite primärrechtlich gewährleisteter Ansprüche zu beschränken.

Der Rückgriff auf dieses Hilfsargument wäre auch gar nicht notwendig gewesen, ist die fehlende Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch hypothetische Ereignisse doch durch die bisherige Rechtsprechung gefestigt. Getragen wurde er aber offenbar von dem Bedürfnis, die sehr weitreichende Öffnung der nationalen Gesundheitssysteme über die Grundfreiheiten durch „ungeschriebene Rechtfertigungsgründe"[44] zu beschränken.

3. Änderung der Rechtslage durch die Richtlinie zur grenzüberschreitenden Patientenversorgung?

Die seit längerem in der Diskussion befindliche Richtlinie zur grenzüberschreitenden Patientenversorgung[45], mit deren Verabschiedung demnächst wohl doch zu rechnen ist[46], soll Klarheit über die Ansprüche von Patienten bei der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen bieten. Sie wird in Ergänzung der VO (EG) 883/2004 die Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit in der Patientenversorgung statuieren.

Für ungeplante Behandlungen im Ausland, etwa wegen einer Erkrankung während einer Urlaubsreise hält diese Richtlinie jedoch im Gegensatz zu den geplanten Auslandsbehandlungen keine Neuerungen bereit. Ihr Ziel ist es, die Patientenmobilität[47] zu fördern, also die Bereitschaft und Fähigkeit, der bereits Erkrankten in anderen Mitgliedstaaten um Behandlung nachzusuchen. Der unerwartet erkrankte Tourist oder Geschäftsreisende nimmt seine Mobilität jedoch gerade (noch) nicht als Patient in Anspruch.

III. Fazit

Der EuGH hält einerseits an seiner in den Rechtssachen Kohll und Decker begründeten weitreichenden Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Primärrechts[48] fest. Dieses ist also weiterhin als Prüfungsmaßstab für nationales Recht heranzuziehen, selbst wenn letzteres mit dem Sekundärrecht im Einklang steht. Die logisch scheinende Folgerung, das Sekundärrecht wegen eines Verstoßes gegen die Dienstleistungsfreiheit für unvereinbar mit dem Primärrecht zu erklären[49], zieht das Gericht nicht. Diese war hier zwar nicht betroffen, jedoch deutet der Prüfungsaufbau darauf hin, dass der EuGH eine solche Konsequenz nicht in Erwägung zieht.

Andererseits ist der Gerichtshof seinen Kritikern, die in der bisherigen Rechtsprechung eine Tendenz zur Harmonisierung durch Etablierung eines eigenen Europäischen Krankenversicherungsrechts[50] sehen, entgegengetreten und hat Unterschiede in den nationalen Sicherungssystemen ausdrücklich für systemkonform erklärt. Die Aussage, das Europarecht lasse die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme sozialer Sicherheit unberührt, ist damit entgegen aller Kritik[51] keine bloße Worthülse. Die Beurteilung nationalen Rechts anhand gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben soll Unterschiede keineswegs einebnen, sondern Hindernisse für die Bewegungsfreiheit auf dem Gemeinsamen Markt abbauen. Dies ist der fundamentale Unterschied zwischen Kompetenzverteilungsvorschriften und materiell-rechtlichen Maßstäben[52]! Die größtmögliche Freiheit der Patienten erfordert keine Beschränkung der Rechtssetzungs- und Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten in ihrer Gesundheitsgesetzgebung. Sie erfordert aber die gemeinschaftsweite Transportabilität und Durchsetzbarkeit erworbener sozialrechtlicher Ansprüche. Insofern hat der EuGH mit seinem Urteil eine begrüßenswerte explizite Klärung herbeigeführt.

44 Kingreen, NJW 2001, 3382 (3384).

45 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM/2008/414 endg. vom 2.7.2008; dazu ausführlich Kingreen, ZESAR 2009, 109; Schulte-Westenberg, NZS 2009, 135; Wunder, MedR 2009, 324.

46 Antwort des Rates vom 20.9.2010 auf eine Anfrage des Europaparlaments, Vorgang P-6590/2010. Abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2010-6590&language=DE

47 Krajewski, EuR 2010, 165 (185).

48 Vgl. Kubicki, EuZW 2009, 366 (366): „Der (unendliche) Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts".

49 So Hailbronner, NJW 2004, 2185 (2186).

50 Vgl. Fuchs, NZS 2002, 337 (346 f.); Bieback, ZESAR 2006, 241 (244); Dettling, EuZW 2006, 519 (521).

51 Statt vieler Dettling, EuZW 2006, 519 m.w.N.

52 Kingreen, NJW 2001, 3382 (3382).