

Bulletin luxembourgeois des questions sociales
2005 Volume 18

**Zugang zu den Gesundheitsleistungen im gemeinsamen Markt:
Auswirkungen auf den gesetzlichen und den freiwilligen
Gesundheitsschutz**

Internationale Konferenz vom 8. April 2005



AIM



aloss

association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale



a l o s s

association luxembourgeoise
des organismes de sécurité sociale

BP 1308
L-1013 Luxembourg

ISBN 2-495-23054-7

Les articles reproduits n'engagent que la responsabilité
de leurs auteurs et non les administrations et les
institutions dont ils relèvent

VORWORT

Fernand LEPAGE

*VIZEPRÄSIDENT DES LUXEMBURGISCHEN VERBANDES
DER INSTITUTIONEN DER SOZIALEN SICHERHEIT
(aloss)*

Sehr geehrte Damen und Herren, sehr geehrte Leser,

Der vorliegende 18. Band des luxemburgischen Bulletins für Sozialfragen ist den Beiträgen der Internationalen Konferenz "Zugang zu den Gesundheitsleistungen im gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf den gesetzlichen und den freiwilligen Gesundheitsschutz" gewidmet, welche im Rahmen der Luxemburgischen EU-Präsidentschaft stattfand.

Zielsetzung der Konferenz war es die Auswirkungen des bestehenden und geplanten Gemeinschaftsrechts auf die Gesundheitsversorgung und den Zugang zu Sozialleistungen wahrzunehmen.

An einem Zeitpunkt, zu dem die Diskussionen über den Bolkestein-Vorschlag betreffend der Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt einen Höhepunkt erreichten und wo in Frankreich, den Niederlanden und in Luxemburg der Wahlkampf zum Referendum hinsichtlich einer Verfassung für Europa anlief, hat die Konferenz am 8. April 2005 in Luxemburg stattgefunden.

Der Verwaltungsrat des luxemburgischen Verbandes der Institutionen der sozialen Sicherheit (aloss) ist stolz an der Organisation der Konferenz teilgenommen zu haben, zusammen mit dem Ministerium der sozialen Sicherheit, der Internationalen Vereinigung der sozialen Krankenversicherer auf Gegenseitigkeit (AIM) und dem höheren Rat der luxemburgischen Mutualität (CSML).

Die nachfolgende Veröffentlichung besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil gibt den bemerkenswerten Basisbericht des Professors Yves JORENS von der Universität Gent wieder. Im zweiten Teil findet der Leser die Beiträge der Experten, in ihrer Originalsprache, welche in drei Arbeitssitzungen vorgetragen wurden, und zwar: "Gesundheitsleistungen im Binnenmarkt", "Krankenversicherung und Binnenmarkt" und "Der Begriff der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse als Gegengewicht zu den Binnenmarktregeln".

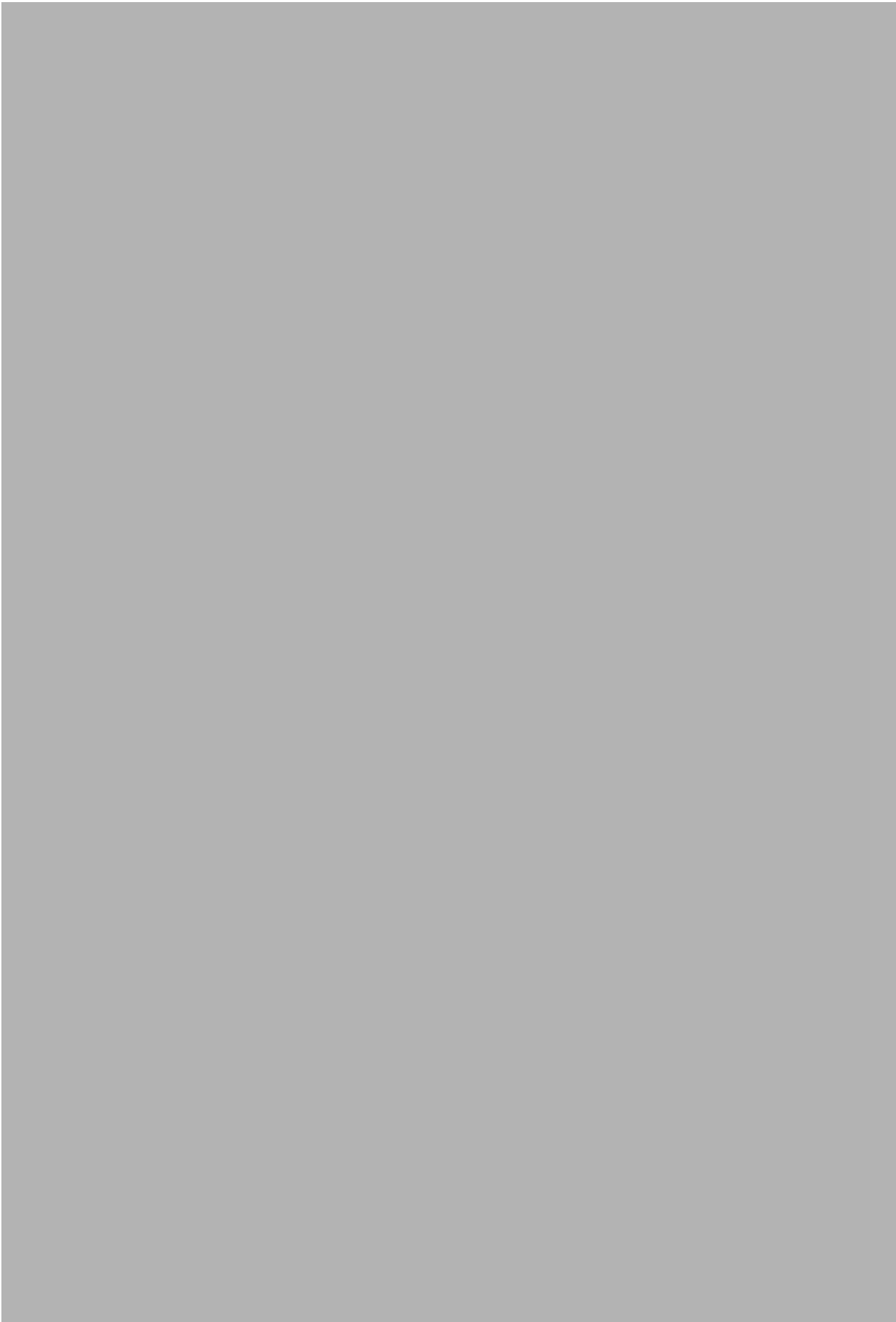
Mein Dank geht an all jene die durch ihren Einsatz zum Erfolg der Konferenz und zur Verwirklichung der vorliegenden Veröffentlichung beigetragen haben.


Abschließend hoffe ich, daß diese Veröffentlichung einen nützlichen Beitrag darstellt um in Zukunft den Zugang zu den Gesundheitsdiensten im gemeinsamen Markt besser wahrnehmen zu können.

TEIL I

**ZUGANG ZU DEN GESUNDHEITSLEISTUNGEN
IM GEMEINSAMEN MARKT:
AUSWIRKUNGEN AUF DEN GESETZLICHEN UND
DEN FREIWILLIGEN GESUNDHEITSSCHUTZ**

BASISBERICHT





Zugang zu Gesundheitsleistungen im gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf den gesetzlichen und den freiwilligen Gesundheitsschutz

Yves JORENS

*PROFESSOR FÜR RECHT DER SOZIALEN SICHERHEIT
UND EUROPÄISCHES SOZIALRECHT*

Michael COUCHEIR

WISSENSCHAFTLICHER MITARBEITER

Filip VAN OVERMEIREN

WISSENSCHAFTLICHER MITARBEITER

Allgemeine Einführung

Wohlfahrtsstaaten sind Nationalstaaten. Die soziale Sicherheit und insbesondere die Gesundheitsleistungen gelten seit jeher als Schlüsselemente und Verantwortungsbereiche der Nationalstaaten. Die Organisation der Gesundheitssysteme sowie ihre Finanzierung und Planung in Abhängigkeit von den Bedürfnissen der Bevölkerung sind daher - trotz der allmählichen, aber beschränkten Erweiterung der Kompetenzen der Europäischen Union auf dem Gebiet der Sozialpolitik und der Gesundheit der Bevölkerung - Sache der Mitgliedstaaten. Wengleich dem EG-Vertrag zum Beispiel deutlich zu entnehmen ist, dass die Europäische Gemeinschaft ein hohes Gesundheitsschutzniveau sicherstellen wird¹⁾, überlasst er die Organisation des Systems der einzelstaatlichen Gesetzgebung. In Artikel 152 (5) EG-Vertrag heißt es: "Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt."

Wesentlich wichtiger als die Zunahme der im Vertrag über die Europäische Union gewährten Kompetenzen waren und sind jedoch die Auswirkungen auf die Regeln des gemeinsamen Marktes. Aufgrund der Regeln des gemeinsamen Marktes hat die EU die Souveränität (d.h. die legitime Autorität) und die Autonomie (de facto Handlungsfähigkeit) der Sozialschutzsysteme

der Mitgliedstaaten eingeschränkt. Die allmähliche Ausweitung des EU-Rechts hat die einzelstaatliche Kontrolle der Leistungsberechtigten (die Mitgliedstaaten können den Zugang zu Sozialleistungen nicht länger ausschließlich auf ihre eigenen Staatsbürger beschränken), die räumliche Kontrolle der Inanspruchnahme (die Versicherten der einzelstaatlichen Systeme können zunehmend die Preise vergleichen und Dienstleistungen anderer EU-Systeme in Anspruch nehmen), den ausschließlichen Charakter der Abdeckung auf ihrem eigenen Staatsgebiet (die Mitgliedstaaten sind zunehmend dazu verpflichtet, den Eintritt der Systeme anderer Länder in ihr Staatsgebiet zu akzeptieren), die Kontrolle des Zugangs zum Status des Leistungsanbieters (die Staaten müssen ausländischen Anbietern Zugang zu ihren nationalen Wohlfahrtssystemen gewähren) und die Kontrolle über behördliche Entscheidungen (die Mitgliedstaaten müssen akzeptieren, dass die Festlegung des Leistungsberechtigtenstatus wie etwa das Vorhandensein einer Krankheit durch die Behörden anderer Mitgliedstaaten erfolgt) mit der Zeit untergraben.²⁾ Die europäischen Wohlfahrtsstaaten haben daher eine zunehmende Aushöhlung ihrer Außengrenzen und ihrer Fähigkeit, sie zu kontrollieren, erlebt. Die Staaten sind zu halbsouveränen Gebilden geworden.

Wenngleich der direkte Einfluss des Rechts der Europäischen Gemeinschaft auf das einzelstaatliche Sozialschutzrecht und insbesondere auf die einzelstaatliche Gesundheitspolitik sehr beschränkt sein mag, bedeutet dies nicht, dass der Sektor der sozialen Sicherheit deshalb eine Insel außerhalb der Reichweite des Gemeinschaftsrechts wäre und dass infolge dessen alle einzelstaatlichen Bestimmungen im Bereich der sozialen Sicherheit außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs lägen.³⁾

Die Auswirkung des europäischen Rechts auf die einzelstaatlichen Gesundheitssysteme ist zu einem aktuellen Thema geworden, als die grundlegenden Fälle über die Mobilität der europäischen Patienten bestätigten, dass es sich bei Gesundheitsleistungen um Dienstleistungen gemäß dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft handelt. Hier wurden – wie bereits lange erwartet – zum allerersten Mal die grundlegenden wirtschaftlichen Freiheiten auf den Gesundheitssektor angewandt.

Da der Gerichtshof betont hat, dass die Gesundheitsleistungen eine Wirtschaftstätigkeit darstellen, die in den Anwendungsbereich der Grundsätze der Freizügigkeit von Gütern und Dienstleistungen fallen, liegt es auf der Hand, dass auch andere Bereiche des EU-Rechts, insbesondere des Wettbewerbsrechts, auf die Gesundheitssysteme anwendbar sein werden.

Von da an war eindeutig klar, dass der Einfluss der Europäischen Union auf „Gesundheitsfragen“ nicht auf den Bereich der „Gesundheit der Bevölkerung“ beschränkt bleiben würde, bei der es um ansteckende und seltene Krankheiten, Blut und Gewebe, Verhütung von Verletzungen, Tabak und Ernährung geht. Das europäische Recht hatte seine Fähigkeit unter

Beweis gestellt, eine direkte Auswirkung auf die Art zu zeigen, in der die Gesundheitsleistungen und insbesondere die Rückerstattung der Kosten für die Gesundheitsleistungen in den Mitgliedstaaten organisiert ist, auch wenn Artikel 152(5) EG-Vertrag eindeutig das Gegenteil zu entnehmen ist. Die Gesundheitsleistungen sind plötzlich in wesentlich stärkerem Maße zu einer „europäischen Angelegenheit“ geworden.

Einige dieser Themen, die mit dem Einfluss des Binnenmarktes auf die Gesundheitsleistungen zusammen hängen⁴⁾, werden in diesem Bericht behandelt werden.⁵⁾

An den Fällen im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsleistungen ist klar geworden, dass sowohl die Anbieter von Gesundheitsleistungen als auch die privaten Versicherer von Gesundheitsleistungen von den Bestimmungen über den freien Personen- und Dienstleistungsverkehr profitieren können. Gesundheitsleistungen sollten nicht nur von der Seite des Anbieters betrachtet werden, der Verantwortung übernimmt, um das finanzielle Gleichgewicht zu wahren. Zunehmend kann der Patient jetzt selbst wählen, wo er seine ärztliche Behandlung in Anspruch nehmen möchte.⁶⁾ Aber nicht nur der Patient kann von dieser Europäisierung der Gesundheitsleistungen profitieren. Auch die Mitgliedstaaten werden ihr System für ausländische Anbieter medizinischer Leistungen öffnen müssen. Zur Begünstigung dieses freien Verkehrs sind zahlreiche Richtlinien verabschiedet worden.⁷⁾ Die Art, wie ausländische Anbieter medizinischer Leistungen ihre Dienste anbieten können, wurde im vergangenen Jahr mit dem Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt besonders aktuell. Diese Aspekte werden in Teil II unseres Berichts eingehender behandelt.

Soweit sie als Unternehmen im Sinne der relevanten Bestimmungen des EG-Vertrags eingestuft werden können, ist es möglich, die Tätigkeiten von Anbietern von Gesundheitsleistungen und Krankenversicherer unter Anwendung der Wettbewerbsregeln zu prüfen. Dieses Thema wird Gegenstand von Kapitel III dieses Berichts sein.

Einerseits kann nicht geleugnet werden, dass die Gesundheitsleistungen ein Wirtschaftsmarkt sind, auf dem Güter und Dienstleistungen geliefert bzw. erbracht werden, die im Prinzip auch von privaten Akteuren geliefert bzw. erbracht werden könnten, die auf einem rein gewerblichen Markt tätig sind. Andererseits sind die Gesundheitsleistungen aber kein normaler Markt, da eine Informationsasymmetrie besteht: Nach wie wird die Nachfrage eher von den Anbietern als von den gut informierten Verbrauchern bestimmt. Im Bereich der Gesundheitsleistungen sind die Nutzer noch nicht in einer Lage, in Anbetracht derer davon ausgegangen werden könnte, dass sie eigene Entscheidungen treffen, die in ihrem besten Interesse sind. Darüber hinaus werden Gesundheitsleistungen als wesentlicher Faktor betrachtet, bei dem die Zugänglichkeit nicht durch die Fähigkeit oder die Bereitschaft zu zahlen

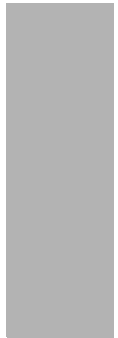
bestimmt werden sollte. Ganz im Gegenteil, es handelt sich um ein Grundrecht, das in den meisten europäischen Verfassungen verankert ist. Alle Mitgliedstaaten unterstützen das grundlegende Ziel, dass die gesamte Bevölkerung unabhängig vom Gesundheitszustand und von der finanziellen Situation des Einzelnen Zugang zu den erforderlichen Gesundheitsleistungen haben soll.⁸⁾

Der Markt für Gesundheitsleistungen kann daher nicht völlig dem freien Wettbewerb überlassen werden. Dies erklärt teilweise, warum die europäischen Gesundheitssysteme in großem Maße von Behörden organisiert und finanziert werden.⁹⁾ In allen Gesundheitssystemen haben die Mitgliedstaaten ein weit entwickeltes System der gemeinsamen Verantwortung und Solidarität. Der Umgang mit dem Thema Wettbewerbsrecht in den Bereichen soziale Sicherheit und Gesundheitsleistungen ist daher eine sehr komplizierte Angelegenheit, nicht zuletzt deshalb, weil Wettbewerbsrecht und Sozialpolitik zwei völlig unterschiedliche Konzepte zu sein scheinen, die einander entgegengesetzt sind. Während das Wettbewerbsrecht lediglich alle Hemmnisse und Beschränkungen des Grundsatzes des Freihandels und der Freiheit des Einzelnen, Initiative zu ergreifen und Entscheidungen zu treffen, beseitigen will, scheint die Sozialpolitik in die entgegengesetzte Richtung zu gehen.¹⁰⁾ Der soziale Schutz zielt darauf ab, die Bevölkerung im Bereich der sogenannten sozialen Risiken abzudecken und zu schützen. Die staatliche Intervention, die im Grundsatz der für Staatsangehörige (oder Ansässige) eines bestimmten Gebiets bestehenden Pflichtmitgliedschaft im öffentlichen Gesundheitsschutz verkörpert ist, setzt eine kollektive Handlung und gewisse Mechanismen der finanziellen Umverteilung zwischen einzelnen Personen oder Kategorien der Bevölkerung voraus.

Die Kombination aus diesen beiden Elementen der Solidarität auf der einen Seite und die stärker wirtschaftlich ausgerichteten Elemente des freien Marktes auf der anderen Seite erfordern eine rechtliche Feinsteuerung. Diese Feinsteuerung ist ein fortwährender Prozess, bei dem der Europäische Gerichtshof die Hauptrolle spielt. Es muss eingeräumt werden, dass der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung - in einer möglicherweise nicht immer sehr verständlichen Weise - versucht hat, den Balanceakt zwischen dem Binnenmarkt und den Anliegen der Mitgliedstaaten, die nationale Solidarität zu gewährleisten, zu vollführen.

Dies ist vor dem Hintergrund einer besonderen Art der Entwicklung zu sehen, bei der die EU sich zunehmend für eine Art aktivistischer Sozialpolitik einsetzt, indem sie selbst als Begründerin marktbrechender Sozialrechte auftritt. Um eine volle Anwendung der Regeln des gemeinsamen Marktes auf den Gesundheitssektor zu verhindern, soll untersucht werden, ob die Gesundheitsleistungen als Dienst von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse betrachtet werden könnten. Dieses Thema wird in Teil IV unseres Bericht weiter ausgeführt.

Ehe wir die Auswirkungen des Binnenmarktes auf die Gesundheitsleistungen näher untersuchen, wollen wir zunächst sehen, wie die EU politisch auf einzelstaatliche und europäische Entwicklungen im Bereich der Gesundheitsleistungen reagiert hat.



I. Die Gesundheitspolitik in der europäischen politischen Agenda

Die Strategie der EU im Bereich der Gesundheitsleistungen (ohne die Verantwortungen im Bereich der „Gesundheit der Bevölkerung“) lassen sich grob¹¹⁾ in zwei verschiedene, aber miteinander zusammen hängende maßgebliche politische Tendenzen unterteilen, nämlich Gesundheitssysteme als Schlüsselthema der „Lissabon-Strategie“ über die Modernisierung der Sozialschutzsysteme und Gesundheitsleistungen als Diskussionsthema im Rahmen eines neuen Reflexionsprozesses über „Patientenmobilität und Entwicklung von Gesundheitsleistungen“, wobei letzteres in direkterem Zusammenhang mit der *Kohll & Decker*-Rechtsprechung des Gerichtshofes zu sehen ist.¹²⁾

Das Thema Gesundheitsleistungen ist auf der politischen Agenda der EU nicht neu. Bereits 1992 rief eine Empfehlung des Rates über die Annäherung der Ziele und der Politiken im Bereich des sozialen Schutzes die Mitgliedstaaten zu folgendem auf: *„Es sollte auf die Beibehaltung und gegebenenfalls die Weiterentwicklung eines hochwertigen Gesundheitsversorgungssystems geachtet werden, das der Entwicklung der Bedürfnisse der Bevölkerung, insbesondere der Bedürfnisse aufgrund der Abhängigkeit alter Menschen, der Entwicklung von Krankheiten und Heilverfahren sowie der erforderlichen Intensivierung der Vorsorge angepasst ist“*.¹³⁾ Ende der neunziger Jahre riefen verschiedene Berichte und darauf folgende Mitteilungen der Kommission bezüglich des sozialen Schutzes in Europa und 1999 rief das Europäische Parlament die Kommission dazu auf, einen Prozess der freiwilligen Annäherung der Ziele und Politiken im Bereich des sozialen Schutzes analog zur Europäischen Beschäftigungsstrategie in Bewegung zu setzen.¹⁴⁾ Im November desselben Jahres wurden die Gesundheitsleistungen vom Rat als einer der vier Bereiche des sozialen Schutzes bezeichnet, in dem eine engere Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten erforderlich sei. Die Schlussfolgerungen der Präsidentschaft verschiedener Europäischer Räte hatten die Notwendigkeit zum Gegenstand, die Sozialschutzsysteme zu reformieren und anzupassen. Der wichtige Europäische Rat von Lissabon¹⁵⁾ von März 2000, der ein integriertes Konzept für die Bereiche Beschäftigung, Wirtschaftsreformen und sozialen Zusammenhalt verabschiedete, setzte der Europäischen Union das Ziel (2000-2010), *„die wettbewerbsfähigste und dynamischste wissensbasierte Ökonomie der Welt zu werden, die sich durch eine nachhaltige Wirtschaftsweise, mehr und bessere Arbeitsplätze und einen größeren sozialen Zusammenhalt auszeichnet“*. Gemäß diesen Schlussfolgerungen, die auf nahezu allen folgenden Sitzungen des Europäischen Rates wiederholt und weiter ausgearbeitet wurden, war es erforderlich, die Sozialschutzsysteme als Teile eines aktiven Wohlfahrtsstaates anzupassen, um sicherzustellen, dass Arbeit sich lohnt und dass die Systeme angesichts einer alternden Bevölkerung auch langfristig aufrecht erhalten werden

können, um die soziale Integration und die Gleichstellung der Geschlechter zu fördern und eine „gute Gesundheitsfürsorge zu gewährleisten“. So wurde die Entwicklung der Gesundheitssysteme in den Mitgliedstaaten in einen EU-weiten Prozess, die „Lissabon-Strategie“ eingebunden, vermutlich unter dem Einfluss der Grundzüge der Wirtschaftspolitik von 1999, die die Empfehlung enthalten, dass die Mitgliedstaaten ihre Renten- und Gesundheitssysteme überprüfen sollten, um die steigenden Sozialausgaben für eine alternde Bevölkerung zu verkraften und das zukünftige Arbeitskräfteangebot zu beeinflussen.¹⁶⁾ Zugänglichkeit, Qualität und langfristige Finanzierbarkeit wurden bei diesem Modernisierungsprozess von der Kommission¹⁷⁾ als die wesentlichen Punkte für den sozialen Schutz bezeichnet. Für die Gesundheitsleistungen wurden diese drei Kernpunkte vom Europäischen Rat von Barcelona¹⁸⁾ im März 2002 verabschiedet.

Auf der Grundlage dieser Schlussfolgerungen hat auch der Ausschuss für Sozialschutz¹⁹⁾ sich intensiv mit der Zukunft der Gesundheitsleistungen und der Altenpflege beschäftigt. Der Ausschuss für Sozialschutz, der Teil des Rates ist und als Beratungsausschuss fungiert, wurde im Jahr 2000 eingerichtet, um die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialschutzpolitiken zu stärken.²⁰⁾ Die wichtigsten Aufgaben des Ausschusses bestehen darin, den sozialen Schutz in den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft zu überwachen und einen Austausch an Informationen, Erfahrungen und guten Praktiken zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission zu fördern. Damit ist er - in enger Zusammenarbeit mit dem Beschäftigungsausschuss (EMCO)²¹⁾ und dem Ausschuss für Wirtschaftspolitik,²²⁾ - direkt am Prozess der Modernisierung der Gesundheitssysteme beteiligt, da eine seiner vier Zielsetzungen darin besteht, „eine qualitativ hochwertige und langfristig finanzierbare Gesundheitsversorgung zu sichern“. Die offene Koordinierungsmethode „zur Verbreitung bewährter Praktiken und Herstellung einer größeren Konvergenz in Bezug auf die wichtigsten Ziele der EU“ scheint in allen Aspekten der Gesundheitsleistungen an Bedeutung zu gewinnen. Die auf dem Europäischen Rat von Lissabon von 2000 eingeführte Methode soll den Mitgliedstaaten dabei helfen, ihre eigenen Politiken im Rahmen gemeinsam festgelegter Ziele weiter zu entwickeln. Sie umfasst in der Regel die Einführung quantitativer oder qualitativer Benchmarks zwischen den Mitgliedstaaten und umfasst regelmäßige Überwachung, Bewertung und gegenseitige Prüfung, die als gegenseitiger Lernprozess zwischen den Mitgliedstaaten eingerichtet werden. Der rechtlich nicht verbindliche und nicht mit Sanktionen verbundene „Gruppendruck“ ermutigt die Mitgliedstaaten mittels der offenen Koordinierungsmethode jedoch zum Wettbewerb und zur Verbesserung ihrer Leistung durch Einführung hoher Standards und durch Vereinbarung von Empfehlungen und Feedback. Auf dem Gebiet der Gesundheitsleistungen und der Altenpflege betonte der Europäische Rat von Lissabon von März 2000, dass Sozialschutzsysteme in

der Lage sein müssten, auch weiterhin Gesundheitsleistungen von hoher Qualität anzubieten. Danach rief der Europäische Rat von Göteborg²³⁾ den Rat im Juni 2001 dazu auf, „gemäß der offenen Koordinierungsmethode und anhand eines gemeinsamen Berichts des Ausschusses für Sozialschutz und des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (...) für die Frühjahrestagung 2002 des Europäischen Rates gemeinsam einen ersten Bericht über Leitlinien im Bereich des Gesundheitswesens und der Altenpflege“ zu erstellen, was auf einer Mitteilung der Kommission über die Zukunft des Gesundheitswesens und der Altenpflege basierte²⁴⁾. Der Rat legte dem Europäischen Rat von Barcelona von 2002 einen ersten Orientierungsbericht über Gesundheitswesen und Altenpflege vor²⁵⁾, in dem er die Kommission und den Rat dazu aufforderte, die Aspekte Zugänglichkeit, Qualität und langfristige Finanzierbarkeit in dem Bereich weiter zu untersuchen. Anschließend verteilten der Ausschuss für Sozialschutz und der Ausschuss für Wirtschaftspolitik einen Fragebogen²⁶⁾ an alle Mitgliedstaaten, der die Grundlage für den Gemeinsamen Bericht „zur Unterstützung nationaler Strategien für die Zukunft der Gesundheitsversorgung und der Altenpflege“ bildete²⁷⁾, der auf der Frühjahrestagung des Europäischen Rates von Brüssel im März 2003 verabschiedet worden ist.²⁸⁾

Schließlich setzte die Kommission die Zusammenarbeit auf dem Gebiet durch Herausgabe ihrer Mitteilung über die Modernisierung des sozialen Schutzes für die Entwicklung hochwertiger, zugänglicher und langfristig finanzierbarer Gesundheitsleistungen und Langzeitpflege im April 2004 fort, wobei sie die einzelstaatlichen Strategien, bei denen die offene Koordinierungsmethode zum Tragen kommt, unterstützte. Nachdem das Europäische Parlament in einer Entschließung von März 2004 zu einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Gesundheitsleistungen und der Langzeitpflege aufgerufen und die Kommission zur Vorlage diesbezüglicher Vorschläge²⁹⁾ aufgefordert hatte, hat die Kommission - wie im Frühjahresbericht 2004 angekündigt - diese Mitteilung veröffentlicht, um einen gemeinsamen Rahmen festzulegen, mit dem Ziel, die Mitgliedstaaten - unter Verwendung der „offenen Koordinierungsmethode“ - bei der Reform und Entwicklung von durch das Sozialschutzsystem getragenen Gesundheits- und Langzeitpflegeleistungen zu unterstützen. In dieser Mitteilung brachte die Kommission ihren Wunsch zum Ausdruck, 2004 eine Einigung über die gemeinsamen Zielsetzungen zu erzielen. Die Mitgliedstaaten wurde dazu aufgefordert, bis März 2005 „Vorberichte“ über die Herausforderungen, mit denen ihre Systeme auf einzelstaatlicher Ebene konfrontiert sind, sowie über die laufenden Reformen und mittelfristigen politischen Zielsetzungen vorzulegen. Diese Berichte sollten statistische Daten und, sofern relevant, quantifizierte Ziele enthalten. In diesem Vorbereitungsstadium sollten die Berichte kurz gehalten werden. Anschließend sollten sie von der Kommission analysiert werden, um bei der Festlegung der gemeinsamen Zielsetzungen des harmonisierten Prozesses

der sozialen Sicherheit Berücksichtigung zu finden. Diese Harmonisierung soll 2006 zu einer ersten Reihe von „Entwicklungs- und Reformstrategien“ im Bereich der Gesundheitsleistungen und Langzeitpflege für den Zeitraum 2006-2009 führen. Die Schlussfolgerungen der Bewertung dieser Strategien sollen 2007 im *Gemeinsamen Bericht über Sozialschutz und soziale Eingliederung* vorgestellt werden. In Anbetracht der großen Bandbreite der in den gemeinsamen Zielsetzungen behandelten Themen und Aspekten sollen der Ausschuss für Wirtschaftspolitik und die übrigen zuständigen Instanzen (Beschäftigungsausschuss, Ausschuss für Sozialschutz, die parallel von der Kommission eingerichtete künftige Hochrangige Gruppe für Gesundheitsdienste und medizinische Versorgung)³⁰⁾ enge Kontakte knüpfen und ein Arbeitsprogramm erstellen, dem die für die einzelnen Beteiligten relevanten Aspekte zu entnehmen sind.

Neben dieser - in und um den „Lissabon-Prozess“ herum anzusiedelnden - Arbeit zur Modernisierung der Sozialschutzsysteme ist ein eng damit verbundener, aber noch erkennbarer Prozess im Gange, der sich stärker auf die Auswirkung des gemeinsamen Marktes auf die einzelstaatlichen Gesundheitssysteme und insbesondere auf die durch die Rechtsprechung des EuGH erleichterte Patientenmobilität in der Europäischen Union konzentriert. Diese Entscheidungen, die zahlreiche gesundheitspolitische Fragen wie Qualität und Zugänglichkeit bei grenzüberschreitenden Gesundheitsleistungen, Informationsbedarf für Patienten, Angehörige der Gesundheitsberufe und politische Entscheidungsträger, Kooperation in Gesundheitsfragen und die Vereinbarung der einzelstaatlichen Gesundheitspolitik mit europäischen Verpflichtungen aufwerfen, haben von Seiten der EU zu einem erheblichen Interesse und umfangreichen Tätigkeiten im Bereich der Gesundheitsleistungen geführt. Als direkte Folge der Grundfreiheiten, auf denen die Gemeinschaft beruht, erhielten die Patientenmobilität und die damit verbundenen Entwicklungen der Gesundheitsleistungen einen vorrangigen Stellenwert in dieser Agenda. Nachdem ein Austausch über die Implikationen dieser Urteile bereits auf einer von der belgischen Präsidentschaft im Dezember 2001 in Gent ausgerichteten Konferenz³¹⁾ stattgefunden hatte und der Hochrangige Gesundheitsausschuss in seinem Bericht von Dezember 2001 über den gemeinsamen Markt und Gesundheitsleistungen bereits wichtige Aspekte herausgearbeitet hatte (Gesundheit in der Europäischen Union, Koordinierung der Zahlungssysteme der sozialen Sicherheit, jüngste Entwicklungen bezüglich der Freizügigkeit von Patienten, grenzüberschreitende Versorgungsprojekte, gemeinsamer Markt und Gesundheitsleistungen), hat die spanische Präsidentschaft auf einer informellen Sitzung der Gesundheitsminister im Februar 2002 in Malaga weitere Diskussionen organisiert. Bei diesem Treffen ging es um Fragen über hochspezialisierte Referenzzentren, die überschüssige Kapazitäten verteilen, die Versorgung von in Grenzgebieten lebenden Personen in Nachbarländern

erleichtern und die medizinische Versorgung derjenigen gewährleisten, die längere Zeit in einem anderen Mitgliedstaat leben. Bei der Sitzung wurde deutlich, dass unbedingter Handlungsbedarf bestand. Die Vielfalt der Gesundheitssysteme in Europa wurde in dem Bericht anerkannt, und die Grundsätze Solidarität, Gleichheit und Universalität wurden als all diesen Systemen gemeinsam betrachtet. Die Minister bekräftigten, dass die Gesundheitspolitik das Ergebnis der Arbeit von Politikern und nicht von Richtern sein sollte. Es wurde ein Arbeitsprogramm aufgestellt, und die Minister einigten sich darauf, die Diskussion bei einem Expertentreffen, das im Mai 2002 in Menorca stattfinden sollte, weiterzuführen. Auf dieser Sitzung wurden die Optionen untersucht, die in Verordnung 1408/71 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit für die Freizügigkeit der Patienten vorgestellt werden, und es wurde geprüft, ob die Verordnung alle denkbaren Situationen, die sich ergeben könnten, abdeckt. Weitere Themen waren der Informationsbedarf, eine Übersicht über die grenzüberschreitenden Leistungen und die Qualität der Gesundheitsdienste auf europäischer Ebene. Vorschläge für ein grundlegendes Leistungspaket, das ohne vorherige Genehmigung erstattet werden sollte, eine europäische Qualitätspolitik und ein europäisches Warnsystem für Gesundheitssicherheit, Patienteninformationsnetze, der Austausch von Informationen über die medizinische Versorgung und Protokolle für Patienten und medizinisches Personal sind Beispiele für die diskutierten Initiativen, die eindeutig der Weg zu einem „europäischen Gesundheitskonzept“ zu sein scheinen.

Es war jedoch hauptsächlich der folgende Gesundheitsrat von Juni 2002, der tatsächlich einen Reflexionsprozess über die Wechselwirkung zwischen den Gesundheitssystemen in der Europäischen Union in Gang setzte. Dieser Rat erkannte in seinen Schlussfolgerungen in vollem Umfang die aufkommende Wechselwirkung zwischen den Gesundheitssystemen sowie die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation und Erbringung von Gesundheitsdiensten und medizinischer Versorgung an, aber er bestätigte auch den Einfluss anderer Entwicklungen, wie etwa der mit dem Binnenmarkt zusammenhängenden Entwicklungen auf die Gesundheitssysteme. Der Rat vertrat die Auffassung, dass eine Verstärkung der Zusammenarbeit erforderlich sei, um möglichst umfangreiche Möglichkeiten für den Zugang zu hochwertigen Gesundheitsleistungen zu begünstigen und dabei die langfristige Finanzierbarkeit der Gesundheitssysteme in der Europäischen Union zu wahren. *„Der Rat und die Vertreter der Mitgliedstaaten halten es deshalb für sinnvoll, dass in der Kommission in enger Zusammenarbeit mit dem Rat und allen Mitgliedstaaten – insbesondere den Gesundheitsministern und anderen Entscheidungsträgern – auf hoher Ebene ein Prozess des Nachdenkens einsetzt“,* der *„zur rechtzeitigen Ausarbeitung von Schlussfolgerungen über eventuelle weitere Maßnahmen führen“* sollte. In diesem „Reflexionsprozess auf hoher Ebene über die Patientenmobilität und die Entwicklungen der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen

Union“ brachte die Kommission die Gesundheitsminister der Mitgliedstaaten mit Patientenvertretern, Angehörigen der Gesundheitsberufe, Erbringern und Nutzern von Gesundheitsleistungen und dem Europäischen Parlament zusammen, um – unter Achtung der einzelstaatlichen Verantwortung - eine gemeinsame europäische Vision im Gesundheitsbereich zu entwickeln. Die Experten des Reflexionsprozesses auf hoher Ebene kamen drei Mal zusammen – wobei sie durch zusätzliche Treffen ihrer persönlichen Vertreter unterstützt wurden - und schlossen im Dezember 2003 mit 19 spezifischen Empfehlungen im Bereich der europäischen Kooperation, die darauf abzielten, eine bessere Nutzung der Mittel zu ermöglichen (Rechte und Pflichten der Patienten, gemeinsame Nutzung überschüssiger Kapazitäten und grenzüberschreitender Gesundheitsleistungen, europäische Referenzzentren, Gesundheitstechnologie-Bewertung), im Bereich des Informationsbedarfs für Patienten, Angehörige der Gesundheitsberufe und politische Entscheidungsträger (EU-Rahmen für Information), im Bereich der Zugänglichkeit und Qualität der Gesundheitsleistungen (Verbesserung der Kenntnisse über Zugangs- und Qualitätsaspekte, Analyse der Auswirkung der europäischen Tätigkeiten auf Zugänglichkeit und Qualität), im Bereich der Vereinbarung der einzelstaatlichen Gesundheitspolitik mit europäischen Pflichten und im Bereich der gesundheitsspezifischen Fragen und Kohäsions- und Strukturfonds der Union. Nach Vorlage eines zusammenfassenden Berichts³²⁾ über die nationale Umsetzung der Rechtsprechung bezüglich der Rückerstattung von Kosten für ärztliche Leistungen, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wurden, im Juli 2003, reagierte die Kommission kürzlich auf die Herausforderungen, die durch den Reflexionsprozess auf hoher Ebene aufgeworfen worden waren, mit einer allgemeinen Strategie, die in zwei Mitteilungen dargelegt ist: der oben genannten Mitteilung über die Anwendung der offenen Koordinierungsmethode auf das Gesundheitswesen und die Langzeitpflege und der Mitteilung der Kommission mit dem Titel „Reaktion auf den Reflexionsprozess auf hoher Ebene über die Patientenmobilität und die Entwicklung der gesundheitlichen Versorgung in der Europäischen Union“³³⁾. Eine weitere Mitteilung enthält einen Aktionsplan für elektronische Gesundheitsdienste³⁴⁾ im Rahmen eines europäischen Raums der europäischen Gesundheitsdienste für die Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien, die dazu beitragen sollen, die Zugänglichkeit, die Qualität und die Effizienz der Gesundheitsleistungen in der gesamten Union zu verbessern. Darüber hinaus bietet der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt³⁵⁾ zusammen mit der modernisierten und vereinfachten Verordnung (EG) Nr. 883/2004³⁶⁾, die die Verordnung Nr. 1408/71 über das Inkrafttreten einer neuen Durchführungsverordnung zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ersetzen wird, angesichts der weiter oben genannten Rechtsprechung des Gerichtshofs einen rechtlichen Rahmen für

die Rückerstattung von Gesundheitskosten, die in einem anderen Mitgliedstaat, als dem, in dem der Patient seine Versicherung hat, ausgelegt worden sind. Zusammen genommen dürften diese Initiativen die Patienten in die Lage versetzen, ihre im Gemeinschaftsrecht verankerten Rechte im Bereich der Gesundheitsleistungen in anderen Mitgliedstaaten auszuüben und die europäische Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Gesundheitssysteme unter Achtung der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation und Erbringung von Gesundheitsleistungen und medizinischer Versorgung erleichtern.

Ebenfalls wichtig war die Sitzung des ersten gesundheitspolitischen EU-Forums im November 2002, einem anderen informellen Gremium auf dem Gebiet der Gesundheitsleistungen auf europäischer Ebene.³⁷⁾ Ziel des Forums ist es, Dachorganisationen, die die am Gesundheitssektor Beteiligten vertreten, zusammenzubringen, um sicherzustellen, dass die gesundheitspolitische Strategie der EU offen und transparent ist und den Belangen der Öffentlichkeit gerecht wird. Das gesundheitspolitische EU-Forum ist Teil einer dreiteiligen Struktur, der noch ein Offenes Gesundheitsforum (das die Arbeit des gesundheitspolitischen Forums auf eine größere Bandbreite an Beteiligten erweitert, rund 300 Teilnehmer zählt und erstmals am 17. Mai 2004 in Brüssel zusammen gekommen ist³⁸⁾) und ein geplantes Virtuelles Gesundheitsforum angehören.

II. Zugang zu Gesundheitsleistungen im gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf den gesetzlichen und freiwilligen Gesundheitsschutz

1) Freizügigkeit der Patienten: das Verhältnis zwischen der auf dem EG- Vertrag basierenden und der auf einer Verordnung basierenden Methode der Patientenmobilität

A. Zwei Methoden der Mobilität

Bis 1998 hatten Staatsangehörige der Mitgliedstaaten, die sich auf Kosten ihres nationalen Krankenversicherungsträgers in einem anderen Mitgliedstaat medizinisch behandeln lassen wollten, nur die Möglichkeit, sich auf Artikel 22 § 1 (c) der Verordnung (EG) Nr. 1408/71 zu berufen. Kraft dieser Bestimmung haben Versicherte, die die Genehmigung erhalten haben, in einem anderen Mitgliedstaat eine geeignete Behandlung in Anspruch zu nehmen, ein Anrecht auf Gesundheitsleistungen, die sie für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Aufenthalts- oder Wohnortes nach den für diesen Träger geltenden Rechtsvorschriften erhalten, als ob sie bei ihm versichert wären. Kraft Artikel 22 Absatz 2 kann die Genehmigung nicht verweigert werden, wenn die betreffende Behandlung zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet der Betreffende wohnt und wenn er in Anbetracht seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit diese Behandlung nicht in einem Zeitraum erhalten kann, der für diese Behandlung in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist³⁹⁾.

Das 1998 ergangene *Kohll-Urteil*⁴⁰⁾ des Gerichtshofs (nachfolgend „EuGH“ oder „Gerichtshof“ genannt), dessen Geltungsbereich in darauf folgenden Urteilen geklärt wurde⁴¹⁾, ebnete den Weg für eine zweite Methode geplanter Gesundheitsleistungen im Ausland, die direkt vom Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nachfolgend „EG-Vertrag“ genannt), insbesondere von dessen Artikeln 49 und 50, abgeleitet ist. Das Wesentliche dieser Rechtsprechung ist gut bekannt und lässt sich kurz zusammenfassen. Medizinische Behandlungen, die innerhalb oder außerhalb eines Krankenhauses vorgenommen werden⁴²⁾, stellen - unabhängig von der Art, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit organisieren und finanzieren - eine Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrags dar. Das Vorschreiben einer Genehmigung für die Rückerstattung in einem anderen Mitgliedstaat entstandener medizinischer Kosten stellt sowohl für die Patienten als auch für die Erbringer medizinischer Leistungen eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. In Bezug auf Krankenhausleistungen wies der Gerichtshof jedoch darauf hin, dass das Vorschreiben einer Genehmigung vor dem Hintergrund der Krankenhausplanung gerechtfertigt sei, da diese erforderlich sei, um einen ausreichenden und ständigen Zugang zu einer ausgewogenen Bandbreite

hochwertiger Krankenhausleistungen zu gewährleisten, um die Kosten zu kontrollieren und um eine Vergeudung finanzieller, technischer und personeller Mittel zu vermeiden. In Bezug auf außerhalb eines Krankenhauses erbrachte Leistungen stellte der Gerichtshof hingegen heraus, dass das Vorschreiben einer Genehmigung nicht gerechtfertigt sein könne, da materielle Schranken (z.B. geographischer oder sprachlicher Art) eine große Zahl von Patienten daran hindere, sich im Ausland außerhalb eines Krankenhauses behandeln zu lassen und dass die Rückerstattung der Kosten für eine derartige Behandlung in jedem Falle auf die Leistungen beschränkt sein werde, die das Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit vorsieht. In Anbetracht dieser beschränkten finanziellen Auswirkungen würde die Abschaffung des Vorschreibens einer vorherigen Genehmigung das finanzielle Gleichgewicht der einzelstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit nicht in schwerwiegender Weise beeinträchtigen⁴³⁾.

B. Die Vereinbarkeit von Artikel 22 der Verordnung 1408/71 mit dem EG-Vertrag

In *Kohll, Geraets-Smits und Peerbooms und Müller-Fauré und Van Riet*⁴⁴⁾ wurden die strittigen einzelstaatlichen Vorschriften lediglich an den sich auf Dienstleistungen beziehenden Bestimmungen des EG-Vertrags geprüft. Aus verschiedenen Gründen fiel keiner dieser Fälle in den Anwendungsbereich von Artikel 22(1) (c) der Verordnung 1408/71. Im *Kohll*-Urteil wurde der Aspekt der Gültigkeit des besagten Artikels jedoch in indirekter Weise aufgeworfen. Auf die logische Behauptung der Luxemburger Behörden – deren Gesetzgebung eine korrekte Umsetzung von Artikel 22 der Verordnung darstellte – dass die Anfechtung der ersteren darauf hinauslief, die Gültigkeit des letzteren in Frage zu stellen, stellte der Gerichtshof fest, dass die Tatsache, dass eine einzelstaatliche Maßnahme mit einer Bestimmung der sekundären Gesetzgebung vereinbar sei, nicht zur Folge habe, dass die jeweilige Maßnahme nicht mehr in den Geltungsbereich der Bestimmungen des EG-Vertrags falle. Der EuGH stellte weiter fest, dass Artikel 22 der Verordnung die Übernahme in einem anderen Mitgliedstaat angefallener Kosten für Gesundheitsleistungen “nach den Rechtsvorschriften des Staates (...), in dem die Leistungen erbracht werden”⁴⁵⁾, regeln soll. Der Gerichtshof, der den besagten Artikel vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung auslegte, kam zu folgendem Urteil: Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 regelt hingegen nicht den Fall, dass „die Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat ohne vorherige Genehmigung erbrachte Behandlung zu den Sätzen erstattet werden, die im Versicherungsstaat gelten, und hindert die Mitgliedstaaten daher nicht an einer solchen Erstattung“.⁴⁶⁾

In dem kürzlichen *Inizan*-Urteil⁴⁷⁾ war der Gerichtshof direkt dazu aufgefordert, zur Vereinbarkeit des Systems der vorherigen Genehmigung, das in Artikel 22 der Verordnung 1408/71 dargelegt ist, mit den sich auf

Dienstleistungen beziehenden Artikeln des EG-Vertrags Stellung zu nehmen. In seiner Stellungnahme hat Generalanwalt Colomer ausführlich die Unterschiede zwischen der auf der Verordnung und der auf dem EG-Vertrag basierenden Methode dargelegt und dabei herausgestellt, dass es dem die Grenze überschreitenden Patienten nur unter der ersten erlaubt war, sich in derselben Weise behandeln zu lassen wie die Versicherten des nationalen Systems der sozialen Sicherheit⁴⁸⁾. Er kam zu dem Schluss, dass Artikel 22(1) (c) nicht mit Artikel 49 EG-Vertrag unvereinbar sei. Der Gerichtshof kam zu demselben Ergebnis. Nach Wiederholung seiner Ergebnisse in *Kohll* stellte er fest, dass Artikel 22 kein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr darstelle, sondern vielmehr dazu beitrage, die Freizügigkeit der Patienten und die grenzüberschreitende Erbringung medizinischer Leistungen zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern. Dies verhalte sich so, weil die Versicherten damit Zugang zur Behandlung in dem anderen Mitgliedstaat unter Rückerstattungsbedingungen hätten, die ebenso günstig seien wie die, die die Versicherten, welche der Gesetzgebung des jeweiligen anderen Staates unterliegen, genießen. Dem entsprechend werden den Personen, die Artikel 22 in Anspruch nehmen, Rechte eingeräumt, die ihnen andernfalls nicht zustünden, da diese Rechte insoweit, als sie eine Übernahme der Leistungen durch den Träger des Aufenthaltsorts nach den für diesen geltenden Rechtsvorschriften implizieren, für diese Personen aufgrund der Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats allein, so wird dabei vorausgesetzt, nicht gewährleistet werden könnten.⁴⁹⁾ Der Umstand, dass die Gemeinschaftsgesetzgebung die Inanspruchnahme dieser Rechte verbindlichen Bedingungen unterworfen hat, ist nach Ansicht des Gerichtshof unerheblich, da Artikel 42 EG-Vertrag es dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht untersagt, die zur Verwirklichung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer eingeräumten Vergünstigungen von Voraussetzungen abhängig zu machen und ihre Grenzen festzulegen.⁵⁰⁾

Infolge der Ablehnung des Gerichtshofes, Artikel 22 (1) (c) der Verordnung 1408/71 für ungültig zu erklären, regeln zwei verschiedene Verfahren – von denen keines den Vorrang gegenüber dem anderen hat⁵¹⁾ – die Übernahme von in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Kosten für Gesundheitsleistungen. Unter Ausklammerung der Komplexität, zu der diese Koexistenz führt,⁵²⁾ kann man sich die Frage stellen, ob der Gerichtshof die Gültigkeit des auf der Verordnung basierenden Verfahrens zu Recht aufrecht erhalten hat. Schließlich ist schwer zu verstehen, wie das von der Verordnung eingeführte System der vorherigen Genehmigung den freien Dienstleistungsverkehr erleichtern könnte, wenn der Gerichtshof derartige Systeme, die nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 22 fallen, fortwährend als Hemmnisse für diese grundlegende Freiheit verurteilt. Einige Autoren vertreten die Auffassung, dass der Gerichtshof Artikel 22 als *Prima-facie*-Einschränkung der Artikel 49 und 50 EG-Vertrag hätte bezeichnen sollen, um dann eine Analyse der möglichen Begründungen vorzunehmen.⁵³⁾

Die vom Gerichtshof gewählte Vorgehensweise wird jedoch verständlich, wenn man die Alternative betrachtet, dass heißt die Aufhebung der relevanten Bestimmungen der Verordnung infolge ihrer Unvereinbarkeit mit einer hierarchisch übergeordneten Norm. Wie argumentiert wird, würde ein derartiges Konzept nicht mit dem derzeitigen Trend der gerichtlichen Achtung der Gemeinschaftsgesetzgebung übereinstimmen.⁵⁴⁾ Anstatt die sekundäre Gesetzgebung als insgesamt mit dem EG-Vertrag unvereinbar zu erklären, neigt der Gerichtshof derzeit dazu, jede unerwünschte Wirkung, die die Gesetzgebung haben könnte, durch direkte Anwendung von Artikeln des Primärrechtes zu „neutralisieren“.⁵⁵⁾ Darüber hinaus hat der Gerichtshof stets die Meinung vertreten, dass für den Fall, dass der Wortlaut eines sekundären Gemeinschaftsgesetzes der Auslegung bedarf, derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben sei, die die Bestimmung mit dem EG-Vertrag vereinbar macht.⁵⁶⁾

1. „Fakultative“ Auslegung der Verordnung

Anscheinend hat der Gerichtshof diese Erwägungen nicht vergessen, als er die Gültigkeit von Artikel 22 der Verordnung 1408/71 bestätigte. Dies tat er durch Auslegung der Verordnung in „fakultativer“ Weise, indem er ihre Vorteile gegenüber dem auf dem EG-Vertrag basierenden Verfahren hervorhob. Ganz offenkundig betrachtete der Gerichtshof Artikel 22 (1) (c) nicht als verbindliche Vorschrift, die den zuständigen Träger zur Rückerstattung der Gesundheitsleistungen *ausschließlich* in Übereinstimmung mit den in dem Mitgliedstaat, in dem die Behandlung durchgeführt wurde, anwendbaren Sätzen zwingt. Wenn er eine derartige Vorgehensweise gewählt hätte, wäre der Gerichtshof nicht darum herumgekommen, über die Vereinbarkeit des Artikels mit dem EG-Vertrag zu urteilen, da er die Rückerstattung von medizinischen Kosten gemäß den im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit geltenden Sätzen nicht berücksichtigte⁵⁷⁾. Die Argumentation des Gerichtshof konzentriert sich vielmehr auf die Vorteile, die die Verordnung ihren Nutzern im Vergleich zu denjenigen Personen, die direkt dem EG-Vertrag unterliegen, bietet. Die ersteren haben Anspruch auf eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat „unter Voraussetzungen (...), die ebenso günstig sind wie für die unter die Rechtsvorschriften der letztgenannten Staaten fallenden Sozialversicherten.“⁵⁸⁾ Insbesondere kann ein Patient, der über eine Genehmigung im Sinne von Artikel 22 der Verordnung verfügt, grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen in Anspruch nehmen, ohne dass ihm dabei zusätzliche Ausgaben entstehen. Dies ist auch so, wenn die ausländische Arztrechnung den Betrag übersteigt, der gedeckt gewesen wäre, wenn der Patient im Mitgliedstaat seiner Versicherungszugehörigkeit behandelt worden wäre. Mehr noch, er darf sogar für Rechnungen des zuständigen Trägers Behandlungen in Anspruch nehmen, die im Mitgliedstaat der Versicherung nicht erstattungsfähig sind.⁵⁹⁾

Dies sind zugegebenermaßen Vorteile, die das auf dem EG-Vertrag basierende Verfahren nicht bietet, und, wie behauptet wird, mangels einer Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs *nicht bieten kann*. Die alleinige Tatsache, dass der nationale Krankenversicherungsträger oder die nationale Krankenkasse es ablehnt, für im Ausland entstandene Kosten für Gesundheitsleistungen aufzukommen, reicht nicht aus, um ihn/sie für die Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs verantwortlich zu nehmen. Eine derartige Ablehnung würde nur dann auf eine Einschränkung hinauslaufen, wenn eine vorherige „nationale“ Zahlungsverpflichtung bestünde. Was bedeutet es sonst, unseriösen Klagen Einhalt zu gebieten, die fordern, dass die Regierung Ferienhäuser für alle finanzieren soll?⁶⁰⁾ Wenn daher eine bestimmte Behandlung vom nationalen Gesundheitssystem des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit gedeckt ist - und sei es unter bestimmten Bedingungen - so sollten die Bestimmungen des jeweiligen Mitgliedstaates zulassen, dass dieselbe medizinische Behandlung, die in einem anderen Mitgliedstaat unter denselben Bedingungen angeboten wird, in *demselben* Maße abgedeckt wird, da andernfalls die Regeln des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit ein - der Begründung bedürftiges - Hemmnis für den freien Dienstleistungsverkehr darstellen würden. Wenn der jeweilige Mitgliedstaat jedoch die Zahlung des Betrags, der über die Höhe der Deckung unter seinem eigenen System hinausgeht, ablehnt oder die Rückerstattung für grenzüberschreibende Behandlungen, die nicht in seinem Leistungspaket enthalten sind, ablehnt, so wird der Patient nicht davon abgeschreckt oder gar daran gehindert, einen Erbringer von Gesundheitsleistungen in Anspruch zu nehmen, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist.

Angesichts der Gewährung von Rechten, die der Patient unter der auf dem EG-Vertrag basierenden Methode nicht hätte, kann die Verordnung somit als Ergänzung zu den Artikeln 49 und 50 EG-Vertrag betrachtet werden, so wie es vom Gerichtshof im Fall *Kohll* und den folgenden Fällen ausgelegt wird. Der Anspruch, in derselben Weise behandelt zu werden wie die Sozialversicherten des Systems der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaates, in dem die Behandlung in Anspruch genommen wird⁶¹⁾, der durch Artikel 22 (1) (c) der Verordnung gewährt wird, wirkt sich jedoch nicht immer zugunsten des Versicherten aus. Erstens kann der unter der Gesetzgebung des Mitgliedstaates, in dem die Behandlung in Anspruch genommen wird, erstattungsfähige Betrag *geringer* sein als der, der unter der Gesetzgebung des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit erstattungsfähig ist. Dies war bei *Vanbraekel* der Fall.⁶²⁾ In diesem Fall war dem Patienten (letzten Endes⁶³⁾ die Genehmigung im Sinne von Artikel 22 der Verordnung erteilt worden, so dass er Anspruch auf eine Rückerstattung auf der Grundlage der im Mitgliedstaat der Behandlung anwendbaren Sätze hatte. Diese waren jedoch geringer als die in Belgien, dem Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit, geltenden Sätze. Seine „fakultative“ Auslegung

von Artikel 22 wiederholend, stellte der Gerichtshof fest, dass diese Bestimmung "nicht an einer Erstattung, die diejenige aufgrund der Anwendung der Regelung des Aufenthaltsmitgliedstaats ergänzt" *hindert*, „wenn sich die im Versicherungsmitgliedstaat angewandte Regelung als günstiger erweist, doch *schreibt* die Bestimmung auch nicht eine derartige ergänzende Erstattung *vor*“ (von uns hervorgehoben).⁶⁴⁾ Der Gerichtshof hat dann untersucht, ob Artikel 49 und 50 EG-Vertrag eine Verpflichtung nach sich ziehen könnten, eine ergänzende Erstattung zu gewähren, die die Differenz zwischen dem – günstigeren – Abdeckungssystem des Mitgliedstaats der Versicherungszugehörigkeit und dem vom Behandlungsmitgliedstaat angewandten System abdeckt, und kam zu dem Schluss, dass dies so sei.⁶⁵⁾

2. Partielle Unvereinbarkeit bei Leistungen außerhalb eines Krankenhauses

Im Fall *Vanbraekel* bestand eindeutig die Gefahr, dass die Verordnung mit dem Prinzip des freien Dienstleistungsverkehrs unvereinbar war. Die nicht zwingende Lesart von Artikel 22 erlaubte es dem Rat jedoch, sich in den Artikeln des EG-Vertrags auf den freien Dienstleistungsverkehr zu berufen, um der Verordnung „zu Hilfe zu kommen“. In dieser Hinsicht kann der EG-Vertrag als Ergänzung zur Verordnung betrachtet werden.

In *Vanbraekel* ging es um Krankenhauspflege, für die, sogar unter dem auf dem EG-Vertrag basierenden Verfahren, eine vorherige Genehmigung eingeholt werden muss. Gehen wir nun von einem hypothetischen Fall aus, der in Bezug auf die Fakten mit *Vanbraekel* übereinstimmt – abgesehen davon, dass es um grenzüberschreitende Leistungen *außerhalb* eines Krankenhauses geht.⁶⁶⁾ Wenn das Deckungssystem im Behandlungsmitgliedstaat für den Patienten günstiger ist als das, das im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit gilt, kann argumentiert werden, dass der Vorteil des auf der Verordnung basierenden Verfahrens die mit diesem Verfahren verbundene Voraussetzung der vorherigen Genehmigung wieder ausgleicht. Wenn die Höhe der vom System des Behandlungsmitgliedstaats gewährten Rückerstattung hingegen geringer ist als der Betrag, der dem jeweiligen Patienten in Anwendung der im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit geltenden Gesetzgebung gewährt würde, so gerät Artikel 22 (1) (c) der Verordnung mit den dienstleistungsspezifischen Bestimmungen des EG-Vertrags in Konflikt. Nicht nur der Patient hätte nämlich eine geringere Ebene der Deckung, wenn er im Ausland Leistungen außerhalb eines Krankenhauses in Anspruch nehmen würde, als wenn er dieselbe Behandlung im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit in Anspruch nehmen würde – was ihn davon abschrecken oder ihn gar daran hindern könnte, sich an Erbringer von medizinischen Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten zu wenden⁶⁷⁾⁶⁸⁾ – sondern er wäre darüber hinaus nicht dazu verpflichtet gewesen, eine vorherige Genehmigung einzuholen. Daher wäre die Verordnung in einem derartigen Falle nicht mit dem freien

Dienstleistungsverkehr vereinbar, und diese Unvereinbarkeit könnte nicht einfach durch die Gewährung einer ergänzenden Rückerstattung im Sinne von *Vanbraeke*⁶⁹⁾ ausgeglichen werden.

3. Abstimmung der Genehmigungsverfahren

Unter dem derzeitigen Wortlaut von Artikel 22 (2) der Verordnung 1408/71 behalten die Mitgliedstaaten bei der Genehmigung von Behandlungen im Ausland eine erhebliche Ermessensfreiheit. Wie weiter oben erwähnt, darf die Genehmigung nicht verweigert werden, wenn "(i) die betreffende Behandlung zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet der Betreffende wohnt" und wenn "(ii) er wegen seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit diese Behandlung nicht in einem Zeitraum erhalten kann, der für diese Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist". Die Ermessensbefugnis der Mitgliedstaaten, eine Behandlung im Ausland zu genehmigen, kann sogar auf ein „verwaltungstechnisches“ Kriterium anstelle von Kriterien der medizinischen Notwendigkeit gegründet werden.⁷⁰⁾ In seinem *Inizan*-Urteil hat der Gerichtshof die zweite Bedingung jedoch vor dem Hintergrund seiner Rechtsprechung in Bezug auf die auf dem EG-Vertrag basierende Methode der Patientenmobilität neu ausgelegt, bei der er die Bewertung der Rechtzeitigkeit einer gleich wirksamen Behandlung an den Gesundheitszustand des Patienten gebunden hatte. Durch „Klärung des Geltungsbereichs“ dieser Bedingung stellte der EuGH insbesondere fest, „dass diese Voraussetzung immer dann nicht erfüllt ist, wenn sich ergibt, dass die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig im Wohnmitgliedstaat erlangt werden kann“.⁷¹⁾ Um dies zu ermitteln, müssen „sämtliche Umstände des konkreten Falles“ beachtet werden, wobei nicht nur der „Gesundheitszustand des Patienten zum Zeitpunkt der Einreichung des Genehmigungsantrags und gegebenenfalls das Ausmaß seiner Schmerzen oder die Art seiner Behinderung, die z. B. die Ausübung einer Berufstätigkeit unmöglich machen oder außerordentlich erschweren könnte, sondern auch die Vorgeschichte des Patienten zu berücksichtigen“ sind.⁷²⁾ Im Einklang mit dieser Rechtsprechung wird das medizinische Kriterium auch in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, die Verordnung 1408/71 über das Inkrafttreten einer neuen Durchführungsverordnung⁷³⁾ ersetzen wird, geltend gemacht. In Artikel 20 (2) dieser Verordnung heißt es: „Die Genehmigung wird erteilt, wenn die betreffende Behandlung Teil der Leistungen ist, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats der betreffenden Person vorgesehen sind, und ihr diese Behandlung nicht innerhalb eines in Anbetracht ihres derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs ihrer Krankheit medizinisch vertretbaren Zeitraums gewährt werden kann“.

Schließlich stellte der Gerichtshof in *Inizan* heraus, dass die verfahrensspezifischen Anforderungen, denen einzelstaatliche Genehmigungssysteme außerhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 22 der Verordnung entsprechen müssen, voll auf die einzelstaatlichen Systeme der vorherigen Genehmigung anwendbar sind, die die Umsetzung dieses Artikels darstellen. Demgemäß müssen derartige Systeme leicht zugänglich sein und gewährleisten können, dass ein Antrag auf Genehmigung innerhalb einer angemessenen Frist objektiv und unparteiisch behandelt wird, und dass die Versagung von Genehmigungen im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anfechtbar ist.⁷⁴⁾⁷⁵⁾

4. Zukunftsperspektiven

Mit seinen Urteilen in den Fällen *Vanbraekel* und *Inizan* hat der Gerichtshof einen Rahmen für das Verhältnis zwischen den beiden Methoden der Patientenmobilität abgesteckt. Im Hinblick auf die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Krankenhausleistungen ergänzen die beiden Methoden einander, und ihre Anwendung sollte so weit wie möglich zusammengefasst werden,⁷⁶⁾ nicht nur, um die rechtliche Gewissheit und Kohärenz zu gewährleisten, sondern auch, um die Rechte der Patienten zu stärken. Wenn ein Patient eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat erhalten möchte, wird er in jedem Falle eine Genehmigung einholen müssen. Wie oben aufgezeigt, sind die Bedingungen⁷⁷⁾ und die verfahrenstechnischen Modalitäten, unter denen eine Genehmigung gemäß beiden Methoden gewährt werden muss, abgestimmt worden. Wenn der Patient dem entsprechend eine Genehmigung erhalten hat, hat er - auf Kosten des Mitgliedstaats der Versicherungszugehörigkeit - Anspruch auf Krankenhausleistungen in Übereinstimmung mit der Gesetzgebung des Behandlungsmitgliedstaats, wobei der Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit eine zusätzliche Rückerstattung gewähren muss, die die Differenz abdeckt zwischen der Höhe der Deckung unter der Gesetzgebung des Behandlungsmitgliedstaats und dem (höheren) Betrag, die die Anwendung der Gesetzgebung des Mitgliedstaats der Versicherungszugehörigkeit dem Patienten bieten würde, wenn er die jeweilige Krankenhausbehandlung auf seinem Gebiet erhalten hätte.⁷⁸⁾ In der Praxis bedeutet dies, dass diese zusätzliche Rückerstattung Zusatzzahlungen abdecken wird, die dem Patienten möglicherweise im Mitgliedstaat der Behandlung gemäß der Gesetzgebung dieses Staates entstanden sind. Dieselbe Argumentation kann jedoch nicht in Bezug auf die grenzüberschreitende Inanspruchnahme einer Behandlung außerhalb eines Krankenhauses geführt werden. In seinem *Müller-Fauré* und *Van Riet*-Urteil hat der EuGH unzweideutig darauf hingewiesen, dass die Vorschrift der vorherigen Genehmigung für Behandlungen außerhalb eines Krankenhauses eine nicht gerechtfertigte Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Daher sollte die Anwendung von Artikel 22 (1) (c) der Verordnung 1408/71 bezüglich der

Behandlung außerhalb eines Krankenhauses auf Fälle beschränkt werden, in denen sie dem Nutzer einen Vorteil in Form von Ansprüchen bietet, die kraft Artikel 49 und 50 EG-Vertrag nach der Auslegung des Gerichtshofes in den vorstehend aufgeführten Fällen nicht bestehen (z. B. eine Leistung, die nicht im Paket des Versicherungsmitgliedstaates enthalten ist oder eine günstigere Ebene der Abdeckung⁷⁹⁾.

C. Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt und die Patientenmobilität

Artikel 23 des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt [KOM(2004) 2] soll die Rechtsprechung des Gerichtshofes bezüglich der auf dem EG-Vertrag basierenden Methode der Patientenmobilität kodifizieren. Die Kommission verfolgt mit der Behandlung des Themas in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie ein dreifaches Ziel: Stärkung der Rechte der Patienten, Erhöhung der Rechtssicherheit und Transparenz und Ausstattung des Gemeinschaftsgesetzgebers mit der Möglichkeit, sich mit praktischen Fragen zu beschäftigen, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofes offen geblieben sind⁸⁰⁾. Der Anwendungsbereich von Artikel 23, insbesondere seine Beziehung zu Verordnung 1408/71, wurde von den Dienststellen der Kommission in einem Merkblatt geklärt.⁸¹⁾ Das Wesentliche dieser Klärungen ist in Arbeitsdokument Nr. 1 vom 15. November 2004 aufgenommen worden, dem Erläuterungen zu entnehmen sind, die auf den in der Arbeitsgruppe über Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum geführten Diskussionen basieren. Die Luxemburger Präsidentschaft hat einen konsolidierten Text in Umlauf gebracht, der diese Erläuterungen sowie die Artikel und Erwägungsgründe des Vorschlags der Kommission, die nicht in dem genannten Arbeitsdokument enthalten waren, umfasst.⁸²⁾ Dieser konsolidierte Text, nachfolgend als Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie bezeichnet, wird als Grundlage für unsere Erörterung dienen. Falls erforderlich, wird auf den Text des anfänglichen Vorschlags der Kommission Bezug genommen.

Artikel 23 § 1 Unterabsatz 1 ist zu entnehmen, dass Mitgliedstaaten die Kostenerstattung für in einem anderen Mitgliedstaat außerhalb eines Krankenhauses erbrachte Leistungen nicht an die Erteilung einer Genehmigung knüpfen dürfen, sofern die Kosten für die jeweiligen Leistungen, wenn sie auf ihrem Hoheitsgebiet erbracht worden wären, im Rahmen ihres Systems der sozialen Sicherheit erstattet würden. Der zweite Absatz fügt hinzu, dass die Bedingungen und Verfahren, denen die Mitgliedstaaten die Gewährung von außerhalb eines Krankenhauses in ihrem Hoheitsgebiet erfolgten Behandlungen unterwerfen, auf Patienten angewendet werden können, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Behandlung außerhalb des Krankenhauses erhalten haben. Als Beispiele werden die Gate keeping-Funktion eines Arztes für Allgemeinmedizin und die Modalitäten der Kostenübernahme für Zahnbehandlungen angeführt. Der

erste Abschnitt von Artikel 23 des Vorschlags scheint eine exakte Kodifizierung des Urteils des Gerichtshofes im Fall *Müller-Fauré* und *Van Riet* zu sein.

Artikel 23 Absatz 2 hat die Krankenhausversorgung zum Gegenstand und stellt fest, dass die Genehmigung für die Kostenübernahme für eine Krankenhausversorgung in einem anderen Staat gemäß Artikel 22 der Verordnung 1408/71 und in Zukunft gemäß Artikel 20 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 erteilt werden soll. Der Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie empfiehlt damit die volle Anwendung der auf der Verordnung basierenden Methode, soweit es sich um Krankenhausversorgung handelt⁸³). Das *Vanbraekel*-Urteil findet im dritten Absatz, in dem es um die Höhe des Erstattungsbetrags geht, Berücksichtigung⁸⁴). In Erwägungsgrund 53 wird dargelegt, dass Artikel 22 der Verordnung 1408/71 auch weiterhin voll auf die in anderen Mitgliedstaaten erhaltene Krankenhausversorgung anwendbar ist, wobei die Mitgliedstaaten gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofes ihre Vorschriften bezüglich der vorherigen Genehmigung für die Kostenübernahme beibehalten können. Gemäß diesem Erwägungsgrund findet er auch weiterhin volle Anwendung auf die Behandlung außerhalb des Krankenhauses, wenn der Patient eine Genehmigung beantragt, um von dem besonderen unter Verordnung 1408/71 anwendbaren System zu profitieren; Artikel 22 soll hingegen keine Erstattung der Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat gewährte Behandlung außerhalb eines Krankenhauses zu den im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit geltenden Sätzen regeln oder diese in irgendeiner Weise verhindern, wenn keine vorherige Genehmigung vorlag.

Gemäß Artikel 23 Absatz 3 tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass der von ihrem System der sozialen Sicherheit gewährte Erstattungsbetrag für Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat nicht niedriger ist als der, den ihre Sozialversicherung für ähnliche Behandlungen vorsieht, die auf ihrem Hoheitsgebiet durchgeführt werden. Auch hier wird die Rechtsprechung des Gerichtshofes dahingehend umgesetzt, dass Patienten stets Anspruch auf eine Kostenerstattung gemäß den Sätzen haben, die im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit gelten, sofern ihnen – wenn es um Krankenhausversorgung geht – eine Genehmigung erteilt wurde. In Bezug auf Krankenhausbehandlungen umfasst Absatz 3 das *Vanbraekel*-Urteil des EuGH. In Bezug auf Behandlungen außerhalb eines Krankenhauses besteht, so wie weiter oben angegeben ist, kein Bedarf an einem *Vanbraekel*-ähnlichen Urteil, da die Verordnung nicht angewendet werden kann, wenn die Übernahme unter der Gesetzgebung des Mitgliedstaates der Behandlung für den Patienten weniger günstig ist als unter dem Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit, weil sie andernfalls dem EG-Vertrag zuwiderlaufen würde⁸⁵).

Einige Autoren machen geltend, dass Absatz 3 des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie über die Rechtsprechung des Gerichtshofes hinaus

gehe, da er Patienten eine Kostenerstattung in Höhe derjenigen, die in ihrer einzelstaatlichen Gesetzgebung vorgesehen sei, garantiere. Sie führen an, dass der EuGH im Fall *Müller-Fauré* und *Van Riet*⁸⁶⁾ Raum für die Erstattung der Leistungen ausländischer Anbieter von Gesundheitsleistungen zu einem *niedrigeren* Niveau als die Leistungen der einzelstaatlichen Anbieter lasse, sofern dies auf objektiven, nicht diskriminatorischen und transparenten Kriterien beruhe⁸⁷⁾. Wir denken nicht, dass diese Schlussfolgerung aus der Feststellung des Gerichtshof abgeleitet werden kann. Der Gerichtshof hat jedoch unzweideutig festgestellt, dass "der Umstand, dass ein Sozialversicherter eine weniger günstige Erstattung erhält, wenn er sich einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat unterzieht, als wenn er die gleiche Behandlung im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit in Anspruch nimmt, zweifellos geeignet ist, diesen Versicherten davon abzuschrecken oder ihn gar daran zu hindern, sich an Erbringer von medizinischen Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten zu wenden, und (...) sowohl für diesen Versicherten als auch für die Dienstleistenden eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt". Eine derartige Einschränkung könnte nicht als Begründung bezeichnet werden, da eine Rückerstattung bis zur Ebene der einzelstaatlichen Gesetzgebung dem einzelstaatlichen Krankenversicherungssystem theoretisch keine zusätzliche finanzielle Bürde auferlegt und damit keine wesentliche Auswirkung auf die Finanzen des Systems der sozialen Sicherheit hätte⁸⁸⁾. Es hat eher den Anschein, dass der Gerichtshof die Absicht hat, die Mitgliedstaaten, die kein Rückerstattungssystem praktizieren – und die daher keine eindeutig festgelegten nationalen Erstattungsätze haben – in die Lage zu versetzen, Grenzwerte für die Rückerstattung von Kosten für grenzüberschreitende Behandlungen festzulegen, das heißt die nominalen Kosten der Behandlung zu berechnen, die sie normalerweise für eine gewisse Sachleistung gewährte Behandlung übernehmen würden⁸⁹⁾. Wir werden weiter unten auf diesen Punkt zurückkommen.

Dem Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie ist des Weiteren zu entnehmen, dass „die Übernahme der Kosten (...) auf die tatsächlichen Kosten für die erhaltene Behandlung beschränkt“ sei. Diese Bestimmung, die nicht im anfänglichen Vorschlag der Kommission enthalten ist, ist in keiner Weise umstritten; wenngleich sie nicht direkt aus den Urteilen des Gerichtshofes stammt, scheint jedoch ein weitgehender Konsens zu bestehen, dass ein Patient mit seiner Behandlung im Ausland keinen Gewinn erzielen darf⁹⁰⁾.

Dem Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie ist – im Gegensatz zum anfänglichen Vorschlag der Kommission – ausdrücklich zu entnehmen, dass die Mitgliedstaaten nicht zur Übernahme von Reisekosten aufgefordert sind (Erwägungsgrund 57).

Kraft Artikel 23 Absatz 4 müssen die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass ihre Genehmigungsregelungen für die Kostenerstattung für in einem anderen

Mitgliedstaat erfolgte Behandlungen mit den allgemeinen Bestimmungen über Genehmigungssysteme, die im Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie gemacht werden, vereinbar sind, und zwar insbesondere mit den Artikeln 9, 10, 11 und 13. Diese Artikel sind auf die aktive Bereitstellung von Dienstleistungen ausgerichtet und sind nicht für die Regelung der Vorschrift einer Genehmigung für die Erstattung von im Ausland angefallenen Kosten für Gesundheitsleistungen geeignet. Es wäre besser, Absatz vier zu streichen⁹¹⁾. Die vom Gerichtshof festgelegten Verfahrensvorschriften bieten eine ausreichende Gewähr für Patienten, die eine Genehmigung für eine grenzüberschreitende Behandlung anstreben.

1. Die Unterscheidung zwischen Krankenhausleistungen und außerhalb eines Krankenhauses erbrachten Leistungen

Zum Abschluss sollten einige kurze Anmerkungen bezüglich der Unterscheidung zwischen Krankenhausleistungen und außerhalb eines Krankenhauses erbrachten Leistungen gemacht werden, die sich wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Mobilität von Patienten zieht. Der Gerichtshof selbst räumte ein, dass die Unterscheidung möglicherweise schwierig zu treffen sei. Er teilte jedoch mit, dass er bereit sei, eine breite Auslegung des Begriffs „Leistungen außerhalb eines Krankenhauses“ zu geben, wobei er feststellte, dass „bestimmte Leistungen, die in einem Krankenhaus erbracht werden, aber auch durch einen niedergelassenen Arzt in seiner Praxis oder in einem medizinischen Zentrum erbracht werden können, in diesem Zusammenhang Leistungen gleichgestellt werden, die außerhalb eines Krankenhauses erbracht werden“ (von uns hervorgehoben)⁹²⁾.

Da die Einstufung der Gesundheitsleistungen einen großen Einfluss auf den Geltungsbereich der Patientenmobilität hat, besteht ein eindeutiger Bedarf an einer gemeinschaftlichen Definition des Begriffs „Krankenhausleistungen“, um die Mitgliedstaaten daran zu hindern, Behandlungen als solche nach eigenem Ermessen einzuordnen⁹³⁾. Diese Definition sollte sich auf die intrinsischen Eigenschaften von Krankenhausleistungen beziehen, das heißt auf die Eigenschaften, die die Erbringung derartiger Leistungen außerhalb eines Krankenhauses unmöglich machen. Nach Auffassung der Kommission besteht das eindeutigste Bewertungskriterium darin, dass die Behandlung eine stationäre Aufnahme über Nacht erfordert⁹⁴⁾. Dem entsprechend wurden Krankenhausleistungen in Artikel 4, 10° des anfänglichen Vorschlags definiert als „medizinische Behandlungen, die nur innerhalb einer medizinischen Einrichtung erbracht werden können und für die grundsätzlich eine stationäre Aufnahme der Person, die diese Behandlung erhält, erforderlich ist. Die Zielsetzung, die Organisation und die Art der Finanzierung der medizinischen Einrichtung sind für die Einordnung der betreffenden Behandlung unerheblich“. Da einige Mitgliedstaaten die Auffassung vertraten, dass eine stationäre Aufnahme über Nacht nicht der einzige Grund sei, aus dem

bestimmte Arten von Behandlungen Krankenhäusern vorbehalten sind⁹⁵⁾, ist die Definition in der geänderten Fassung auf Gesundheitsleistungen ausgedehnt worden, die “nur innerhalb eines Krankenhauses erbracht werden können, da sie in hohem Maße spezialisiert sind oder ein eindeutiges Risiko für den Patienten darstellen”.

Im anfänglichen Vorschlag wurde die wichtige Frage des geographischen Bereiches bei der Überlegung, welche Leistungen nicht außerhalb eines Krankenhauses erbracht werden können, nicht behandelt. Die vom Gerichtshof in *Müller-Fauré* and *Van Riet* eingeführte „Möglichkeitenregel“ kann in dieser Hinsicht kaum weiter helfen, da ihre mögliche Berücksichtigungsspanne praktisch unbeschränkt ist⁹⁶⁾. Bei Einengung dieses Aspekts lautet die entscheidende Frage, ob es der Mitgliedstaat der tatsächlichen Behandlung oder der normale Ort der Behandlung im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit ist, der Ausschlag gebend ist. Letzteres mag logischer erscheinen. Die Grundlage der Genehmigung von Einschränkungen ist die Notwendigkeit der Aufrechterhaltung inländischer Krankenhausinfrastruktur, was bedeutet, dass die Behandlung, die in dieser Infrastruktur erfolgen würde, dort eingeschränkt werden könnte⁹⁷⁾. Dem entsprechend wäre eine Genehmigung für die Erstattung der Kosten für diejenigen Leistungen erforderlich, die im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit als Krankenhausleistungen betrachtet werden, auch wenn die jeweilige Behandlung im Mitgliedstaat der Behandlung als Leistung außerhalb eines Krankenhauses betrachtet wird. Dies ist das von der Kommission befürwortete Konzept⁹⁸⁾, das seinen Weg in den Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie gefunden hat. Die Definition von Krankenhausleistungen, die in Artikel 23 § 1 a aufgenommen wurde, liest sich jetzt wie folgt: “[...] medizinische Behandlungen, die, *in dem Mitgliedstaat, in dem der Patient versichert ist*, in einem Krankenhaus erbracht werden, weil sie entweder die stationäre Aufnahme des Patienten erfordern oder nur innerhalb eines Krankenhauses erbracht werden können, da sie in hohem Maße spezialisiert sind oder ein eindeutiges Risiko für den Patienten darstellen. Die Bezeichnung, die Organisation und die Art der Finanzierung dieser Einrichtung sind für die Einordnung der Behandlung als Krankenhausversorgung unerheblich” (von uns hervorgehoben). Die Meinungen gehen jedoch darüber auseinander, welcher Mitgliedstaat als Bezugspunkt genommen werden sollte. Wie argumentiert wird, sollte der Bezugspunkt der Mitgliedstaat der tatsächlichen Behandlung sein. Er vertritt die Auffassung, dass die alleinige Tatsache, dass die Leistungen anderswo erbracht worden sind, darauf schließen lässt, dass dies möglich gewesen sei. Daher ist der Bedarf an Infrastruktur eindeutig nicht so groß, wenn überhaupt vorhanden⁹⁹⁾. Eine vergleichbare Schlussfolgerung wurde vom niederländischen Ausschuss für Krankenversicherungen (CVZ) gezogen, der ebenfalls die Auffassung vertritt, dass eine Genehmigung erforderlich sein

kann, wenn die im Ausland in Anspruch zu nehmenden (genommenen) Gesundheitsleistungen dort eine stationäre Aufnahme erfordern¹⁰⁰⁾.

D. Die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gegen die Gesundheitsleistungsfälle und Artikel 23 des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

Während des Prozesses der Überarbeitung der Verordnung 1408/71 wurde die Frage aufgeworfen, ob die Urteile des Gerichtshofes im Bereich der Gesundheitsleistungen in die neue Koordinationsverordnung einbezogen werden sollten. Unserer Ansicht nach ist eine Einbeziehung der Rechtsprechung in die Koordinationsverordnung nicht wünschenswert. Wie bereits weiter oben festgestellt, verleihen die Artikel der Koordinationsinstrumente, die die vorgesehene Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland zum Gegenstand haben, ihren Nutzern – unter der Voraussetzung, dass sie eine Genehmigung erhalten haben – Rechte, die die dienstleistungsspezifischen Bestimmungen des EG-Vertrags nicht gewähren können. Eine Einschränkung dieses Verfahrens, zum Beispiel durch Beschränkung des Verfahrens auf Krankenhausleistungen, würde in Bezug auf den Besitzstand einen Rückschritt bedeuten. Auf der anderen Seite erfordert die Ausräumung der oben genannten Widersprüchlichkeit in Bezug auf die Leistungen außerhalb eines Krankenhauses, dass die Anwendung der auf der Verordnung basierenden Methode auf Fälle beschränkt wird, in denen sie ihren Nutznießern einen gewissen Vorteil bietet. Dies in einen Gesetzestext umzusetzen, ist keine leichte Aufgabe. Neben Fragen „politisch-institutioneller“ Art (Gesetzgebungsverfahren, das die Einstimmigkeit innerhalb des Rates erfordert) entstehen weitere Probleme, die durch die unterschiedlichen Merkmale (z. B. persönlicher Geltungsbereich), Volkswirtschaften und in der Tat rechtlichen Grundlagen der beiden Methoden der Patientenmobilität begründet sind.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Gesetzgebung der Gemeinschaft eine Methode außer Acht lassen sollte, um die andere zu regeln, wie Artikel 23 (2) des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie in zufrieden stellender Weise zeigt. Vor diesem Hintergrund ist zu bedauern, dass die Gesetzgebung der Gemeinschaft bei der Verabschiedung der neuen Koordinationsverordnung nicht die Möglichkeit genutzt hat, sich zumindest indirekt auf die auf dem EG-Vertrag basierende Methode der Patientenmobilität zu berufen, anstatt den Anschein zu erwecken, als sei Verordnung (EG) Nr. 883/2004 der einzige Weg für Patienten, die sich auf Kosten des einzelstaatlichen Krankenversicherungsträgers in einem anderen Mitgliedstaat behandeln lassen möchten.¹⁰¹⁾

Das Europäische Parlament hat in erster Lesung eine Änderung verabschiedet, indem es in den ersten Absatz des Artikels, der die Genehmigung der Inanspruchnahme einer Behandlung außerhalb des zuständigen Staates – der später zu Artikel 20 geworden ist – einen Bezug auf

die Rechtsprechung des Gerichtshofes einfügte: "Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, muss ein Versicherter, der sich zur Inanspruchnahme von Sachleistungen in einen anderen Mitgliedstaat begibt, die Genehmigung des zuständigen Trägers einholen, *sofern es sich um eine stationäre Behandlung handelt*" (von uns hervorgehoben).¹⁰²⁾ Diese Bestimmung könnte so verstanden werden, dass sie impliziert, dass Patienten, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben, um dort Sachleistungen in Anspruch zu nehmen, die Leistungen außerhalb eines Krankenhauses umfassen, keine Genehmigung einholen müssen bzw. nicht notwendigerweise eine Genehmigung einholen müssen, während der zweite Absatz des besagten Artikels, bei dem es um die Rechte der Versicherten geht, die vom zuständigen Träger die Genehmigung erhalten haben, sich in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu begeben, anscheinend nach wie vor sowohl Krankenhausleistungen und als auch Leistungen außerhalb eines Krankenhauses umfasst. Dem entsprechend würde die Änderung zeigen, dass es eine Alternative gibt, ein Verfahren, das die Patienten in die Lage versetzt, auf Kosten des einzelstaatlichen Krankenversicherungsträgers in einem anderen Mitgliedstaat Leistungen außerhalb eines Krankenhauses in Anspruch zu nehmen, ohne eine Genehmigung einholen zu müssen, selbst wenn der Artikel dieses Verfahren nicht erwähnt. Wenn die Änderung jedoch die Auswirkung hätte, den Geltungsbereich von Absatz zwei auf Krankenhausleistungen zu beschränken, so würde sie Patienten, die im Ausland Leistungen außerhalb eines Krankenhauses in Anspruch nehmen möchten, der Vorteile der auf der Verordnung basierenden Methode berauben. Darüber hinaus kann, soweit es die Absicht des Europäischen Parlaments war, die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen, die Frage gestellt werden, ob es angemessen ist, im Ausland außerhalb eines Krankenhauses in Anspruch genommene Leistungen – die in Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung vom Patienten im Voraus gezahlt werden müssen – als „Sachleistungen“ zu bezeichnen.

Wie dem auch sein mag, der relevante Teil des Änderungsantrags des Parlaments, der von der Kommission akzeptiert wurde,¹⁰³⁾ ist vom Rat nicht beibehalten worden. Der Rat hat – zum Bedauern der Kommission – für Leistungen außerhalb eines Krankenhauses das Prinzip der vorherigen Genehmigung beibehalten¹⁰⁴⁾ und die kursiv gedruckte Bestimmung gestrichen. Im Entwurf für eine Begründung des Rates, die mit der Verabschiedung des gemeinsamen Standpunktes verbunden war, wird festgestellt, dass der Rat nicht die Möglichkeit hatte, den Anwendungsbereich der Genehmigung des zuständigen Trägers für die Inanspruchnahme einer angemessenen Behandlung außerhalb des Wohnmitgliedstaats auf Krankenhausleistungen zu beschränken, und dass die Auswirkungen einer derartigen Einschränkung, insbesondere auf die

Erstattungsvereinbarungen zwischen den Mitgliedstaaten, in dieser Hinsicht ebenfalls besonderen Bestimmungen hätten unterliegen müssen.¹⁰⁵⁾

2) Die aktive Erbringung von Leistungen durch ausländische Anbieter von Gesundheitsleistungen

In diesem Kapitel wollen wir versuchen, gewisse Aspekte des europäischen Rechtsrahmens für die Mobilität der Ärzte herauszustellen, insbesondere, wenn sie vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat Leistungen erbringen, ohne dort niedergelassen zu sein.¹⁰⁶⁾ Ebenso wie viele andere Angehörige der Gesundheitsberufe können Ärzte schwerlich als normale Dienstleister betrachtet werden, denn die Erbringung von Dienstleistungen im Gesundheitswesen wird durch Aspekte der sozialen Sicherheit erschwert. Die Tätigkeit der Ärzte kann als Dreiecksverhältnis betrachtet werden, bei dem der Dritte ein einzelstaatlicher Gesundheitsdienst oder eine Krankenkasse ist, der/die – direkt oder indirekt – den größten Teil ihrer Rechnung trägt.¹⁰⁷⁾ In den Mitgliedstaaten sind verschiedene – entweder inklusive oder exklusive – Vertragssysteme in kraft. Wie verhalten sich diese Systeme gegenüber der vorübergehenden oder gelegentlichen Erbringung von Dienstleistungen durch zuwandernde Ärzte?

A. Der geringe Beitrag der Anerkennungsinstrumente

Die Mobilität der Ärzte war Gegenstand des sekundären Gemeinschaftsrechts, und zwar in Form der Richtlinie 93/16/EWG vom 5. April 1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise¹⁰⁸⁾. Diese Richtlinie, die nachfolgend als *Ärztlichrichtlinie* bezeichnet wird, beschäftigt sich hauptsächlich mit der Ausräumung von Hindernissen, die sich aus der Auferlegung einzelstaatlicher Qualifikationsanforderungen für zuwandernde Ärzte ergeben. Mit diesen Einschränkungen, die in der Richtlinie über die Begriffe „Harmonisierung“ und „gegenseitige Anerkennung“ behandelt werden, wollen wir uns hier nicht beschäftigen.

Darüber hinaus enthält die *Ärztlichrichtlinie* in Kapitel VI eine Teilkoordinierung der einzelstaatlichen Vorschriften für Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit eines Arztes. Artikel 17 und 18 behandeln speziell den freien Dienstleistungsverkehr und sehen weniger strenge Rahmenbedingungen für Ärzte vor, die nur vorübergehend und gelegentlich im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats Gesundheitsleistungen erbringen - im Gegensatz zu ihren Kollegen, die sich im Aufnahmemitgliedstaat entweder als Angestellte (Artikel 39 EG-Vertrag) oder als Selbständige (Artikel 43 EG-Vertrag) niederlassen. Das Wesentliche dieser Bestimmungen wird in Titel II des gemeinsamen Standpunkts wiederholt, der am 21. Dezember 2004 vom Rat - im Hinblick auf die Verabschiedung einer Richtlinie über die Anerkennung

beruflicher Qualifikationen - verabschiedet worden ist (nachfolgend als gemeinsamer Standpunkt bezeichnet).¹⁰⁹⁾ Gemäß Artikel 5 (3) des gemeinsamen Standpunkts unterliegt der Dienstleister „im Aufnahmemitgliedstaat den berufsständischen oder verwaltungsrechtlichen Disziplinarbestimmungen, die dort in unmittelbarem Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen für Personen gelten, die denselben Beruf wie er ausüben; zu diesen Bestimmungen gehören etwa Regelungen für die Definition des Berufs, das Führen von Titeln und schwerwiegende berufliche Fehler in unmittelbarem und speziellem Zusammenhang mit dem Schutz und der Sicherheit der Verbraucher“. Aus Erwägungsrund 8 des gemeinsamen Standpunkts geht hervor, dass diese Disziplinarvorschriften den „Umfang der zu einem Beruf gehörenden oder diesem vorbehaltenen Tätigkeiten“ umfassen, womit das im *Gräbner-Urteil*¹¹⁰⁾ des Gerichtshofes dargelegte Prinzip umgesetzt und kodifiziert wird.

Gemäß Artikel 6 (a) des gemeinsamen Standpunkts muss der Aufnahmemitgliedstaat Dienstleister, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, von den Vorschriften befreien, die er bezüglich Zulassung, Eintragung oder Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation an die in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Berufsangehörigen stellt. Um die Anwendung der Disziplinarbestimmungen des Aufnahmemitgliedstaats zu erleichtern, kann letzterer entweder eine automatische vorübergehende Eintragung oder eine Pro-Forma-Mitgliedschaft bei einer solchen Berufsorganisation vorsehen, sofern eine derartige Eintragung oder Mitgliedschaft die Erbringung der Dienstleistungen in keiner Weise verzögert oder erschwert und für den Dienstleister keine zusätzlichen Kosten verursacht.

Darüber hinaus können die Mitgliedstaaten verlangen, dass der Dienstleister bei der ersten Erbringung von Dienstleistungen auf ihrem Hoheitsgebiet den zuständigen Behörden im Aufnahmemitgliedstaat vorher schriftlich Meldung erstattet und sie dabei über Einzelheiten zu dem Versicherungsschutz oder einer anderen Art des individuellen oder kollektiven Schutzes in Bezug auf die Berufshaftpflicht informiert. Diese Meldung ist einmal jährlich zu erneuern, wenn der Dienstleister beabsichtigt, während des betreffenden Jahres vorübergehend oder gelegentlich Dienstleistungen in dem Mitgliedstaat zu erbringen. Der Aufnahmemitgliedstaat kann verlangen, dass der Erklärung ein Nachweis über die Staatsangehörigkeit des Dienstleisters, eine Bescheinigung darüber, dass der Dienstleister in einem Mitgliedstaat rechtmäßig zur Ausübung der betreffenden Tätigkeiten niedergelassen ist und ein Berufsqualifikationsnachweis beigelegt werden (Artikel 7(2)). Die zuständige Behörde übermittelt der betreffenden Berufsorganisation eine Kopie der genannten Meldung und gegebenenfalls der erneuerten Meldung sowie eine Kopie der in Artikel 7(2) genannten Dokumente; dies gilt im Sinne von Artikel 6 [Artikel 6 (a)] als automatische vorübergehende Eintragung oder Pro-Forma-Mitgliedschaft.

Schließlich muss der Aufnahmemitgliedstaat gemäß Artikel 6 (b) des gemeinsamen Standpunktes den ausländischen Dienstleister von der Mitgliedschaft bei einer Körperschaft des öffentlichen Rechts im Bereich der sozialen Sicherheit zur Abrechnung mit einem Versicherer für Tätigkeiten zugunsten von Sozialversicherten befreien. Der Dienstleister muss diese Körperschaft jedoch im Voraus oder in einem dringenden Fall im Nachhinein über die von ihm erbrachten Leistungen informieren.

Es kann natürlich nicht davon ausgegangen werden, dass die vorstehend aufgeführten Bestimmungen die grenzüberschreitende Erbringung von Gesundheitsleistungen in erschöpfender Weise regeln. Ein wesentlicher Teil der zahlreichen Verordnungen, denen die Mitgliedstaaten die Angehörigen der Gesundheitsberufe in ihrem Hoheitsgebiet zu unterwerfen neigen, wird von der Ärztlichrichtlinie und gewiss von dem geänderten Vorschlag über die Anerkennung von Berufsqualifikationen unberührt gelassen. Gemeinsamer Standpunkt.

Der Anwendungsbereich von Artikel 5 (3) des gemeinsamen Standpunktes ist ebenso wie der des zweiten Unterabschnitts von Artikel 17 (1) der Ärztlichrichtlinie, zu dem er eine Ähnlichkeit aufweist,¹¹¹⁾ nicht völlig klar. Es ist zu beklagen, dass der Rat den Bezug auf den Begriff "berufsständische oder verwaltungsrechtliche Disziplinarbestimmungen", der extrem vage und für verschiedene einzelstaatliche Auslegungen offen ist, beibehalten hat. Eine klarere Definition der Regeln des Aufnahmestaates, denen der Dienstleister in jedem Falle entsprechen müsste, würde mit Sicherheit begrüßt werden, nicht zuletzt im Hinblick auf den Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie. Wenn beide Instrumente in ihrem derzeitigen Wortlaut verabschiedet würden, würde der genannte Begriff, der auf das Jahr 1975 zurückgeht, den Geltungsbereich des Herkunftslandsprinzips in Bezug auf die vorübergehende grenzüberschreitende Ausübung zahlreicher beruflicher Tätigkeiten, einschließlich derer der Ärzte, einschränken. Die zusätzliche Anforderung, dass die Disziplinarbestimmungen einen unmittelbaren Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen haben, trägt wenig zur Klärung der Dinge bei, auch wenn sie mit dem Geltungsbereich des gemeinsamen Standpunktes kohärent ist. Wenn ein „schwerwiegende berufliche Fehler“ dieser Anforderung genügt, warum dann nicht Regeln bezüglich Werbung und multidisziplinäre Tätigkeiten? Wie dem auch sein mag, die Bedingung, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zu Berufsqualifikationen bestehen muss, zeigt das Bestreben des Rates, den Bestand der Disziplinarbestimmungen des Aufnahmemitgliedstaates, denen der Dienstleister entsprechen muss, zu verringern. In der Begründung, die dem gemeinsamen Standpunkt beigelegt ist, hat der Rat darauf hingewiesen, dass [Artikel 5 (3) und Erwägungsgrund 8] "aus Gründen der Verhältnismäßigkeit lediglich solche Disziplinarbestimmungen vorsehen, die unmittelbar relevant sind"¹¹²⁾. Es scheint, dass die nichtdisziplinarischen Bestimmungen des Aufnahmemitgliedstaates sowie seine disziplinarischen

Bestimmungen, die keinen unmittelbaren Zusammenhang mit Berufsqualifikationen haben, durch die im dritten Erwägungsgrund enthaltene Regel gedeckt sind¹¹³⁾ und damit vom Dienstleister nur eingehalten werden müssen, wenn sie objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig sind. Im Zusammenhang mit dem freien Dienstleistungsverkehr bedeutet dies, wie wir weiter unten sehen werden, theoretisch, dass diese Bestimmungen des Aufnahmestaates nur in Ausnahmefällen Anwendung finden werden.

Was die Folgen der Auswirkung von Aspekten der sozialen Sicherheit betrifft, leisten die Anerkennungsinstrumente auch keinen großen Beitrag. Bei der Entscheidung über die Verpflichtung, ausländische Dienstleister von der Mitgliedschaft bei einer Körperschaft des öffentlichen Rechts im Bereich der sozialen Sicherheit zu befreien [Artikel 6 (b) des gemeinsamen Standpunktes], die derzeit Artikel 18 der Ärzterichtlinie zu entnehmen ist, stellte der Gerichtshof fest, dass "weder [dieser Artikel] noch irgendeine andere Bestimmung der [Ärzterichtlinie] die vollständige Beseitigung der in den Mitgliedstaaten möglicherweise bestehenden Hindernisse für die Erstattung medizinischer Leistungen durch einen Sozialversicherungsträger, dem der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Arzt nicht angehört bezweckt"¹¹⁴⁾.

Dementsprechend behalten die Mitgliedstaaten grundsätzlich ihre Zuständigkeit für die Regelung der Aufnahme und Ausübung beruflicher Tätigkeiten von Ärzten. Dabei müssen sie jedoch den Grundsatz des freien Dienstleistungsverkehrs beachten. Das bedeutet, dass die Vorschrift einzelstaatlicher Regeln auf ausländische Dienstleister Artikel 49 und 50 EG-Vertrag, wie vom Gerichtshof ausgelegt, entsprechen muss¹¹⁵⁾.

B. Die allgemeine Rechtsprechung zu den Artikeln 49 und 50 EG-Vertrag

Im letzten Abschnitt von Artikel 50 EG-Vertrag wird dem Dienstleister das Recht zugesprochen, seine Tätigkeit vorübergehend in dem Mitgliedstaat auszuüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar „unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt“. Der Gerichtshof wies jedoch bald darauf hin, dass der einfache Anspruch auf eine nationale Behandlung möglicherweise nicht ausreicht, um den Nutzer in die Lage zu versetzen, die in Artikel 49 EG-Vertrag festgelegte Freiheit auch tatsächlich auszuüben. Der Dienstleister begibt sich nämlich – wenn überhaupt – nur vorübergehend in den Aufnahmemitgliedstaat. Er ist bereits in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen, dessen Gesetzgebung er weiterhin unterliegt. Unter diesen Umständen bedeutet die Auferlegung der Regeln des Aufnahmemitgliedstaats, dass der Dienstleister einer doppelten gesetzgeberischen Belastung unterworfen sein könnte, da er sowohl den vom Niederlassungsmitgliedstaat als auch den vom Bestimmungsmitgliedstaat vorgeschriebenen Regeln entsprechen muss.¹¹⁶⁾¹¹⁷⁾ Die Besonderheit der Erbringung von Dienstleistungen wurde

vom Gerichtshof ausdrücklich in *Webb* anerkannt, wo es feststellte, dass das Prinzip der Nichtdiskriminierung "nicht impliziert, dass jede für die Staatsangehörigen [des Aufnahmestaats] geltende nationale Regelung, die normalerweise eine Dauertätigkeit von in diesem Staat ansässigen Unternehmen zum Gegenstand hat, in vollem Umfang auf zeitlich begrenzte Tätigkeiten angewandt werden könnte, die von in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen ausgeübt werden".¹¹⁸⁾ Nur im Fall *Säger*¹¹⁹⁾ wurde das Prinzip der Nichtdiskriminierung auf dem Gebiet der Dienstleistungen völlig zugunsten einer weiten Anwendung des Herkunftslandsprinzips aufgegeben.¹²⁰⁾ In diesem Fall hat der Gerichtshof bestätigt, dass ein Mitgliedstaat die Erbringung von Dienstleistungen in seinem Hoheitsgebiet nicht von der Einhaltung all derjenigen Voraussetzungen abhängig machen darf, die für eine Niederlassung gelten und damit „den Bestimmungen des EG-Vertrags, deren Ziel es gerade ist, die Dienstleistungsfreiheit zu gewährleisten, jede praktische Wirksamkeit nehmen“.¹²¹⁾ Dann wandte er sich der Frage zu, ob auch unterschiedslos anwendbare Maßnahmen gegen Artikel 49 folgende EG-Vertrag verstoßen könnten. Der Gerichtshof bejahte diese Frage und stellte fest, dass "[Artikel 49 EG-Vertrag] nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit verlangt, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten [...]". Die einzelstaatlichen Maßnahmen, die unter Artikel 49 folgende EG-Vertrag fallen, werden positiv definiert als diejenigen, die "[...] die Tätigkeiten eines Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, wo er rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, behindern können".¹²²⁾ Letztere Bestimmung enthält den Schlüssel zur Argumentation des Gerichtshofes. Der fragliche Dienstleistungserbringer war in einem Mitgliedstaat niedergelassen und erfüllte alle von der Gesetzgebung dieses Staates festgelegten Bedingungen für den Zugang zu seinen beruflichen Tätigkeiten *und* die Ausübung seiner beruflichen Tätigkeiten.¹²³⁾ Da er *rechtmäßig* ähnliche Tätigkeiten im Mitgliedstaat der *Niederlassung* erbringt, erwirbt er automatisch das Recht, seine Dienstleistungen in den Hoheitsgebieten der anderen Mitgliedstaaten zu erbringen. Dies beinhaltet die Anerkennung von Seiten der Aufnahmestaaten, dass der Mitgliedstaat, in dem der Dienstleistungserbringer niedergelassen ist, die jeweilige Tätigkeit in geeigneter Weise und in angemessenem Umfang regelt. Die rechtmäßige Ausübung ähnlicher Tätigkeiten im Mitgliedstaat der Niederlassung stellt einen Mindest-, aber ausreichenden Beweis für die Befähigung des Dienstleisters sowie für die Qualität seiner Dienstleistungen dar.¹²⁴⁾ Nur in Ausnahmefällen und unter gewissen Umständen sollten die Mitgliedstaaten, in denen die Dienstleistungen gelegentlich und vorübergehend erbracht werden, das Recht besitzen, nicht niedergelassenen Dienstleistern ihre eigenen Regeln aufzuerlegen.¹²⁵⁾ Dies wird der Fall sein, wenn diese Regeln nicht diskriminierend, objektiv notwendig und dazu

geeignet sind, ein legitimes Ziel zu erreichen – entweder eine ausdrückliche Ausnahmeregelung gemäß Artikel 46 EG-Vertrag oder einen verbindlichen Grund im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse – das durch die Gesetzgebung, der der Dienstleistungserbringer im Mitgliedstaat der Niederlassung unterliegt, nicht ausreichend geschützt ist. Dementsprechend muss die Legitimität der Maßnahme des Aufnahmestaats in Übereinstimmung mit den jeweiligen Interessen und unter Berücksichtigung der Gesetzgebung der anderen Mitgliedstaaten fallweise nachgewiesen werden.¹²⁶⁾¹²⁷⁾

C. Die „Aktivierung“ der Gesundheitsleistungsfälle

Es wird geltend gemacht, dass die im vorherigen Kapitel behandelten Gesundheitsleistungsfälle eine nützliche Orientierungshilfe für unser Vorhaben bieten können, nämlich die Beschreibung des Verhältnisses zwischen den nationalen Krankenversicherungssystemen und der vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen durch in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Ärzte. Bei den Gesundheitsleistungsfällen ging es um die „passive“ Erbringung von Dienstleistungen, wobei die Kläger als Empfänger ärztlicher Leistungen Rechte geltend machten, die ihnen durch Artikel 49 EG-Vertrag gewährt wurden. Nichtsdestoweniger hat der Gerichtshof auch auf die Situation der gegenständlichen Dienstleistungserbringer, das heißt der ausländischen Erbringer von Gesundheitsleistungen Bezug genommen. Er hat beständig angeführt, dass die Anforderung der vorherigen Genehmigung für die Übernahme von im Ausland angefallenen Kosten für Gesundheitsleistungen eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle, und zwar nicht nur für die Versicherten, sondern auch für die Dienstleistungserbringer.

Wir werden die Gesundheitsleistungsfälle als Ausgangspunkt nehmen und zunächst einige wichtige Aspekte dieser Rechtsprechung hervorheben, um dann zu versuchen, den europäischen Rechtsrahmen abzustecken, in dem die ausländischen Angehörigen der Gesundheitsberufe, die im Aufnahmemitgliedstaat Dienstleistungen erbringen, arbeiten.

1. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes

Die erste Streitsache, deren Bedeutung nicht unterschätzt werden sollte, bezieht sich auf die Leichtigkeit, mit der der Gerichtshof die im Ausland in Anspruch genommene ärztliche Behandlung als Dienstleistung im Sinne von Artikel 50 EG-Vertrag bezeichnete. Seit den Urteilen in den Fällen *Luisi* und *Carbone*¹²⁸⁾ und *Grogan*¹²⁹⁾ wird zugegebenermaßen davon ausgegangen, dass (private) medizinische Leistungen in den Anwendungsbereich des freien Dienstleistungsverkehrs fallen. In den Gesundheitsleistungsfällen hat der Gerichtshof jedoch die sich auf Dienstleistungen beziehenden Artikel des EG-Vertrags auf die vom Staat organisierte Erbringung von Gesundheitsleistungen angewendet, das heißt auf vom Wohlfahrtsstaat

finanzierte (und häufig erbrachte) Gesundheitsleistungen. Hierzu musste der Gerichtshof die Existenz eines Austausches entgeltlicher Dienstleistungen einführen. Der Gerichtshof befand, dass das Verhältnis zwischen dem Patienten und der nationalen Einrichtung der sozialen Sicherheit (dem „Zahler“) für seine Bewertung nicht relevant sei.¹³⁰⁾ Im Fall *Geraets-Smits* und *Peerbooms* betrachtete der Gerichtshof in Beantwortung der von den beteiligten Staaten und dem Generalanwalt vorgebrachten Argumenten das Verhältnis zwischen dem Zahler und dem (hypothetischen) einzelstaatlichen Dienstleister, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass „die Zahlungen der Krankenkassen im Rahmen des durch die ZFW ausgestalteten Systems vertraglicher Vereinbarungen, auch wenn sie pauschal erfolgen, durchaus die wirtschaftliche Gegenleistung für die Leistungen des Krankenhauses darstellen und (...) zweifellos für die Krankenanstalt, der sie zugute kommen und die sich wirtschaftlich betätigt, Entgeltcharakter aufweisen.“¹³¹⁾ Sowohl im Fall *Geraets-Smits* und *Peerbooms* als auch im Fall *Müller-Fauré* und *Van Riet* stellte der Gerichtshof jedoch heraus, dass die innerstaatliche, im vorliegenden Falle niederländische Regelung nicht relevant sei. Unabhängig davon, ob die von niederländischen Dienstleistern erbrachten und von niederländischen Krankenkassen gezahlten Gesundheitsleistungen im Sinne des EG-Vertrags darstellen, können außerhalb des einzelstaatlichen Hoheitsgebiets erbrachte Gesundheitsleistungen als solche betrachtet werden, weil der Patient den ausländischen Dienstleister direkt bezahlt hat.¹³²⁾ Damit ist die *zwischenstaatliche* Beziehung zwischen dem Versicherten und dem ausländischen Erbringer von Gesundheitsleistungen - wobei letzterer von ersterem für die erbrachten Leistungen bezahlt wird - entscheidend. Die Bedeutung dieses pragmatischen Konzepts sollte nicht unterschätzt werden. Es zeigt deutlich, dass der Gerichtshof, zumindest in diesem Stadium, die öffentliche Erbringung von Gesundheitsleistungen mit ihrer Dreiecksstruktur und der Beteiligung eines Drittzahlers, nicht anders behandelt als die übrigen Dienstleistungssektoren. Mehr noch, das vom Gerichtshof gewählte Verfahren lässt die Art des nationalen Gesundheitssystems für die Einstufung als Dienstleistung im Sinne des EG-Vertrags irrelevant werden.

Der Dritte, der einzelstaatlicher Zahler, kommt nur bei der Untersuchung der einschränkenden Auswirkung der gegenständlichen einzelstaatlichen Maßnahmen zum Tragen. Durch Knüpfung der Übernahme von im Ausland angefallenen Kosten für Gesundheitsleistungen an restriktive Bedingungen, wie etwa die Anforderung einer vorherigen Genehmigung, oder durch Gewährung einer Erstattung der genannten Kosten, die niedriger ist als diejenige, die der Versicherte erhalten hätte, wenn er dieselbe Behandlung unter denselben Bedingungen im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit in Anspruch genommen hätte, schafft der Mitgliedstaat sowohl für den Patienten als auch für den ausländischen Dienstleister ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr. Im

Allgemeinen werden die Mitgliedstaaten für die Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs verantwortlich gemacht, wenn sie Patienten davon abschrecken, sich von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Erbringer von Gesundheitsleistungen behandeln zu lassen. Folglich sollte einem Versicherten, der im Ausland eine bestimmte medizinische Behandlung erhalten (und dafür gezahlt) hat, für die - wenn sie innerhalb der einzelstaatlichen Grenzen unter den Bedingungen, unter denen sie erbracht worden ist, in Anspruch genommen worden wäre - eine finanzielle Leistung des Zahlers in Höhe eines bestimmten Betrags gewährt worden wäre, eine Rückerstattung in Höhe dieses Betrags gewährt werden, ohne dass er eine Genehmigung einholen müsste; andernfalls würden die einzelstaatlichen Maßnahmen eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellen. In Bezug auf die zwischenstaatliche Erbringung von Leistungen außerhalb eines Krankenhauses können diese Einschränkungen grundsätzlich nicht gerechtfertigt werden.¹³³⁾

Die tatsächlichen Auswirkungen der wiederholten Erklärung des Gerichtshofes, dass das Gemeinschaftsrecht den Befugnissen der Mitgliedstaaten, ihre Systeme der sozialen Sicherheit zu organisieren, keinen Abbruch tue, und insbesondere seiner noch häufiger wiederkehrenden Erklärung, dass die Mitgliedstaaten dem Gemeinschaftsrecht nach wie vor entsprechen müssen, wenn sie ihre Befugnisse ausüben, werden klar. Während die Anwendung von Artikel 49 EG-Vertrag, im Einklang mit der vorherigen Erklärung und Artikel 152 (5) EG-Vertrag, die einzelstaatliche Befugnis, festzulegen, wer einem System der sozialen Sicherheit beitreten kann (persönlicher Geltungsbereich) sowie die Bedingungen, die erfüllt werden müssen, um Leistungen zu erhalten und die Art der Leistungen (sachlicher Umfang)¹³⁴⁾ festzulegen, unberührt zu lassen scheint, scheint die Erfüllung des Gemeinschaftsrechts für die Mitgliedstaaten einen Verlust an räumlicher Kontrolle über die Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen durch ihre Bürger¹³⁵⁾ und eine *Europäisierung der Bandbreite der Dienstleister*, die die Patienten zu besuchen berechtigt sind, mit sich zu bringen.

2. Europäisierung der Bandbreite der Dienstleister: vertragliche und nicht vertragliche Dienstleister und die Erstattung ihrer Leistungen

Unserer Ansicht nach sollte diese Europäisierung nicht in Bezug auf die Art des einzelstaatlichen Gesundheitssystems ausgelegt werden, wie einige Autoren im Anschluss an die Urteile in den Fällen *Kohll* und *Geraets-Smits und Peerbooms* ausgeführt haben. Ihrer Ansicht nach sollten Mitgliedstaaten, die ein Rückerstattungssystem besitzen, wie Luxemburg und Belgien, bei dem Behandlungen von im Hoheitsgebiet niedergelassenen Ärzten erstattet werden, fortan die von in der Europäischen Union niedergelassenen Ärzten erbrachten medizinischen Leistungen abdecken. Für Mitgliedstaaten mit einem Sachleistungssystem wie die Niederlande, bei dem die Krankenkassen Verträge schließen mit den Erbringern von Gesundheitsleistungen, die die

Mitglieder der jeweiligen Krankenkassen dann kostenlos behandeln, würde die Umsetzung in „Eurospeak“ geringere Auswirkungen haben. Sie würde lediglich bedeuten, dass die Krankenkassen nicht zwischen inländischen Dienstleistern und Dienstleistern, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, unterscheiden dürfen. Insbesondere sollte der Vertragsschluss für ausländische Dienstleister ebenso einfach sein wie für inländische. Wenn die Krankenkasse darüber hinaus die Dienste nicht vertraglicher Einrichtungen nutzen würde, wäre es ebenso einfach, eine Behandlung von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen nicht vertraglichen Dienstleister in Anspruch zu nehmen wie von seinem nicht vertraglichen Kollegen im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit. Die Mitgliedstaaten mit einem staatlichen Gesundheitsdienst, wie die skandinavischen Mitgliedstaaten, wären nur in Maße betroffen, in dem sie das Recht des Patienten auf Behandlung durch einen privaten Dienstleister auf ihre Kosten anerkennen; in diesem Falle können sie ausländische Erbringer von Gesundheitsleistungen nicht diskriminieren.¹³⁶⁾

Wir denken nicht, dass das Eurospeak-Argument fundiert ist. Was Mitgliedstaaten betrifft, die Gesundheitssysteme betreiben, welche keine Sachleistungen bieten – was bei der Mehrzahl der 25 Mitgliedstaaten der Europäischen Union der Fall ist – geht die Auswirkung der Artikel 49 und 50 EG-Vertrag gemäß der Auslegung des Gerichtshofes weit über eine einfache Anwendung einer nationalen Behandlungsregel auf den Vertragsschluss mit Erbringern von Gesundheitsleistungen hinaus. Natürlich können die Mitgliedstaaten Bewerbungen von ausländischen Erbringern von Gesundheitsleistungen, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, nicht unbeachtet lassen. Es versteht sich von selbst, dass die Bewertungskriterien objektiv, transparent und nicht diskriminierend sein sollten. Andererseits ist es für nationale Krankenversicherungsträger praktisch unmöglich, mit allen europäischen Erbringern von Gesundheitsleistungen Verträge zu schließen. Davon abgesehen würde es nicht sinnvoll erscheinen, Gesundheitseinrichtungen dazu zu verpflichten, mit ausländischen Erbringern von Gesundheitsleistungen Verträge zu schließen, wenn ihre Dienstleistungen nicht auf eine Nachfrage von Seiten der Versicherten stoßen würden.

Wenngleich das Urteil im Fall *Geraets-Smits* und *Peerbooms* unklar ließ, ob die Begründung der Anforderung der vorherigen Genehmigung auf dem Aspekt der Planung der Krankenhausdienste oder eher auf der besonderen Art der niederländischen Leistungen im Sachleistungssystem basierte,¹³⁷⁾ zeigte es, dass die Mitgliedstaaten unabhängig von der Art ihres einzelstaatlichen Vertragssystems und unabhängig von der Art der erhaltenen Behandlung (innerhalb oder außerhalb eines Krankenhauses), die im Ausland entstandenen Kosten für Gesundheitsleistungen rückerstatten sollten, da es andernfalls zu einer *Einschränkung* des freien Dienstleistungsverkehrs komme.

Die Mitgliedstaaten, die ausschließliche Vertragssysteme betreiben, können die restriktive Auswirkung der Anforderung einer vorherigen Genehmigung nicht verschleiern, indem sie geltend machen, dass sie für (inländische und ausländische) nicht vertragliche Erbringer von Gesundheitsleistungen gelte und daher keine nationalistische oder territoriale Grundlage habe.¹³⁸⁾ Wie der Gerichtshof in Fall *Geraets-Smits* und *Peerbooms* in Antwort auf das von der niederländischen Regierung und der Kommission vorgebrachte Argument ausführte, dass es den Krankenkassen frei stehe, mit Dienstleistern außerhalb der Niederlande Verträge zu schließen, werden „solche Vereinbarungen im Wesentlichen mit Krankenanstalten in den Niederlanden geschlossen werden“ und dürfte „die Vorstellung illusorisch sein (...), dass viele Krankenanstalten in den anderen Mitgliedstaaten einen Anlass dazu sehen, vertragliche Vereinbarungen mit den niederländischen Krankenkassen zu schließen, zumal ihre Aussichten, diesen Kassen angeschlossene Patienten aufzunehmen, vom Zufall abhängen und beschränkt bleiben“.¹³⁹⁾ Um zu beschließen, dass die niederländische Regel eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle, akzeptierte der Gerichtshof, dass „in den meisten Fällen die Übernahme der Kosten für Krankenhausversorgung durch in anderen Mitgliedstaaten als dem Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit befindliche Krankenhäuser nach der [niederländischen Gesetzgebung] von einer vorherigen Genehmigung abhängig bleiben wird.“¹⁴⁰⁾ Mit anderen Worten, selbst wenn ausländische Erbringer von Gesundheitsleistungen eine gleichberechtigte Möglichkeit haben, mit den nationalen Krankenversicherungsträgern Verträge zu schließen, wird sich die Vorschrift der vorherigen Genehmigung für nicht vertragliche Gesundheitsleistungen nach wie vor zu ungunsten der ausländischen Erbringer von Gesundheitsleistungen auswirken und sie in verschiedener Weise beeinflussen.¹⁴¹⁾ Besonders sichtbar wird eine unterschiedliche Auswirkung natürlich im Falle des luxemburgischen inklusiven Vertragssystems, bei dem die Genehmigung, ärztliche Leistungen zu erbringen, stets mit dem Beitritt zu einem Kollektivvertrag mit der *Union des Caisses de Maladie* (UCM) verbunden ist. Somit wird das Erfordernis einer Genehmigung im Prinzip nur ausländische Erbringer von Gesundheitsleistungen betreffen.

Wir vertreten die Auffassung, dass dieselbe Argumentation auch im Hinblick auf die Höhe der Übernahme der von ausländischen Erbringern von Gesundheitsleistungen erbrachten medizinischen Leistungen anwendbar sein sollte. Die Mitgliedstaaten können das in Artikel 49 EG-Vertrag enthaltene Verbot nicht dadurch umgehen, dass sie die im Ausland angefallenen Kosten zu einer (niedrigeren) Deckungsebene erstatten als sie für Leistungen anwenden, die von inländischen nicht vertraglichen Dienstleistern erbracht werden (siehe auch weiter oben). Es kann von ausländischen Erbringern von Gesundheitsleistungen in ihrer Eigenschaft von Nutzern des freien Dienstleistungsverkehrs einfach nicht erwartet werden,

dass sie mit allen Krankenversicherungsträgern, bei denen ihre potenziellen Patienten versichert sein könnten, Verträge geschlossen haben, um auf dieselbe Grundlage gestellt zu werden wie die konkurrierenden Erbringer von Gesundheitsleistungen, die im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit des Patienten niedergelassen sind, von denen die Mehrheit eine vertragliche Vereinbarung abgeschlossen hat und für die es sehr viel einfacher ist, diese Bedingung zu erfüllen.¹⁴²⁾

Daher denken wir, dass aus dem Urteil im Fall *Geraets-Smits* und *Peerbooms*, wie von *Müller-Fauré* und *Van Riet* bestätigt und erläutert wurde, abgeleitet werden kann, dass die Mitgliedstaaten - selbst wenn sie im Inland ein selektives Vertragssystem betreiben, bei dem die Inanspruchnahme der Dienstleistungen inländischer nicht vertraglicher Dienstleister von einer vorherigen Genehmigung abhängig ist oder für den Patienten mit einer geringeren Deckung verbunden ist - eine Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs herbeiführen, wenn es ihnen nicht gelingt, die Rechte der Versicherten, die einen ausländischen Erbringer von Gesundheitsleistungen in Anspruch genommen haben, mit den Rechten derjenigen, die einen *inländischen vertraglichen Dienstleister* besucht haben, in Übereinstimmung zu bringen.

Die Urteile in den Fällen *Geraets-Smits* und *Peerbooms* und *Müller-Fauré* und *Van Riet* passen nicht gut zu einzelstaatlichen Vertragssystemen für Leistungen außerhalb eines Krankenhauses, insbesondere, wenn sie in der von uns empfohlenen Weise ausgelegt werden. Wenn die Mitgliedstaaten Patienten, die einen ausländischen Dienstleister aufgesucht haben, dieselbe Behandlung garantieren müssen wie denjenigen, die eine Behandlung von einem inländischen vertraglichen Dienstleister in Anspruch genommen haben, so ist es nicht überraschend, dass - sowohl vertragliche als auch nicht vertragliche - inländische Dienstleister sich ungerecht behandelt fühlen werden, die ersteren, weil ihren ausländischen Konkurrenten angeblich nicht durch alle Arten von Vorschriften die Hände gebunden werden und die letzteren, weil die von ihnen erbrachten Dienstleistungen nicht zu denselben Leistungen führen wie die der ausländischen Dienstleister, die nicht mehr durch Verträge mit dem einzelstaatlichen Krankenversicherungsträger gebunden sind als sie. Was die Unzufriedenheit der inländischen Dienstleister betrifft, so gilt diese auch für Mitgliedstaaten, die ein inklusives Vertragssystem betreiben, bei dem die Dienstleister automatisch eingeschlossen sind, wie in Luxemburg.¹⁴³⁾ Es ist wohlbekannt, dass der Luxemburger Ärzteberuf nach dem Urteil *Kohll* dieses verbindliche Vertragssystem in Frage gestellt hat. Es wurden Diskussionen geführt, an deren Ende beschlossen wurde, das verbindliche Vertragssystem beizubehalten, aber gewissen subsidiären Forderungen der Luxemburger Ärzte und Zahnärzte zu entsprechen.¹⁴⁴⁾

Vorerst scheint der Gerichtshof nicht offen für die von den Mitgliedstaaten erhobenen Einwände, die das sinkende Interesse der Ärzte an der

Zusammenarbeit in einem Vertragssystem fürchten.¹⁴⁵⁾¹⁴⁶⁾ Wie bereits weiter oben dargelegt, hat der Gerichtshof die vorgebrachten Gründe zurückgewiesen, um die Vorschrift einer vorherigen Genehmigung in Bezug auf die Übernahme der Kosten für eine grenzüberschreitende Behandlung außerhalb eines Krankenhauses zu rechtfertigen¹⁴⁷⁾.

D. Die vorübergehende Erbringung von Leistungen außerhalb eines Krankenhauses durch Ärzte im Aufnahmemitgliedstaat

Unserer Ansicht nach gibt es keinen triftigen Grund für den grundlegenden Umsturz des weiter oben dargestellten Systems aus dem alleinigen Grunde, dass der Patient nicht zu dem ausländischen Anbieter von Gesundheitsleistungen fährt, sondern letzterer sich vorübergehend in den Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit des Patienten begibt, um dort ärztliche Leistungen zu erbringen.

Demgemäß hat ein Erbringer von Gesundheitsleistungen, der in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist, in dem er rechtmäßig ärztliche Leistungen erbringt, das Recht, diese Leistungen auf vorübergehender und gelegentlicher Basis im Aufnahmestaat zu erbringen. Wenn diese Leistungen für den Fall, dass sie von einem im Aufnahmemitgliedstaat niedergelassenen vertraglichen Dienstleister erbracht worden wären, vom einzelstaatlichen Krankenversicherungsträger übernommen worden wären, so hat der Patient, der die von dem ausländischen Arzt erbrachten ärztlichen Leistungen in Anspruch genommen hat, Anspruch auf eine Erstattung, deren Höhe nicht unter der liegen darf, die gewährt wird, wenn die Leistung von einem inländischen vertraglichen Dienstleister erbracht wird. Ein Patient, der einen ausländischen Arzt aufsucht, der Leistungen im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit des Patienten erbringt, braucht keine vorherige Genehmigung einzuholen, es sei denn, dies würde eine Bedingung darstellen, zu der die jeweiligen Leistungen in dem jeweiligen Mitgliedstaat gewährt werden, so dass dies auch erforderlich wäre, wenn der Patient die Behandlung von einem inländischen vertraglichen Dienstleister erhalten hätte.

Der ausländische Arzt sollte eine gleichberechtigte Möglichkeit erhalten, an dem im Aufnahmemitgliedstaat anwendbaren Vertragssystem teilzunehmen. Seine Bewerbung sollte auf der Grundlage objektiver, transparenter und nicht diskriminatorischer Kriterien bewertet werden. Es erscheint jedoch unwahrscheinlich, dass viele ausländische Ärzte, die im Aufnahmemitgliedstaat vorübergehend und gelegentlich ärztliche Leistungen erbringen, daran interessiert sind, am Vertragssystem des jeweiligen Staates teilzunehmen. Unserer Ansicht nach kann der ausländische Arzt nicht dazu verpflichtet werden, am Vertragssystem des Aufnahmestaates teilzunehmen, damit die Kosten seiner ärztlichen Leistungen erstattet werden, auch wenn den inländischen Ärzten der Beitritt zum System nicht frei gestellt wird, so wie es in Luxemburg der Fall ist. *Während die Verurteilung eines ausländischen*

Arztes zur privaten Praxis eine direkte Auswirkung auf seinen Zugang zum Markt im Aufnahmestaat hätte,¹⁴⁸⁾¹⁴⁹⁾ würde die Verpflichtung des ausländischen Arztes, mit einem einzelstaatlichen Krankenversicherungsträger Vereinbarungen zu schließen, im Verhältnis zur vorübergehenden Art der Dienstleistungserbringung als zu aufwändiges Verfahren erscheinen, das ihm jede praktische Effizienz nimmt. Diese Schlussfolgerung stammt nicht nur von der Säger-Rechtsprechung, sondern kann auch aus den „aktivierten“ Gesundheitsleistungsfällen abgeleitet werden.¹⁵⁰⁾

Patienten, die einen ausländischen Arzt aufsuchen, der nicht durch einen Vertrag mit dem Krankenversicherungsträger im Aufnahmemitgliedstaat gebunden ist, müssen die Arztrechnung im Voraus begleichen, um dann ihren Antrag auf Erstattung einzureichen.

Als intrinsische logische Folge der Einstufung von Angehörigen der Gesundheitsberufe als Dienstleistungserbringer, haben Artikel 49 und 50 EG-Vertrag, so wie sie in den Gesundheitsleistungsfällen ausgelegt werden, die Befugnisse der Mitgliedstaaten, bei Vorliegen einer innergemeinschaftlichen Situation die Bandbreite der Dienstleister festzulegen,¹⁵¹⁾ die dazu berechtigt sind, auf Kosten der einzelstaatlichen Krankenversicherungssysteme medizinische Leistungen zu erbringen, beeinträchtigt. Die Leistungen ausländischer Angehörige der Gesundheitsberufe, die in den Mitgliedstaaten, in denen sie niedergelassen sind, rechtmäßig Gesundheitsleistungen erbringen, kommen für eine Deckung unter dem einzelstaatlichen Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit des Patienten in Frage, unabhängig davon, ob der Versicherte sich in den Mitgliedstaat begibt, in dem der Angehörige der Gesundheitsberufe niedergelassen ist, um diese Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen oder ob letzterer diese Dienstleistungen vorübergehend im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates erbringt, in dem der Patient versichert ist. Auf der anderen Seite scheinen sie die Befugnis der Mitgliedstaaten, den persönlichen Geltungsbereich dieser Systeme festzulegen, ihre Befugnis, die abgedeckten Behandlungen und das Ausmaß ihrer Abdeckung zu bestimmen und schließlich ihre Befugnis, die Bedingungen, unter denen Leistungen gewährt werden, festzulegen, unberührt zu lassen.¹⁵²⁾ Die Mitgliedstaaten behalten die volle Kompetenz, diese Fragen so zu regeln, wie sie es für richtig halten, sofern sie dabei nicht die Angehörigen oder die Güter der anderen Mitgliedstaaten benachteiligen.¹⁵³⁾ Diese Regelungen könnten die Erbringung von Dienstleistungen durch ausländische Ärzte verhindern oder weniger attraktiv machen. Daher besteht die Gefahr, dass diese Regeln durch das weite Säger-Schema abgedeckt werden. Auch so - und bei Nichtberücksichtigung des Falles der Diskriminierung - vertreten wir die Auffassung, dass der ausländische Erbringer medizinischer Leistungen nicht in der Lage sein sollte, die Gesetzgebung des Aufnahmestaates, die diese Parameter der gesetzlichen Krankenversicherung festlegt, anzufechten. Diese Gesetzgebung kann nicht als Einschränkung des freien

Dienstleistungsverkehr im Sinne von Artikel 49 EG-Vertrag betrachtet werden. Die Einnahme eines anderen Standpunktes würde darauf hinauslaufen, es der Gemeinschaft zu erlauben, ihre Kompetenz zu überschreiten und würde die wiederholten Aussagen des Gerichtshofes über die Befugnisse der Mitgliedstaaten in diesem Bereich völlig wertlos machen. Was die besagten Parameter betrifft, sollte der ausländische Erbringer medizinischer Leistungen das gesetzliche Krankenversicherungssystem des Aufnahmestaates im Grunde so nehmen, wie er es vorfindet. Dem entsprechend kann ein in Luxemburg niedergelassener Spezialist, der vorübergehend in den Niederlanden praktiziert, nicht das niederländische Überweisungssystem in Frage stellen, obwohl es eine Behinderung der grenzüberschreitenden Erbringung seiner Dienstleistungen verursacht. Ebenso kann ein Zahnarzt, der eine gut gehende Praxis im Mitgliedstaat der Niederlassung besitzt, dessen gesetzliches Krankenversicherungssystem die Kosten der zahnärztlichen Behandlung großzügig erstattet, nicht die Entscheidung des Aufnahmemitgliedstaates anfechten, die Ausgaben für zahnärztliche Behandlungen zu kürzen und daher die Kosten für gewisse Arten von Behandlungen nicht oder nur in geringem Umfang zu übernehmen.

Dahingegen ist die Tatsache, dass dem ausländischen Erbringer medizinischer Leistungen Vorschriften des Aufnahmestaates auferlegt werden, die nicht dazu dienen, die Grenzen der Deckung der Gesundheitsleistungen festzulegen, unter der Säuger-Rechtsprechung zu bewerten. Von einem ausländischen Erbringer medizinischer Leistungen zu verlangen, dass er Vorschriften einhält, die nicht eng mit dem Anspruch der Patienten auf Erstattungen für Gesundheitsleistungen zusammenhängen, ist - auch wenn diese Vorschriften unterschiedslos anwendbar sind - gleichbedeutend mit einer Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs. Die entsprechenden Vorschriften, die im Fall Luxemburg die Regeln umfassen würden, die der Beitritt zum gesetzlichen Vertragssystem für inländische Ärzte mit sich bringt, behandeln einen großen Bereich von Aspekten und umfassen neben Regeln rein beruflicher Art¹⁵⁴⁾ wie diejenigen, die multidisziplinäre Tätigkeiten und gewerbliche Mitteilungen betreffen, Regeln bezüglich der Organisation des Berufsstands¹⁵⁵⁾, gute ärztliche Praxis, Tarife,¹⁵⁶⁾ Kostenkontrolle usw.

Zweifelloos kommt ein Großteil dieser Einschränkungen für eine Rechtfertigung gemäß Artikel 46 EG-Vertrag (Schutz der Gesundheit der Bevölkerung) oder gemäß den gerichtlich geschaffenen Ausnahmen vom freien Dienstleistungsverkehr in Frage. Der Gerichtshof hat den Geltungsbereich der ausdrücklichen Ausnahmeregelung für die Gesundheit der Bevölkerung weit ausgelegt, so dass sie das Ziel, eine hochwertige und ausgewogene, allen zugängliche medizinische Versorgung aufrechtzuerhalten sowie das Ziel, die Behandlungskapazität oder die medizinische Kompetenz auf dem einzelstaatlichen Hoheitsgebiet aufrechtzuerhalten, umfasst.¹⁵⁷⁾ Die Gefahr einer erheblichen Untergrabung

des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit stellt trotz seiner wirtschaftlichen Nebenbedeutung, einen vorrangigen Grund im Bereich des allgemeinen Interesses dar.¹⁵⁸⁾ Dasselbe scheint für die wesentlichen Eigenschaften des einzelstaatlichen Krankenversicherungssystems zu gelten.¹⁵⁹⁾

Einzelstaatliche restriktive Maßnahmen müssen im Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen; insbesondere müssen sie dazu geeignet sein sicherzustellen, dass das mit ihnen verfolgte vorgeschriebene Erfordernis des allgemeinen Interesses gewährleistet wird, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um es zu erreichen. In diesem Zusammenhang muss - sogar bei Nichtvorhandensein eines von der Gemeinschaftsgesetzgebung geschaffenen gemeinsamen Standards - die Gesetzgebung betrachtet werden, der der ausländische Erbringer medizinischer Leistungen im Mitgliedstaat der Niederlassung, in dem er rechtmäßig ähnliche Leistungen erbringt, unterliegt.¹⁶⁰⁾ Um seine eigenen unterschiedslos anwendbaren Regeln in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit anwenden zu können, muss der Aufnahmemitgliedstaat aufzeigen, dass die Gesetzgebung des Mitgliedstaats der Niederlassung nicht in der Lage ist, das allgemeine Interesse, das heißt den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zu schützen. Dies setzt theoretisch eine Bewertung der objektiven sowie der abstrakten Proportionalität der geplanten Maßnahme zu dem verfolgten Ziel und der subjektiven und konkreten Proportionalität im Verhältnis zum Schutz dieses Ziels durch die relevante Gesetzgebung des Mitgliedstaates der Niederlassung voraus.¹⁶¹⁾

Wenn der Gerichtshof mit einzelstaatlichen Maßnahmen konfrontiert ist, mit denen Ziele im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung oder der Sozialpolitik verfolgt werden, so neigt er dazu, einen vereinfachten Proportionalitätstest zu verwenden und dem Mitgliedstaat einen größeren Ermessensspielraum zu gewähren.¹⁶²⁾ Im Fall *Gräbner*¹⁶³⁾ bestätigte der Gerichtshof, dass Artikel 49 EG-Vertrag keine einzelstaatlichen Regelungen ausschließt, die die Ausübung gewisser Tätigkeiten Ärzten vorbehalten und bestätigte damit die vorherige Rechtsprechung in Verbindung mit Artikel 43 EG-Vertrag.¹⁶⁴⁾ Es wurde insbesondere ausgeführt, dass die Entscheidung eines Mitgliedstaats, das Recht, medizinische Diagnosen zu stellen und Behandlungen für Krankheiten zu verschreiben oder physische oder psychische Störungen zu lindern, einer Gruppe von Fachleuten mit besonderen Qualifikationen wie etwa qualifizierten Ärzten vorzubehalten, als geeignetes Mittel betrachtet werden könne, die Zielsetzung des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung zu erreichen¹⁶⁵⁾. Nachdem der Gerichtshof an seine durchgängige Rechtsprechung erinnert hat, der zufolge die alleinige Tatsache, dass ein Mitgliedstaat ein Gesundheitsschutzsystem gewählt hat, das sich von dem eines anderen Mitgliedstaates unterscheidet, die Bewertung der Notwendigkeit und der Proportionalität der verabschiedeten Vorschriften nicht beeinträchtigen kann, kam er zu dem Ergebnis, dass die

Maßnahme nicht über das hinausging, was notwendig ist, um dieses Ziel zu erreichen, wobei er feststellte, dass jeder Mitgliedstaat entsprechend seiner Auffassung vom Schutz der Gesundheit der Bevölkerung entscheiden könne, ob er Praktikern, die nicht über derartige Qualifikationen verfügen, die Ausübung medizinischer Tätigkeiten gestatte, und dabei gegebenenfalls die Voraussetzungen im Hinblick auf Erfahrung oder Qualifikation festlegen könne, denen diese Praktiker genügen müssen.¹⁶⁶⁾

Während die Vorschriften des Niederlassungsmitgliedstaats bezüglich Tarifen für Gesundheitsleistungen und vielleicht bezüglich der Organisation des Arztberufs nicht außerhalb des sozialen und rechtlichen Rahmens des jeweiligen Mitgliedstaates betrachtet werden können und im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaat kaum als relevant angesehen werden können, gilt dies hingegen nicht für die Anforderungen im Bereich Qualitätssicherung und Kostenkontrolle. Daher darf der Aufnahmemitgliedstaat Qualitätsrichtlinien oder Anforderungen bezüglich des fortlaufenden beruflichen Werdegangs, denen der ausländische Anbieter medizinischer Leistungen im Niederlassungsmitgliedstaat unterliegt, nicht außer Acht lassen. Ebenso wird der Niederlassungsmitgliedstaat vor dem – allen Mitgliedstaaten gemeinsamen – Hintergrund der Knappheit finanzieller Mittel, mit denen der zunehmende Bedarf an Gesundheitsleistungen finanziert werden muss, mit hoher Wahrscheinlichkeit Gesetze zur Gewährleistung der effizienten Verwendung der öffentlichen Mittel erlassen haben. Selbst wenn derartige Regeln dazu bestimmt sind, einen anderen öffentlichen Geldbeutel zu schützen, werden sie sich auf die des Mitgliedstaates, in den der ausländische Anbieter medizinischer Leistungen sich begibt, günstig auswirken und von diesem Mitgliedstaat berücksichtigt werden müssen.¹⁶⁷⁾

E. Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt¹⁶⁸⁾

Wir haben bereits erwähnt, dass der Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie im Falle seiner Verabschiedung zu einem Bezugsrahmen würde, innerhalb dessen die freie Erbringung medizinischer Dienstleistungen stattfände. Das Paradestück des Kapitels des Vorschlags über den freien Dienstleistungsverkehr ist das Herkunftslandprinzip, dem zufolge die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen sollen, dass Dienstleistungserbringer lediglich den Bestimmungen ihres Herkunftsmitgliedstaates unterliegen, die vom koordinierten Bereich erfasst sind.¹⁶⁹⁾ Dieser koordinierte Bereich ist allumfassend und deckt „die Gesamtheit der für die Aufnahme von Dienstleistungstätigkeiten oder ihre Ausübung geltenden Anforderungen“ ab, unabhängig davon, ob sie zu einem gemeinschaftsweit harmonisierten Bereich gehören und ungeachtet des Rechtsgebiets, dem sie nach innerstaatlichem Recht zugeordnet werden.¹⁷⁰⁾ Der Herkunftsmitgliedstaat ist dafür verantwortlich, den Dienstleistungserbringer und die von ihm erbrachten Dienstleistungen zu kontrollieren.¹⁷¹⁾ Gemäß Artikel 16 Absatz 3 dürfen die Mitgliedstaaten den

freien Verkehr von Dienstleistungen, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden, nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen. Einige Anforderungen, die nicht vorgeschrieben werden dürfen, werden besonders aufgeführt, wie zum Beispiel (e) die Pflicht des Dienstleistungserbringers, die auf seinem Hoheitsgebiet für die Erbringung einer Dienstleistung geltenden Anforderungen zu erfüllen und (i) Beschränkungen des freien Verkehrs der in Artikel 23 Absatz 1 Unterabsatz 1 (vorherige Genehmigung für die Übernahme der Kosten für außerhalb eines Krankenhauses erbrachte Leistungen) genannten Dienstleistungen.¹⁷²⁾

Verschiedene allgemeine Ausnahmeregelungen vom Herkunftslandprinzip beziehen sich auf Dienstleistungen, die Auswirkungen auf die Gesundheit oder auf Gesundheitsleistungen haben. Um die Kohärenz mit der künftigen Richtlinie zur Anerkennung der Berufsqualifikationen zu gewährleisten, ist in Artikel 17 Punkt 8 eine allgemeine Ausnahmeregelung bezüglich Titel II der künftigen Anerkennungsrichtlinie vorgesehen (siehe weiter oben). Gemäß Artikel 17 Punkt 16 des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie ist das Ursprungslandprinzip nicht auf Dienstleistungen anwendbar, die in dem Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer zwecks Erbringung seiner Dienstleistung begibt, unter ein generelles Verbot fallen, das aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt ist. Erwägungsgrund 42 fügt dem Gründe bezüglich des Schutzes der menschlichen Würde hinzu und stellt klar, dass diese Ausnahmeregelung auch Fälle abdeckt, in denen Dienstleistungen einem generellen Verbot unterliegen, aber unter gewissen besonderen Umständen erlaubt sind.¹⁷³⁾ Mit dieser Ausnahmeregelung können nationale Verbote von Euthanasie, Abtreibung oder medizinisch unterstützten Fortpflanzungstechniken aufrechterhalten werden. Artikel 17 Punkt 17 sieht eine Ausnahmeregelung vor für die „spezifischen Anforderungen in dem Mitgliedstaat, in den sich der Dienstleistungserbringer [...] begibt, die unmittelbar mit den besonderen Merkmalen des Ortes der Dienstleistungserbringung [oder mit dem besonderen Risiko, das durch die Dienstleistung am Ort der Dienstleistungserbringung entsteht,] verknüpft sind, und deren Beachtung unerlässlich ist zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit oder zum Schutz der öffentlichen Gesundheit oder der Umwelt“. Verschiedene Beispiele für derartige „spezifische Anforderungen“ werden in Erwägungsgrund 43 genannt, wie „Anforderungen für die Organisation öffentlicher Veranstaltungen oder für Sicherheitsanforderungen auf Baustellen“. Die Bedeutung dieser Ausnahmeregelung für unseren Bereich bleibt völlig unklar. So stellt sich insbesondere die Frage, ob sie die Parameter abdeckt, die die Grenzen der Abdeckung der Gesundheitsleistungen festlegen, wie weiter oben angegeben. Erstreckt sie sich möglicherweise auf Regeln zur Festsetzung der Tarife für Gesundheitsleistungen? Die in Artikel 17 Punkt 17 enthaltene

Ausnahmeregelung wird in Erwägungsgrund 47a als wichtige allgemeine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip für grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen bezeichnet, die „Hygienestandards (sic)“ umfasst.¹⁷⁴⁾ Schließlich sieht Artikel 17 Punkt 18 vor, dass die Genehmigungsregelung bezüglich der Kostenerstattung für die Krankenhausversorgung von der Anwendung des Herkunftslandsprinzips ausgenommen wird.

Abgesehen von diesen allgemeinen Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip erlaubt Artikel 19 des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie es den Mitgliedstaaten, ausnahmsweise Maßnahmen zu ergreifen, die sich auf einen der folgenden Bereiche beziehen (a) die Sicherheit der Dienstleistungen, einschließlich der mit der öffentlichen Gesundheit zusammenhängenden Aspekte, (b) die Ausübung einer Tätigkeit im Gesundheitswesen und (c) den Schutz der öffentlichen Ordnung. Diese zusammenfassende Liste, die alle vorgehenden Gründe im Bereich des allgemeinen Interesses, die vom EuGH anerkannt wurden, überschreitet,¹⁷⁵⁾ enthält zwei Gründe, die der Aufnahmemitgliedstaat geltend machen kann, um dem ausländischen Erbringer medizinischer Leistungen seine Regeln aufzuerlegen. Bevor er dies tut, muss der Aufnahmemitgliedstaat jedoch ein umständliches und zeitaufwändiges Verfahren der gegenseitigen Unterstützung befolgen, das Artikel 37 der Richtlinie zu entnehmen ist. Dies umfasst eine Mitteilung an den Herkunftsmitgliedstaat (der korrektive Maßnahmen ergreifen kann) und an die Kommission (die eine Entscheidung verabschieden kann, mit der der jeweilige Mitgliedstaat dazu aufgefordert wird, von den beabsichtigten Maßnahmen Abstand zu nehmen oder sie aufzuheben). Darüber hinaus müssen die in Artikel 19 Absatz 2 dargelegten Bedingungen erfüllt werden.¹⁷⁶⁾

Der Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie zeichnet weitgehend die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf. Das Herkunftslandsprinzip im Bereich der Dienstleistungen, das Schlüsselprinzip des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie, ist in der Tat nicht aus der Luft gegriffen. Im Gegenteil, es ist fest in der Rechtsprechung zu Artikel 49 EG-Vertrag verankert.¹⁷⁷⁾ Vor diesem Hintergrund würde der einfache Ausschluss der Erbringung von Gesundheitsleistungen aus dem Geltungsbereich des Vorschlags, wie eine immer größer werdende Gruppe von Interessengruppen und Beratungsgremien empfiehlt, die Erbringung von Gesundheitsleistungen nicht außerhalb des Geltungsbereichs des Binnenmarktes setzen, es sei denn, der EG-Vertrag würde geändert. Die Anwendung des Prinzips in dem Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie geht jedoch erheblich über das unter den Bestimmungen des EG-Vertrags hinaus. Es gilt für den gesamten Bereich der Dienstleistungsregelung, die - ohne vorherige Harmonisierung des allgemeinen Interesses - lediglich für koordiniert erklärt wird.¹⁷⁸⁾ Während der Aufnahmemitgliedstaat gemäß den Vorschriften des EG-Vertrags seine Gesetzgebung auferlegen kann, sofern und in dem Maße, wie das Allgemeingut durch die Regeln, denen der ausländische Dienstleister im Niederlassungsmitgliedstaat unterliegt, nicht

ausreichend geschützt ist, und Raum für einen weiteren Bewertungsspielraum bei Vorhandensein sensibler Themen und/oder verschiedener Standards gelassen wird, geht der Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie nahezu unwiderlegbar von einer europaweiten Äquivalenz beim Schutz des allgemeinen Interesses aus, ohne sie jedoch einzuführen.

Die Verbindung des Marktzugangs mit der Duldung regelnder Kontrolle¹⁷⁹⁾ ist in einem Bereich, der so heikel und stark reguliert ist wie der der Erbringung von Gesundheitsleistungen und darüber hinaus mit einer auf Solidarität basierenden sozialen Sicherheit verbunden ist und keine gemeinsamen Standards aufweist, ein schwieriges Unterfangen. Während die derzeitige Situation – ein „qualifiziertes“ Niederlassungsstaatmodell in Verbindung mit Rechtsinstrumenten, die die Anwendung von Aspekten der Gesetzgebung des Aufnahmestaates vorschreiben – für die Rechtssicherheit unbeachtlich ist, verleugnet die praktisch absolute und bedingungslose Implementierung des Niederlassungsstaatmodells im Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie das legitime Interesse der Mitgliedstaaten, ausländischen Erbringern von Gesundheitsleistungen ihre eigene Gesetzgebung aufzuerlegen. Die Ausnahmeregelungen sind unklar, oder ihre Anwendung ist streng eingegrenzt. Es gibt jedoch nicht viele alternative Modelle der Marktintegration. Mit der Einführung einer einheitlichen Reihe harmonisierter Vorschriften auf Gemeinschaftsebene kommen heikle Aspekte in den Bereichen demokratische Legitimation, Zuweisung von Befugnissen und Subsidiarität auf.¹⁸⁰⁾ Während eine Harmonisierung in allen Einzelheiten nicht vorstellbar erscheint, könnte eine minimale Harmonisierung gewisser Anforderungen für Aufnahme und Ausübung eines medizinischen Berufes gemäß Artikel 47 Absatz 2-3 jo. 55 EG-Vertrag die Grundlage für eine systematische Anwendung des Herkunftslandsprinzips bilden. Auf der anderen Seite würde ein reines Modell der Kontrolle des Aufnahmestaates, wie Artikel 49 EG-Vertrag zu entnehmen ist, zweifellos zu einer Zunahme der rechtlichen Sicherheit führen, dafür aber die Tür für die Weiterentwicklung der vorübergehenden Erbringung grenzüberschreitender Gesundheitsleistungen schließen.¹⁸¹⁾

Wie dem auch sei, es werden Prioritäten gesetzt werden müssen.

3. Die freie Erbringung ambulanter nicht medizinischer Pflegedienstleistungen im Rahmen der Luxemburger Pflegeversicherung

A. Konformität mit dem EU-Recht

Für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Heimhilfe (nicht medizinische Pflege) für abhängige Personen wie alte Menschen oder Behinderte greift das Luxemburger Pflegeversicherungssystem auf Angehörige der Gesundheitsberufe zurück, die bei Hilfs- und Pflegenetzen

beschäftigt sind (*réseaux d'aides et de soins*, nachfolgend "Netz" genannt). Ein Netz wird definiert als "un ensemble organisé d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales, dispersé dans une zone territorialement donnée, de compétences différentes et complémentaires pour assurer et coordonner la prise en charge de la personne dépendante".¹⁸²⁾ Um die fraglichen Tätigkeiten ausüben zu können,¹⁸³⁾ muss das Netz eine doppelte Genehmigung einholen (*agrément aide à domicile et soins à domicile*).¹⁸⁴⁾ Die Bedingungen für die Erteilung dieser Genehmigungen sind in den großherzoglichen Verordnungen¹⁸⁵⁾ festgelegt und umfassen Personalanforderungen (im vorliegenden Falle drei Vollzeitkräfte) und Anforderungen, die auf die Gewährleistung der Kontinuität von Hilfe und Pflege abzielen (im vorliegenden Fall die Erbringung von Dienstleistungen an allen Tagen des Jahres an mindestens 14 Stunden pro Tag). Neben diesen Genehmigungen muss das Netz Vereinbarungen mit der UCM schließen (*contrat d'aides et de soins*).¹⁸⁶⁾ Dieser Vertrag enthält Verpflichtungen von Seiten des Dienstleistungserbringers bezüglich Qualität, Rechnungsstellung, Buchhaltung, die Festlegung des Kreises der abgedeckten Personen,¹⁸⁷⁾ den Umfang der zu erbringenden Leistungen, Kontinuität usw.

Kann ein Unternehmen, das rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, wo es ähnliche Dienstleistungen erbringt, sich auf Artikel 49 jo. Artikel 48 und 55 EG-Vertrag stützen, um die Tätigkeit der nicht medizinischen Heimpflege aufnehmen und auf dem Luxemburger Hoheitsgebiet ausüben zu dürfen? Wenn ja, welchen Anforderungen muss es gerecht werden?

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass Heimhilfe-Dienstleistungen Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags darstellen. Im Fall *Sodemare* kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass ein privates Unternehmen, das Altersheime betreibt, eine Wirtschaftstätigkeit im Sinne von Artikel 2 EG-Vertrag ausübt.¹⁸⁸⁾

Schwieriger ist die Frage, ob die Erbringung von Heimhilfe-Leistungen durch ein Unternehmen mit Sitz im Ausland auf dem Luxemburger Hoheitsgebiet in den Geltungsbereich der dienstleistungsspezifischen Artikel des EG-Vertrags fallen oder ob Artikel 43 EG-Vertrag zur Anwendung kommt. Das entscheidende Kriterium für die Anwendung des sich auf Dienstleistungen beziehenden Kapitels des EG-Vertrags ist das Nichtvorliegen einer stabilen und kontinuierlichen Teilnahme der jeweiligen Person am Wirtschaftsleben des Aufnahmemitgliedstaats.¹⁸⁹⁾ Ein Gemeinschaftsangehöriger, der in stabiler und kontinuierlicher Weise eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, wo er seine Leistungen von einer etablierten beruflichen Basis aus unter anderem Angehörigen dieses Mitgliedstaats anbietet, ist als das Niederlassungsrecht ausübende Person anzusehen. Auf der anderen Seite ist die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags durch ihre vorübergehende Art gekennzeichnet, die in Übereinstimmung mit einer bekannten Rechtsprechung nicht nur im Hinblick auf die Dauer der

Dienstleistungserbringung sondern auch auf ihre Regelmäßigkeit, Wiederholung oder Kontinuität festgelegt werden muss.¹⁹⁰⁾ Der Gerichtshof hat diese Kriterien weit ausgelegt und als Dienstleistungserbringer ein in einem Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen bezeichnet, das mit mehr oder weniger großer Häufigkeit oder Regelmäßigkeit, auch über einen größeren Zeitraum, Personen, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten niedergelassen sind, Dienstleistungen erbringt. Er hat festgestellt, dass keine Bestimmung des EG-Vertrags ein Mittel bietet, in abstrakter Weise die Dauer oder Häufigkeit festzulegen, ab der die Erbringung einer Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat nicht mehr als Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags betrachtet werden kann.¹⁹¹⁾

Wenngleich die Erbringung von Dienstleistungen der Heimhilfe – im Gegensatz zum Betreiben einer Einrichtung, in der abhängige Personen untergebracht werden – keine Infrastruktur in Luxemburg erfordert, implizieren die fraglichen Dienste durch ihre Art bedingt ein gewisses Maß an Kontinuität und Regelmäßigkeit, was über einfache Erwägungen der Wünschbarkeit hinauszugehen scheint.¹⁹²⁾ Vor diesem Hintergrund denken wir, dass es ein Argument für die Luxemburger Behörden ist, die Bewerbung eines ausländischen Erbringers von Heimleistungen, ähnliche Dienste auf regelmäßiger Basis für eine breite Bevölkerung unspezifizierter abhängiger Personen (z.B. eine Stadt) zu erbringen, unter Artikel 43 EG-Vertrag zu bewerten, auch wenn der fragliche Dienstleister nicht in Luxemburg niedergelassen ist. Ein derartiger Dienstleister sollte jedoch nicht von den geringen Standards der Überschreitung von Artikel 49 EG-Vertrag profitieren. Dies wird auch der Fall sein, wenn der ausländische Dienstleister seine Tätigkeiten voll oder hauptsächlich auf das Luxemburgische Hoheitsgebiet richtet und vorsätzlich versucht, die von der Luxemburger Gesetzgebung festgelegten Pflichten zu umgehen.¹⁹³⁾ Wenn er auf der anderen Seite versucht, derartige Dienstleistungen vorübergehend für spezifizierte abhängige Personen zu erbringen, die er vom Ort der Niederlassung aus geworben hat¹⁹⁴⁾ oder wenn er seine Dienstleistungen erbringt, um vorübergehende Mängel abzudecken,¹⁹⁵⁾ sind die sich auf Dienstleistungen beziehenden Bestimmungen des EG-Vertrags anwendbar.

Es stellt sich die Frage, ob die Luxemburger Behörden einem ausländischen Erbringer von Heimhilfe-Dienstleistungen, der diese Dienstleistungen vorübergehend und gelegentlich auf dem Luxemburger Hoheitsgebiet anzubieten beabsichtigt, die Einhaltung der Regeln, denen die in Luxemburg niedergelassenen Dienstleister unterworfen sind, vorschreiben kann. Mit anderen Worten, kann der Zugang zum Luxemburger Markt für nicht medizinische Heimpflege¹⁹⁶⁾ davon abhängig gemacht werden, dass der ausländische Dienstleistungserbringer ein Netz einrichtet, die erforderlichen Genehmigungen einholt und Vereinbarungen mit der UCM schließt? Zweifellos führt das Vorschreiben der Einhaltung dieser Vorschriften dazu, dass der freie Dienstleistungsverkehr behindert oder weniger attraktiv

gemacht wird, und stellt somit eine Einschränkung im Sinne von Artikel 49 EG-Vertrag dar. In Fall *Sodemare*, der aufgrund seiner Parallelen zu dem hier behandelten Thema in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt gelassen werden kann, nahm der Gerichtshof einen ausgesprochen zurückhaltenden Standpunkt ein. In diesem Fall war der Gerichtshof dazu aufgefordert, die Vereinbarkeit einer italienischen Regelung, die es nur privaten Wirtschaftsteilnehmern, die keinen Erwerbszweck verfolgen, erlaubt, an der Durchführung des Systems der Sozialhilfe - durch Abschluss von Verträgen, die ihnen Anspruch auf eine Erstattung der Kosten für die Erbringung gesundheitsbezogener Sozialhilfe von Seiten der Behörden gewähren - teilzunehmen, unter anderem mit Artikel 43 und 48 EG-Vertrag zu beurteilen. Nachdem der Gerichtshof ausgeführt hatte, dass die Bedingung des Nichtvorhandenseins eines Erwerbszwecks Bestandteil des Systems der Sozialhilfe ist, das auf dem Prinzip der Solidarität basiert, stellte er fest, dass beim „gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts (...) ein Mitgliedstaat im Rahmen der ihm verbliebenen Zuständigkeit für die Ausgestaltung seines Systems der sozialen Sicherheit davon ausgehen kann, dass ein System der Sozialhilfe der fraglichen Art seine Ziele nur erreichen kann, wenn zu diesem System als Erbringer von Dienstleistungen der Sozialhilfe nur solche privaten Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden, die keinen Erwerbszweck verfolgen“.¹⁹⁷⁾ Vor diesem Hintergrund kam der EuGH - der festgestellt hatte, dass die Bedingung nicht diskriminatorisch war - zu dem Urteil, dass die Bedingung des Nichtvorliegens eines Erwerbszwecks nicht als Verstoß gegen Artikel 43 und 48 EG-Vertrag betrachtet werden kann.¹⁹⁸⁾ Das Urteil im Fall *Sodemare* ist ein bemerkenswertes. Während der Gerichtshof in der großen Mehrheit der Binnenmarktfälle sofort Einschränkungen feststellt und erst dann nach Rechtfertigungen sucht, hat er in diesem Falle seine Argumentation zu einem früheren Zeitpunkt eingestellt und davon Abstand genommen, zu untersuchen, ob die streitige Maßnahme restriktiv war - was eindeutig der Fall war.¹⁹⁹⁾ Es ist jedoch fraglich, ob der Gerichtshof seine nachsichtige Vorgehensweise wiederholen würde, wenn er die Auferlegung einzelstaatlicher Maßnahmen wie die fraglichen luxemburger Regeln auf ausländische Unternehmen, die vorübergehend und gelegentlich Heimhilfe-Dienstleistungen im luxemburger Hoheitsgebiet erbringen, zu bewerten hätte. Im Fall *Sodemare* ging es um die Niederlassungsfreiheit, unter (explizitem) Ausschluss von Artikel 49 EG-Vertrag, und der EuGH hätte der Auffassung gewesen sein können, dass ein Wirtschaftsteilnehmer die nicht diskriminatorischen Regeln, die nur von seinem Gesetzgeber festgelegt wurden, einhalten soll.²⁰⁰⁾ Davon abgesehen hat der Gerichtshof in den folgenden Gesundheitsleistungsfällen Artikel 49 EG-Vertrag in der Weise ausgelegt, dass er eine Europäisierung des Anwendungsbereichs der Erbringer von Gesundheitsleistungen in Situationen mit innergemeinschaftlicher Ausprägung nach sich zieht. Es scheint keinen guten Grund zu geben, warum dies nicht für die Sozialhilfe gelten sollte. Einzelstaatliche Maßnahmen, die die Europäisierung des Geltungsbereichs der Erbringer von

Sozialhilfe behindern, stellen Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr dar und bedürfen der Rechtfertigung.²⁰¹⁾

Aus den oben aufgeführten Gründen sollte der ausländische Dienstleister nicht in der Lage sein, die Luxemburger Regeln anzufechten, die die Definition von Abhängigkeit, den Kreis der Empfänger, die Bandbreite der Leistungen und die Bedingungen, unter denen diese gewährt werden, festlegen.

Mit dem von den Luxemburger Behörden vorgeschriebenen Regelungsrahmen sollen Zielsetzungen im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung und der Sozialpolitik erreicht werden. Um nur ein Beispiel zu nennen: Die Netzstruktur ermöglicht es der abhängigen Person, sich an einen einzigen Ansprechpartner zu wenden und gewährleistet die Kontinuität der Pflege.²⁰²⁾ Sowohl die Bedingungen für die Erteilung der Genehmigungen als auch die im Vertrag über den Beitritt zur UCM festgelegten Pflichten verfolgen Ziele der Qualität von Hilfe und Pflege im Hinblick auf strukturelle bzw. verfahrenstechnische Anforderungen,²⁰³⁾ die Zugänglichkeit dieser sozialen Dienste und, allgemeiner, das ordnungsmäßige Funktionieren des Pflegeversicherungssystems. Die Anwendung dieser einzelstaatlichen Regeln auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Dienstleistungserbringer muss jedoch dazu geeignet sein, die Erreichung dieser Zielsetzungen zu sichern und darf nicht über das hinaus gehen, was objektiv zur Erreichung der angestrebten Ziele erforderlich ist. In dieser Hinsicht muss die Gesetzgebung, der der Dienstleister im Mitgliedstaat der Niederlassung unterliegt, in angemessener Weise berücksichtigt werden, da die angestrebten Ziele nicht bereits durch diese Gesetzgebung geschützt sein dürfen.²⁰⁴⁾ Um es anders auszudrücken: Ist die nationale Schablone, in die Luxemburg die Dienstleistungserbringer, die auf vorübergehender und sporadischer Basis Heimhilfe-Dienstleistungen erbringen wollen, zwingen will, zur Erreichung der legitimen Zielsetzungen des allgemeinen Interesses, das sie verfolgen soll, geeignet? Können diese Zielsetzungen nicht durch weniger restriktive Mittel erreicht werden? Zeigt die Gesetzgebung des Niederlassungsmitgliedstaats keine Äquivalenz in Bezug auf den Schutz des allgemeinen Interesses, auch wenn ihr genauer Inhalt – unweigerlich – abweicht?²⁰⁵⁾ Aufgrund des Hintergrunds der fraglichen Einschränkungen und der Art der vorgebrachten Rechtfertigungen ist es jedoch plausibel, dass der Gerichtshof eine zurückhaltendere Haltung einnehmen wird. Auch wenn der Gerichtshof möglicherweise nicht eine so weit reichende Anwendung des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung umsetzen wird, wie es in weniger „empfindlichen“ Bereichen der Fall ist, liegt es auf der Hand, dass die Luxemburger Behörden nicht von den ausländischen Dienstleistern erwarten können, dass sie im Einzelnen allen Regeln gerecht werden, denen sie die inländischen Dienstleister unterwerfen. Was die letzteren betrifft, könnte die Luxemburger Gesetzgebung verlangen, dass sie über drei Vollzeitangestellte verfügen. Wenn – als Beispiel – die Behörden der französischsprachigen

Gemeinschaft Belgiens die Kontinuität der Pflege jedoch für gesichert halten, wenn wallonische Erbringer von Heimhilfe-Dienstleistungen 2,5 Vollzeitäquivalente beschäftigen und diese Regel sie derzeit in die Lage versetzt, die Kontinuität der Pflege für abhängige Luxemburger zu gewährleisten, so müssen die Luxemburger Behörden dies tolerieren. Wenn die französischen Buchhaltungsregeln ebenso eine einwandfreie Abrechnung erlauben und von der UCM leicht zu verstehen sind, wird Luxemburg kein Argument haben, seine eigenen vorzuschreiben.

Das Erfordernis, eine Genehmigung einzuholen, würde den Proportionalitätstest vermutlich bestehen. Im Fall *Kommission gegen Frankreich* hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Beklagte das Recht hatte, von Labors für biomedizinischen Analysen, die ihre betriebliche Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben, zu verlangen, nach französischem Recht eine Genehmigung einzuholen, wenn sie Dienstleistungen für Personen erbringen wollen, die in Frankreich wohnen.²⁰⁶⁾ Die zuständigen Behörden müssen jedoch sicherstellen, dass die Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, um eine solche Genehmigung zu erhalten, keine Wiederholung der bereits im Niederlassungsstaat erfüllten gleichwertigen gesetzlichen Voraussetzungen darstellen.²⁰⁷⁾ Ebenso kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Gerichtshof es nicht unverhältnismäßig finden würde, ausländische Dienstleistungserbringer dazu zu verpflichten, mit der UCM gewisse Vereinbarungen bezüglich der Art der erbrachten Dienstleistungen, der Empfänger dieser Dienstleistungen und ihrer verwaltungstechnischen Erbringung zu schließen.

Eine Verpflichtung, eine betriebliche Niederlassung in Luxemburg zu haben,²⁰⁸⁾ die durch die Notwendigkeit, die Kontinuität der Pflege zu gewährleisten, diktiert werden könnte, würde vermutlich mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie über das für die Erreichung dieses Ziels Notwendige hinaus geht. Der Gerichtshof hat durchweg festgestellt, dass "[...] das Erfordernis einer festen Niederlassung faktisch die Negation [des freien Dienstleistungsverkehrs] ist" und dass „Artikel [49] EG-Vertrag, der gerade auf die Beseitigung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs für solche Personen abzielt, die nicht in dem Staat niedergelassen sind, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, jede praktische Wirksamkeit genommen“ wird.²⁰⁹⁾ Während die Art der betreffenden Leistungen zweifellos einen Grad der Nähe zwischen dem Dienstleistungserbringer und der abhängigen Person erfordert, könnte dieses legitime Ziel - auch aufgrund der begrenzten Größe des Luxemburger Hoheitsgebiets - durch weniger restriktive Mittel erreicht werden, wie etwa eine Verpflichtung, die abhängige Person innerhalb einer bestimmten Frist versorgen zu können.²¹⁰⁾²¹¹⁾

Bei Bewertung der Proportionalität der restriktiven Luxemburger Maßnahmen sollte der Tatsache Rechnung getragen werden, dass das Pflegeversicherungssystem eine Wahlebene umfasst. Es sieht einen

teilweisen Ersatz der Hilfs- und Pflegedienste durch Barleistungen vor, die es der abhängigen Person erlauben, einen informellen Helfer zu bezahlen (*aidant informel*).²¹²⁾ Es versteht sich von selbst, dass diese informellen Helfer die Genehmigungen nicht einholen müssen und nicht dazu verpflichtet sind, eine Vereinbarung mit der UCM zu schließen.²¹³⁾ Darüber hinaus sichert das Netzwerk gemäß Artikel 393 letzter Absatz des *Code des Assurances Sociales* die Mitarbeit anderer Dienstleister, wenn es nicht in der Lage ist, mit seinen eigenen Mitteln Hilfe und Pflege zu gewährleisten. Der Unterauftragnehmer übt seine Tätigkeit unter der Verantwortung des Netzwerkes aus, das der einzige Ansprechpartner der UCM bleibt.

B. Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt

In Erwägungsgrund 14 des Vorschlags für eine Richtlinie, in dem Beispiele für den Begriff der Dienstleistung gegeben werden, wird ausdrücklich Bezug genommen auf „häusliche Dienste wie die Pflege älterer Menschen“. Wenn diese Dienstleistungen von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer erbracht werden, kommt somit das Herkunftslandprinzip zur Anwendung. Die Verpflichtung zur Einholung einer Genehmigung wird ausdrücklich untersagt. Was die Ausnahmen von diesem Prinzip in Bezug auf die Erbringung von Heimhilfe- und Pflegedienstleistungen betrifft, so scheinen nur die in den Artikeln 17, 8° und 17° und 19 (1) (a) und (b) enthaltenen Ausnahmen zu gelten.

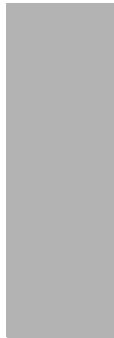
Abschließende Anmerkungen

In Erwägungsgrund 7a des Vorschlags für eine Dienstleistungsrichtlinie heißt es, dass die Richtlinie nicht die Freiheit der Mitgliedstaaten beeinträchtigt, in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht festzulegen, was sie als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betrachten, wie diese Dienstleistungen organisiert und finanziert werden sollen und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollen“.

Darüber hinaus ist Erwägungsgrund 7c zu entnehmen, dass diese Richtlinie nicht die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse behandle und nicht auf Beihilfesysteme anwendbar sei, die von den Mitgliedstaaten - insbesondere in den Bereichen Gesundheit und Soziales - gewährt werden.

Diese Erwägungsgründe, die nicht im anfänglichen Vorschlag der Kommission erscheinen, könnten so ausgelegt werden, dass sie die Deregulierungsauswirkungen der Richtlinie in den Bereichen Gesundheit und Soziales weitgehend zunichte machen. Die späte Aufnahme dieser Erwägungsgründe, die einen so wichtigen Aspekt behandeln – in die Präambel – sowie der allgemeine Aufbau des Vorschlags – der im Entwurf beibehalten wird – führte jedoch zu der Annahme, dass diese Lesart nicht der Absicht der Kommission entsprach. Die Beziehung des Vorschlags für eine

Dienstleistungsrichtlinie zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sollte – vorzugsweise in einem Artikel – weiter geklärt werden. Dieser Themenbereich wird im dritten Abschnitt dieses Berichts eingehender untersucht.



III. Krankenversicherung und Binnenmarkt

1) Wettbewerb in den Gesundheitssystemen

Da die Gesundheitssysteme zunehmend an ihre finanziellen Grenzen stoßen, sind in allen Mitgliedstaaten Reformen vorgesehen. Wenngleich die Sozialschutzsysteme in allen EU-Mitgliedstaaten das Ergebnis eines historischen Prozesses sind und in einen einzelstaatlich geprägten wirtschaftlichen, sozialen oder rechtlichen Rahmen eingebettet sind, gibt es dennoch einige allgemeine Tendenzen und Probleme. Dies ist die Folge allgemeiner Probleme, die in ganz Europa anzutreffen sind: die demographische Entwicklung der Gesellschaft mit einer zunehmenden Zahl älterer Menschen, was einen Anstieg der Kosten für Gesundheitsleistungen bedeutet, die bei den Systemen der sozialen Sicherheit auftretenden finanziellen Probleme und die Zunahme der Kosten für Gesundheitsleistungen infolge der medizinischen Innovation. Der Bedarf an sozialem Schutz nimmt zu, während die finanziellen Rahmenbedingungen sich verschlechtern²¹⁴).

Bei der Untersuchung der dem Wandel unterliegenden europäischen Wohlfahrtsstaaten wird – je nach Konzept – zuweilen zwischen Änderungen ersten, zweiten und dritten Grades unterschieden²¹⁵).

Änderungen ersten Grades beziehen sich auf stufenweise und quantitative Änderungen wie die geringe Verringerung der Zunahme der Leistungsebenen, Leistungszeiträume usw. Änderungen zweiter Ordnung sind institutionelle Änderungen, qualitative Änderungen, z.B. der Übergang der Finanzierung eines Systems von öffentlichen Mitteln zu Beiträgen der Sozialpartner oder umgekehrt. Unter Änderungen dritten Grades werden Änderungen der politischen Zielsetzungen verstanden. Im Rahmen des Gesundheitswesens sind die Änderungen zweiten Grades vorherrschend. Wir stellen eine größere Individualisierung und einen größeren Einfluss des freien Marktes fest. Die rasche Entwicklung neuer Arten von Therapien und Behandlungen, die mit steigenden Kosten verbunden sind, und die zunehmende Zahl älterer Menschen und Personen, die Gesundheitsleistungen benötigen, sind für die Systeme mit großen Herausforderungen verbunden. Daher gibt es in vielen Ländern eine fortlaufende Diskussion über die Individualisierung der Gesundheitsleistungen. Die individuellen Verantwortungen und der Wettbewerb zwischen privaten Versicherungsgesellschaften und öffentlichen Einrichtungen werden eingeführt und erlauben in Bezug auf die Gesundheitsleistungen individuelle Entscheidungen bezüglich der Abdeckung oder des Ausmaßes der Abdeckung. Dies könnte zu schweren Fällen führen. Die Trennung zwischen „guten“ und „schwachen“ oder „schlechten“ Risiken könnte sogar einen „Zwei-Stufen-Gesundheitsschutz“ herbeiführen.

Trotz der Verschiedenheit der Strukturen und der Finanzierung der Gesundheitssysteme zielten die meisten Strukturreformen darauf ab, Marktmechanismen in die Gesundheitssysteme einzuführen. Eine derartige Reform soll insbesondere die Gesundheitsakteure dazu ermutigen, die festgelegten und mit der Gesundheitspolitik angestrebten Ziele zu verfolgen²¹⁶).

In Anbetracht der großen Herausforderung, die Kosten unter Kontrolle zu halten, besteht der wesentliche Aspekt darin, festzustellen, welcher Akteur am besten dazu geeignet ist, die Leitung des Gesundheitssystems zu übernehmen. Es sind Reformprojekte eingebracht worden, mit denen die Rationalität und Effizienz der Gesundheitssysteme durch Einführung des Wettbewerbs bei ihren Akteuren gesteigert werden soll. In alle Systeme sind Marktmechanismen integriert worden. Dies setzt eine Änderung der Rolle des Staates voraus. Wenngleich der Staat die Leitung des Systems durch Vorgabe zu erreichender Ziele und Festlegung von Regeln und Anlehnungen an den Wettbewerb zwischen den Akteuren beibehält, wird erwartet, dass er sich aus der praktischen Verwaltung des Systems zurückziehen wird²¹⁷).

Die Einführung der Marktregulierung in staatliche Gesundheitsdienste führt zu einer Trennung der Funktion der Erbringung von Dienstleistungen von der Finanzierung der Versorgung ("Trennung zwischen Auftraggeber und Erbringer"). Reformen des staatlichen Gesundheitsdienstes im Vereinigten Königreich sowie in Italien und Griechenland haben den Dienstleistungserbringern und Versorgungsbereitstellern einerseits und der Behörde, die das Budget verwaltet, andererseits mehr Verwaltungsautonomie gegeben. Die Schaffung eines Binnenmarktes, auf dem die Dienstleistungsanbieter den Vertrag mit einer Gesundheitsbehörde auf der Grundlage der Qualität, Effizienz und des Preises der angebotenen Versorgung aushandeln müssen, soll zu einem Wettbewerb zwischen den Versorgungsanbietern führen. In Spanien sind es entweder die autonomen Regionen oder die öffentliche Einrichtung INSALUD, die Dienstleistungen von Gesundheitseinrichtungen erwerben. Einige der autonomen Regionen haben ein Vertragssystem eingeführt, das Vereinbarungen über Ziele bezüglich der Leistungsebene und eine Festlegung der Budgets enthält. Eine vergleichbare Unterteilung ist im Vereinigten Königreich festzustellen, wo die Distrikt-Gesundheitsbehörden dafür verantwortlich sind, dass gewährleistet wird, dass in ihren Regionen ein angemessenes Gesundheitsleistungsniveau verfügbar ist. Sie schlossen Verträge mit Kassen des staatlichen Gesundheitsdienstes (unabhängige öffentliche Krankenhäuser), privaten gewerblichen Krankenhäusern und nicht gewinnorientierten Krankenhäusern, um ihre regionalen Anforderungen an Gesundheitsleistungen abzudecken. Dies schafft eine Art Binnenmarkt, auf dem die Einrichtungen um Verträge mit der Gesundheitsbehörde konkurrieren. Es wurde der Begriff des Allgemeinarzt-Kasseninhabers (general practitioner fund holder) eingeführt. Dabei handelt es sich um Gruppen von Ärzten, die Leistungen der

medizinischen Grundversorgung erbringen und ein Budget verwalten dürfen, das dazu dient, ihre Patienten mit Fachleistungen zu versorgen. Während normale Allgemeinärzte ihre Patienten an Fachärzte und Einrichtungen überweisen müssen, mit denen die Gesundheitsbehörde eine Vereinbarung geschlossen hat, ist es Allgemeinarzt-Kasseninhabern erlaubt, ihre eigenen Vereinbarungen mit Krankenhäusern und Fachärzten zu schließen. In Slowenien hat das Krankenversicherungsinstitut eine Ausschreibung durchgeführt, die auf private und öffentliche Dienstleister abzielt und öffentliche Dienstleistungsaufträge für Versorgungsprogramme und –dienstleistungen zum Gegenstand hat.

Auf den Marktkräften basierende Regulierungsmaßnahmen in gesetzlichen Sozialversicherungssystemen haben sich vor allem auf die Krankenversicherungsträger konzentriert. Das Ziel, das damit verfolgt wird, wenn die Krankenkassen finanziell für die Gesundheitsleistungskosten ihrer Versicherten verantwortlich gemacht werden, besteht darin, sie darin zu bestärken, mit Dienstleistungserbringern Verträge für eine rationale Gewährleistung einer hochwertigen Versorgung auszuhandeln. Die politischen Entscheidungsträger gelangten zunehmend zu der Überzeugung, dass starke Anreize notwendig waren, um die Effizienz zu verbessern und eine effektivere Kostenkontrolle zu erreichen. Die Erhöhung der Eigenverantwortung sowohl der Verbraucher als auch der Krankenkassen stellten in dieser Hinsicht Hilfsmittel dar. Um in Belgien zum Beispiel die finanzielle Eigenverantwortung der Krankenkassen zu stärken, wurde das traditionelle System der ausschließlich nachträglichen Erstattung nach und nach durch ein neues System ersetzt, das auf einer Kombination aus der nachträglichen Erstattung und der im Voraus erfolgenden Erstattung basiert. Durch die Einführung der Möglichkeit einer gewissen im Voraus erfolgenden Erstattung konnten die Kassen Gewinne erzielen – aber auch Verluste machen, die durch eine den Versicherten zur Last gelegten Pauschalprämie abgedeckt werden mussten.²¹⁸⁾

Auch in Deutschland bestand eines der wichtigsten Ziele der Gesundheitsreform in den 90er Jahren darin, den Wettbewerb unter den Kassen zu steigern, um eine effizientere Kostenkontrolle zu erreichen und der Bevölkerung größere Wahlmöglichkeiten zu gewähren. Die segmentierte Struktur der sozialen Krankenversicherung wirkte als effizientes Hemmnis für den Wettbewerb, und durch die Reformen wurden die Zusatzkrankenkassen für alle Bewerber geöffnet. Den Versicherten wurde das Recht eingeräumt, problemlos zwischen den Kassen zu wechseln. Der Wettbewerb und die freie Wahl bzw. der offene Beitritt hatten enorme Auswirkungen auf den Marktanteil. Während die AOK im Zeitraum 1996-2001 12,8% ihres Anteils verlor, gewannen die BKKs während desselben Zeitraums 65,4%.²¹⁹⁾

Es wurde eine Risikozusammenschluss mit Transferzahlungen zwischen den Kassen eingeführt, um ihren Wettbewerb zu erleichtern. Aufgrund der zuvor beim Risikoprofil zwischen den Fonds bestehenden Unterschiede wurde der

Risikozusammenschluss als Voraussetzung für einen fairen Wettbewerb betrachtet. Ab 2007 wird die Risikosolidarität allein auf Mobilitäts- und Pathologiekriterien und nicht länger auf Risikofaktoren basieren. Diese Reformprogramme beeinflussten auch den Geltungsbereich der Solidarität in der sozialen Krankenversicherung. So wurden einige medizinische Dienstleistungen der Bereiche Zahnmedizin, homöopathische Mittel oder Kurorte aus dem Leistungspaket entfernt.

Die niederländischen Gesundheitssysteme, die stark durch die private Versicherung beeinflusst werden, werden ab dem 1. Januar 2006 ein neues Krankenversicherungssystem einführen, das von privaten Krankenversicherungsgesellschaften betrieben wird, die Gewinne machen können und Dividenden an ihre Anteilseigner zahlen. Die Versicherten treffen eine Wahl in Bezug auf die nominale Versicherungsprämie, die Leistung der Gesellschaft und die Höhe des persönlichen Zugangs. Die Krankenversicherungsgesellschaften sind dazu verpflichtet, alle zu akzeptieren, die im Tätigkeitsbereich wohnen, und es wurde das System des Risikoausgleichs eingeführt, um die Akzeptierungspflicht zu ermöglichen und eine direkte oder indirekte Risikoauswahl zu vermeiden. Die Krankenversicherer sind zur Erbringung von Gesundheitsleistungen verpflichtet, aber die Versicherten können Sachleistungen von Dienstleistungserbringern wählen, mit denen die Krankenversicherer Verträge geschlossen haben, oder für eine Rückerstattung der Kosten optieren, die bei Leistungserbringern angefallen sind, die sie selbst gewählt haben. Die Policen können auch eine Mischung aus diesen beiden Konzepten vorsehen.

In Verbindung mit dieser Einführung des Wettbewerbs ist auch ein wachsender Trend zu beobachten, den privaten gewerblichen Sektor – auch bei öffentlichen Systemen - in die Erbringung der Gesundheitsleistungen einzubeziehen. Der auf einer öffentlichen Finanzierung basierende Wettbewerb nimmt zu. Im Vereinigten Königreich hat das NHS ein Konkordat mit dem Privatsektor geschlossen, um Patienten auf NHS-Kosten in privaten Krankenhäusern zu behandeln. Auch in Frankreich spielt der private Krankenhaussektor eine zunehmend wichtige Rolle im Gesundheitssystem²²⁰.

Es bleibt jedoch die Frage, in welchem Maße öffentliche und private Krankenhäuser mit gleichen Waffen kämpfen können, oder ob der Wettbewerb unlauter ist, weil die öffentlichen Krankenhäuser eine großzügigere Finanzierung erhalten.

Ungeachtet eines stärker marktbestimmten Gesundheitssystems besteht nach wie vor das Gefühl, dass die Solidaritätselemente bei den Reformprozessen eine sehr wichtige Rolle spielen sollten. Die Gesundheit ist kein herkömmliches Wirtschaftsgut: Der Zugang zur erforderlichen Versorgung ist ein Grundrecht, das allen – unabhängig von ihrem

Gesundheitszustand und ihrer finanziellen Situation – gewährt werden muss²²¹⁾.

Aus diesem Grunde sehen alle Gesundheitssysteme irgendeine Form der staatlichen Intervention vor.

Daher gründen viele Mitgliedstaaten ihre Gesundheitssysteme auf das Prinzip der Pflichtmitgliedschaft bei öffentlichen Systemen. Die Pflichtmitgliedschaft ist das Schlüsselement eines Wohlfahrtsstaates und der zentrale Grundsatz der inländischen sozialen Souveränität²²²⁾.

Dieses zwingende staatliche Monopol wird jedoch durch die Regeln des EG-Wettbewerbsrechts bedroht.

Die wichtigste Frage, die es zu beantworten gilt, lautet: In welcher Beziehung stehen das Wettbewerbsrecht und das Sozialrecht zueinander? Beim gesamten Problem der Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Systeme der sozialen Sicherheit geht es um folgende Frage: Ist der Staat oder sind andere Einrichtungen berechtigt, eine Form der Solidarität zwischen den Mitgliedern einer bestimmten kollektiven Gruppe, die mit gewissen Risiken konfrontiert ist, zu schaffen? Wenn ja, ist die Solidarität unausweichlich und schließt jede Form des Wettbewerbs aus. Wenn nicht, sollten alle gesetzlichen und konventionellen Systeme abgeschafft werden²²³⁾.

Natürlich zwingt das EU-Recht die Mitgliedstaaten nicht dazu, in ihre Gesundheitssysteme Wettbewerbsregeln einzuführen. Je mehr Mitgliedstaaten aber Formen der Marktregulierung in ihre Gesundheitssysteme einführen, um so größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die EU-Wettbewerbsregeln zur Anwendung kommen. Da verschiedene Mitgliedstaaten in dem Versuch, Effizienz und Kostensenkung zu steigern, Wettbewerbselemente einführen, lässt sie dies für die Anwendung der Wettbewerbsregeln empfindlich werden.

2) Wettbewerbsrecht

A. Sind Sozialversicherungsträger Unternehmen?

Das Kartellrecht der EU bietet einen umfassenden Satz an Rechtsinstrumenten zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen, unabhängig davon, ob sie durch private oder öffentliche Unternehmen²²⁴⁾ oder durch die Mitgliedstaaten selbst verursacht werden. Daher sind die Wettbewerbsregeln an die Unternehmen gerichtet.

Auch öffentliche Unternehmen unterliegen den Wettbewerbsregeln. Hierbei ist es unerheblich, ob das Unternehmen eine eigene Rechtspersönlichkeit hat, ob es Bestandteil der Verwaltung eines Mitgliedstaates ist und wie es finanziert wird.²²⁵⁾

Daher muss zunächst die Frage beantwortet werden, ob Sozialversicherungsträger und insbesondere Gesundheitseinrichtungen als Unternehmen erachtet werden können.

Der Begriff „Unternehmen“ als solcher ist nicht definiert. Daher bedient sich der Gerichtshof einer recht weit gefassten Definition, indem er feststellt, dass sich Artikel 81 an wirtschaftliche Einheiten richtet, die jeweils in einer einheitlichen Organisation persönlicher, materieller und immaterieller Mittel bestehen, mit der dauerhaft ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird.²²⁶⁾ Der Begriff umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform oder der Art ihrer Finanzierung²²⁷⁾ Der Gerichtshof folgt einem materiell ausgerichteten Ansatz, bei dem der „Inhalt“ Vorrang vor der Form hat. Das Hauptmerkmal eines Unternehmens verlagert sich somit von den Kriterien, die mit der Autonomie oder der Rechtsform der Einheiten in Zusammenhang stehen, hin zu Aspekten der wirtschaftlichen Tätigkeit. Folglich orientiert sich der Gerichtshof an funktionellen Kriterien und stellt dementsprechend die Art der ausgeübten Tätigkeit in den Mittelpunkt anstatt die Charakteristika der Beteiligten, welche sie ausüben, oder die hiermit verbundenen sozialen Ziele. Es ist also unerheblich, ob die betreffenden Träger als Körperschaften des öffentlichen Rechts oder als Teil der Verwaltung des Staates klassifiziert werden.

Wichtig ist hingegen, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist eine Geschäftstätigkeit. Im Wesentlichen ist offenbar danach zu fragen, ob die Tätigkeit zumindest grundsätzlich von einem privaten Unternehmen in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden könnte und ob sie einem tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch ein privates Unternehmen unterliegt.²²⁸⁾ Sofern die Möglichkeit, dass ein privates Unternehmen eine bestimmte Tätigkeit ausübt, auszuschließen ist, besteht kein Bedarf, die Wettbewerbsregeln hierauf anzuwenden.²²⁹⁾

Jegliche Tätigkeit, die aus dem Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt besteht, ist eine wirtschaftliche Tätigkeit, und da die Leistungserbringer im Gesundheitssektor wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, indem sie medizinische Dienstleistungen und Güter anbieten, kann man nicht umhin, sie als Unternehmen einzustufen. Natürliche Personen können folglich ebenfalls als Unternehmen erachtet werden, sofern sie einer Geschäftstätigkeit nachgehen. Daher sind Personen mit medizinischer Fachausbildung, die selbständig als Wirtschaftsbeteiligte tätig sind, als Unternehmen zu erachten. Auch deren Spitzenverbände sind als Unternehmensvereinigungen zu erachten²³⁰⁾. Apotheker, Physiotherapeuten, Ärzte, Lieferanten von Produkten der Medizintechnik... sie alle können als Unternehmen erachtet werden. Es ist nicht erforderlich, dass die Tätigkeiten mit der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt werden²³¹⁾.

Da heute alle Tätigkeiten in Form von privaten Unternehmen ausgeübt werden können, hat der Gerichtshof verschiedenen Ausnahmen vorgesehen,

um den Geltungsbereich des Wettbewerbsrechts in gewissem Umfang zu beschränken. Dies trifft insbesondere auf Tätigkeiten zu, die sich aus der Ausübung hoheitlicher Zuständigkeiten ergeben, und auf soziale Tätigkeiten.

B. Ausnahmen

1. Hoheitsgewalt

Tätigkeiten, die aus der Ausübung hoheitlicher Zuständigkeiten resultieren, sind keine wirtschaftlichen Tätigkeiten, da es keinen tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb durch private Unternehmen gibt. Diese Ausübung der Hoheitsgewalt kann *per definitionem* niemals eine wirtschaftliche Tätigkeit sein.²³²⁾ Die Hoheitsgewalt beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.²³³⁾ Folglich könnten Gesundheitseinrichtungen, die eine hoheitliche Tätigkeit ausüben, von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen sein. Könnte man also beispielsweise in Bezug auf die deutschen Gesundheitseinrichtungen behaupten, dass sie den Wettbewerbsregeln nicht unterliegen, da sie gesetzlich verpflichtet sind, Sachleistungen zu erbringen?

Eine einfache Erklärung des Staates ist hierfür jedoch nicht ausreichend; ausschlaggebend ist vielmehr die Art der Tätigkeit.²³⁴⁾ Es ist eine notwendige Folge des funktionellen Ansatzes, dass eine Tätigkeit weder ihren wirtschaftlichen Charakter allein durch die Tatsache verliert, dass sie durch den Staat oder eine staatliche Einrichtung ausgeübt wird, noch dass sie einen wirtschaftlichen Charakter allein durch die Tatsache erhält, dass sie von einem privaten Unternehmen ausgeübt wird.²³⁵⁾ Der Staat kann daher in zweifacher Hinsicht tätig werden, da er entweder öffentliche Befugnisse oder wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt. Für eine solche Unterscheidung ist es folglich erforderlich, die vom Staat ausgeübten Tätigkeiten zu prüfen und zu bestimmen, zu welcher Kategorie sie gehören.²³⁶⁾ Somit unterliegen Einheiten, denen ein Mitgliedstaat die Wahrnehmung einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe, die Bestandteil der wesentlichen Aufgaben jenes Staates ist, übertragen hat, nicht den Wettbewerbsregeln nach Artikel 81 bis 82, wohingegen diejenigen Teile der Tätigkeiten einer solchen Einheit, die sich hiervon trennen lassen, diesen Artikeln sehr wohl unterliegen.²³⁷⁾ Jedoch gelten keine durch die Hoheitsgewalt begründeten Ausnahmen, selbst wenn eine Einrichtung die Hoheitsgewalt ausübt, sofern sie neben privaten, auf Gewinn ausgerichteten Unternehmen Güter oder Dienstleistungen handelt.²³⁸⁾ Somit würden bestimmte Gesundheitseinrichtungen, die – wie in Deutschland – im Rahmen des öffentlichen Rechts tätig und Teil der Verwaltung sind, nicht aus diesem Grund nicht unter die Wettbewerbsregeln fallen.

Da im Gesundheitswesen sehr viele Leistungen im privaten Sektor erbracht werden können, ist es u. U. schwierig zu argumentieren, dass die

Gesundheitseinrichtungen bzw. Leistungserbringer Aufgaben erledigen, die typisch für die Hoheitsgewalt sind.

In vielen Gesundheitssystemen spielen die Vereinigungen der Leistungserbringer eine wichtige Rolle und sind mit bestimmten Befugnissen ausgestattet. In den verschiedenen Mitgliedstaaten verhält es sich recht häufig so, dass die berufsständischen Vereinigungen die wichtigsten und einzigen Organisation sind, die praktische Ärzte zulassen und registrieren, und sie bestimmen, wer sich als Arzt niederlassen darf und wer nicht. Die Entlohnungen bzw. Gebühren der Leistungserbringer werden zwischen den berufsständischen Vereinigungen und dem Staat ausgehandelt. In einigen Fällen erteilen diese Vereinigungen lediglich Empfehlungen, in anderen werden tatsächlich Tarifverhandlungen geführt. Die so getroffenen Beschlüsse erhalten manchmal Gesetzeskraft oder werden als verbindlich für den gesamten Berufsstand erklärt.

Es ist nicht auszuschließen, dass solche Beschlüsse unter die Wettbewerbsregeln fallen.

In dieser Hinsicht stellt sich die Frage, ob ein hohes Maß an staatlicher Intervention zu der Schlussfolgerung führt, dass es solchen Vereinigungen an der erforderlichen Autonomie mangelt, um wirtschaftliche Tätigkeiten auszuüben, oder ob sie ihre Tätigkeiten als Vollstrecker staatlicher Aufgaben durchführen. Im Regelfall ist im nationalen Recht niedergelegt, wer als Leistungserbringer zuzulassen ist, so dass die Zulassungskriterien in einer verbindlichen und endgültigen Weise festgeschrieben sind. Handeln diese Einrichtungen nun in eigenem Namen oder nicht? In vielen Fällen mag es schwierig sein zu bestimmen, wer für das wettbewerbswidrige Verhalten verantwortlich ist: Der Staat, indem er dieses Verhalten vorschreibt oder es in entscheidender Weise beeinflusst – oder vielmehr das Unternehmen, indem es wettbewerbswidrige Tätigkeiten in eigenem Namen ausübt, ungeachtet der Unterstützung, die es hierbei möglicherweise vom Staat erfährt - oder vielleicht sogar beide?²³⁹⁾ Nach Ansicht des Gerichtshofes ist der Rechtsrahmen, in dem solche Vereinbarungen getroffen werden, unerheblich, und das Handeln einer Behörde, die eine Vereinbarung für alle betroffenen Gewerbetreibenden, selbst wenn sie nicht Partei derselben sind, verbindlich machen soll, kann diese Vereinbarung nicht dem Geltungsbereich von Artikel 81 entziehen.²⁴⁰⁾

Somit können die Wettbewerbsregeln nur dann, wenn das Verhalten der Einrichtung grundlegend eingeschränkt ist, nicht als für diese geltend erachtet werden. Dies ist der Fall, wenn sie im Allgemeininteresse als verlängerte Hand des Staates tätig ist. Dies wäre der Fall, wenn die Mitglieder der berufsständischen Vereinigungen als von den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern unabhängige Sachverständige angesehen werden können, die nach dem Gesetz verpflichtet sind, bei der Gebührenfestsetzung nicht nur die Interessen der Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen

des Sektors, den sie vertreten, sondern auch das Interesse der Allgemeinheit und das Interesse der Unternehmen anderer Sektoren oder derjenigen, die die betreffenden Dienstleistungen in Anspruch nehmen, zu berücksichtigen²⁴¹⁾ - oder wenn ein Mitgliedstaat gegen Artikel 81 verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder wenn er seiner eigenen Regelung dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifenden Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt. Ein Beispiel hierfür könnte die abgestimmte Vorgehensweise bei der Gebührenfestsetzung sein, die anschließend vom Staat als förmlich und zwingend beschlossen werden muss.²⁴²⁾

Es ist klar, dass eine abgestimmte Vorgehensweise gegen das Wettbewerbsrecht verstößt, während das förmliche Beschlussverfahren des Staates das Bindeglied zwischen diesem und der Praxis der Unternehmen schafft.

Es geht daher nicht darum, dass die Tätigkeiten nichtwirtschaftliche Tätigkeiten sind, sondern um die Frage, wer für die Wettbewerbsverzerrung verantwortlich ist - der Staat nach Artikel 86 oder die Unternehmen nach Artikel 81 und 82?

In der Tat kann auch der Staat gegen die Wettbewerbsregeln verstoßen. Nach Artikel 86 Absatz 1 werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikel 12 und den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten. Dieser Artikel wurde in den Vertrag hauptsächlich im Hinblick auf den Einfluss aufgenommen, den Staaten auf geschäftliche Entscheidungen von öffentlichen Unternehmen oder von Unternehmen mit engen Verbindungen zum Staat ausüben können, was bewirkt, dass sie die Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft verzerren. Während private Unternehmen ihre Produktions- und Vertriebsstrategie insbesondere mit Rücksicht auf Rentabilitätsanforderungen festlegen, können die Entscheidungen der öffentlichen Unternehmen dagegen im Zusammenhang mit der Verfolgung der Interessen des Allgemeinwohls durch die öffentlichen Stellen, die auf diese Entscheidungen wirken können, dem Einfluss andersgearteter Faktoren ausgesetzt sein.²⁴³⁾

Eine Verzerrung ist insbesondere dann zu erwarten, wenn der Staat beschließt, lediglich einigen Organisationen das ausschließliche Recht der Krankenversicherung zu erteilen und sofern diese als Unternehmen erachtet werden können. Das Bestehen eines ausschließlichen Rechts an sich ist grundsätzlich nicht mit dem Vertrag unvereinbar, der Missbrauch hingegen schon. Zwar wird in Artikel 86 Absatz 1 die Schaffung von ausschließlichen Rechten eindeutig in Betracht gezogen,²⁴⁴⁾ die Entwicklung der

Rechtsprechung des Gerichtshofes zeigt jedoch, dass die Gewährung oder Ausweitung von ausschließlichen Rechten nur dann gültig ist, wenn dies objektiv notwendig ist, um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Artikel 86 Absatz 2 zu erbringen. In der Rechtssache *Ambulanz Glöckner*²⁴⁵⁾ stellt der Gerichtshof fest, dass die zuständige Behörde die erforderliche Krankentransportgenehmigung versagen kann, wenn aufgrund ihres Gebrauchs mit einer erheblichen Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit des den Sanitätsorganisationen übertragenen Rettungsdienstes zu rechnen ist. Es geht also um die Frage, ob die Beschränkung des Wettbewerbs notwendig ist, um es dem Inhaber eines ausschließlichen Rechts zu ermöglichen, seine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, ist bei dieser Prüfung davon auszugehen, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.²⁴⁶⁾

2. Soziale Tätigkeiten

Als zweite Gruppe sind rein soziale Tätigkeiten von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen. Diese Konstruktion wurde vom Gerichtshof konzipiert. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, sollte man prüfen, wie viel Raum der Gesetzgeber den Kräften des freien Marktes überlassen hat, als er das System konzipierte, und in welchem Maße der Grundsatz der Solidarität entwickelt ist.²⁴⁷⁾

Je deutlicher ausgeprägt der Grundsatz der Solidarität ist, umso eher kann man den Schluss ziehen, dass man es mit einer sozialen und nicht mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit zu tun hat. Es ist jedoch nicht einfach, jeweils diese feine Unterscheidung zwischen dem wirtschaftlichen und sozialen Charakter einer Einrichtung zu treffen. Allerdings genügt der soziale Zweck eines Versicherungssystems als solcher nicht, um eine Einstufung der betreffenden Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit auszuschließen.²⁴⁸⁾ Des Weiteren sollte der Grundsatz der Solidarität Anwendung finden.²⁴⁹⁾

Der Gerichtshof hatte in mehreren Rechtssachen Gelegenheit, diese Konzepte zu untermauern. Ein Grundsatzurteil erging in der Rechtssache *Poucet und Pistre*.²⁵⁰⁾ Beide Personen hatten sich geweigert, Beiträge zur einem Kranken- und Mutterschaftsversicherungssystem, in dem sie pflichtversichert waren, zu leisten, da sie das Recht hätten, eine gleichwertige private Versicherung abzuschließen.

Wie der Gerichtshof ausführte, ist eine Einrichtung, die nach dem Gesetz mit der Aufgabe betraut ist, ein Sozialversicherungssystem anzuwenden, kein

Unternehmen, da es einem sozialen Zweck dient und auf dem Grundsatz der Solidarität beruht. Nach Ansicht des Gerichtshofes ergibt sich dies aus Elementen wie den Folgenden: Die Systeme sollen allen Personen, die ihnen angehören, unabhängig von ihrer Vermögenslage und ihrem Gesundheitszustand zum Zeitpunkt des Beitritts Versicherungsschutz gewähren; das System wird durch Beiträge nach Maßgabe der Einkünfte aus Berufstätigkeit und der Altersrenten finanziert; von der Beitragsleistung sind nur die Bezieher einer Invaliditätsrente und die versicherten Altersrentner befreit, deren Einkünfte unterhalb einer bestimmten Grenze liegen, während die Leistungen für alle Empfänger gleich sind; die Personen, die diesem System nicht mehr angehören, behalten ihre Leistungsansprüche unentgeltlich ein Jahr lang; diese Solidarität bringt eine Einkommensumverteilung zwischen den Wohlhabenderen und den Personen mit sich, denen angesichts ihrer Mittel und ihrer gesundheitlichen Lage ohne eine solche Regelung die notwendige soziale Absicherung fehlen würde. Im System der Altersversicherung kommt die Solidarität dadurch zum Ausdruck, dass die Renten der im Ruhestand befindlichen Arbeitnehmer durch die von den erwerbstätigen Arbeitnehmern geleisteten Beiträge finanziert werden. Sie zeigt sich zudem in der Gewährung von Rentenansprüchen, denen keine Gegenleistung in Form von Beiträgen gegenübersteht und deren Höhe nicht von den geleisteten Beiträgen abhängt. Zwischen den einzelnen Systemen der sozialen Sicherheit schließlich äußert sich die Solidarität dadurch, dass sich die Systeme, die Überschüsse erwirtschaften, an der Finanzierung der Systeme mit strukturellen finanziellen Schwierigkeiten beteiligen.²⁵¹⁾

Solche Systeme enthalten ein so starkes Element der Umverteilung im Interesse der sozialen Solidarität, dass wenig oder gar kein Raum bleibt für die verschiedenen versicherungsmathematischen Dienstleistungen oder Investitions- und Vermittlungsdienstleistungen, die private Renten- und Versicherungsträger auf dem Markt anbieten können und anbieten.²⁵²⁾

Solidarität ist folglich dann gegeben, wenn sich die Beiträge nach dem Einkommen richten und die Leistungen für alle Versicherten gleich sind, wodurch es zu einer Einkommensumverteilung kommt und diejenigen Versicherungsschutz genießen, die anderenfalls aufgrund ihrer finanziellen oder gesundheitlichen Lage benachteiligt wären.²⁵³⁾ Der Gerichtshof hat im Urteil *Poucet* und *Pistre* klargestellt, dass es drei Elemente gibt, die entscheidend dafür sind, ob der Grundsatz der Solidarität Bestand hat oder nicht: Die Leistungen sind nicht von den Beiträgen abhängig; die Leistungen werden erbracht, selbst wenn keine Beiträge gezahlt werden; es bestehen Ausgleichsmechanismen zwischen den Systemen der sozialen Versicherung.

In ähnlicher Weise hat der Gerichtshof entschieden, dass die Organisationen, die das nationale Gesundheitssystem Spaniens verwalten, nach dem Solidaritätsgrundsatz funktionieren, weil das System durch Sozialversicherungsbeiträge und andere staatliche Beiträge finanziert wird und unentgeltlich Dienstleistungen an seine Mitglieder auf der Grundlage eines

umfassenden Versicherungsschutzes erbringt.²⁵⁴⁾ Ein italienisches System der beruflichen Unfallversicherung stellte keine wirtschaftliche Tätigkeit dar, da Versicherungspflicht bestand, da nur ein beschränkter Zusammenhang zwischen der Höhe der gezahlten Beiträge und der erhaltenen Leistungen bestand und sowohl die Beiträge als auch die Leistungen der ministeriellen Aufsicht unterlagen. Umverteilungselemente sind vorhanden, etwa aufgrund der Tatsache, dass es einen zu leistenden Höchstbetrag sowie ein Minimum und ein Maximum an zu erbringenden Leistungen gibt.²⁵⁵⁾

Diese zuletzt genannte Rechtssache lässt einen anderen wichtigen Punkt erkennen. Der Gerichtshof verwies in dieser Rechtssache auf die Tatsache, dass die italienische Einrichtung ausdrücklich als zuständige Trägerin nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, in der um die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern geht, benannt ist. Erachtet der Gerichtshof diese Gegebenheit vielleicht als Voraussetzung für den solidarischen Charakter eines Systems?²⁵⁶⁾

Wenn eine freie Marktordnung eingeführt wird, sollte man auch die Anwendung der Wettbewerbsregeln akzeptieren.

Auch hier geht es darum zu unterscheiden, ob die Sozialversicherungsträger mit privaten Versicherungsunternehmen konkurrieren. Ist dies der Fall, so kann eine soziale Funktion nicht anerkannt werden.²⁵⁷⁾ Dass diese Tätigkeiten bestimmten sozialen Zwecken dienen, stellt jedoch keinen Einwand dar.²⁵⁸⁾

Elemente wie die freiwillige Mitgliedschaft, die Anwendung des Kapitalisierungsprinzips und der Umstand, dass sich die Leistungen ausschließlich nach der Höhe der von den Leistungsempfängern gezahlten Beiträge und den Erträgen der von der das System verwaltenden Einrichtung vorgenommenen Investitionen richten, weisen alle auf eine wirtschaftliche Tätigkeit hin.²⁵⁹⁾

Eine Solidargemeinschaft ist – anders ausgedrückt – nicht gegeben, da die Pflichtmitgliedschaft nicht vorgesehen ist und da die privaten Versicherungsunternehmen eine gleichwertige Solidargemeinschaft bieten.

In solchen Systemen ist das Umverteilungselement nicht so ausgeprägt, dass es die anderen Tätigkeitsarten, die private Versicherungs- und Rentenversicherungsgesellschaften ausüben, wie die versicherungsmathematische Beurteilung und die Verwaltung von Investitionen, verdrängt.²⁶⁰⁾

Die Rechtssachen haben jedoch gezeigt, wie schwierig es ist, zwischen sozialen und wirtschaftlichen Tätigkeiten zu unterscheiden. Dies dürfte nicht überraschen, da die Grundsatzurteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen *Poucet* und *Pistre* sowie *FFSA* zwei völlig unterschiedliche Sozialversicherungssysteme zum Gegenstand haben, die gegensätzlicher nicht sein könnten. Viele Sozialversicherungssysteme sind jedoch zwischen diesen Extremen angelegt.²⁶¹⁾ Hinzu kommt, dass es immer schwieriger wird, den

Begriff der sozialen Sicherheit zu definieren. Welche sind typische Komponenten der sozialen Sicherheit?

Elemente wie die einkommensabhängigen Beiträge, die Entkopplung von Beitragshöhe und Leistungen, die Pflichtmitgliedschaft und das Fehlen einer echten Möglichkeit, die Höhe der Beiträge zu beeinflussen, weisen daher offenbar in die Richtung, dass man nicht von Unternehmen sprechen sollte. Dieses zuletzt genannte Element ist jedoch nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rechtssache AOK, in der es um die deutschen Krankenkassen geht, fragwürdig geworden.

Eine Mischung aus Solidarität und dem Grundsatz der freien Marktwirtschaft könnte ein Hinweis darauf sein, dass die Sozialversicherungsträger als Unternehmen erachtet werden müssen. Es scheint logisch, dass Krankenversicherungsträger als Unternehmen erachtet werden, wenn sie die Höhe der Beiträge (teilweise) unabhängig vom Einkommen staffeln können. Der Gerichtshof war jedoch anderer Ansicht. In der Rechtssache AOK entschied der Gerichtshof, dass die deutschen Krankenkassen der gesetzlichen deutschen Krankenversicherung keine Unternehmen seien.²⁶²⁾ Die deutschen Krankenkassen nahmen keinen Einfluss auf den Umfang der Pflichtleistungen, jedoch hätten sie Einfluss auf die freiwilligen zusätzlichen Behandlungsleistungen und die Höhe der gezahlten Beiträge. Die Krankenkassen befinden sich in dem Maße im Preiswettbewerb miteinander, in dem die Beschäftigten wählen können, bei welcher sie sich versichern möchten. Die Kassen legen selbst die Höhe der Beiträge fest, die sie von den Versicherten verlangen, und diese Höhe ist sehr unterschiedlich, denn sie schwankt zwischen 10,8 und 14,9% der Einkommen der Versicherten.²⁶³⁾ Der Gesetzgeber hat bei den Beiträgen ein Wettbewerbselement eingeführt, um die Krankenkassen zu veranlassen, im Interesse des ordnungsgemäßen Funktionierens des deutschen Systems der sozialen Sicherheit ihre Tätigkeit nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit auszuüben, d. h. so effizient und kostengünstig wie möglich. Die Verfolgung dieses Ziels ändert nichts an der Natur der Tätigkeit der Krankenkassen.

Dies ist ziemlich überraschend, da man im Allgemeinen davon ausgeht, dass ein Ziel des Wettbewerbsrechts eben genau darin besteht, die Effizienz zu verbessern.²⁶⁴⁾ Man könnte noch hinzufügen, dass die deutschen Krankenkassen daher gegen einen Beitrag Güter anbieten bzw. Dienstleistungen erbringen – denn sind die Beiträge nicht gewissermaßen der finanzielle Ausgleich für das Erbringen der Dienste? Dies ist eindeutig ein Hinweis darauf, dass es sich um ein Unternehmen handelt. Für den Gerichtshof ist daher das Element des Wettbewerbs allein nicht ausreichend.

In dieser Hinsicht wird in der Rechtssache AOK in der Rechtsprechung von derjenigen in der bekannten Rechtssache *Poucet* und *Pistre* abgewichen. In der Tat verwies der Gerichtshof in der zuletzt genannten Rechtssache darauf,

dass die Einrichtungen nicht die Höhe der Beiträge beeinflussen könnten, da es sich um ein Merkmal der Solidarität handele.

Nach Ansicht des Gerichtshofes sind die Tätigkeiten der Krankenkassen daher nicht wirtschaftlicher Natur. Er wies jedoch darauf hin, dass die Kassen Geschäftstätigkeiten möglicherweise ausübten, die nicht sozialer, sondern wirtschaftlicher Natur seien. In der Tat „... lässt sich jedoch nicht ausschließen, dass die Krankenkassen und die sie vertretenden Einheiten, d. h. die Kassenverbände, außerhalb ihrer Aufgaben sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben. In diesem Fall wären die von ihnen zu treffenden Entscheidungen möglicherweise als Beschlüsse von Unternehmen oder Unvernehmensvereinigungen anzusehen“.²⁶⁵ Eine Einrichtung kann folglich zum Teil ein Unternehmen sein und zum Teil nicht. Dies war hier jedoch nicht der Fall, da die Festlegung von Festbeträgen für die Übernahme von Arzneimittelkosten nach Ansicht des Gerichtshofes ein wesentlicher Bestandteil der Geschäftstätigkeiten von Krankenkassen im Rahmen der gesetzlichen deutschen Krankenversicherung ist.

Trotz der deutlichen Elemente des Wettbewerbs unter den deutschen Krankenkassen war der Gerichtshof also nicht geneigt, sie als Unternehmen zu erachten. Möglicherweise wollte der Gerichtshof deutlich machen, dass man nicht nur auf die interne Organisation, sondern eher auf das letztendliche Ziel (Solidarität und Umverteilung) des Systems achten solle.²⁶⁶ Die zugrunde liegenden Grundsätze sind folglich ausschlaggebend.

Es besteht jedoch nach wie vor das Problem, dass die Abgrenzung zwischen Einrichtungen, die Unternehmen sind, und Einrichtungen, die keine Unternehmen sind, recht unscharf ist und unmöglich mit allgemeiner Gültigkeit erfolgen kann. Man sollte sich stets die konkreten Gegebenheiten vor Augen führen. Das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache AOK sollte nicht *mutatis mutandis* auf Einrichtungen in anderen Mitgliedstaaten, die auf den ersten Blick recht ähnlich sind, angewandt werden. Während die Gesundheitseinrichtungen in bestimmten Mitgliedstaaten das Wettbewerbsrecht beachten müssen, ist dies bei anderen Einrichtungen mit ähnlichen Aufgaben in anderen Mitgliedstaaten nicht der Fall.²⁶⁷ Daher kann man keine allgemein gültige Aussage in Bezug auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln im Gesundheitssektor machen – und selbst wenn der Gerichtshof der Auffassung ist, dass es sich um ein Unternehmen handelt, da es nicht genug Solidaritätsmerkmale gibt, bedeutet dies nicht, dass die Wettbewerbsregeln im vollen Umfang gelten.

In der Tat könnte man aus Artikel 86 Absatz 2 eine Ausnahme von den in Bezug auf den Wettbewerb und den Missbrauch einer beherrschenden Stellung geltenden Regeln ableiten.²⁶⁸

C. Gesundheitseinrichtungen als Käufer von Gütern

Gesundheitseinrichtungen treten nicht nur als Erbringer von Leistungen auf, sondern auch als Käufer von Gesundheitsgütern, indem sie Tätigkeiten vergeben oder nachfragen oder medizinische Ausrüstung bzw. Arzneimittel kaufen. Dies sind zweifelsohne Geschäftstätigkeiten, aber gilt die Nichtanwendung der Wettbewerbsregeln auch in Bezug auf diese Tätigkeiten? Gelten dieselben Regeln, die für das Erbringen der Leistungen gelten, auch für die Nachfrage nach Gesundheitsleistungen? Unterliegt eine Tätigkeit im vorgelagerten Markt (Erwerb von Gütern oder Dienstleistungen) nicht dem Wettbewerbsrecht, sofern es keinen nachgelagerten Markt (Weiterverkauf an die Bürger) gibt? Ist sie daher von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen?

Da diese Einrichtungen aufgrund der sehr starken Nachfrage nach Gesundheitsleistungen eine mächtige Position innehaben, wäre zu erwarten, dass diese Situation eine Gefahr für den Markt darstellt. Da in der Tat jede Tätigkeit in der Sache geprüft werden muss, ist eine Einrichtung nicht vom Wettbewerbsrecht ausgenommen, nur weil einige ihrer Tätigkeiten sozialer Natur sind.²⁶⁹⁾

Die Frage, ob eine Einrichtung als Unternehmen einzustufen ist, bezieht sich nicht auf die Einrichtung insgesamt, sondern lediglich auf jede einzelne ihrer Tätigkeiten.²⁷⁰⁾ Man könnte der Ansicht sein, dass sich die Tätigkeiten der Gesundheitseinrichtungen in diesen Fällen an wirtschaftlichen anstatt an sozialen Zielen ausrichten, trotz der Tatsache, dass der Zweck dieser Tätigkeiten darin besteht, sozialpolitische Ziele zu verwirklichen.²⁷¹⁾

Offenbar besteht kaum ein Unterschied zwischen Gesundheitseinrichtungen, wenn diese als Käufer auftreten, und privaten Unternehmen.

In der Rechtssache *Fenin* urteilte der Gerichtshof jedoch anders. Nach seinem Urteil ist bei der Beurteilung der Art der Tätigkeit der Kauf des Erzeugnisses nicht von dessen späterer Verwendung durch den Käufer zu trennen.²⁷²⁾ Die Art der Kauftätigkeit muss daher anhand der Frage bestimmt werden, ob die spätere Verwendung der gekauften Güter einer wirtschaftlichen Tätigkeit gleichkommt. Folglich wird eine Einrichtung, die Güter und Dienstleistungen – selbst in großen Mengen – nicht zu dem Zweck einkauft, um sie im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit anzubieten, sondern um sie im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, die beispielsweise rein sozialer Natur sein kann, zu verwenden, nicht allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie in einem bestimmten Markt als Käuferin auftritt. Die Tätigkeiten auf der Angebotsseite bestimmen den Charakter der Tätigkeiten auf der Käuferseite. Hierbei handelt es sich um eine Theorie, bei der die vor- und nachgelagerten Tätigkeiten eine Rolle spielen und nach der ausschließlich diejenigen Einrichtungen, die sowohl als Käufer als auch als Verkäufer auftreten, als Unternehmen im Sinne von Artikel 81 und 82 erachtet werden können.

Man mag sich fragen, warum diesen Einrichtungen freie Hand in Bezug auf ihre Geschäftstätigkeit in anderen Märkten als demjenigen, in dem sie ihrer Kerntätigkeit, dem Erbringen von Dienstleistungen für die soziale Sicherheit nachgehen, gegeben werden sollte.²⁷³⁾ Eine Erklärung hierfür liegt möglicherweise in der Tatsache begründet, dass die Versicherungstätigkeiten dieser Einrichtungen stark von dem Grundsatz der Solidarität geprägt sind und die betreffenden Einrichtungen daher kein geschäftliches Interesse verfolgen, wenn sie entsprechende Dienstleistungen bzw. Güter im Markt einkaufen. Jedoch könnte man auch zu einer anderen Schlussfolgerung gelangen, wenn sie diese nicht für ihre Patienten bzw. Versicherungsnehmer erwerben, sondern an andere Erbringer von Gesundheitsleistungen in anderen Mitgliedstaaten weiterverkaufen.²⁷⁴⁾

Die Tatsache, dass diese Tätigkeiten nicht unter die Wettbewerbsregeln fallen, schließt jedoch nicht die Anwendbarkeit des EU-Rechts aus. An späterer Stelle wird dargelegt, wie die EU-Richtlinien über das öffentliche Beschaffungswesen das Verhalten dieser Einrichtungen beeinflussen und bestimmte Garantien für die Unternehmen, die mit diesen geschäftlich zu tun haben, bieten können – und selbst wenn diese Richtlinien keine Anwendung finden, gelten bestimmte Grundsätze des EU-Rechts, etwa das Diskriminierungsverbot und die Bedingung der Transparenz.

D. Verbotenes Verhalten

Nachdem vorstehend die Frage erörtert wurde, welche Gesundheitsreinrichtungen als Unternehmen erachtet werden können, geht es nun darum, welches Verhalten nach den EU-Regeln verboten ist. Nicht alle verbotenen Verhaltensweisen können hier behandelt werden. Grundsätzlich betreffen die entsprechenden Verhaltensweisen im Gesundheitswesen, die am häufigsten vorkommen, das Kartellverbot und das Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung.

1. Kartellverbot

Nach Artikel 81 EG-Vertrag sind alle formalen und informalen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verboten.²⁷⁵⁾ Zwar ist nach Artikel 81 EG-Vertrag jegliche Art der Absprache, die den Wettbewerb verzerrt, verboten, jedoch beseitigt dieses Verbot nicht das Recht der Wirtschaftsteilnehmer, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten der Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen.²⁷⁶⁾ Mit dieser grundsätzlichen Regel soll dafür gesorgt werden, dass jedes Unternehmen unabhängig und eigenständig seine Geschäftspolitik und sein Marktverhalten in der Gemeinschaft bestimmen kann. Sie verbietet die Verhinderung, Beschränkung oder Verzerrung des Wettbewerbs, d. h. die Beschneidung der Freiheit der Beteiligten, einzeln und eigenständig ihre Geschäftspolitik entgegen dem Erfordernis der wirtschaftlichen Unabhängigkeit

festzulegen.²⁷⁷⁾ Artikel 81 enthält eine Auflistung von Beispielen, die jedoch nicht erschöpfend ist, etwa die Festsetzung der An- und Verkaufspreise, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, die Aufteilung der Märkte und der Versorgungsquellen, diskriminierende Praktiken usw..

Bei den Leistungserbringern im Gesundheitssektor (etwa in den Niederlanden) herrscht untereinander Einigkeit darüber, dass man bei den Verhandlungen über Kooperationsvereinbarungen mit den Krankenversicherungsträgern nicht unter bestimmte Gebührensätze geht. Ein weiteres Beispiel waren die Vereinbarungen über die Grundsätze im Zusammenhang mit der Niederlassungszulassung und die Dichte der Erbringer von medizinischen Leistungen. Die berufsständischen Vereinigungen der Leistungserbringer entscheiden demnach auf der Grundlage quantitativer Vorgaben wie die Zahl der Einwohner oder Patienten, ob sich ein weiterer Leistungserbringer niederlassen darf. Diese Grundsätze wurden in den einzelnen Kollaborationsvereinbarungen, die zwischen den Leistungserbringern und den Krankenversicherungsträgern geschlossen wurden, als gültig erklärt. Neue Praxen wurden nur dann gestattet, wenn sie von diesen Einrichtungen zugelassen wurden. Die Leistungserbringer mit bestehenden Praxen befanden somit über das Eintreten neuer Wettbewerber in den Markt, und sofern die Gründung einer Praxis nicht in Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen erfolgte, konnte auch kein Vertrag mit dem Leistungserbringer unterzeichnet werden. Diese Grundsätze führen zu einer Aufteilung der Märkte, wodurch Hindernisse für den Markteintritt anderer Leistungserbringer geschaffen werden; sie verstoßen somit gegen Artikel 81.

Regelungen, die sich auf Einrichtungen, Befähigung, Standespflichten, Kontrolle und Verantwortlichkeit beziehen und mit denen dafür gesorgt werden soll, dass der Endverbraucher bzw. der Patient die erforderliche Gewähr im Hinblick auf die Integrität und Erfahrung erhält,²⁷⁸⁾ z. B. berufsständische Kodices, stehen den Wettbewerbsregeln nicht entgegen. Sofern eine solche Regelung trotz der notwendig mit ihr verbundenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen für die ordnungsgemäße Ausübung des Berufs, wie er in dem betreffenden Mitgliedstaat geordnet ist, als erforderlich erachtet wird, verstößt sie nicht gegen Artikel 81 Absatz 1.²⁷⁹⁾

Die Krankenversicherungsträger, die zusammen die Leistungen der Erbringer im Gesundheitssektor einkaufen, könnten ein verbotenes Kartell bilden, da nicht auszuschließen ist, dass dies unter bestimmten Umständen zu verbotenen gemeinsamen Bezugsvereinbarungen führt. Solche Vereinbarungen zielen darauf ab, die Nachfrage zu bündeln, um bessere Preise zu erzielen, und könnten den Wettbewerb auf der Nachfrageseite verzerren.²⁸⁰⁾ Ein weiteres negatives Beispiel gab es in den Niederlanden; dort hatten die Krankenversicherungsträger vereinbart, dass die Prämien für die Policen der Versicherten in der Kategorie mit dem höchsten Lebensalter nicht mehr als 150% der Prämie für eine 20 Jahre alte Person für dasselbe Produkt

betragen solle.²⁸¹⁾ Mit dieser Vorgehensweise wollte man eine Solidargemeinschaft durch Selbstregulierung schaffen. Die niederländische Wettbewerbsbehörde hat diese Vorgehensweise jedoch verworfen; sie verstoße gegen die Wettbewerbsregeln, da die Krankenversicherungsträger hierdurch weniger geneigt seien, jungen Menschen Produkte zu knapp kalkulierten Prämien anzubieten, sofern dies dazu führe, dass die Preise für ältere Personen gesenkt werden müssten.

2. Missbrauch einer beherrschenden Stellung

Als zweites Verhalten ist der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Im Gegensatz zu Artikel 81 gilt Artikel 82 ausschließlich für Unternehmen mit Marktmacht und dient dazu, den Missbrauch dieser Macht zu wettbewerbswidrigen Zwecken zu verhindern.

In Artikel 82 sind die Arten des Missbrauchs aufgeführt, wenn auch nicht erschöpfend. Es gibt drei Hauptkategorien von Missbrauch:²⁸²⁾

- Missbrauch durch Ausnutzung: missbräuchliche Nutzung der Marktmacht im geschäftlichen Umgang mit Kunden oder Lieferanten mittels Praktiken wie unangemessene Kaufs- oder Verkaufspreise, Bindungsregelungen, Preisdiskriminierungen usw.;
- Missbrauch durch Ausgrenzung: missbräuchliche Nutzung der Marktmacht, um Wettbewerbern durch wettbewerbswidrige Mittel wie Abschlussverweigerung, Wucherpreise oder sonstige Praktiken, die darauf gerichtet sind, ein Konkurrenzunternehmen zugrunde zu richten, zu schaden;
- Missbrauch durch Schaffung struktureller Gegebenheiten: Ausschalten eines Wettbewerbers durch Zusammenschluss oder Übernahme.

Um den Missbrauch einer beherrschenden Stellung zu beweisen, muss Folgendes belegt werden: Ein oder mehrere Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung, einem relevanten Produkt und einem räumlichen Markt im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil hiervon missbrauchen diese Stellung, wodurch der Handel zwischen den Mitgliedstaaten möglicherweise beeinträchtigt ist.

Die beherrschende Stellung bezieht sich auf die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten.²⁸³⁾

Das Vorliegen einer beherrschenden Stellung kann sich aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren ergeben, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen, unter denen jedoch das Vorliegen erheblicher Marktanteile zumeist ein Beweis hierfür ist.²⁸⁴⁾

Der Missbrauch einer beherrschenden Stellung kann z. B. dann gegeben sein, wenn die Lieferanten oder deren Vereinigungen zu Qualitätsstandards in einer Weise beitragen, die ausländische Lieferanten benachteiligen.²⁸⁵⁾ Könnte man folglich von einem Missbrauch der beherrschenden Stellung in Fällen reden, in denen sich ein Krankenversicherungsträger mit einer Machtstellung weigert, einen Vertrag mit einem Leistungserbringer zu schließen, und in denen die Niederlassung von Ärzten auf eine Gruppe von Erbringern, die Verträge mit einer Gesundheitsbehörde geschlossen haben, beschränkt ist? Man stelle sich eine Situation vor, in der eine Krankenkasse, die für ein bestimmtes Gebiet zuständig ist, eine beherrschende Stellung hat und sich weigert, bestimmten Leistungserbringern im medizinischen Bereich Verträge anzubieten. Ein solches Verhalten ist nicht wirklich verboten. Das Wettbewerbsrecht verbietet nicht die beherrschende Stellung, sondern den Missbrauch dieser Stellung. Der Ausschluss von Leistungserbringern vom Gesundheitsmarkt ist verboten, es sei denn, das entsprechende Vorgehen ließe sich rechtfertigen.²⁸⁶⁾ Als Nachfragemonopolisten sind die Gesundheitseinrichtungen verpflichtet, Verträge mit Ärzten zu schließen, da Letztere in Sachleistungssystemen im wirtschaftlichen Sinne von diesen Einrichtungen zu einem großen Teil abhängig sind, weil es keine sonstigen potenziellen Märkte gibt. Die Vorgehensweise, in deren Rahmen Verträge angeboten bzw. nicht angeboten werden, sollte natürlich auf objektiven und transparenten Kriterien beruhen, und sie sollte gerechtfertigt sein. Dies könnte z. B. der Fall sein, wenn ein Krankenversicherungsträger zu dem Schluss gelangt, dass sich die Nachfrage nach einer bestimmten Dienstleistung im Vergleich zum Vorjahr nicht erhöht hat, und dieser Umstand es dem Träger nicht gestattet, einen Vertrag mit neuen Leistungserbringern zu schließen.

In dieser Hinsicht sei auf das französische System CMU (Couverture Maladies Universelles) verwiesen. Es garantiert allen Bürgern die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung und bietet zudem den freien Zugang zu einer zusätzlichen Krankenversicherung für Personen, deren Einkommen unterhalb einer bestimmten Grenze liegt. Die Leistungsempfänger der CMU erhalten freie Sachleistungen und sind auch von der Vorausentrichtung der Zuzahlungen bei Krankenhausaufenthalten sowie von den Zuzahlungen bei der zahnärztlichen Behandlung und für Sehhilfen befreit. Im Rahmen der zusätzlichen Krankenversicherung der CMU können die Leistungsempfänger zwischen der gesetzlichen Krankenkasse und der herkömmlichen Zusatzversicherung wählen; hierbei handelt es sich um Gesellschaften auf Gegenseitigkeit, Hilfskassen und gewerbliche Versicherungsunternehmen. Führt die Teilhabe der französischen öffentlichen Krankenkassen an der Bereitstellung kostenloser zusätzlicher Krankenversicherung nicht zu einer beherrschenden Stellung und einem unfairen Wettbewerb? Ganz und gar nicht, denn den öffentlichen Krankenkassen werden alle Leistungen, die im Rahmen der CMU erbracht

werden, erstattet, während die Träger der zusätzlichen Krankenversicherung lediglich eine Zahlung pro versicherter Person aus den Mitteln der CMU erhalten. Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass den öffentlichen Krankenkassen eine gewisse beherrschende Stellung zugute kommt, aufgrund der davon auszugehen ist, dass sich die Leistungsberechtigten bei Einrichtungen versichern, bei denen sie ohnehin versichert sind, d. h. den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung. Nach Ansicht des französischen Verfassungsgerichts bestand kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung,²⁸⁷⁾ wenn man die unterschiedlichen Beziehungen zwischen den Kassen und den Gesetzeszweck sieht. Während die öffentlichen Krankenkassen im Rahmen ihres Auftrags als öffentliche Einrichtungen sowie im Namen des Staates verpflichtet sind, sich um die zusätzliche Versicherung aller versicherungswilligen Personen zu kümmern, ist den übrigen Krankenkassen lediglich die Teilhabe hieran möglich, und es steht ihnen frei, sich hiervon auszunehmen. Dieser Rechtfertigung kann man jedoch nur sehr schwer folgen.

Ähnliche Zweifel kann man in Bezug auf die flämische Pflegeversicherung äußern, bei der gewerbliche Versicherer mit den auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit beruhenden und für das öffentliche Gesundheitssystem zuständigen Krankenkassen konkurrieren. In diesem Fall könnte man auch fragen, ob die Teilhabe der öffentlichen Krankenkassen nicht zu einer beherrschenden Stellung führt... oder wie die Tatsache zu sehen ist, dass die Versicherten nach belgischem Recht verpflichtet sind, zusätzliche Dienstleistungen, die von diesen auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit beruhenden und für das öffentliche Gesundheitssystem zuständigen Krankenkassen angeboten werden, zu akzeptieren.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts in Brüssel besteht kein Konflikt mit dem Wettbewerbsrecht, da eine Dienstleistung, in deren Rahmen erhöhte, zusätzliche Zahlungen für eine kieferorthopädische Behandlung erfolgen, nicht eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen. Die auf dem Grundsatz der Gegenseitigkeit beruhenden Krankenkassen sind immerhin verpflichtet, diese zusätzlichen Dienstleistungen vorzusehen, um die Lücken im gesetzlichen Sozialversicherungssystem zu schließen²⁸⁸⁾.

E. Staatliche Beihilfen

Auch staatliche Beihilfen könnten gegen das EU-Recht verstoßen. Artikel 87 Absatz 1 enthält ein allgemeines Verbot in Bezug auf die Gewährung von staatlichen Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Damit eine Maßnahme eine staatliche Beihilfe beinhaltet, müssen folgende Kriterien erfüllt sein.²⁸⁹⁾ Erstens muss es sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln.

Zweitens muss sie geeignet sein, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Drittens muss den Begünstigten durch sie ein Vorteil gewährt werden. Viertens muss sie den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Wie der Gerichtshof feststellte, gelten als Beihilfen in dieser Hinsicht Maßnahmen gleich welcher Art, die mittelbar oder unmittelbar Unternehmen begünstigen oder die als ein wirtschaftlicher Vorteil anzusehen sind, den das begünstigte Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.²⁹⁰⁾

Staatliche Beihilfe können unterschiedliche Formen annehmen, etwa positive Leistungen wie Subventionen selbst, aber auch Maßnahmen, welche die Belastungen vermindern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen, z. B. Steuervergünstigungen,²⁹¹⁾ Zinszuschüsse, Steuerabzüge,²⁹²⁾ Kreditfazilitäten und Zinsvergütungen für Darlehen,²⁹³⁾ die Bereitstellung logistischer und kommerzieller Unterstützung²⁹⁴⁾ usw. – und was ist, wenn z. B. der Staat das Defizit bestimmter Krankenhäuser ausgleicht²⁹⁵⁾ und wie verhält es sich mit Ausgleichszahlungen aus einem Risikoausgleichsfonds?²⁹⁶⁾

Der Gerichtshof wies in der Rechtssache Altmark jedoch darauf hin, „... dass eine staatliche Maßnahme nicht unter Artikel 87 Absatz 1 des Vertrags fällt, soweit sie als Ausgleich anzusehen ist, der die Gegenleistung für Leistungen bildet, die von den Unternehmen, denen sie zugute kommt, zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass diese Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Maßnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen.“²⁹⁷⁾

Zur Beurteilung der Frage, ob ein solcher Vorteil eine staatliche Beihilfe darstellt, dient der so genannte „Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers“.²⁹⁸⁾ Bei der Beurteilung muss geprüft werden, ob sich ein privater Kapitalgeber mit einer Dimension, die den Einrichtungen vergleichbar ist, welche den öffentlichen Sektor verwalten, unter ähnlichen Umständen und insbesondere unter Berücksichtigung der zu dem Zeitpunkt vorhandenen Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen bereit finden würde, finanzielle Mittel in gleicher Höhe zur Verfügung zu stellen.

Dies ist sicherlich ein wichtiges Element im Gesundheitssektor, in dem der Staat den Krankenkassen bestimmte finanzielle Vorteile gewährt. Könnten diese als ein gerechter Ausgleich für die Dienstleistungen, mit denen sie ihren gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nachkommen, erachtet werden? Diese Frage konnte nicht eindeutig beantwortet werden, nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster Instanz unterschiedlich war.

Einigen Urteile lag tendenziell ein Rechtsansatz zugrunde, der darauf abzielte, jeglichen finanziellen Ausgleich als staatliche Beihilfe zu erachten, die zu notifizieren war und wahrscheinlich in Anbetracht der spezifischen Umstände des Falles genehmigt wurde, insbesondere, wenn die Bedingungen nach Artikel 86 Absatz 2 erfüllt waren.²⁹⁹⁾ Anderen Urteilen lag tendenziell ein eher ökonomischer Ansatz zugrunde, der darauf abzielte, ausschließlich den Ausgleichsbetrag zu berücksichtigen, der über dem Betrag lag, der zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen notwendig war.³⁰⁰⁾ Handelt es sich nach der Rechtsprechung nicht um eine staatliche Beihilfe, so hat dies erhebliche verfahrenstechnische Folgen, z. B. entfallen die vorherige Notifizierung sowie die präventive Kontrolle durch die Kommission, und der betreffende Staat ist nicht verpflichtet, vor Auszahlung die Genehmigung der Kommission einzuholen.

In der Rechtssache Altmark GmbH, in der es um die Erteilung von Genehmigungen von Liniendiensten mit Omnibussen in einem bestimmten Gebiet Deutschlands und öffentliche Zuschüsse zu diesem Linienbetrieb ging, ersuchte der Gerichtshof das vorliegende Gericht, zu prüfen, ob die folgenden vier Voraussetzungen erfüllt seien:

1. Wurde das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut und wurden diese Verpflichtungen klar definiert?³⁰¹⁾
2. Wurden die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufgestellt?
3. Geht der Ausgleich nicht über das hinaus, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken?
4. Wurde die Höhe des erforderlichen Ausgleichs, wenn die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen, das so angemessen mit Transportmitteln ausgestattet ist, dass es den gestellten gemeinwirtschaftlichen Anforderungen genügen kann, bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte, wobei die dabei erzielten Einnahmen und ein angemessener Gewinn aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen zu berücksichtigen sind?

Sofern eine oder mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfüllt sind, sind die Zuschüsse nicht mit dem Verbot im letzten Satz von Artikel 88 Absatz 3 vereinbar und aufgrund der nicht notifizierten staatlichen Beihilfe für ungültig zu erklären. Mit dem Urteil in der Rechtssache Altmark wird die vorhergehende Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts erster

Instand geklärt, nach der etwas abweichende Kriterien zur Klassifizierung eines Ausgleichs galten, der für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Form einer staatlichen Beihilfe gewährt wird. Man kann sagen, dass der Ansatz des Gerichtshofes in der Rechtssache Altmark ausgewogener ist und hier die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen sowie die Erbringung von Dienstleistungen genauer geprüft wurden; dem wird jedoch nicht Rechnung getragen in Fällen, in denen zwischen den Tätigkeiten des betreffenden Unternehmens und der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen kein Zusammenhang besteht. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Ansatz, bei dem man von einem durchschnittlichen, gut geführten und angemessen ausgestatteten Unternehmen ausgeht, zufrieden stellend oder immer noch zu theoretisch ist, sieht man einmal vom öffentlichen Beschaffungswesen ab, bei dem man davon ausgeht, dass die marktwirtschaftlichen Bedingungen überwiegen.³⁰²⁾

3) Der Binnenmarkt und die freiwillige Krankenversicherung

A. Die mögliche Anwendung der Schadenversicherungsrichtlinien

Trotzdem die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhenden Systeme des gesetzlichen Gesundheitsschutzes in der Europäischen Union vorherrschen, darf man nicht außer Acht lassen, dass die freiwillige Krankenversicherung eine immer größere Rolle im Gesundheitsschutz spielt. Die steigenden Kosten und Ausgaben im Gesundheitswesen und die Probleme der öffentlichen Hand, mit dieser Entwicklung Schritt zu halten, haben dazu geführt, dass die freiwillige Krankenversicherung gegenwärtig immer wichtiger wird.³⁰³⁾

Im Allgemeinen kann man sagen, dass die freiwillige Krankenversicherung genau in den Bereichen eine Rolle spielt, die vom Staat nicht abgedeckt werden. Sie lässt sich folglich daran klassifizieren, ob sie

- als Ersatz für einen Versicherungsschutz dient, der ansonsten vom Staat abgedeckt wird (die so genannten freiwillige Ersatzkrankenversicherung);
- einen zusätzlichen Versicherungsschutz für Dienstleistungen bietet, die vom Staat nicht oder nur teilweise abgedeckt werden, einschließlich einem Versicherungsschutz für Zuzahlungen, die von dem System des gesetzlichen Gesundheitsschutzes auferlegt werden (so genannte freiwillige Zusatzkrankenversicherung);
- einen ergänzenden Versicherungsschutz bietet, der für den schnelleren Zugang und für eine größere Auswahl auf Seiten der Verbraucher sorgt (so genannte freiwillige Ergänzungskrankenversicherung).³⁰⁴⁾

Die Einführung privater Versicherungsunternehmen als Verwalter medizinischer Behandlungen führt dazu, dass die Richtlinie 92/49/EWG vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für

die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung³⁰⁵⁾ möglicherweise anwendbar wird.

Nach dieser Richtlinie muss ein Mitgliedstaat, der beschließt, ein Risiko, das durch das gesetzliche Sozialversicherungssystem abgedeckt ist, zur Versicherung durch private Versicherer zugänglich zu machen, akzeptieren, dass die Versicherungsunternehmen der Gemeinschaft, die in seinem Hoheitsgebiet zugelassen sind, das Risiko auf der Grundlage der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit versichern.

Es steht privaten Versicherungsunternehmen heute grundsätzlich frei, eine Zweigniederlassung oder Agentur in einem anderen Mitgliedstaat zu eröffnen, ohne dass die zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaates hierfür eine Zulassung erteilen müssten, und Versicherungsdienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat anzubieten, ohne dass sie dort eine Zweigniederlassung oder Agentur eröffnen müssten. Möglich wurde dies durch die Einführung von Elementen wie einem einheitlichen Zulassungs- und Finanzkontrollsystem in der gesamten Europäischen Union unter der Federführung desjenigen Mitgliedstaates, in dem sich die Hauptverwaltung des Versicherers befindet (Grundsatz der Kontrolle durch das Herkunftsland), der gegenseitigen Anerkennung der Zulassung und der Systeme zur Aufsicht über die finanzielle Solidität und Solvenz der Versicherer sowie der Abschaffung der Vertrags- und Preiskontrolle durch die das Risiko tragenden Mitgliedstaaten und jeglicher vorheriger Notifizierung der Versicherungsbedingungen und Tarife. Dies bedeutet, dass es dem Staat nicht länger erlaubt ist, die Preise und Bedingungen für die Versicherungsprodukte zu regulieren, da dies den lautereren Wettbewerb in der Versicherungswirtschaft Europas beeinträchtigen und die finanzielle Solidität der Versicherungsunternehmen gefährden könnte.³⁰⁶⁾

Jedoch wird jeder Mitgliedstaat, selbst wenn er private Versicherungsunternehmen für die Verwaltung des Gesundheitsschutzsystems zulässt, bestimmte gesetzliche Garantien vorsehen, etwa die Verpflichtung, Versicherer zu akzeptieren, oder das Verbot, eine Selektion anhand der Risiken vorzunehmen, um eben die Verbraucher bzw. Versicherten zu schützen. Inwieweit steht die Einführung solcher Garantien den Grundsätzen der Schadenversicherungsrichtlinien entgegen? Können soziale Zielsetzungen also nur durch ein gesetzliches System der Sozialversicherung garantiert werden?

1. Anwendungsbereich

Die Schadenversicherungsrichtlinie gilt nicht für Versicherungen, die unter ein gesetzliches System der sozialen Sicherheit fallen.³⁰⁷⁾ Dies ist eine erste Ausnahme. Systeme der sozialen Sicherheit, die auf dem Grundsatz der Solidarität beruhen und die Versicherungspflicht beinhalten, sind von dem

Anwendungsbereich der dritten Schadenversicherungsrichtlinie ausgenommen.³⁰⁸⁾ Dies gilt ebenso für Versicherungen, für die der nationale Gesetzgeber den Umfang der Leistungen und die Höhe der Beiträge unabhängig vom Risiko als einheitlichen Satz festsetzt.³⁰⁹⁾

Es ist ganz und gar nicht geklärt, ob die freiwillige gesetzliche Krankenversicherung in den Anwendungsbereich der dritten Schadenversicherungsrichtlinie fällt. Die Ersatzkrankenversicherung, die privaten Schutz für Personen bietet, die vom gesetzlichen Schutz ausgeschlossen oder ausgenommen sind, fällt hingegen offenbar in den Anwendungsbereich des Versicherungsrechts der EU.³¹⁰⁾

Klarheit besteht jedoch in folgender Hinsicht: In einer bedeutenden Rechtssache, in der am 18. Mai 2000 das Urteil erging³¹¹⁾ stellte der Gerichtshof klar, dass das belgische System der Pflichtversicherung für Arbeitsunfälle in den Anwendungsbereich der dritten Schadenversicherungsrichtlinie fällt. In Belgien wird diese Versicherung durch private Versicherungsunternehmen verwaltet. Für den Gerichtshof ist es unerheblich, dass dieses System unter das obligatorische Basissystem der sozialen Sicherheit und sogar unter die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, in der um die soziale Sicherheit von Wanderarbeitnehmern geht, fällt. Nach Ansicht des Gerichtshofes üben diese Versicherungsunternehmen eine wirtschaftliche Tätigkeit aus, und im Sinne von Artikel 55 ist diese Richtlinie auf Versicherungen, die im Rahmen des gesetzlichen Systems der sozialen Sicherheit von Versicherungen „auf eigenes Risiko“ betrieben werden, anzuwenden. In jener Rechtssache verwies der Gerichtshof ausdrücklich auf Artikel 54, in dem es um die Krankenversicherung geht, und man kann daher zu folgendem Schluss gelangen: In dem Fall, dass private Krankenversicherungsunternehmen das gesetzliche Krankenversicherungssystem verwalten, hierbei auf eigenes Risiko tätig sind und eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, kann man auch davon ausgehen, dass die dritte Schadenversicherungsrichtlinie auf die Krankenversicherer Anwendung findet.³¹²⁾ In Bezug auf die Anwendbarkeit der Richtlinien ist es von Belang, dass die Versicherungen auf eigenes Risiko angeboten werden. Aber wie ist dieser Begriff auszulegen? Beschränkt sich der Begriff „eigenes Risiko“ auf das „Versicherungsrisiko“, d. h. das finanzielle Risiko, das aufgrund des Elements der Ungewissheit besteht, die für jede vertragliche Beziehung, die eine Versicherung zum Gegenstand hat, charakteristisch ist, oder bezieht er sich auf das Risiko, das mit einer jeden wirtschaftlichen Unternehmung einhergeht? Entspricht der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen der Wettbewerbsregeln dem Begriff der Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich der dritten Schadenversicherungsrichtlinie fallen?³¹³⁾ Kann man folglich sagen, dass diese Versicherungen unter die dritte Schadenversicherungsrichtlinie fallen, sobald eine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben ist, und dass diese Richtlinie nicht gilt, wenn die Versicherer einer rein sozialen Tätigkeit nachgehen?

2. Der Inhalt der dritten Schadenversicherungsrichtlinie

Die grundlegenden Vorschriften dieser Richtlinie fußen auf dem Grundsatz der einheitlichen Zulassung (ein Versicherungsunternehmen benötigt lediglich eine einzige Zulassung) und dem hiermit in Zusammenhang stehenden Grundsatz der Kontrolle durch den Herkunftsmitgliedstaat (ein Versicherungsunternehmen unterliegt ausschließlich der Kontrolle und Aufsicht des Herkunftsmitgliedstaates bzw. des Staates, in dem es seinen Sitz hat). Ferner gilt der Grundsatz der Spezialisierung. Vor diesem Hintergrund verurteilte der Gerichtshof beispielsweise Frankreich, da die Versicherungstätigkeit der französischen Hilfskassen auf Gegenseitigkeit rechtlich nicht von ihren sozialen Einrichtungen getrennt war.³¹⁴⁾ Wie verhält es sich mit der Regelung in dem neuen niederländischen System für den Gesundheitsschutz, nach der der Versicherer nach wie vor verpflichtet ist, für den Gesundheitsschutz zu sorgen, auch wenn der Versicherte einen Anspruch auf Kostenerstattung hat?³¹⁵⁾

Die Anwendung der Schadenversicherungsrichtlinien könnte möglicherweise zu Konflikten mit Artikel 29 der genannten Richtlinie führen.

Nach diesem Artikel dürfen die Mitgliedstaaten keine Vorschriften erlassen, nach denen die vorherige Zulassung bzw. die systematische Notifizierung der allgemeinen und speziellen Versicherungsbedingungen, der Prämiensätze, der Formulare und sonstigen gedruckten Unterlagen, die ein Versicherungsunternehmen im Geschäftsverkehr mit den Versicherten anzuwenden bzw. zu benutzen beabsichtigt, erforderlich sind.

Nach Ansicht des Gerichtshofes beabsichtigte der Gemeinschaftsgesetzgeber ganz klar, den Grundsatz der Tariffreiheit im Versicherungssektor (mit Ausnahme der Lebensversicherung) zu gewährleisten, und nationale Vorschriften zur Festsetzung der Tarife von Versicherungsunternehmen verstoßen daher gegen die Richtlinie. Dieser Grundsatz umfasst das Verbot jeder Regelung einer vorherigen oder systematischen Mitteilung und der Genehmigung der Tarife, die ein Versicherungsunternehmen in seinen Beziehungen zu den Versicherungsnehmern zu verwenden beabsichtigt.³¹⁶⁾ Jedoch gilt der genannte Artikel nicht für ein Bonus-Malus-System: Ein solches System führt nicht zu einer unmittelbaren Festlegung der Tarife durch den Staat, denn den Versicherungsnehmern steht es frei, die Höhe der Basisprämien festzusetzen. Eine vollständige Harmonisierung auf dem Gebiet der Tarife im Bereich der Versicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung lag eindeutig nicht in der Absicht des Gemeinschaftsgesetzgebers³¹⁷⁾.

Dies ist eine eng gefasste Auslegung von Artikel 29. Das Verbot der Preisdifferenzierung auf der Grundlage der personenbezogenen Risikomerkmale des Versicherten oder die Rückerstattung in dem Falle, dass ein Versicherungsanspruch nicht geltend gemacht wird, verstoßen hingegen offenbar nicht gegen Artikel 29.³¹⁸⁾

Es bleibt jedoch die Frage, ob sonstige nationale Regelungen, die nicht die Versicherungswirtschaft zum Gegenstand haben, nach diesem Artikel ebenfalls verboten sind. Dies würde bedeuten, dass andere Regelungen als die über die finanzielle Aufsicht (etwa über die Aufnahmepflicht, einen Mindestsatz an zu erbringenden Leistungen) ebenfalls nicht zulässig wären.

3. Die Grenzen von Artikel 54: die auf dem Allgemeininteresse beruhende Ausnahme

Jedoch selbst wenn bestimmte Maßnahmen gegen Artikel 29 verstoßen, können eine Ausnahme und eine Rechtfertigung nach Artikel 54 der dritten Schadenversicherungsrichtlinie möglich sein.

Nach jenem Artikel kann ein Mitgliedstaat, in dem Verträge die im gesetzlichen Sozialversicherungssystem vorgesehene Krankenversicherung ganz oder teilweise ersetzen können, verlangen, dass diese Verträge den von diesem Mitgliedstaat erlassenen spezifischen Rechtsvorschriften zum Schutz des Allgemeininteresses in Bezug auf diesen Versicherungszweig genügen und dass den zuständigen Behörden dieses Mitgliedstaats die allgemeinen und besonderen Versicherungsbedingungen vor deren Anwendung mitgeteilt werden. Die Art und die soziale Wirkung der Krankenversicherungsverträge rechtfertigen es, dass die zuständigen Behörden des Mitgliedstaats, in dem das Risiko belegen ist, eine systematische Mitteilung der allgemeinen und besonderen Versicherungsbedingungen verlangen können, um zu prüfen, ob diese Verträge ganz oder teilweise den Schutz ersetzen können, der durch das Sozialversicherungssystem gewährt wird.³¹⁹⁾

Die besondere Art der Krankenversicherung unterscheidet diese von anderen Zweigen der Schadensversicherung und der Lebensversicherung insofern, als sicherzustellen ist, dass die Versicherungsnehmer unabhängig von ihrem Alter oder Risikoprofil tatsächlich eine private oder freiwillige Krankenversicherung in Anspruch nehmen können. Diese Rechtsvorschriften können eine uneingeschränkte Beitrittsmöglichkeit, eine Beitragsbemessung nach dem Prinzip der Einheitsprämie und lebenslangen Versicherungsschutz vorsehen. Dasselbe Ziel kann alternativ dadurch erreicht werden, dass den Unternehmen, die private oder freiwillige Krankenversicherungen anbieten, vorgeschrieben wird, Standardverträge, die denselben Schutz wie das gesetzliche Sozialversicherungssystem vorsehen, für einen Beitragssatz anzubieten, der einen vorgeschriebenen Höchstsatz nicht übersteigt, und sich an einem Verlustausgleichssystem zu beteiligen³²⁰⁾. Nach Artikel 54 Absatz 2 können die Mitgliedstaaten folglich vorschreiben, dass die Krankenversicherung in technischer Hinsicht nach Art der Lebensversicherung zu betreiben ist; ferner sind darin Kriterien genannt, deren Einhaltung die Mitgliedstaaten von den Krankversicherungen verlangen können.

Es bleibt jedoch unklar, wie weit Artikel 54 ausgelegt werden kann und insbesondere, ob dieser Artikel auch gilt, wenn private Versicherungsunternehmen das gesetzliche System des sozialen Schutzes ganz und gar ablösen. Bei einer eng gefassten Auslegung würde die Richtlinie lediglich auf private Versicherungen Anwendung finden, die neben dem öffentlichen, gesetzlichen System bestehen und für einen Teil der Bevölkerung die Funktion übernehmen, die das gesetzliche öffentliche System für den Rest der Bevölkerung hat. Einige Autoren sowie die Europäische Kommission sind jedoch für eine weit gefasste Auslegung³²¹⁾.

Auch die Nachhaltigkeit wird fragwürdiger bzw. ist stärker gefährdet, wenn die Abkehr von der Ersatzkrankenversicherung und die Hinwendung zur Zusatz- bzw. Ergänzungskrankenversicherung vollzogen wird, die Dienstleistungen von Anbietern, die vollständig oder teilweise aus dem Bereich des sozialen Schutzes ausgeschlossen sind, abdecken.

Die Begründung nach Artikel 54 impliziert jedoch, dass diese Regeln anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und dem Erfordernis eines guten Gesundheitssystems analysiert werden müssen. Die Aufnahmepflicht, das Verbot der Prämien differenzierung anhand personenbezogener Merkmale (wie Alter, Geschlecht, Gesundheitszustand und soziales Umfeld) und die Gründung eines Risikoausgleichsfonds der Versicherer sind Elemente des neuen niederländischen Gesundheitssystems, die das Paket an mindestens von jedem Krankenversicherer zu erbringenden Leistungen beinhaltet; sie sind für die Kommission annehmbar, da sie offenbar notwendig sind, um für die Rechtmäßigkeit der Zielsetzungen zu sorgen.

Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist die Bedingung der Verhältnismäßigkeit nicht garantiert, sofern diese Bedingungen auch als auf die Zusatzversicherungen der privaten Versicherer, die über jenes Paket an sozialer Sicherheit hinausgehen, anwendbar erklärt werden.

Der Begriff des Allgemeininteresses bleibt jedoch unklar. In einer Auslegungsmitteilung zum Allgemeininteresse im Versicherungswesen³²²⁾ stellt die Kommission klar, dass der Begriff auf der Rechtsprechung des Gerichtshofes beruht und dass dies auch der Hauptgrund sei, warum er nicht in der dritten Schadensversicherungsrichtlinie definiert sei. Um auf der Grundlage des Allgemeininteresses gerechtfertigt zu sein, müssen die nationalen Maßnahmen – nach dieser Auslegungsmitteilung – die folgenden sechs Kriterien erfüllen:

- sie dürfen nicht einem harmonisierten Bereich zuzuordnen sein;
- sie dürfen nicht diskriminierend sein;
- sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (wie Verbraucherschutz, Betrugsbekämpfung, Kohärenz des Steuersystems, Schutz der Arbeitnehmer) gerechtfertigt sein;
- sie müssen objektiv notwendig sein;

- sie dürfen nicht bereits durch die Regeln in Bezug auf das Herkunftsland abgedeckt sein;
 - sie müssen in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen.
- Es ist daher Sache des Gerichtshofes, über die Auslegung von Artikel 54 zu befinden.

4) Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen

Selbst wenn Sozialversicherungsträger nicht unter das Wettbewerbsrecht fallen, da sie keine Unternehmen sind, unterliegen sie dennoch dem EU-Recht. Insbesondere geht man davon aus, dass ein diskriminierendes öffentliches Beschaffungswesen erhebliche Handelshemmnisse schafft. Ein diskriminierendes öffentliches Beschaffungswesen und sonstiges wettbewerbswidriges Verhalten sind nach dem EG-Vertrag verboten; nach dem EG-Vertrag gilt die positive Pflicht, Ausschreibungen zu veröffentlichen, um das Verbot der Diskriminierung zu unterstützen.³²³⁾

Es wurden verschiedene Richtlinien erlassen, um die Verfahren für öffentliche Großaufträge zu regeln.³²⁴⁾

Nach diesen Richtlinien müssen Einrichtungen transparente Verfahren befolgen, um diskriminierendes Verhalten zu verhindern und zu überwachen und so für einen gemeinschaftsweiten Wettbewerb zu sorgen.

Fallen Sozialversicherungsträger und insbesondere Gesundheitseinrichtungen in den Anwendungsbereich der Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen?

Zur Beantwortung dieser Frage ist die Definition des Begriffs „öffentlicher Auftraggeber“ äußerst wichtig. Der Aufbau der Richtlinien ist so beschaffen, dass sie sich auf das Beschaffungsverhalten sämtlicher Einheiten, die eng mit dem Staat verbunden sind, beziehen.³²⁵⁾

Damit die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen gelten, muss der öffentliche Auftraggeber ein Staat oder eine Einrichtung des öffentlichen Rechts sein.³²⁶⁾ Um als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu gelten, müssen verschiedene kumulative Kriterien erfüllt sein:

- die Einrichtung muss zu dem besonderen Zweck gegründet sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
- eine Rechtspersönlichkeit besitzen und
- überwiegend vom Staat oder von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert werden oder hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegen oder ihr Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan muss mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die vom Staat oder von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.

Trotz dieser Definition werden die im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben von einer ganzen Reihe von Einrichtungen wahrgenommen, die streng genommen nicht unter den Begriff „öffentlicher Auftraggeber“ zu zählen sind, da sie formal nicht Bestandteil des Staates sind und auch nicht alle Kriterien erfüllen, die nach der Definition für Einrichtungen des öffentlichen Rechts gegeben sein müssen.³²⁷⁾

Der Begriff des Staates ist im funktionellen Sinne zu verstehen. Das Ziel der Richtlinie, welche die tatsächliche Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge anstrebt, wäre gefährdet, wenn sie allein deswegen unanwendbar wäre, weil ein öffentlicher Bauauftrag von einer Einrichtung vergeben wird, die geschaffen wurde, um ihr durch Gesetz zugewiesene Aufgaben zu erfüllen, die jedoch nicht förmlich in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist.³²⁸⁾

Um unter diese Richtlinien zu fallen, müssen Einrichtungen daher nicht förmlich in die staatliche Verwaltung eingegliedert sein, sondern im Auftrag des Staates tätig sein.³²⁹⁾

Zusätzlich zu den Elementen der Leitung oder Finanzkontrolle ist die Funktionalität ein Instrument zur Bewertung der Beziehung zwischen einer Einrichtung und dem Staat, das die Bedeutung der wesentlichen Faktoren wie die Absicht und den Zweck der Gründung der Einrichtung belegt.³³⁰⁾

Beim öffentlichen Beschaffungswesen geht es um den öffentlichen Markt, in dem der Staat und seine Einrichtungen im öffentlichen Interesse agieren.³³¹⁾ Im öffentlichen Markt herrschen nicht die gewerblichen Merkmale des privaten Unternehmertums vor, da der öffentliche Sektor nicht auf Gewinnmaximierung ausgerichtet ist, sondern dem öffentlichen Interesse dienen will.³³²⁾

In dieser Hinsicht grundlegend ist, dass die Einrichtungen nicht gewerblicher Art sind, sondern gegründet wurden, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen. Wenn eine Einrichtung im Allgemeininteresse tätig ist, so impliziert dies, dass sie nicht nur im besonderen Interesse einer bestimmten Personengruppe handelt, sondern eine gesamte Kommune oder Gemeinschaft im Blick hat.³³³⁾

Der Gerichtshof handhabte diesen Begriff im Wege der direkten Analogie mit dem Begriff des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses nach Artikel 86 Absatz 2³³⁴⁾. Das Kriterium der nicht gewerblichen Art soll den Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben präzisieren. Die Frage, ob private Unternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen könnten, ist unerheblich. Die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen können auf eine bestimmte Stelle angewandt werden, selbst wenn Privatunternehmen die gleichen Aufgaben erfüllen oder erfüllen könnten, und das Fehlen von Wettbewerb ist keine notwendige Voraussetzung des Begriffs „Einrichtung des öffentlichen Rechts“. Jedoch kann das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und

insbesondere der Umstand, dass die betreffende Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb steht, darauf hinweisen, dass es sich nicht um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nicht gewerblicher Art handelt.³³⁵⁾

Indem er die Liste der Einrichtungen des öffentlichen Rechts analysiert, die in Anhang 1 zu der Richtlinie enthalten ist, stellt der Gerichtshof fest, dass es sich dabei im Allgemeinen um solche Aufgaben handelt, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.

Eine Einrichtung, die keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt, deren Geschäftsführung aber an Leistungs- Effizienz- und Wirtschaftlichkeitskriterien ausgerichtet ist und die in einem wettbewerblich geprägten Umfeld tätig wird, stellt daher keine Einrichtung des öffentlichen Rechts dar.³³⁶⁾

Wenn folglich Stellen oder Einrichtungen – wie Krankenversicherungsträger – Tätigkeiten ausüben, ohne dass diese gewerblicher Art sind oder zur Gewinnmaximierung dienen, sondern das Anbieten von Gütern und das Erbringen von Dienstleistungen im öffentlichen und damit im Allgemeininteresse beinhalten, so sind diese im öffentlichen Markt tätig, was wiederum bedingt, dass für sie die Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen gelten. Diese Vorstellung entspricht recht genau derjenigen im Wettbewerbsrecht. Die Tatsache, dass diese Einrichtungen eine doppelte Kapazität haben, da sie sowohl soziale als auch wirtschaftliche Tätigkeiten ausüben, ist hier unerheblich. Wichtig ist, dass eine Einrichtung zu dem Zweck gegründet wurde, den im Allgemeininteresse liegenden Bedarf zu erfüllen. In dieser Hinsicht ist es unerheblich, dass eine solche Einrichtung zusätzlich auch andere Tätigkeiten wahrnehmen darf, und selbst die Tatsache, dass auf die Erfüllung des im Allgemeininteresse liegenden Bedarfs lediglich ein kleiner Teil der Tätigkeiten entfällt, die sie tatsächlich wahrnimmt, ist unerheblich, sofern sie diesen Bedarf, den sie insbesondere erfüllen muss, weiterhin befriedigt. Die Tatsache, dass eine Einrichtung zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein muss, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, bedeutet daher nicht, dass sie einzig und allein solche Aufgaben zu erfüllen hätte.³³⁷⁾

Wenn es sich bei einer Einrichtung also um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, muss diese die Regeln für das öffentliche Beschaffungswesen anwenden, unabhängig von der Tatsache, ob sie einen im Allgemeininteresse liegenden Bedarf erfüllt oder lediglich gewerbliche Interessen verfolgt. Gesundheitseinrichtungen, die Ausrüstung und Gebäude für eigene Zwecke erwerben, müssen daher die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen beachten.³³⁸⁾

Im Falle der Krankenversicherungsträger, die Sachleistungen erbringen, finden die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen Anwendung auf die Beziehung zwischen den Trägern und den Erbringern der

Dienstleistungen. In solchen Fällen handelt es sich bei den Verträgen, die zwischen den Trägern und den Erbringern der Dienstleistungen geschlossen werden, um Rahmenverträge, bei denen sich Letztere verpflichten, bestimmte Dienstleistungen für Patienten im Auftrag der Träger zu erbringen. In der Rechtssache *Tögel* befand der Gerichtshof, dass die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen auf die Verträge zwischen den Sozialversicherungsträgern und den Transportbetreibern Anwendung finden, wobei die ausreichende Versorgung der Versicherten und ihrer anspruchsberechtigten Angehörigen mit den gesetzlich und satzungsmäßig vorgesehenen Leistungen sicherzustellen sei.³³⁹⁾

Dies impliziert jedoch auch, dass das öffentliche Vergaberecht und das Wettbewerbsrecht gelten.³⁴⁰⁾

Einheiten, die unter die Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen fallen, müssen im Regelfall entweder offene Verfahren (bei denen jeder ein Gebot abgeben kann) oder nicht offene Verfahren (bei denen lediglich ausgewählte Firmen ein Gebot abgeben dürfen) anwenden.

Während der letzten Jahre sind in vielen Mitgliedstaaten unterschiedliche Arten von öffentlich-privaten Partnerschaften gegründet worden, und zwar in Form von Gemeinschaftsunternehmen oder in Form der privaten Finanzierung öffentlicher Vorhaben. Ferner wird der private Sektor immer häufiger als Erbringer öffentlicher Dienstleistungen tätig. Dies gilt auch für den Bereich der Gesundheit. Die Projekte, die im Vereinigten Königreich als privat finanzierte Initiativen (Private Finance Initiative - PFI) durchgeführt werden, sind Beispiele hierfür. Bei diesen Projekten wird der private Sektor mit der Bereitstellung und Verwaltung von Vermögenswerten sowie der Bereitstellung der finanziellen Mittel betraut und er wird für die Benutzung der Vermögenswerte bezahlt. Bei dieser öffentlich-privaten Kooperation erbringt nicht mehr länger der Staat die Dienstleistungen. Sofern die öffentlichen Auftraggeber die öffentlichen Aufträge über private Unternehmen unter ihrer Kontrolle vergeben, fallen sie nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen, da die Einheiten, welche die in Frage kommenden Verträge vergeben, nicht als öffentliche Auftraggeber im Sinne der Richtlinien eingestuft werden können.

In gewisser Weise hat der Gerichtshof eine Antwort hierauf gefunden, indem er feststellte, dass in Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber einen entgeltlichen Vertrag für Dienstleistungen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen fallen, mit einem Unternehmen schließt, das rechtlich getrennt von ihr ist, die Verfahren für das öffentliche Beschaffungswesen stets anzuwenden sind, unabhängig davon, ob jene Einrichtung für sich betrachtet ein öffentlicher Auftraggeber ist oder nicht.³⁴¹⁾ In Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen gründet, um Verträge zu dem alleinigen Zweck zu schließen, die Bestimmungen des öffentlichen Vergaberechts zu

umgehen, dürften die einschlägigen Richtlinien gelten. Sofern die Durchführung eines Projekts nicht zu den Zielen und dem Zweck eines Unternehmens beiträgt, wird davon ausgegangen, dass das betreffende Projekt „im Namen eines anderen Unternehmens“ vergeben wird, und sofern der Begünstigte ein öffentlicher Auftraggeber ist, der unter das öffentliche Vergaberecht fällt, dürften ebenfalls die einschlägigen Richtlinien gelten.³⁴²⁾

Da offene und nicht offene Verfahren für viele Projekte nicht geeignet sind, ist mit den neuen Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen (Richtlinie 2004/18/EG und Richtlinie 2004/17/EG) ein neues, flexibleres Instrument vorgesehen worden; sie erlauben es den öffentlichen Auftraggebern, die Methode des wettbewerblichen Dialogs anzuwenden.³⁴³⁾

Schlussbemerkungen

Es besteht überhaupt kein Zweifel daran, dass der Gesundheitssektor von der Anwendung der wettbewerblichen Regeln der EU nicht ausgenommen ist. Dies gilt sowohl für die Sozialversicherungsträger als auch die Mitgliedstaaten. Es dürfte wohl kaum überraschen, dass die Gesundheitsversorgung grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, trotz der Tatsache, dass es sich hierbei nicht um einen Markt der üblichen Art handelt und dass bestimmte Schutzmaßnahmen garantiert werden müssen.

Daher steht das Wettbewerbsrecht gelegentlich im Konflikt zu Elementen der nationalen Solidarität. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes hat gezeigt, dass es nicht immer einfach ist, zwischen sozialen und wirtschaftlichen Tätigkeiten zu unterscheiden. Der Gesundheitssektor ist in der Tat in erheblichem Maße vom Wettbewerb beeinflusst. Wie in den Rechtsstreitigkeiten entschieden wird, ist jedoch ziemlich unvorhersehbar, und auch die angewendeten Kriterien sind alles andere als klar. Auf der anderen Seite versteht der Gerichtshof offenbar die Sorgen und Bedenken, welche die Mitgliedstaaten in dem Fall hegen, dass die Elemente der Solidarität auf dem Spiel stehen, und behandelt die Sozialversicherungssysteme mit gewisser Vorsicht.

Selbst wenn der Gerichtshof der Ansicht ist, dass er es mit einem Unternehmen zu tun hat, da die Merkmale für das Bestehen einer Solidargemeinschaft nicht ausreichend sind, bedeutet dies nicht, dass die Wettbewerbsregeln in vollem Umfang gelten.

Es mag sein, dass sich eine Ausnahme von der Anwendung der Wettbewerbsregeln und der Regeln in Bezug auf den Missbrauch einer beherrschenden Stellung aus Artikel 86 Absatz 2 herleiten lässt. Nach Artikel 86 Absatz 2 gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften des Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder

tatsächlich verhindert und sofern die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.³⁴⁴⁾

In den verbundenen Rechtssachen *Albany, Brentjens* und *Drijvende Bokken*³⁴⁵⁾ ging der Gerichtshof, nachdem er entschieden hatte, dass das ausschließliche Recht des Betriebsrentenfonds, die Zusatzrenten zu verwalten, den Wettbewerb behindere und einen Verstoß gegen Artikel 86 Absatz 1 EG-Vertrag darstelle,³⁴⁶⁾ der Frage nach, ob der Verstoß nach Artikel 86 Absatz 2 gerechtfertigt sei.³⁴⁷⁾ Er stellte fest, dass das betreffende Rentensystem in der Tat eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ erbringe und dass das ausschließliche Recht erforderlich sei, um jene Dienstleistung zu erfüllen. Um in diesem Sinne zu entscheiden, erwog der Gerichtshof ausdrücklich Aspekte der sozialen Solidarität.³⁴⁸⁾ Der betreffende Fonds arbeite in hohem Maß nach dem Grundsatz der Solidarität, was insbesondere aus der Tatsache resultiere, dass die Beiträge risikounabhängig seien, dass die Verpflichtung bestehe, alle Arbeitnehmer ohne vorherige ärztliche Untersuchung aufzunehmen, dass sich der Erwerb von Rentenansprüchen unter Befreiung von der Beitragszahlung bei Arbeitsunfähigkeit fortsetze, dass die vom Arbeitgeber geschuldeten Beitragsrückstände durch den Fonds bei Konkurs des Arbeitgebers übernommen und die Höhe der Renten zur Erhaltung ihres Wertes indexiert würden. Darüber hinaus stellte der Gerichtshof Folgendes fest: „Bei Wegfall des ausschließlichen Rechts des Fonds, das Zusatzrentensystem für alle Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs zu verwalten, würden sich die Unternehmen, die junges und gesundes Personal mit nicht gefährlichen Tätigkeiten beschäftigen, bei privaten Versicherern um günstigere Versicherungsbedingungen bemühen. Das fortschreitende Ausscheiden von „guten“ Risiken beließe dem Betriebsrentenfonds die Verwaltung eines wachsenden Anteils von „schlechten“ Risiken, was zu einer Erhöhung des Aufwands für die Renten der Arbeitnehmer, insbesondere derjenigen kleiner und mittlerer Unternehmen mit einem älteren, gefährlichen Tätigkeiten ausübenden Personal, führen würde, denen der Fonds zu annehmbaren Kosten keine Renten mehr anbieten könnte.“

Daher können Bürger zur Mitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem, das von privaten Unternehmen verwaltet wird, verpflichtet sein.

Noch bemerkenswerter war jedoch die folgende Feststellung des Gerichtshofes in dieser Rechtssache:

„Ferner umfasst die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Artikel 3 Buchstaben g) und i) EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 3 Absatz 1 Buchstaben g) und j) EGV) nicht nur ‚ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt‘, sondern auch ‚eine Sozialpolitik‘. Nach Artikel 2 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 2 EGV) ist es nämlich

u. a. Aufgabe der Gemeinschaft, ‚eine harmonische und ausgewogene Entwicklung des Wirtschaftslebens‘, ‚ein hohes Beschäftigungsniveau‘ und ‚ein hohes Maß an sozialem Schutz‘ zu fördern.“

Somit wiegen die sozialen Ziele schwerer als der Binnenmarkt.

Artikel 86 Absatz 2 ließe sich folglich wirksam geltend machen, um die Anwendung der Wettbewerbsregeln außer Kraft zu setzen, insbesondere wenn die Tätigkeit nicht den Bedingungen genügt, die eine Einstufung als eine „im Kern“ solidarische Tätigkeit ermöglichen würden, aber dennoch genügend Aspekte der Solidarität aufweist, einschließlich der Pflichtmitgliedschaft.³⁴⁹⁾ Somit ist für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem Sozialrecht gesorgt.

Soziale Ziele spielen aber nicht nur im öffentlichen Sektor eine Rolle. Die weit gefasste Auslegung der im Allgemeininteresse liegenden Ausnahme nach Artikel 54 der Schadenversicherungsrichtlinie weist in die gleiche Richtung.

Diese Tendenz ist wichtig in einer Zeit, in der es bei der sozialen Sicherheit mehr und mehr zu einer Abwendung von den öffentlichen Systemen und einer Hinwendung zu den gemischten öffentlich-privaten Systemen kommt. Selbst wenn private Elemente in die Sozialversicherungssysteme aufgenommen werden, verhält es sich offenbar nicht so, dass die Gesetze des freien Marktes gnadenlos gelten. Der Gerichtshof anerkennt, dass Systeme mit bestimmten sozialen Zielsetzungen vor der vollständigen Anwendung der Wettbewerbsregeln geschützt werden können.

Im folgenden Kapitel wird untersucht, ob und wie der Begriff des allgemeinen (wirtschaftlichen) Interesses verwendet werden kann, um die vollständige Anwendung der Binnenmarktregeln im Gesundheitssektor zu verhindern.

IV. Der Begriff der “Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ als Gegengewicht zu den Binnenmarktregeln

1) Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

A. Situation

Der Begriff des „*service of general interest*“ (Dienstleistung von allgemeinem Interesse) wurde merkwürdigerweise zuerst im dem amerikanischen „*Communications Act*“ (Kommunikationsgesetz) von 1934 als Argument zur Schaffung eines Monopols im Bereich der Telefonie in den Vereinigten Staaten von Amerika verwendet; damals herrschten auf dem Telefoniemarkt chaotische Zustände, nachdem die Rechte von G. Bell an seinem geistigen Eigentum ausgelaufen waren. Das ist in der Tat sehr merkwürdig, da der Begriff „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ in Europa eng mit dem Abbau und der Privatisierung staatlicher Monopole verknüpft ist und daher häufig als eine Art Gegengewicht hierzu erachtet wird. Während die öffentliche Intervention nach dem Zweiten Weltkrieg in allen Volkswirtschaften alltäglich war, vollzog sich in der Politik der späten 70er und während der gesamten 80er Jahre eine Abwendung von dem keynesianischen Ansatz und eine Hinwendung zur Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung. Die nationalen korporativen Systeme begannen unter dem Druck der exogenen wirtschaftlichen Schocks zusammenzubrechen, und „*the changes were enforced by economic necessity and more subtle changes in the prevalent ideological and economic paradigm*“ (die Änderungen wurden durch die wirtschaftliche Notwendigkeit sowie durch subtilere Veränderungen des vorherrschenden ideologischen und wirtschaftlichen Paradigmas erzwungen).³⁵⁰⁾ Im Jahr 1993 wurde in der Mehrzahl der Länder in der EU mit der Privatisierung begonnen. Die Reformen im öffentlichen Sektor Europas waren ein wesentlicher Aspekt bei der Abwendung vom Modell des Wohlfahrtsstaates und der Hinwendung zu einem Modell nach dem Wohlfahrts- bzw. Regulierungsstaat.³⁵¹⁾ In diesem Zusammenhang gab es große Befürchtungen bei bestimmten Interessengruppen, dass die öffentlichen und sozialen Dienstleistungen beeinträchtigt würden. Im Wege der gegenseitigen Konsultation, aber auch infolge örtlicher und regionaler Proteste und Konflikte in verschiedenen Mitgliedstaaten wurde das Thema „öffentliche Dienstleistungen“ als „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ auf die Tagesordnung der EU gesetzt und hat seither immer mehr an Bedeutung gewonnen. Jedoch hat es die Kommission während der gesamten Zeit vorgezogen, pragmatisch vorzugehen – im Gegensatz zu bestimmten Beteiligten, die entgegengesetzte Interessen verfolgen.³⁵²⁾ Seit 1993, nachdem der Vertrag von Maastricht den Weg für eine umfassende Betrachtung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse freigemacht hatte,³⁵³⁾ wird dieser Begriff in den Dokumenten der Gemeinschaft immer systematischer verwendet³⁵⁴⁾, und die

Vorstellung, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eine Abweichung von dem übergeordneten Grundsatz des unverfälschten Wettbewerbs darstellen, hat sich zu der Vorstellung gewandelt, dass sie „...eine der Grundsäulen sind, auf denen das europäische Gesellschaftsmodell gründet“³⁵⁵⁾, was den Weg für eine nutzbringende Wechselwirkung zwischen dem allgemeinen Interesse und dem liberalisierten Markt freimacht.

Der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ist schwierig zu definieren, wie anhand der Zusammenstellung von Diskussionsbeiträgen und Unterlagen verschiedener europäische Institutionen, der Mitgliedstaaten und von Kommentatoren ersichtlich ist; diese sind in Bezug auf Kohärenz und Klarheit nicht gerade vorbildlich.³⁵⁶⁾ In der Tat „it is difficult to define services of general interest in legal terms, but in general terms a service of general interest is one that has the following characteristics [...]“ (ist es schwierig, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse rechtlich zu definieren, aber allgemein betrachtet handelt es sich bei einer Dienstleistung um eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse, wenn sie folgende Merkmale aufweist [...]).³⁵⁷⁾ Es handelt sich um einen komplexen und dynamischen Begriff, der sich ständig weiterentwickelt und ständig neu bewertet wird, was nicht überrascht, da er eng mit der sich ständig ändernden Auffassung in Bezug auf die Rolle des Staates verknüpft ist. Im Anhang zum Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse heißt es, dass terminologische Unterschiede, semantische Unklarheit und unterschiedliche Traditionen in den Mitgliedstaaten die unterschiedlichen geschichtlichen, wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Entwicklungen widerspiegeln und in der Diskussion auf europäischer Ebene zu zahlreichen Missverständnissen geführt haben. Daher wird in dem Weißbuch die erste Gemeinschaftsdefinition des Begriffs der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die aus der ersten Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von 1996 stammt, wiederholt: „Der Begriff ‚Dienstleistungen von allgemeinem Interesse‘ ist im Vertrag selbst nicht enthalten. In der Gemeinschaftspraxis wurde er aus dem im Vertrag verwendeten Begriff ‚Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse‘ abgeleitet. Sein Bedeutungsspektrum reicht weiter als der Begriff ‚Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse‘, da er sich sowohl auf die marktbezogenen als auch die nichtmarktbezogenen Dienstleistungen bezieht, die von staatlichen Stellen im Interesse der Allgemeinheit erbracht und von ihnen daher mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.“³⁵⁸⁾ Zwar kann dies nicht als eine herkömmliche rechtliche Definition gelten, jedoch enthält sie einige wichtige Elemente für die Diskussion über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union. Erstens handelt es sich nicht um einen Begriff auf der Grundlage des Vertrags, sondern um einen vom Unterbegriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nach

Artikel 86 Absatz 2 EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft³⁵⁹) und nach Artikel 16 EG-Vertrag abgeleiteten Begriff. Zweitens erstreckt sich der Begriff nicht nur auf wirtschaftliche Tätigkeiten wie im Falle der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, sondern auch auf nichtwirtschaftliche Dienstleistungen, für welche die Schulpflicht, die soziale Sicherheit und bestimmte staatliche Vorrechte (wie Sicherheit, Justiz, Diplomatie oder das Register der Geburten, Todesfälle und Eheschließungen) typische Beispiele sind. Die wichtigste Folge der Einstufung als nichtwirtschaftliche Dienstleistung besteht darin, dass dann für die betreffende Dienstleistung die Binnenmarkt- und die Wettbewerbsregeln nicht gelten. Nach Auffassung der Kommission gibt es drei Kategorien von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse: (1) Von großen netzgebundenen Wirtschaftszweigen erbrachte Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Telekommunikation, Postdienste, Strom, Gas, Verkehr), (2) andere Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Abfallwirtschaft, Wasserversorgung, öffentlich-rechtlicher Rundfunk) sowie (3) nichtwirtschaftliche Dienstleistungen (soziale Sicherheit, Schulpflicht, staatliche Vorrechte) und Dienstleistungen ohne Auswirkung auf den Handel.³⁶⁰ Auf die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen wird in dem Abschnitt über die sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse eingegangen. Unabhängig davon jedoch, ob eine Dienstleistung wirtschaftlich ist oder nicht, muss sie als drittes wesentliches Merkmal als „von allgemeinem Interesse“ eingestuft und folglich mit bestimmten Verpflichtungen verknüpft sein. Wenn eine Dienstleistung „von allgemeinem Interesse“ ist, liegt das Ergebnis nämlich nicht nur im Interesse des Erbringers und des Verbrauchers, sondern auch im Interesse einer größeren Gruppe, nämlich „*the Community as a whole*“ (der Gemeinschaft als Ganzes).³⁶¹ In der Tat werden diese Dienstleistungen in einer Gesellschaft als so wesentlich erachtet, dass jeder Bürger unter angemessenen Bedingungen Zugang zu ihnen haben sollte, insbesondere was die Qualität und die Erschwinglichkeit betrifft.³⁶² Daher bestehen für die Erbringer bestimmte Auflagen, mit denen dafür gesorgt werden soll, dass bestimmte, im öffentlichen Interesse liegende Ziele erfüllt werden. Die Aufgabe der Einstufung obliegt den Behörden. Es ist nach wie vor Sache der nationalen, regionalen oder lokalen Staatsgewalt eines Mitgliedstaates, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, zu organisieren,³⁶³ zu finanzieren und zu überwachen. Aber auch aufgrund der Aufnahme von Artikel 16 EGV³⁶⁴ anlässlich der Regierungskonferenz von Amsterdam wird die Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse immer mehr als gemeinsame Verantwortung der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten gesehen. Hier spielt das Subsidiaritätsprinzip nach Artikel 5 EGV³⁶⁵ eine wichtige Rolle, denn auch die Kommission ist der Ansicht, dass Dienstleistungen von allgemeinem Interesse so bürgernah wie möglich organisiert und geregelt werden sollten, und sie beabsichtigt, erforderlichenfalls Vorschläge für eine sektorspezifische Regulierung zu formulieren, jedoch lediglich für diejenigen

Bereiche, die eindeutig europaweit ausgerichtet sind und fundierte Gründe dafür bieten, ein europäisches Konzept für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren. Eine solche Gemeinschaftsregelung gibt im Allgemeinen lediglich einen Regelungsrahmen vor, den die Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung länderspezifischer Gegebenheiten umsetzen und näher ausgestalten können. In der Debatte zum Grünbuch gab es einen breiten Konsens darüber, dass es nicht erforderlich sei, diese Situation zu ändern, indem die Gemeinschaft im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zusätzliche Befugnisse erhalte.³⁶⁶⁾

Ob die betreffenden Dienstleistungen nun „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (EU), „*services of public utility*“ (Vereinigtes Königreich), „*services publics*“ (Frankreich), „*diensten van algemeen belang*“ (Niederlande, Belgien) oder „Daseinsvorsorge“ (Deutschland) heißen, um nur ein paar Begriffe zu nennen, man kann einfach nicht umhin zu bemerken, dass es eindeutig einen Satz an gemeinsamen Werten oder bestimmten gemeinsamen Standards im Interesse der Verbraucher gibt, die allen nationalen Manifestationen des Konzepts zugrunde liegen. Hierbei handelt es sich um den gleichen Zugang, die hohe Qualität, die Kontinuität, die Erschwinglichkeit und den Schutz der Nutzer/Verbraucher. Der Aspekt der „universellen Dienstleistung“ beinhaltet, dass die betreffenden Dienstleistungen allen Nutzern und Verbrauchern im gesamten Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates in einer bestimmten Qualität und zu erschwinglichen Konditionen zur Verfügung stehen müssen, unabhängig vom jeweiligen geografischen Standort. Dies ist ein dynamisches und flexibles Konzept, gleichzeitig jedoch eine komplexe und anspruchsvolle Aufgabe für die zuständigen Behörden. Die Verpflichtung zur Kontinuität beinhaltet, dass der Erbringer verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass die Leistung ohne Unterbrechung erbracht wird. Die Kontinuität der Stromversorgung ist ein bekanntes Beispiel hierfür. Die Ansprüche, die an die Qualität und Erschwinglichkeit von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu stellen sind, beinhalten in erster Linie, dass die zuständigen Behörden eine wichtige Rolle dabei spielen, Qualitätsanforderungen festzulegen sowie diese zu überwachen und durchzusetzen. Auf der anderen Seite müssen die Dienstleistungen im allgemeinen Interesse auch zu erschwinglichen Konditionen zur Verfügung gestellt werden, was bedeutet, dass die betreffenden Dienste der Öffentlichkeit zu einem „angemessenen“ Preis angeboten werden sollten, wobei die spezifische Einkommenssituation bestimmter Verbraucher zu berücksichtigen und auf bestimmte schwache Gruppen der Gesellschaft zu achten ist, z. B. mittels Preiskontrolle oder Subventionierung der Bereitstellung der in Frage kommenden Dienstleistungen. Als letzter Grundsatz für die Bereitstellung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gilt, dass die einschlägigen Regeln zum Schutz der Nutzer und Benutzer im Regelfall Anwendung finden. Dies gilt für die grundlegenden Anforderungen an eine hohe Qualität der

Dienstleistungen, ein hohes Maß an Sicherheit der Dienstleistungen, die Transparenz (z. B. der Prämien, der Verträge, der Auswahl und Finanzierung der Erbringer), eine zufrieden stellende Auswahl an Dienstleistungen und Anbietern, das Bestehen von Regulierungsinstanzen, das Vorhandensein von Rechtsmitteln, die Vertretung und aktive Beteiligung der Verbraucher und Leistungsempfänger bei der Definition und Bewertung der Leistungen und der Zahlungsweise usw. Weitere Grundsätze, die im Zusammenhang mit den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse genannt werden, sind Gleichheit, Zuverlässigkeit, Partizipation, Vereinfachung der Verfahren, Rentabilität, Effizienz und Bewertung der Ergebnisse.³⁶⁷⁾ Diese gemeinsamen Elemente sorgen dafür, dass es Raum zur Definition eines Gemeinschaftskonzepts für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gibt.

Bis zum heutigen Tage hängt die Debatte über die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf der Ebene der Europäischen Union sehr eng mit dem Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Artikel 86 Absatz 2 zusammen, da es hierbei um eine Ausnahme von den Bestimmungen des Vertrags in Bezug auf Unternehmen geht, die mit der Aufgabe der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses betraut sind und einen bestimmten grundlegenden Bedarf wie Verkehr, Post, Energie und Telekommunikation befriedigen, sowie um sonstige wirtschaftliche Tätigkeiten, die Gegenstand von Gemeinwohlverpflichtungen sind. Des Weiteren geht es im Weißbuch hauptsächlich, wenn auch nicht ausschließlich, um Aspekte im Zusammenhang mit „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“. Das ist nicht überraschend, da es im Vertrag selbst im Wesentlichen um wirtschaftliche Tätigkeiten geht. Der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ wird lediglich verwendet, wenn es nicht erforderlich ist, die Art der betreffenden Dienstleistungen genau zu benennen, oder wenn im Wortlaut auch auf die nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten Bezug genommen wird. Dies kann allerdings zu erheblichen Missverständnissen führen, da der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, der als allgemeiner Begriff gedacht ist, auf diese Weise (zu stark) mit den nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten in Zusammenhang gebracht wird und die Gefahr besteht, dass er schließlich als Synonym für die „nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten“ verstanden wird. Nichtsdestoweniger ist eine Entwicklung im Ansatz der Kommission deutlich, wenn man ihre erste Mitteilung über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa von 1996 mit dem Weißbuch von 2004 vergleicht. In der ersten Mitteilung wird ausdrücklich auf die „relevanten Sektoren“ Telekommunikation, Post, Verkehr, Energieversorgung und Hör- und Fernsehfunk eingegangen, während im jüngst bekannt gegebenen Weißbuch das Thema offener angegangen wird, indem ein allgemeiner Ansatz gewählt wird und wichtige Abschnitte über die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen sowie die Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen hinzugefügt werden, so dass die Debatte aus dem Kontext des rein am Wettbewerb orientierten

Markts herausgelöst wird. Dennoch ist es unerlässlich, einen Überblick der Funktion von Artikel 86 Absatz 2 zu geben, wenn man über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union diskutieren will.

B. Die wichtige Funktion von Artikel 86 EGV

Artikel 86 ist wie folgt beschrieben worden: „Die zentralen Bestimmungen, in denen Gemeinschaftszielemit der Erfüllung eines staatlichen Auftrags von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Einklang gebracht werden, sind in Artikel 86 ... verankert,...“. Nach Ansicht des Gerichtshofes soll dieser Artikel auch „das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln und der Wahrung der Einheit des gemeinsamen Marktes in Einklang bringen [...]“.³⁶⁸⁾ Er beinhaltet eine Ausnahme von den Vorschriften des Vertrags³⁶⁹⁾ für Unternehmen, die mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, und spiegelt einer Rechtsauffassung wider, „the chief purpose of which is to delineate activities deserving of special treatment within the European Community legal system from those which must submit to all the rules of the internal market“ (deren Hauptzweck darin besteht, die Tätigkeiten, die im Rahmen des Rechtssystems der Europäischen Gemeinschaft anders behandelt werden sollten als diejenigen, die allen Regeln des Binnenmarktes genügen müssen, von diesen zu unterscheiden).³⁷⁰⁾ In dem Artikel heißt es:

„1. Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

2. Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.

3. Die Kommission achtet auf die Anwendung dieses Artikels und richtet erforderlichenfalls geeignete Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten.“

Artikel 86 Absatz 2 findet Anwendung, wenn die betreffenden Unternehmen mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind und die Anwendung der Bestimmungen des Vertrags die Durchführung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich behindert, jedoch darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem

Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft. Artikel 86 fußt auf drei Grundsätzen. Erstens enthält der Artikel keine Bestimmungen in Bezug auf die Frage des Eigentums, was voll und ganz im Sinne von Artikel 295 EGV ist, nach dem der Vertrag die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt lässt. Das Gemeinschaftsrecht verlangt nicht die Privatisierung öffentlicher Körperschaften. Die Kommission hebt deutlich hervor, dass sie das private oder gemischte Eigentum an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, nicht in Frage stellt, und betont ausdrücklich, dass es ihr in erster Linie um das Interesse der Bürger Europas an zuverlässigen, effizienten und erschwinglichen Dienstleistungen geht. Auch dies könnte einer der Gründe sein, warum der Begriff „öffentliche Dienstleistung“ im offiziellen politischen Diskurs durch den neutraleren Begriff „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ ersetzt wurde. Geschützt ist in der EU die Dienstleistung selbst, nicht der Erbringer. Somit gilt, dass „*a service, [...], does not lose its general interest character merely because it is not the State that is providing it and vice versa*“ (eine Dienstleistung [...] nicht den Charakter des Allgemeininteresses nur deswegen einbüßt, weil nicht der Staat sie erbringt, und umgekehrt).³⁷¹⁾ Wie bereits erwähnt, besteht der zweite Grundsatz in der Freiheit der Mitgliedstaaten, auf der Grundlage der spezifischen Merkmale der Tätigkeit festzulegen, was sie als Aufgabe von allgemeinem Interesse erachten, und anschließend bestimmte Unternehmen mit der Erbringung zu betrauen, wobei diesen ausschließliche oder besondere Rechte gewährt werden, sie reguliert und finanziert werden usw.. Die Mitgliedstaaten verfügen über einen großen Ermessensspielraum und somit über die Freiheit, die Politik zu gestalten. Dennoch unterliegen sie der Kontrolle durch den Gerichtshof, was offensichtliche Fehler betrifft.³⁷²⁾ Natürlich können Dienstleistungen, die offensichtlich Einzelinteressen dienen, nicht von der Anwendung der Binnenmarktfreiheiten und der Wettbewerbsregeln ausgenommen werden. Damit die Ausnahme nach Artikel 86 Absatz 2 greifen kann, muss der Versorgungsauftrag in jedem Falle klar definiert und durch Hoheitsakt aufgetragen sein, was weit ausgelegt wird, da es sich hierbei auch um spezifische Verträge zwischen einer Behörde und einem betrauten Unternehmen handeln kann. Jedoch sind die Erbringer von Dienstleistungen in allgemeinem wirtschaftlichem Interesse Unternehmen, so dass sie den Wettbewerbsregeln unterliegen. Entscheidungen über die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten zugunsten der Leistungserbringer bzw. über deren anderweitige Bevorzugung können auf eine Vertragsverletzung hinauslaufen. Die Rechtsprechung macht deutlich, dass dies insbesondere dann zutrifft, wenn die vom Leistungserbringer zu erfüllenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß festgelegt werden,³⁷³⁾ der Leistungserbringer nachweislich nicht in der Lage ist, den Bedarf zu decken³⁷⁴⁾ oder es eine alternative Methode zur Erfüllung der Verpflichtungen gibt, die weniger wettbewerbsverzerrende Auswirkungen hätte.³⁷⁵⁾ Schließlich ist auch noch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in

dem Artikel niedergelegt, denn die Einschränkungen gegenüber den Bestimmungen des EG-Vertrags und insbesondere die Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten dürfen nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinausgehen.

Die Auslegung dieses Artikels hat eine umfangreiche, komplexe und manchmal rätselhafte Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Fragen nach sich gezogen, was genau die Bedeutung des Begriffs „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ sei³⁷⁶⁾, ob Unternehmen tatsächlich mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut waren,³⁷⁷⁾ ob die übertragenen Aufgaben durch die Anwendung der normalen Vorschriften des Vertrags verhindert wird³⁷⁸⁾ und inwieweit Artikel 86 Absatz 2 auf die sonstigen Vorschriften des Vertrags Anwendung findet.³⁷⁹⁾ Der Begriff „von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ impliziert einen Universaldienst. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind durch die von einem Mitgliedstaat oder dessen Behörden auferlegte Verpflichtung gekennzeichnet, für die Öffentlichkeit in einem bestimmten Gebiet eine Dienstleistung zu erbringen und unabhängig von der Wirtschaftlichkeit dafür zu sorgen, dass sie allen Personen zu erschwinglichen Preisen allgemein zugänglich ist³⁸⁰⁾.

In Bezug auf die hier behandelte Kernfrage dürfte der wichtigste Gesichtspunkt der Rechtsprechung zu Artikel 86 Absatz 2 der offensichtliche Wandel des Ansatzes des Gerichtshofes bei dessen Auslegung sein. In der frühesten Rechtsprechung des Gerichtshofes³⁸¹⁾ zog dieser die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des betrauten Unternehmens als entscheidendes Kriterium zur Bewertung der Frage heran, ob die Durchführung der genannten Aufgaben durch die Anwendung der Vorschriften des Vertrags verhindert werde. Der Gerichtshof wandte sich in der Tat von diesem „Verhinderungsansatz“ ab, für den eine wirtschaftliche Analyse der Leistung des betrauten Unternehmens im Hinblick darauf, ob sie den Vertrag vollständig erfülle, das wesentliche Instrument darstellte und für den Artikel 86 einer „... von unterschiedlichen Bestimmungen über Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch staatlichen Eingriff“³⁸²⁾ war. Der Gerichtshof änderte seine Rechtsprechung zugunsten einer umfassenderen Bewertung, in deren Rahmen er weitere Bedingungen, unter denen Unternehmen tätig sind, berücksichtigt und sich infolgedessen stärker an einem „bewertenden Ansatz“ orientiert. Diese eher wohlwollende Haltung kam zum ersten Mal 1993 im Urteil in der Rechtssache *Corbeau*³⁸³⁾ zum Ausdruck, in dem der Gerichtshof bei der Begründung seines Urteils bereits davon ausging, dass die Verpflichtung des mit der Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt. Hiermit erhielten Absatz 1 und Absatz 2 des Artikels 86 EGV zum ersten Mal gleiches Gewicht. Dies wurde 1994 im Urteil in der Rechtssache *Almelo*³⁸⁴⁾ weiter ausgeführt, in der

der Gerichtshof entschied, dass „... die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, u. a. die Kosten, die es zu tragen hat, und die – insbesondere umweltrechtlichen – Vorschriften zu berücksichtigen sind, die es zu beachten hat“; hier wurden die Begründung für die Dienstleistung von allgemeinem Interesse nach Artikel 86 Absatz 2 und der Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln gegeneinander abgewogen. Die „Prüfung der wirtschaftlichen Lebensfähigkeit“ wurde dann zum letzten Mal in den 90er Jahren in den Energieerzeuger betreffenden Rechtssachen³⁸⁵⁾ herangezogen, in denen der Gerichtshof wie folgt entschied: „Die Vorschriften des Vertrages sind daher gemäß Artikel 90 Absatz 2 [jetzt Artikel 86 Absatz 2] EG-Vertrag bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut ist, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, tatsächlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist.“ Dieser Wechsel „from economic measurement to value judgment“ (von ökonomischer Messung hin zu bewertendem Urteil)³⁸⁶⁾ könnte als Entwicklung ähnlich dem Konzept der rule of reason (Vernunftregel), wie es aus der Rechtsprechung über die Binnenmarktregeln bekannt ist, erachtet werden.³⁸⁷⁾ In der Tat sind die Gesamtumstände vergleichbar. Während das Urteil in der Rechtssache Cassis für die Rechtsprechung in Bezug auf den freien Warenverkehr von Bedeutung war und einen erheblichen Einfluss auf die nationalen Vorschriften hatte, wurde hierdurch auch deutlich, dass man die Begründungen, die sich auf ein übergeordnetes Interesse bezogen, weiter fassen musste. *Mutatis mutandis* könnte man argumentieren, dass der wachsende Einfluss der Wettbewerbsregeln auf die betrauten Unternehmen aufgrund der Einführung von Marktelementen in die Bereiche von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine breitere Basis erfordert, auf der man Ausnahmen rechtfertigen kann, um die nach dem Gemeinschaftsrecht anerkannten Zwecke zu schützen. Der gegenwärtige Status von Artikel 86 Absatz 2 und dessen großzügigere Anwendung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes untermauern die Vorstellung, dass dieser Artikel das Potenzial hat, ein wertvolles und nützliches Gegengewicht zum Einfluss der Vorschriften des Vertrags über die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu schaffen.

Dieser Status wird durch Artikel 16 EGV³⁸⁸⁾ gestärkt, der im Vertrag von Amsterdam aus dem Jahr 1997 neben den häufiger genannten Werten der Gemeinschaft wie die Nichtdiskriminierung und die Gleichbehandlung als Grundsatz verankert wurde, was zu einer horizontalen³⁸⁹⁾ Anwendbarkeit der gemeinsamen Werte führte, die den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zugrunde liegen. Zwar sollte man das Potenzial dieses Artikels nicht überschätzen, jedoch weist die Aufnahme der neuen Fassung desselben in dem Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa darauf hin, dass

sich etwas bewegt, was den Status der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf der Gemeinschaftsebene betrifft, denn eine Rechtsgrundlage für die Rechtsetzungstätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist „in fine“ in Artikel III-6 aufgenommen worden.³⁹⁰⁾ Artikel II-36 des Verfassungsentwurfs, ehemals Artikel 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, vervollständigt das Bild, denn dort heißt es wie folgt: *„Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit der Verfassung geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern“*. Dieser Aspekt der Verfassungs- und Grundrechte (bzw. Sozialrechte) der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse spiegelt sich auch in dem Ansatz der Gemeinschaft wider, der das Thema der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse eng mit der Unionsbürgerschaft (Artikel 17 EGV)³⁹¹⁾ verknüpft. Hier werden die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als *„something to which all citizens enjoy a right“* (etwas, auf das alle Bürger einen Anspruch haben“ gesehen. Die „soziale Staatsbürgerschaft“ kann wie die politische Staatsbürgerschaft als ein Gleichmaß an Rechten und Pflichten definiert werden, und *„as so defined social citizenship includes, without question, equal access to certain services (i.e. services of general economic interest as referred to in Article 90(2) [now Article 86(2)] of the Treaty) of appropriate quality“* (so definiert umfasst die soziale Staatsbürgerschaft zweifelsohne den gleichen Zugang zu bestimmten Dienstleistungen (d. h. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 90 Absatz 2 [jetzt Artikel 86 Absatz 2] des Vertrags)).³⁹²⁾ Aufgrund dieses Bottom-up-Ansatzes wurde die Diskussion auf alle Dienstleistungen ausgeweitet, auf welche die Bürger der Europäischen Union möglicherweise einen Anspruch haben, und die Unterschiede zwischen den verschiedenen möglichen Arten von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, Dienstleistungen der netzgebundenen Wirtschaftszweige, nichtwirtschaftliche Dienstleistungen, Sozialdienstleistungen) sind verwischt.

Was die Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse betrifft, so darf man nicht außer Acht lassen, dass sich die verschiedenen Dienstleistungen dieser Art mit Marktmechanismen allein nicht rentabel erbringen lassen. Ein spezifisches Merkmal der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ist in der Tat, dass sie auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt hierfür nicht genügend Anreize bietet. Daher bedarf es besonderer Regelungen, um das finanzielle Gleichgewicht des Anbieters sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten können unterschiedliche Systeme anwenden, um das finanzielle Gleichgewicht der Anbieter von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abzusichern. Zu den von den Mitgliedstaaten angewendeten Finanzierungssystemen zählen finanzielle

Direkthilfen aus dem Staatshaushalt (z. B. Subventionen oder andere finanzielle Vergünstigungen wie etwa Steuersenkungen), besondere oder ausschließliche Rechte (z. B. ein gesetzliches Monopol), Beiträge von Marktteilnehmern (z. B. Universaldienstfonds), die Erhebung gleich hoher Gebühren (z. B. die Erhebung einer landesweit einheitlichen Gebühr ungeachtet beträchtlicher Kostenunterschiede bei der Erbringung der betreffenden Leistung) oder die Finanzierung nach dem Solidarprinzip (z. B. Sozialversicherungsbeiträge). Die Mitgliedstaaten können selbst entscheiden, welches System sie zur Finanzierung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einsetzen möchten. Sie müssen lediglich sicherstellen, dass das gewählte System das Funktionieren des Binnenmarktes nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt. Insbesondere können die Mitgliedstaaten Ausgleichszahlungen gewähren, die für das Funktionieren einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse unerlässlich sind. Im Falle der Übererschädigung durch den Mitgliedstaat finden die Beihilferegeln Anwendung, wie aus der umfangreichen Rechtsprechung und mehreren Maßnahmen der Kommission ersichtlich ist.³⁹³⁾

2) Gesundheitsleistungen als Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

A. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Wie aus Artikel 16 EGV ersichtlich ist, spielen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eine wichtige Rolle bei der Förderung „des sozialen und territorialen Zusammenhalts“ in der Gemeinschaft. Somit ist dieser Art von Dienstleistungen die „soziale Funktion“ inhärent. Der Begriff „von allgemeinem Interesse“ weist hierauf bereits hin, da er ebenso wie der Begriff „sozial“ auf ein höheres Interesse einer Gesellschaft Bezug nimmt, dem Rechnung getragen wird. Jedoch gibt es eine Kategorie von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die untrennbar mit einem sozialen Zweck verknüpft ist; daher werden die betreffenden Dienstleistungen als „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ bezeichnet. Wie im Falle der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ist es sehr schwierig, eine zufrieden stellende und umfassende Definition der „Sozialdienstleistungen (von allgemeinem Interesse)“ zu geben. Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse erstrecken sich auf eine breite Palette von Aspekten wie gesetzliche Systeme für den sozialen Schutz, ergänzende Systeme für den sozialen Schutz, Gesundheitsleistungen³⁹⁴⁾ und soziale Pflegedienstleistungen,³⁹⁵⁾ Beschäftigungsleistungen, Kinderbetreuung, Dienstleistungen zur Förderung der sozialen Integration, Aus- und Weiterbildung, sozialer Wohnungsbau.³⁹⁶⁾ Diese Aufzählung ist bei weitem nicht erschöpfend, lässt aber dennoch bereits erkennen, dass die meisten Sozialdienstleistungen besonderer Natur sind, da sie stark „personenbezogen“ sind (Geburt, Ausbildung, Beschäftigung, Krankheit,

Alter usw.). Der „personenbezogene Charakter dieser Leistungen in den Bereichen Soziales und Gesundheit hat zur Folge, dass sich die Erfordernisse merklich von denen unterscheiden, wie sie auf die netzgebundenen Wirtschaftsbereiche zutreffen“,³⁹⁷⁾ wie in dem Weißbuch von 2004 anerkannt, möglicherweise jedoch nicht ausreichend betont wird. In Bezug auf die vorstehenden Beispiele für Sozialdienstleistungen könnte man argumentieren, dass sie eng mit mehreren „sozialen Risiken“ korrelieren, wie sie in den herkömmlichen Systemen der sozialen Sicherheit und sozialen Fürsorge bekannt sind; sie sind daher die Reaktion auf Schwierigkeiten, die Einzelpersonen während ihres Lebens erfahren.³⁹⁸⁾ Die Einstufung als „Sozialdienstleistungen“ und die Anerkennung des Zusammenhangs mit „sozialen Risiken“, wie sie in den Systemen für den sozialen Schutz bekannt sind, bedeuten jedoch gewiss nicht, dass diese Kategorie an Dienstleistungen ausschließlich nichtwirtschaftliche Dienstleistungen umfasst, wie man irrtümlicherweise aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, nach der die auf einer Solidargemeinschaft beruhenden Dienstleistungen vom Wettbewerbsrahmen der EU auszunehmen sind, schließen könnte. Wie bereits erörtert, ist die Einstufung bestimmter Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeiten auch dann möglich, wenn Solidaritätsmerkmale oder zugrunde liegende soziale Zwecke gegeben sind.³⁹⁹⁾ Es ist jedoch auch klar, dass einige soziale Dienstleistungen definitiv von allgemeinem Interesse sind, aber nicht als von allgemeinem „wirtschaftlichem“ Interesse erachtet werden können, da es sich nicht um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt.

Die Einstufung als wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistung nach dem Gemeinschaftsrecht ist natürlich für die Kernfrage, welche Rolle die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Gegengewicht zu dem Einfluss der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln spielen, von Bedeutung. Die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen sind nicht völlig vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags ausgenommen, jedoch beschränkt sich dieser auf die Regeln der Freizügigkeit, das Verbot der Diskriminierung und die Regeln für das öffentliche Beschaffungswesen. Die im Binnenmarkt in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr geltenden Regeln sowie die in Bezug auf Kartelle, den Missbrauch einer beherrschenden Stellung und staatliche Beihilfen geltenden wettbewerbsrechtlichen Regeln finden ausschließlich auf „wirtschaftliche Tätigkeiten“ Anwendung. Nach dem Gemeinschaftsrecht ist der Begriff „wirtschaftliche Tätigkeit“ definiert als „... jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten“.⁴⁰⁰⁾ Wir wissen bereits, dass ein und die gleiche Einheit sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Dienstleistungen erbringen kann. Jedoch ist es nicht möglich, eine Liste mit Tätigkeiten zu erstellen, die a priori nicht wirtschaftlich sind, da diese Einstufung abhängig ist von politischen Entscheidungen, die einem ständigen Wandel unterliegen. Allerdings sollte beachtet werden, dass die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen vom

Anwendungsbereich der Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags ausgenommen sind. Somit ist ein Gegengewicht im „Bereich der nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen“ nicht erforderlich. Hierauf werden wir genauer in Bezug auf den Gesundheitssektor eingehen. In Teil II wurde bereits ausgeführt, dass es zwei Ausnahmen vom Grundsatz der wirtschaftlichen Tätigkeiten gibt. Das deutlichste Beispiel für nichtwirtschaftliche Dienstleistungen ist die Kategorie von Tätigkeiten, *„where the state, by definition, faces neither actual nor potential competition by private companies: the exercise of imperium“* (bei denen der Staat per definitionem weder einem tatsächlichen noch einem potenziellen Wettbewerb durch private Unternehmen ausgesetzt ist: der Ausübung des Hoheitsgewalt).⁴⁰¹⁾ Des Weiteren besteht eine Ausnahme in Bezug auf diejenigen Dienstleistungen, die auf einer Solidargemeinschaft beruhen.

Nach Ansicht des europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses ist die Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen unscharf und unsicher. Er betont jedoch, dass diese Unterscheidung nicht der Zweck sein könne, der darin bestehen müsse, für die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zu sorgen, da *„die EU ... die Art der Dienstleistungen (hoheitlich oder im nationalen Interesse liegend, regional oder kommunal, im Bereich der allgemeinen Schulpflicht, der gesetzlichen Gesundheits- und Sozialsysteme, kulturelle Aktivitäten, karitative Tätigkeiten, Dienste sozialer Art oder auf Solidarität oder Spenden basierende Dienste etc.) berücksichtigen muss, die von der Anwendung des gemeinsamen Wettbewerbsrechts ausgenommen sind.“*⁴⁰²⁾ Er verweist erneut⁴⁰³⁾ auf die Bedeutung der besonderen Behandlung von Organisationen, die soziale Dienstleistungen ohne Erwerbszweck erbringen. Die Frage, wie diese Ansicht mit der Wettbewerbspolitik der Kommission und (dem funktionellen Ansatz in) der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zu vereinbaren sind, bleibt bestehen. Ein wichtiges Merkmal der Tätigkeiten, die sich als „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ einstufen lassen, besteht darin, dass sie in der Tat von einer Vielzahl von Anbietern erbracht werden, etwa von öffentlichen Einrichtungen, privaten „Unternehmen“ mit Erwerbszweck oder privaten Anbietern ohne Erwerbszweck, was von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ist, wodurch dieser Bereich sehr heterogen wird, auch innerhalb der einzelnen Mitgliedstaaten.⁴⁰⁴⁾ Jedoch werden viele dieser Tätigkeiten von Wohlfahrtsorganisationen ohne Erwerbszweck durchgeführt, die je nach ihren sozialen Aufgaben und Zielsetzungen sowie ihrer *„specific role in maintaining solidarity and encouraging active citizenship“* (spezifischen Rolle bei der Aufrechterhaltung der Solidarität und der Förderung des aktiven Bürgersinns)⁴⁰⁵⁾ eine besondere Stellung beanspruchen. Der europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss definiert sie als *„... eine Kategorie von nicht gewinnorientierten Privatorganisationen..., deren Rechtstatus von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ist – Vereinigungen, Stiftungen – und die es sich zur Aufgabe*

*gemacht haben, im Bereich der Gesundheit und des Sozialen tätig zu sein, ohne sich jedoch ggf. ihren wesentlichen sozialen Zielen untergeordneten Wirtschaftstätigkeiten völlig zu versagen*⁴⁰⁶⁾.

Zwar werden die sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in dem Weißbuch von 2004 nach wie vor nur oberflächlich behandelt (dieser Ansicht teilen die in diesem Bereich Beteiligten gewiss), jedoch hat die Kommission zweifelsohne Anstrengungen unternommen, um auf europäischer Ebene wenigstens teilweise Licht in das häufig mysteriöse und komplexe Dickicht, das dieses Thema umgibt, zu bringen. Der Status der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wird unstreitig anerkannt, denn diese werden wiederum als ein „fester Bestandteil des Europäischen Gesellschaftsmodells“ anerkannt, und es wird Folgendes hinzugefügt: „Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse, die auf dem Solidaritätsprinzip gründen und individuell auf den Einzelnen zugeschnitten sind, ermöglichen es dem Bürger, seine Grundrechte wahrzunehmen und in den Genuss eines hohen Sozialschutzniveaus zu gelangen. Sie verstärken den sozialen und territorialen Zusammenhalt.“⁴⁰⁷⁾ Schwerpunktmäßig geht es der Kommission offenbar darum, einerseits den Unterschied zwischen Aufträgen und Instrumenten zur Erbringung und Finanzierung dieser Dienstleistungen zu erkennen und diese andererseits zu modernisieren. Jedoch lässt ein umfassender Ansatz der Kommission für die Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse noch auf sich warten; er wird in einer für 2005 vorgesehenen Mitteilung über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einbeziehung der Gesundheitsdienstleistungen dargelegt werden.

Diese Sozialdienstleistungen sind ferner das Resultat der unterschiedlichen historischen, kulturellen und politischen Entwicklungen in den Mitgliedstaaten und lassen sich daher nur schwerlich anhand einer einzigen Identität festmachen. Dennoch kann man mehrere gemeinsame Punkte in der gesamten Bandbreite der Sozialdienstleistungen erkennen. Wenn man die vorstehenden Merkmale heranzieht, so wird deutlich, dass sich die Sozialdienstleistungen ganz einfach als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse einstufen lassen, da ihnen und den anderen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gemeinsame Werte wie gleicher Zugang, hohe Qualität, Erschwinglichkeit, Kontinuität und der Schutz der Nutzer/Verbraucher zugrunde liegen. Aufgrund ihres engen Zusammenhangs mit den Sozialrechten⁴⁰⁸⁾ haben sie ferner den bereits im Kontext der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse erwähnten besonderen Aspekt der Grundrechte. Jedoch sind Sozialdienstleistungen aufgrund ihrer spezifischen Art und des personenbezogenen Charakters durch zusätzliche gemeinsame Werte und zugrunde liegende Grundsätze gekennzeichnet. In erster Linie dienen sie zur konkreten Anwendung der Sozialrechte und zur Schaffung von Chancengleichheit. Sie fußen auf bestimmten Grundsätzen wie menschliche Würde, Solidarität, soziale Gerechtigkeit, sozialer

Zusammenhalt, Sozialkapital, Befähigung zum Handeln und Mitwirkung der Nutzer. Wichtig ist ferner, dass sie eine Reaktion auf Schwachstellen der Gesellschaft und auf soziale Bedürfnisse darstellen, denen durch die Marktmechanismen nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Schließlich gelten sie noch als wirksame Instrumente zur Umsetzung der staatlichen Politik in den Bereichen des Sozialschutzes, der Nichtdiskriminierung, der Solidarität und der Bekämpfung von Armut und Ausgrenzung.⁴⁰⁹⁾ Wenn man diese verschiedenen Elemente berücksichtigt, so muss der Status des Gesundheitssektors in diesem Zusammenhang als letzter Aspekt beleuchtet werden.

B. Das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Gesundheitssektor

1. Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Nachdem wir den Bereich der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ und den Bereich der „Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ abgesteckt haben, können wir uns nun einer noch tiefer gegliederten Ebene zuwenden und erkunden, welche Stellung der Gesundheitssektor in diesem Bereich einnimmt. Hierfür werden wir den „Gesundheitssektor“ dreifach unterteilen, nämlich in die „Gesundheitsversorgung“ (Erbringung der Vorsorge und der Heilbehandlung durch Angehörige der Heilberufe und in medizinischen Einrichtungen: Beziehung zwischen Patient und Leistungserbringer), die „Krankenversicherung“ (Beziehung zwischen Patient und Erwerber), insbesondere die gesetzliche Krankenversicherung (das obligatorische Basissystem der sozialen Sicherheit, welches das Krankheitsrisiko abdeckt) und die freiwillige Krankenversicherung (Systeme für den ersatzweisen, zusätzlichen und ergänzenden⁴¹⁰⁾ sozialen Schutz). In der Tat ist die Anwendung des Konzepts der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse auf diese Bereiche weitgehend experimentell, wenn man bedenkt, dass dieses Konzept in Form der Dienstleistungen von allgemeinem „wirtschaftlichem“ Interesse immer noch eng mit den großen netzgebundenen Wirtschaftszweigen verknüpft ist. Ein Vergleich der „Gesundheitsversorgung“ mit der „Stromversorgung“ scheint unmöglich, wenn man jedoch genauer hinschaut, so zeigt sich, dass sie mehr gemeinsam haben, als man vermuten würde. Tatsächlich fügt sich der Gesundheitssektor gut in die aktuelle Debatte über die „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ein, wenn es auch noch viele ungelöste Fragen gibt. Dies wird im Weißbuch von 2004 in dem Unterabschnitt 4.4 „Den Gemeinwohlaufrag bei Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen umfassend berücksichtigen“ zweifelsohne anerkannt. Hier wird deutlich, dass es keine Zweifel in Bezug auf die Einstufung der Gesundheitsdienstleistungen als „von allgemeinem Interesse“ geben kann. Wir werden später auf die Frage eingehen, in welchem Umfang das „wirtschaftliche Interesse“ eine Rolle

hierbei spielt. In dem Weißbuch wird darüber hinaus klargestellt, dass die Gesundheitsdienstleistungen anders als die netzgebundenen Wirtschaftszweige, die in den herkömmlichen Bereich von allgemeinem „wirtschaftlichem“ Interesse fallen, zu behandeln sind. Es ist jedoch nicht klar, was genau mit „Gesundheitsdienstleistungen“ gemeint ist. Man sollte genauer ausführen, ob hiermit lediglich die „Gesundheitsversorgung“ gemeint ist oder auch der Bereich der „Krankenversicherung“. In diesem Beitrag haben wir uns auf den „Gesundheitssektor“ konzentriert bzw. darauf, was man „Gesundheitsdienstleistungen“ nennen könnte.

Die vorstehenden „zugrunde liegenden Grundsätze“ bzw. „gemeinsamen Werte“ der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind in der Tat allesamt Werte, die häufig im Kontext des Gesundheitssektors verwendet werden. Der Grundsatz der Universalität bzw. des universellen Zugangs für das gesamte Hoheitsgebiet ist eine aktuelle Sorge der Gesundheitsbehörden in sämtlichen Mitgliedstaaten; die Planungen für Krankenhäuser bzw. Apotheken sind typische Beispiele hierfür. Es versteht sich fast von selbst, dass die Anforderungen an die Kontinuität und Qualität Kernthemen im Gesundheitssektor sind. Während die Kontinuität der Versorgung gewiss ein wesentliches Element ist, muss ihre Qualität einer der ganz wichtigen Aspekte in diesem Bereich sein, wenn man sich den Regulierungsumfang in jedem Mitgliedstaat vor Augen führt. Dies betrifft die Qualität der Vorleistungen (Infrastruktur, Personal), z. B. die Zulassungskriterien oder die Akkreditierung, die Qualität der angewandten Methoden und Verfahren, z. B. die Qualitätskontrolle in der klinischen Biologie oder bei Bluttransfusionen, und die Qualität der erbrachten Leistungen, z. B. Programme zur Bekämpfung von Krankenhausinfektionen oder Druckgeschwüren usw..⁴¹¹ Die Erschwinglichkeit ist ebenfalls ein ganz wichtiges Thema im Gesundheitssektor, das z. B. anhand der Festlegung von Höchsttarifen oder von Obergrenzen für die Gesundheitsausgaben für schwache Gruppen konkret wird. Schließlich lässt sich noch die Bedeutung der Rechte der Nutzer und Verbraucher, auf die immer wieder verwiesen wird, ganz einfach auf den Gesundheitssektor übertragen; dort geht es dann um den Schutz der Rechte von Patienten, die Einrichtung von Beschwerdeverfahren oder den Schutz personenbezogener Gesundheitsdaten. Diese ganz knappe Übersicht der wichtigsten Grundsätze und die genannten Beispiele lassen bereits erkennen, dass sich fast die gesamte staatliche Intervention im Gesundheitssektor mit der besonderen Anforderung des „allgemeinen Interesses“, wie man sie im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse kennt, verbinden lässt.

Wie jedoch die spezifische Art der Gesundheitsversorgung, die dazu führt, *„dass sich die Erfordernisse merklich von denen unterscheiden, wie sie auf die netzgebundenen Wirtschaftsbereiche zutreffen“*, bereits erkennen lässt, geht es bei ihr offenbar um mehr. Die „zusätzlichen zugrunde liegenden Grundsätze“ bzw. „besonderen Werte“ lassen vermuten, dass die

Gesundheitsversorgung als „Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse“ eingestuft werden kann, unabhängig von der Frage, ob der Gesundheitssektor und die hiermit verbundenen Bereiche als wirtschaftlich oder nichtwirtschaftlich zu erachten sind. Der personenbezogene Charakter der Gesundheitsversorgung ist offensichtlich, da es um das menschliche Leben und Wohlergehen geht. Auch die vorstehend erwähnte Beziehung zu „Angelegenheiten der sozialen Sicherheit“ ist offensichtlich, da „Krankheit“ herkömmlicherweise eines der Risiken ist, gegen das man sich in Sozialschutzsystemen versichert. Der Status, der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse als Instrument zur Umsetzung der sozialen Grundrechte zukommt, lässt sich somit in vollem Umfang auf die Gesundheitsversorgung übertragen. In der Europäischen Union *„hat jeder Mensch das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Aktionen der Union in allen Bereichen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt“* (Artikel II-35, Vertragsentwurf für eine Verfassung für Europa), und die Union *„anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft und Krankheit [...] Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Unionsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“* (Artikel II-34, Vertragsentwurf für eine Verfassung für Europa). In diesen Artikeln des Vertragsentwurfs für eine Verfassung für Europa, die bedeutungsschwer vor dem Artikel über den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse stehen, kommt der Aspekt der Grundrechte im Gesundheitssektor, wie er auch in internationalen Verträgen anerkannt ist, zum Ausdruck. Um das Bild abzurunden ist es ausreichend, die „Grundsätze, die auf den sozialen Charakter der Dienstleistung“ verweisen, wie Solidarität, soziale Gerechtigkeit, sozialer Zusammenhalt, Sozialkapital, Nichtdiskriminierung, Befähigung zum Handeln und Mitgestalten, Mitwirkung der Nutzer usw., zu wiederholen. Diese Begriffe und die Tatsache, dass die Sozialdienstleistungen die inhärente Reaktion auf die Schwachstellen und Bedürfnisse der Gesellschaft darstellen, denen durch die Marktmechanismen nicht ausreichend Rechnung getragen wird, legen die Argumentation nahe, dass der Gesundheitssektor in die Kategorie der Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse einzustufen ist.

2. Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Es besteht kein Zweifel daran, dass der Gesundheitssektor und die hiermit in Zusammenhang stehenden Bereiche (Sozial-)Dienstleistungen von allgemeinem Interesse beinhalten. Da dies jedoch eher eine „Erklärung“ auf der Ebene der „allgemeinen Grundsätze“ bzw. auf der Ebene der „gemeinsamen Werte Europas“ ist, bleibt die Frage nach dem möglichen

Nutzen von Artikel 86 Absatz 2, der im Gemeinschaftsrecht eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der Grundrechte der EU im Gesundheitssektor zulässt, unbeantwortet. Dieser Artikel gilt nur für „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und führt somit unweigerlich zu der Frage des wirtschaftlichen Charakters der betreffenden Dienstleistungen. In diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zwischen Gesundheitsversorgung, gesetzlicher Krankenversicherung und freiwilligen Schutzsystemen unerlässlich, um sich einen Überblick zu schaffen. Wenn man sich die Unterteilung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse anschaut, wie sie die Kommission in ihrem Grünbuch vornimmt, so ist klar, dass diese Gesundheitsdienstleistungen nicht in dieselbe Kategorie wie die „netzgebundenen Wirtschaftszweige“ einzuordnen sind. Die übrigen Kategorien der „sonstigen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und der „nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen“ kommen hierfür jedoch auch nicht in Frage. Es würde dem besonderen Status der Gesundheitsversorgung in den Mitgliedstaaten entgegenstehen, wenn man diesen Sektor als rein wirtschaftlich beschriebe, denn in der Europäischen Union besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass die Gesundheitsversorgung besondere Merkmale aufweist, auf die der Markt nicht spezifisch genug reagieren kann.⁴¹²⁾ Auf der anderen Seite entspricht es auch nicht der Realität, wenn man die Gesundheitsversorgung als echte nichtwirtschaftliche Dienstleistung einstufte, denn der Gerichtshof z. B. hat mehrere Male bestätigt, dass die „Gesundheitsversorgung“ eine wirtschaftliche Tätigkeit ist, und in einigen Ländern (z. B. in den Vereinigten Staaten von Amerika) ist die Versicherung für die medizinische Grundversorgung weitgehend den privaten Unternehmen überlassen, die in einem marktwirtschaftlichen Umfeld tätig sind.⁴¹³⁾

Was die Gesundheitsversorgung (Beziehung zwischen Patient und Leistungserbringer) betrifft, so hat der Gerichtshof mehrfach bestätigt, dass es sich hierbei um eine Dienstleistung nach dem EG-Vertrag handelt. Der Gerichtshof hat sich relativ früh in seiner Rechtsprechung mit diesem Thema auseinandergesetzt und ist in der Rechtssache Luisi und Carbone zu dem Schluss gelangt, dass „Personen, die eine medizinische Behandlung in Anspruch nehmen, ... als Empfänger von Dienstleistungen anzusehen sind“⁴¹⁴⁾. Auch in späteren Entscheidungen lässt der Gerichtshof keinen Zweifel daran, dass medizinische Tätigkeiten Dienstleistungen im Sinne des EG-Vertrags sind.⁴¹⁵⁾ Natürlich sind diese Tätigkeiten von besonderer Natur, da sie in den Mitgliedstaaten im Rahmen der nationalen Gesundheitssysteme und der Systeme für die soziale Sicherheit erbracht werden. Jedoch sind nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes bestimmte Dienstleistungen nicht aufgrund ihrer besonderen Natur vom Anwendungsbereich des EG-Vertrags und den darin gewährleisteten Grundfreiheiten ausgenommen.⁴¹⁶⁾ Dies bedeutet, dass Tätigkeiten im Bereich der Gesundheitsversorgung nicht von der Bandbreite der Tätigkeiten

im Binnenmarkt ausgenommen werden können. Darüber hinaus gelten die Erbringer medizinischen Tätigkeiten (Allgemeinärzte, Fachärzte, Apotheker, Krankenhäuser usw.) nach dem Gerichtshof als Wirtschaftsbeteiligte und somit als Unternehmen im Sinne der Wettbewerbsregeln der EU.⁴¹⁷⁾ Die Tatsache, dass die Gesundheitsversorgung als eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse eingestuft werden kann und zweifelsfrei auch von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist, bedeutet, dass die Möglichkeit zur Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 in diesem Bereich besteht. Dies war der Fall in der Rechtssache *Ambulanz Glöckner*⁴¹⁸⁾, in der es um Anbieter von Krankentransporten ging und in welcher der Gerichtshof nach Artikel 86 Absatz 2 das ausschließliche Recht, sowohl Notfall- als auch reguläre Transporte von kranken und verletzten Personen anzubieten, gerechtfertigt sah. Dies war notwendig, um ein „Absahnen“ durch die privaten Unternehmen (mittels Anbieten von Transporten in dem Bereich des rentableren, nicht durch einen Notfall veranlassten Krankentransports in städtischen Gebieten) zu verhindern, was es den betrauten Einrichtungen sehr schwierig gemacht hätte, ihrer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Durchführung sämtlicher Krankentransporte) nachzukommen. Natürlich darf im Bereich der Gesundheitsversorgung die Bestimmung, dass das Wettbewerbsrecht nur dann Anwendung findet, wenn das betreffende Verhalten geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, nicht außer Acht gelassen werden, z. B. im Fall der Allgemeinärzte.

Die Situation ist jedoch völlig anders im Falle der „grundlegenden“ oder „gesetzlichen“ Krankenversicherung im Rahmen der nationalen Systeme für die soziale Sicherheit. Seit der Rechtssache *Poucet-Pistre*⁴¹⁹⁾ hat der Gerichtshof eine „neue Kategorie“ für Sozialversicherungsdienstleistungen auf der Grundlage der Pflichtmitgliedschaft, z. B. gesetzliche Krankenversicherungssysteme, geschaffen. Diese Kategorie war von der Anwendung des Wettbewerbsrechts ausgenommen, da die betreffenden Tätigkeiten auf dem „Solidaritätsgrundsatz“ beruhten, der für die Vermögensumverteilung unter den Mitgliedern einer bestimmten Risikogruppe oder unter verschiedenen Gruppen sorgte. Die Tatsache, dass die Tätigkeiten aufgrund von Solidaritätsmotiven ausgeführt werden, bringt es mit sich, dass die entsprechenden Einrichtungen nicht als wirtschaftlich tätig erachtet werden und somit nicht als Unternehmen nach dem EG-Vertrag gelten. Diese Argumentation wurde in den Rechtssachen *Garcia*,⁴²⁰⁾ *Cisa*⁴²¹⁾ und *AOK Bundesverband*⁴²²⁾ bekräftigt und bedeutet, dass es keine Möglichkeit zur Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 gibt, da der gesamte Bereich der auf einer Solidargemeinschaft beruhenden Tätigkeiten in der gesetzlichen Krankenversicherung vom Geltungsbereich der Wettbewerbsregeln ausgenommen ist und als Gegengewicht nicht der rechtlichen Ausnahme als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bedarf.

Wie jedoch bereits erwähnt, ist die Gesundheitsversorgung grundsätzlich eine wirtschaftliche Tätigkeit. Daher sind wir mit verschiedenen Autoren⁴²³⁾ der Ansicht, dass der Gerichtshof irrt, als er die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den gesamten Bereich der gesetzlichen (Kranken-)Versicherung verhinderte und dass man ein besseres Resultat erzielt hätte, wenn der Gerichtshof anerkannt hätte, dass diese „Versicherungsleistungen“ tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellen (Gesundheit als versicherbares Risiko), es sich jedoch um Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse handelt und daher Artikel 86 Absatz 2 angewendet werden kann, wenn die Erbringung durch die Anwendung der Vorschriften des Vertrags bedroht ist. Bei dieser Begründung dient das Element der Solidarität als Argument, mit dem belegt wird, dass diese Tätigkeiten ihrer Natur nach von „allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ sind. Folglich könnte man mit Artikel 86 Absatz 2 die Notwendigkeit besonderer oder ausschließlicher Rechte wie die Zwangsmitgliedschaft zur Aufrechterhaltung der Solidargemeinschaft in dem System untermauern.⁴²⁴⁾ Dieses Argument wurde auch von Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen vor Erlass des Urteils in der Rechtssache *AOK Bundesverband*⁴²⁵⁾ vorgebracht. Der Gerichtshof folgte dem Generalanwalt jedoch nicht, sondern wandte einfach die Auslegung der „Ausnahme aufgrund von Solidarität“ in der Rechtssache *Poucet-Pistre* an, wenn er auch anmerkte, dass *„es sich jedoch nicht ausschließen lässt, dass die Krankenkassen und die sie vertretenden Einheiten, d. h. die Kassenverbände, außerhalb ihrer Aufgaben rein sozialer Art im Rahmen der Verwaltung des deutschen Systems der sozialen Sicherheit Geschäftstätigkeiten ausüben, die keinen sozialen, sondern einen wirtschaftlichen Zweck haben. In diesem Fall wären die von ihnen zu treffenden Entscheidungen möglicherweise als Beschlüsse von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen anzusehen.“* Er fügte eine Begründung in Anlehnung an Artikel 86 Absatz 2 hinzu. Offenbar wollte der Gerichtshof deutlich machen, dass er Einheiten wie Krankenkassen auf Gegenseitigkeit den besonderen Charakter abspricht und ihnen keinen besonderen Schutz angedeihen lassen will, wenn sie eindeutig wirtschaftlich tätig im Sinne seiner Definition des Begriffs „Unternehmen“ sind. Dies kann bei Einrichtungen der Fall sein, welche die Systeme der Basiskrankenversicherung verwalten und im Bereich der freiwilligen Krankenversicherung tätig sind. Hiermit verbunden ist jedoch noch ein weiterer Aspekt. In seinen Schlussanträgen wies Generalanwalt Jacobs darauf hin, dass Artikel 86 Absatz 2 auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung in der Zukunft möglicherweise von Nutzen sein wird. In der Tat haben mehrere Mitgliedstaaten im Rahmen der Suche nach Kostendämpfungsmaßnahmen bereits stärker am Markt orientierte Anreize in ihre Systeme für die Gesundheitsversorgung eingeführt bzw. werden dies tun (vgl. die Niederlande). Je mehr Marktelemente ein System enthält, desto wahrscheinlicher ist es, dass es als weniger solidarisch erachtet wird, was die tatsächliche Anwendung der Wettbewerbsregeln

wahrscheinlich macht. Die Ausnahme nach Artikel 86 Absatz 2 könnte sich als wesentlich zur Erhaltung der sozialen Zielsetzungen und der Solidaritätselemente in den nationalen Systemen der Basiskrankenversicherung erweisen, je nach Umfang der Marktelemente in dem System der gesetzlichen Krankenversicherung. Dies hängt natürlich von den politischen Entscheidungen in den Mitgliedstaaten, denen ja die Organisation ihrer Systeme für die soziale Sicherheit obliegt,⁴²⁶⁾ darüber ab, wie sie ihre gesetzlichen Krankenversicherungssysteme gestalten. Sofern ein Mitgliedstaat beschließt, mehr Wettbewerbselemente in sein System einzuführen, wird er zu berücksichtigen haben, dass die Wettbewerbsregeln der EU gelten, und umgekehrt. Auf diese Weise kann den Befugnissen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden.

Der Bedarf an einer Ausnahme in Bezug auf die „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ wird vermutlich noch stärker bei freiwilligen Systemen für die Krankenversicherung sein. Sofern sie - analog den Systemen für Zusatzrenten, die bereits der Kontrolle durch den Gerichtshof Stand gehalten haben - als „wirtschaftliche Tätigkeiten“ erachtet werden, liegt es auf der Hand, dass Artikel 86 Absatz 2 eine wichtige Rolle dabei zukommen wird, die sozialen Zielsetzungen dieser Systeme des freiwilligen Sozialschutzes und ihre Aufgaben von allgemeinem Interesse zu bewahren. In den Rechtssachen *FFSA*,⁴²⁷⁾ *Albany*,⁴²⁸⁾ *Brentjens*⁴²⁹⁾ und *Drijvende Bokken*,⁴³⁰⁾ in denen es um Betriebsrentenfonds ging, wurden die ausschließlichen Rechte der Fonds in Frage gestellt. In Teil II wurde bereits darauf hingewiesen, dass die sozialen Zielsetzungen und die Solidaritätselemente in dem Zusatzsystem zwar nicht verhindern konnten, dass die Tätigkeiten dennoch als wirtschaftlich eingestuft wurden, jedoch waren sie wesentlich, als es darum ging, die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 zu beurteilen. Der Gerichtshof erkannte an, dass die Rentenfonds mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse nach Artikel 86 Absatz 2 betraut waren, deren Erbringung gefährdet sein könnte, wenn die betreffenden ausschließlichen Rechte verboten würden. Auch hier wurde anerkannt, dass das „Absahnen“ durch konkurrierende private Unternehmen eine große Gefahr für die Verfolgung der sozialen Zielsetzungen in diesen Fällen darstellen könne. *Mutatis mutandis* könnte das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse dazu beitragen, ein Gleichgewicht zwischen den Wettbewerbsregeln und den inhärenten, im Allgemeininteresse liegenden Anforderungen (freiwillige Mitgliedschaft, lebenslanger Schutz, Festlegung der Höhe der Prämien anhand der Risikostruktur der Versichertengemeinschaft, Mindestleistungen usw.) im Bereich der freiwilligen Krankenversicherung zu finden. Ebenso wie die Rechtssachen, in denen es um Zusatzrenten ging, könnten die freiwillige Krankenversicherung und die grundlegende Regelung als ein Ganzes erachtet werden, das dem Zweck dient, dasselbe soziale Risiko abzudecken.⁴³¹⁾ Sofern das System einen Grad an Solidarität aufweist, der

nicht ausreichend ist, um in den Genuss der „Ausnahme aufgrund von Solidarität“ zu gelangen, kann Artikel 86 Absatz 2 für das notwendige Gegengewicht sorgen. Öffnete man bestimmte Dienstleistungen im Bereich der freiwilligen Krankenversicherung dem Wettbewerb, so könnten die privaten, gewinnorientierten Unternehmen die schlechten Risiken ausschließen; sie müssten dann durch Einrichtungen mit einem sozialen Zweck abgedeckt werden, was es diesen wiederum erschweren würde, die betreffenden Dienstleistungen den Nutzern zu einem erschwinglichen Preis anzubieten. Natürlich ist es nicht gewiss, welche Bedeutung die Rechtsprechung in Bezug auf die Zusatzrenten für den Sektor der freiwilligen Krankenversicherung hat.

Da Gesundheitsdienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erachtet werden oder die Möglichkeit besteht, sie als solche zu erachten, ist nach Artikel 86 Absatz 2 ferner erforderlich, dass die betreffenden Unternehmen mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch den Staat „betraut“ sind⁴³²⁾ und dass die Erfüllung der Aufgabe rechtlich oder tatsächlich durch die Anwendung der Vorschriften des Vertrags verhindert würde.⁴³³⁾ Es ist zu vermuten, dass das „Betrauen“ der Erbringer von Gesundheitsdienstleistungen auf der Grundlage von „Krankenversicherungsgesetzen“ oder nationalen „Gesetzen über die medizinischen Heilberufe“, „Krankenhausgesetzen“ oder „Apothekengesetzen“, die für sie gelten, sowie z. B. auf der Grundlage von „Gesetzen für Krankenkassen“ oder auch von allgemeinen „Gesetzen für die Krankenversicherung“, die für gesetzliche Krankenversicherer gelten, erfolgt. Was die freiwillige Krankenversicherung betrifft, so dürfte das Betrauen mit Aufgaben von allgemeinem Interesse auf der Grundlage von Regelungen erfolgen, die den Anbietern dieser Dienstleistungen Grenzen setzen, etwa auf der Grundlage eines „Gesetzes über die Zusatzkrankenversicherung“. Ferner dürfte eine Reihe von staatlichen Maßnahmen und politischen Dokumenten als Grundlage für das Betrauen dienen.⁴³⁴⁾ Natürlich wird der Staat hierbei von Land zu Land unterschiedlich vorgehen, so dass jeweils der Einzelfall zu bewerten sein wird. Die Suche nach der einschlägigen gesetzlichen Grundlage, in der das Betrauen geregelt ist, wird sicherlich nicht immer einfach sein. Jedoch „untersuchte“ der Gerichtshof in den Rechtssachen *Albany*, *Brentjens* und *Drijvende Bokken* nicht wirklich und nachdrücklich, ob das Betrauen mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse von Seiten des Staates gegeben war, als er über die Anwendung von Artikel 86 Absatz 2 urteilte. Die zwingende Kraft dieser Anforderung sollte daher ins rechte Licht gerückt werden, denn sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof legen diese großzügig aus.⁴³⁵⁾ Offenbar zieht der Gerichtshof diese Schlussfolgerung aus der offensichtlichen und wesentlichen sozialen Funktion des Rentensystems. Darüber hinaus ist zu beweisen, dass es einem Unternehmen nicht möglich wäre, die besonderen Aufgaben, mit denen es betraut ist, durchzuführen oder die im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

liegenden Aufgaben, mit denen es betraut wurde, unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen;⁴³⁶⁾ hingegen müsste die betraute Einrichtung nicht beweisen, dass das finanzielle Gleichgewicht oder die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des Unternehmens, das mit der Durchführung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, bedroht ist. Dennoch bedeutet dies, dass die Gesundheitseinrichtungen, solange sie ihrer Aufgabe nachkommen können, ohne gegen den Vertrag zu verstoßen, hieran gebunden sind. Bei der Bewertung der Leistung von Gesundheitseinrichtungen nach Artikel 86 Absatz 2 sollten daher nicht nur die finanziellen Aspekte eine Rolle spielen, sondern auch die Qualität und der Zugang zur Gesundheitsversorgung. Schließlich sollte die normale Funktion des Gemeinschaftsrechts nicht stärker beeinträchtigt werden, als für die Erfüllung der betreffenden Aufgaben erforderlich ist. Im Hinblick auf diese Anforderung an die Verhältnismäßigkeit muss zwischen dem wettbewerbswidrigen Vorgehen und der im allgemeinen Interesse (z. B. der Gesundheit) liegenden Aufgabe, mit der ein Unternehmen betraut ist, ein Gleichgewicht gefunden werden; sie ist u. U. die Hauptursache für Zwistigkeiten, da es eine eher subjektive Überlegung ist, ob die betreffende öffentliche Aufgabe ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln wert ist. Wie dem auch sei, ein Mitgliedstaat „muss nicht positiv belegen, dass keine andere vorstellbare, der Natur der Sache nach hypothetische Maßnahme es erlaube, die Erfüllung dieser Aufgaben unter solchen Bedingungen sicherzustellen.“⁴³⁷⁾ Natürlich ist die Freiheit, welche die Mitgliedstaaten nach dem derzeit geltenden Gemeinschaftsrecht in Bezug darauf genießen, dass sie ihre Systeme für die soziale Sicherheit selbst organisieren dürfen, ebenfalls von unbestreitbarer Bedeutung, was den Gesundheitssektor betrifft. Insbesondere ist nach Artikel 152 Absatz 5 EGV 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 zu wahren. Diese Vorschrift dürfte ein besonderes Licht auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit in Angelegenheiten der Gesundheitsversorgung nach Artikel 86 Absatz 2 werfen.⁴³⁸⁾

Schlussbemerkungen

Das Thema der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nimmt inzwischen auf der politischen Agenda der Europäischen Union, der Mitgliedstaaten und der Beteiligten in den hiermit verbundenen Wirtschaftszweigen eine unauslöschliche Stellung ein. Dies sollte man nicht unterschätzen, denn die Europäische Kommission hat bereits in ihrer ersten, inzwischen fast 10 Jahre alten Mitteilung zu Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa anerkannt, dass diese Dienstleistungen ein Schlüsselement für das europäische Gesellschaftsmodell sind - eine Sichtweise, die kürzlich (2004) im Weißbuch bestätigt wurde. Dennoch haben sich die Debatten über

Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Vorstellung hiervon zweifelsfrei weiterentwickelt; diese Entwicklung ist noch nicht abgeschlossen und wird es vermutlich auch nie sein, da das Thema eng mit den ökonomischen, sozialen, politischen und kulturellen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten und der EU, die einem ständigen Wandel unterworfen sind, verknüpft ist. Die Mitteilung von 1996 deckte bereits den Aspekt der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ab, war jedoch weitgehend den großen netzgebundenen Wirtschaftszweigen (Postdienste, Telekommunikation, Energiesektor, Hörfunk und Fernsehen) gewidmet. Zwar besteht dieser Zusammenhang in der Mitteilung von 2004 nach wie vor, jedoch wurde darin eindeutig einem weiter gefassten Ansatz des Themas mehr Raum gegeben, so dass er sich nun als gemeinsame Verantwortung der Union und der Mitgliedstaaten mit mehr Bürgernähe darstellt, bei dem immer wieder auf die zugrunde liegenden gemeinsamen Werte sowie die Bedeutung der Überwachung und Bewertung der Leistung hingewiesen wird; am wichtigsten dürfte jedoch sein, dass der Vielfalt der Dienstleistungen und Gegebenheiten Rechnung getragen wird, indem die Sozial- und die Gesundheitsdienstleistungen in das Dokument aufgenommen wurden und somit dem Aspekt des allgemeinen Interesses in vollem Umfang Anerkennung gezollt wird. Die gleiche Entwicklung lässt sich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ablesen; sie ist von dem eher eng gefassten Ansatz der „Behinderung des Wettbewerbs“ abgerückt und hat sich einem „bewertenden Ansatz“ in Bezug auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Artikel 86 EG-Vertrag zugewandt. Dies verweist zweifelsohne auf zukünftige Möglichkeiten im Hinblick darauf, Artikel 86 Absatz 2 als Gegengewicht zur normalen Anwendung der Vorschriften des Vertrags vor dem Gerichtshof heranzuziehen.

Genau um diesen Aspekt geht es für den Gesundheitssektor. In welchem Umfang kann das Konzept der „(Sozial-)Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse“ als Gegengewicht zu der „Bedrohung“ durch die Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln im Bereich der Gesundheitsversorgung und den hiermit verbundenen Bereichen dienen? Es war einfach, die Schlussfolgerung zu ziehen, dass es sich bei allen untersuchten „Tätigkeiten der Gesundheitsversorgung“ in der Tat um Dienstleistungen von allgemeinem Interesse handelte; das überrascht nicht, da Angelegenheiten der sozialen Sicherheit, wie die der Gesundheitsversorgung, eine Art „Archetypus“ oder zumindest ein „Musterbeispiel“ für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sind. Da es jedoch nicht gerade revolutionär oder innovativ ist, den wohlbekannten, besonderen Status und die besonderen Merkmale der Gesundheitsversorgung anzuerkennen, ist es offenbar interessanter und herausfordernder, sich in praktischer und rechtlicher Hinsicht mit der Nützlichkeit des Konzepts „Dienstleistungen von allgemeinem

wirtschaftlichen Interesse“ nach Artikel 86 Absatz 2 zu befassen, was die Gesundheitsversorgung betrifft. Eine Untersuchung führte zu dem Schluss, dass alle Tätigkeiten im Gesundheitssektor (Erbringung, gesetzliche und freiwillige Versicherung) eine tatsächliche oder mögliche (zukünftige) positive Wirkung hierauf haben. Tätigkeiten im Gesundheitssektor, die bereits als „wirtschaftliche Tätigkeiten nach dem EU-Recht“ bezeichnet werden, könnten den sonstigen „geschützten“ Bereichen, die hiermit verbunden sind, hinzugefügt werden, wenn aufgrund von Kostendämpfungsmaßnahmen mehr Marktelemente in die Systeme der Gesundheitsversorgung eingeführt werden und der Umfang der Solidaritätselemente zu gering ist, um außerhalb des Anwendungsbereichs des Wirtschaftsrechts der EU zu bleiben. Aus diesem Grund ist es unmöglich, ein Verzeichnis von Dienstleistungen, die *a priori* nicht wirtschaftlich sind, zu erstellen: Was heute vor den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln geschützt ist, kann morgen eine wirtschaftliche Tätigkeit sein, je nach den sich ändernden Ansichten über die Rolle des Staates und der politischen Neuorientierung in den Mitgliedstaaten. Vor diesem Hintergrund kann Artikel 86 Absatz 2 eine große Bedeutung zukommen, wenn es um nationale Maßnahmen geht, die auf Solidarität oder sonstige soziale Zielsetzungen ausgerichtet sind, und dieser Artikel kann zum Schlüsselement werden, wenn ein Gleichgewicht zwischen der Anwendung der Wettbewerbsregeln der EU und sozial motivierten Tätigkeiten als „dritter Weg“ neben den Ausnahmen des „staatlichen Vorrechts“ und der „Solidarität“ gefunden werden muss. Der eher wohlwollende Ansatz des Gerichtshofes im Hinblick auf die höheren Interessen, die es mit dem EG-Vertrag zu vereinbaren gilt, ist natürlich für den Gesundheitssektor von entscheidender Bedeutung. Sobald eine Einrichtung, die im Bereich der Gesundheitsversorgung tätig ist, als Unternehmen nach dem EU-Recht erachtet wird, dürfte auch die Einstufung einer Tätigkeit zur Gesundheitsversorgung als im Allgemeininteresse liegende Aufgabe recht reibungslos erfolgen, während die Anforderungen, dass das Betrauen „durch hoheitlichen Akt“ erfolgen muss und dass die „rechtliche oder tatsächliche Verhinderung“ sowie die Verhältnismäßigkeit gegeben sein müssen, sich eher als heikle Themen erweisen könnten.

Wie dem auch sei, sowohl die Europäische Union als auch die Mitgliedstaaten sollten diese Schlüsselrolle ernst nehmen, und zu diesem Zweck sollten zunächst die semantischen Probleme beseitigt werden und der Status der Gesundheitsversorgung als eine „Dienstleistung von allgemeinem Interesse“ weiter untersucht und erläutert werden. In Fällen, in denen es offensichtlich ist, dass diese Bezeichnung gerechtfertigt ist, wird es sicherlich komplizierter sein, die konkreten Auswirkungen dieser Einstufung zu bewerten. Eine konkrete Folge könnte die gründliche Neubewertung des noch nicht angenommenen Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt sein, wobei die Bedeutung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und der besondere Status der

Gesundheitsversorgung als eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu berücksichtigen sind, da der *„personenbezogene Charakter dieser Leistungen ... zur Folge hat, dass sich die Erfordernisse merklich von denen unterscheiden, wie sie auf die netzgebundenen Wirtschaftsbereiche zutreffen“* und da es ferner gilt, *„den Gemeinwohlaufrag bei Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen umfassend zu berücksichtigen“*. In der jüngsten Fassung der vorgeschlagenen Dienstleistungsrichtlinie wird das Thema der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in einer recht unverbindlichen Art und Weise behandelt, denn in einem neuen Erwägungsgrund den Gegenstand der Richtlinie betreffend heißt es, dass er sich ausschließlich auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bezieht, bei denen es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt; er verkündet einen Status quo in Bezug auf diese Dienstleistungen von allgemeinem „wirtschaftlichen“ Interesse: *„Diese Richtlinie berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Leistungen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollen.“* Der Erwägungsgrund schließt mit folgenden Worten: *„Diese Richtlinie betrifft nicht die Folgearbeiten zum Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.“* Zwar haben diese Erwägungen zweifelsfrei auf den ersten Blick eine beruhigende Wirkung, jedoch gehen sie nicht nur einer gründlicheren Analyse der Beziehung zwischen der Dienstleistungsrichtlinie und dem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Wege, sie bekräftigen auch noch, indem sie auf den Status quo verweisen, dass es keine Änderungen gibt, was die Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse betrifft, was auch bedeutet, dass man ihrem besonderen Status im Bereich der Dienstleistungen keine große Aufmerksamkeit widmen wird. Die Dienstleistungsrichtlinie findet somit in vollem Umfang auf die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in derselben Art und Weise wie für andere Dienstleistungen Anwendung. Ein gutes Beispiel für die besondere Beachtung findet sich allerdings in Kapitel II „Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer“ in einem Erwägungsgrund, in dem es um die gegenseitige Evaluierung der Anforderungen geht. Dort heißt es, dass bei der Evaluierung *„die Spezifität der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und der damit verbundenen besonderen Aufgaben in vollem Umfang berücksichtigt werden muss“*. Es wird anerkannt, dass *„diese gewisse Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können, insbesondere wenn es dabei um den Schutz der Ziele der Gesundheits- und Sozialpolitik geht.“* Da es sich hierbei lediglich um einen Erwägungsgrund handelt, der sich auf das Kapitel der Richtlinie bezieht, in dem es um die Niederlassungsfreiheit geht, bietet auch er keine Abhilfe in Form eines rechtsverbindlichen Artikels, der dem besonderen Status der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewidmet wäre. Auf diesen Mangel sollte zumindest hingewiesen

werden, und der Aspekt sollte neu bewertet werden, so dass im Rahmen dieses Beitrags der genaue Tenor oder Inhalt eines Änderungsvorschlags der weiteren Erörterung bedürfen.

Die Mitteilung der Kommission über Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einbeziehung der Gesundheitsdienstleistungen stellt einen wichtigen Schritt dar und dürfte sehr aufschlussreich sein, was die Ansichten der Kommission zur Zukunft der Gesundheits- und (sonstigen) Sozialdienstleistungen betrifft. Sie dürfte für mehr Klarheit und hoffentlich für mehr Rechtssicherheit und Transparenz in Bezug auf die Beziehung zwischen den Systemen der Gesundheitsversorgung und dem europäischen Wirtschaftsrecht sorgen, was oft „als Bedrohung der nationalen Systeme der Gesundheitsversorgung durch die Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln“ bezeichnet wird. Es wird sicherlich eine große Herausforderung sein, 25 Mitgliedstaaten zu einer gemeinsamen Auffassung in Bezug auf die Gesundheitsversorgung als einer (Sozial-)Dienstleistung von allgemeinem (wirtschaftlichem) Interesse zu bewegen; (die offene Koordinierungsmethode könnte sich hier im Hinblick auf die Gesundheitsversorgung als sehr wertvoll erweisen). Jedoch ist Europa ja dafür da, einen gemeinsamen Denkansatz zu finden, und genau das kann Europa auch sehr gut, wenn dem auch hin und wieder ein erschöpfender Kampf vorangeht.

V. Gesamtfazit

Die Zuständigkeit der Europäischen Union im Gesundheitssektor bleibt vergleichsweise beschränkt, so dass es den Mitgliedstaaten frei steht, Eigenschaften und Struktur ihrer einzelstaatlichen Gesundheitssysteme selbst festzulegen. Dies kann jedoch die weitere Interferenz des europäischen Rechts und insbesondere die Regeln auf dem Binnenmarkt nicht verbergen. In einer Zeit, in der sich die einzelstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit zu hybriden Gebilden, die eine Mischung aus öffentlichen und privaten Elementen aufweisen, entwickeln, überrascht dies nicht. Es besteht der Eindruck, dass eine größere Verantwortung des Bürgers und zunehmende Wettbewerbselemente, die eine wichtigere Rolle des privaten Sektors herbeiführen, erforderlich sind. Dies schließt nicht aus, dass der Staat die Fäden in der Hand hält, aber jetzt eher aus einer anderen Perspektive. Mehr und mehr sieht der Staat seine Aufgabe, allen einen Anspruch auf soziale Sicherheit zu gewährleisten, als eine Art Endverantwortung, die es anderen Akteuren erlaubt, an der Durchführung des Systems der sozialen Sicherheit teilzunehmen.

In diesem Bericht sollte untersucht werden, in wie weit der Binnenmarkt den Zugang zu Gesundheitsleistungen beeinflussen kann.

Im ersten Teil wurde das Element der Freizügigkeit untersucht.

Im Allgemeinen passen Regulierung und Freizügigkeit nicht gut zusammen. Die Verbindung des Marktzugangs mit einer fortwährenden Regelungskontrolle ist ein schwieriges Unterfangen, nicht zuletzt in einem Bereich, der so heikel und stark reguliert ist wie der der Erbringung von Gesundheitsleistungen und der darüber hinaus mit der gebiets- und solidaritätsbasierten sozialen Sicherheit in Wechselbeziehung steht.

Der derzeitige europäische Regelungsrahmen im Bereich der Freizügigkeit der Angehörigen der Gesundheitsberufe ist für die rechtliche Sicherheit unbeachtlich. Wenn man das Kriterium der Berufsqualifikationen einmal beiseite lässt, ist man mit einer Situation konfrontiert, bei der die sekundäre Gesetzgebung in Form der Ärztlichrichtlinie die Anwendung von wesentlichen, aber unzureichend definierten Teilen der Gesetzgebung des Aufnahmemitgliedstaats vorschreibt, während die Rechtsprechung der Dienststellen des Gerichtshofes sich gleichzeitig allmählich dahingehend entwickelt hat, dass sie ein „qualifiziertes“ Herkunftslandsprinzip vorsieht, auf dessen Grundlage eine bedingte gegenseitige Anerkennung Anwendung findet. In der Tat bedingt, da der Aufnahmemitgliedstaat die Möglichkeit hat, seine nicht diskriminierende Gesetzgebung vorzuschreiben, wenn die Gesetzgebung des Niederlassungsmitgliedstaates des Dienstleistungserbringers ein legitimes Ziel des öffentlichen Interesses nicht schützt. In dem betrachteten Bereich, d.h. der Erbringung von Gesundheitsleistungen, könnte diese Proportionalitätsbewertung, die auf

fallweiser Basis erfolgen muss, vom Gerichtshof mit geringerer Strenge angewendet werden, was durch die heikle Art der vorhandenen Gesetzgebung, die Zielsetzungen in den Bereichen Gesundheit und Sozialpolitik verfolgt, bedingt ist. Während diese Flexibilität dazu beiträgt, die legitimen Interessen der Mitgliedstaaten zu schützen, führt sie dazu, dass die rechtliche Stellung der Angehörigen der Gesundheitsberufe, die im Aufnahmemitgliedstaat Dienstleistungen erbringen, ausgesprochen schwierig vorhersehbar ist. Umgekehrt sieht die vorgeschlagene Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt – obwohl sie in großem Maße auf der Rechtsprechung des Gerichtshofes beruht – eine praktisch absolute und bedingungslose Umsetzung des Heimatstaatmodells vor. Das begrifflich eindeutige und, zugegebenermaßen, vorhersehbare Herkunftslandprinzip – so wie es im Vorschlag der Kommission dargelegt ist – geht nahezu unwiderlegbar von einer europaweiten Äquivalenz beim Schutz des öffentlichen Interesses aus, einer Äquivalenz, die in Wirklichkeit nicht existiert und vom Vorschlag auch nicht eingeführt wird. Damit verleugnet der Vorschlag das legitime Interesse der Mitgliedstaaten, ausländischen Angehörigen der Gesundheitsberufe, die in ihrem Hoheitsgebiet Dienstleistungen erbringen, ihre eigene Gesetzgebung aufzuerlegen, indem er sie dazu zwingt, die Gesetzgebung des Heimatstaates des Dienstleistungserbringer nahezu bedingungslos anzuerkennen. Gesundheits- und gesundheitsleistungsspezifische Ausnahmeregelungen sind insgesamt rar, unklar oder in ihrer Anwendung streng eingegrenzt.

Das Verhältnis des Vorschlags zur künftigen Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen lässt viel zu wünschen übrig. Der Anwendungsbereich des ersteren und der Geltungsbereich seines koordinierten Bereichs sind so beschaffen, dass sie die in letzterer geregelten Fragen voll umfassen. Wenngleich Ausnahmeregelungen vorgesehen sind, um Situationen deutlicher Widersprüchlichkeit zu kompensieren, sollte der Koordinierung der beiden Instrumente mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden, um, im Idealfall, zu einem integrierten rechtlichen Rahmen zu gelangen, innerhalb dessen die Freizügigkeit der Angehörigen der Gesundheitsberufe erfolgen soll. Der Geltungsbereich des Begriffs „berufsständische oder verwaltungsrechtliche Disziplinarbestimmungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen“ gelten, denen der Dienstleister gemäß der künftigen Anerkennungsrichtlinie im Aufnahmemitgliedstaat in jedem Falle unterliegt und in Bezug auf die eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip in den Vorschlag aufgenommen worden ist, bedarf der Klärung. Dieser vage Begriff, der vom Rat wieder in den Gemeinsamen Standpunkt über die Anerkennungsrichtlinie aufgenommen worden ist, wird den Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips in Bezug auf die grenzüberschreitende Ausübung zahlreicher beruflicher Tätigkeiten, insbesondere gesundheitsleistungsspezifischer Tätigkeiten, in wesentlichem Maße abgrenzen.

Darüber hinaus leistet der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt keinen Beitrag zur heiklen Frage des Zusammenhangs zwischen der innergemeinschaftlichen Erbringung von Gesundheitsleistungen und der Auswirkung von Aspekten der sozialen Sicherheit; die Frage, ob und wenn ja, unter welchen Bedingungen für diese Dienstleistungen ein finanzieller Beitrag von Seiten des einzelstaatlichen Krankenversicherungsträgers im Aufnahmemitgliedstaat geleistet werden sollte, bleibt unbeantwortet, wenngleich einige Bestimmungen des Vorschlags auf eine „aktivierte“ Lesart der Fälle des Gerichtshofes über Patientenmobilität nach Artikel 49 EG-Vertrag schließen lassen. Bei Betrachtung dieser „aktivierten“ Urteile über Gesundheitsleistungen sowie der allgemeinen Rechtsprechung über Dienstleistungen vertreten wir die Auffassung, dass ein Erbringer von Gesundheitsleistungen, der in einem Mitgliedstaat niedergelassen ist, in dem er rechtmäßig medizinische Leistungen erbringt, das Recht hat, diese Leistungen auf vorübergehender und gelegentlicher Basis im Aufnahmemitgliedstaat zu erbringen. Wenn diese Leistungen vom nationalen Krankenversicherungsträger übernommen worden wären, wenn sie von einem im Aufnahmemitgliedstaat niedergelassenen vertraglichen Dienstleister erbracht worden wären, sollte der Patient, der die vom ausländischen Arzt erbrachten medizinischen Leistungen in Anspruch genommen hat, grundsätzlich Anspruch auf Erstattung haben, wobei die Höhe dieser Erstattung nicht niedriger sein darf als die Übernahme derselben Leistung, so wie sie von einem inländischen vertraglichen Anbieter erbracht wird. Darüber hinaus vertreten wir die Auffassung, dass es einem ausländischen Erbringer medizinischer Leistungen nicht möglich sein sollte, die Gesetzgebung des Aufnahmemitgliedstaates, die die Grenzen der Abdeckung der Gesundheitsleistungen, das heißt den jeweiligen Geltungsbereich der Systeme des sozialen Schutzes im Bereich der Gesundheitsleistungen, die Bandbreite der abgedeckten Behandlungen und das Maß ihrer Abdeckung sowie schließlich die Bedingungen, zu denen die Leistungen gewährt werden, festlegt, anzufechten.

Die Gesundheitsleistungsfälle des Gerichtshofes haben den Weg für eine zweite Methode der Patientenmobilität geebnet, die an der Spitze des Verfahrens steht, das in die Verordnungen der Gemeinschaft über die Koordinierung der sozialen Sicherheit eingebettet ist. Nach Beschreibung der Art, in der der Gerichtshof die Vereinbarkeit der auf der Verordnung basierenden Methode der Patientenmobilität – die die Übernahme der Kosten für in einem anderen Mitgliedstaat erbrachte Behandlungen in Übereinstimmung mit dessen Gesetzgebung der vorherigen Genehmigung durch die zuständige Einrichtung des Mitgliedstaates der Versicherungszugehörigkeit unterwirft – mit dem EG-Vertrag behandelt, nehmen wir einen präskriptiven Ansatz ein und vertreten die Auffassung, dass die beiden Methoden, was die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von

Leistungen innerhalb eines Krankenhauses betrifft, einander ergänzen und dass ihre Anwendung so weit wie möglich zusammengefasst werden sollte. Dieselbe Argumentation kann in Bezug auf die grenzüberschreitende Inanspruchnahme von Leistungen außerhalb eines Krankenhauses, bei denen die Vorschrift einer vorherigen Genehmigung eine ungerechtfertigte Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt, jedoch nicht aufrechterhalten werden. Wenn wir von einem präskriptiven Ansatz ausgehen, sollte die Anwendung der auf der Verordnung basierenden Methode in Bezug auf Leistungen außerhalb eines Krankenhauses auf diejenigen Fälle beschränkt werden, in denen sie ihren Nutznießern einen gewissen Vorteil bieten, da es andernfalls zu einer Verletzung des EG-Vertrags kommen würde. In dieser Hinsicht ist zu bedauern, dass der Rat nicht die Gelegenheit genutzt hat, bei Verabschiedung der neuen Koordinierungsverordnung zumindest implizit auf die auf dem EG-Vertrag beruhende Methode der Patientenmobilität Bezug zu nehmen, anstatt es so aussehen zu lassen, als sei Verordnung (EG) Nr. 883/2004 die einzige Möglichkeit für Patienten, die sich auf Kosten des einzelstaatlichen Krankenversicherungsträgers in einem anderen Mitgliedstaat behandeln lassen möchten. Ohne eine Einbeziehung der Rechtsprechung des Gerichtshofes in die Koordinierungsverordnung zu empfehlen, was aus verschiedenen Gründen nicht wünschenswert scheint, glauben wir, dass die Gesetzgebung der Gemeinschaft die eine Methode berücksichtigen und die andere regulieren sollte, wie es die Kommission in Artikel 23 ihres Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, die die Gesundheitsleistungsfälle des Gerichtshofes kodifizieren sollte, in zufrieden stellender Weise getan hat. Sie tut dies mit einigem Erfolg, auch wenn sie die Ungewissheit bezüglich einiger wichtiger Konzepte, insbesondere der Unterscheidung zwischen Leistungen innerhalb und außerhalb eines Krankenhauses, nicht ausräumt.

Im zweiten Teil ging es um das problematische Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Gesundheitsleistungen, was zu der grundlegenden Frage führte, ob Einrichtungen der sozialen Sicherheit Wirtschaftstätigkeiten ausüben oder nicht. Der Gerichtshof traf eine klare Aussage bezüglich der Bezeichnung der Erbringung von Gesundheitsleistungen als Wirtschaftstätigkeit im Sinne des EG-Vertrags, und dasselbe gilt vermutlich auch für die freiwillige Krankenversicherung, wenn die Rechtsprechung im Bereich der Zusatzrenten auf den Gesundheitssektor übertragen werden kann. Eine verzwickte Situation wurde vom Gerichtshof aber in Bezug auf die Frage geschaffen, ob die Verwaltung der gesetzlichen Krankenversicherung unter den einzelstaatlichen Systemen der sozialen Sicherheit als Wirtschaftstätigkeit betrachtet werden sollte oder nicht. Der Gerichtshof hat die Einrichtungen, die diese Systeme verwalten, von der Bezeichnung "eine Wirtschaftstätigkeit ausübendes Unternehmen" ausgenommen, weil ihre Geschäftstätigkeit auf dem Prinzip der Solidarität basiert. Dies warf die

entscheidende Frage auf, welche Kriterien ein Versicherungssystem erfüllen muss, um als „System der sozialen Sicherheit“ betrachtet zu werden und damit nicht voll unter den Anwendungsbereich der Binnenmarktregeln zu fallen. Hier sind wir jedoch mit dem Problem konfrontiert, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes alles andere als klar ist. Es ist verständlich, dass das europäische Konzept der sozialen Sicherheit sich von dem einzelstaatlichen Konzept unterscheidet, aber es ist ausgesprochen bemerkenswert, dass ein wichtiger Aspekt dessen, was die soziale Sicherheit ist, vom Gerichtshof in verschiedener Weise beantwortet wird, in den meisten Fällen in Abhängigkeit von dem europäischen Instrument, um das es jeweils geht.

Unter der dritten Nichtlebensversicherungsrichtlinie schließt z.B. die Tatsache, dass das System von privaten Versicherungsgesellschaften betrieben wird, die auf eigenes Risiko handeln, die Möglichkeit einer Betrachtung als System der sozialen Sicherheit aus. Die Tatsache, dass ein System von Gesellschaften betrieben wird, die nicht auf eigenes Risiko handeln, bedeutet hingegen nicht unmittelbar, dass wir es mit einem System der sozialen Sicherheit zu tun haben. Welche Auswirkungen hat es, unter Verordnung 1408/71 als soziale Sicherheit betrachtet zu werden? Zuweilen wird es als völlig irrelevant betrachtet, während es bei anderen Gelegenheiten als Argument verwendet wird, das auf ein System der sozialen Sicherheit deutet.

Darüber hinaus hat der Gerichtshof in einem kürzlichen Fall, in dem das untersuchte grundlegende Versicherungssystem eine erhebliche Menge an Marktelementen zeigte, keine Zweifel daran gelassen, dass er bereit sei, mit seiner solidaritätsbasierten Immunität für grundlegende Systeme der sozialen Sicherheit weit zu gehen. Eine wesentliche politische Frage lautet daher, an welchem Punkt dieser „Solidaritätswaage“ der Grad der Solidarität in einem bestimmten System nicht für eine Ausnahme vom europäischen Wirtschaftsrecht ausreichen wird? Wann werden auf ein stärker marktorientiertes Modell abzielende Reformen in den verschiedenen europäischen Gesundheitssystemmodellen zur Anwendung des Wettbewerbsrechts führen? Sind gewisse Arten der Solidarität (Einkommenssolidarität, Solidarität durch Geltungsbereich, Risikosolidarität, Solidarität zwischen den Generationen und Solidarität zwischen Systemen) für das Ergebnis dieser Abwägung entscheidender als andere, und wenn ja, welche? Die Solidarität zwischen den Generationen betrifft zum Beispiel nicht die Krankenversicherung. All dies ist nicht dazu geeignet zu einem großen Maß an rechtlicher Sicherheit beizutragen.

Wie weit kann der Gerichtshof in dieser Hinsicht gehen, ohne seine eigene Autorität zu gefährden?

Die verschiedenen Fälle haben jedoch gezeigt, dass soziale Zielsetzungen - nicht nur im öffentlichen Sektor - zum Schutz gegen die volle Anwendung der Wettbewerbsregeln eingeführt werden können.

Wenn diese beiden ersten Kapitel eindeutig zeigen, dass die einzelstaatliche Gesundheitspolitik nicht ohne Beachtung des europäischen Wirtschaftsrechts gestaltet werden kann, wird im dritten Kapitel ein Konzept des Gemeinschaftsrechts untersucht, das einen Schutz oder ein Gegengewicht zu diesem zunehmenden Einfluss der marktorientierten Regeln, die in einem empfindlichen und personenorientierten Sektor wie der Gesundheitspflege häufig als nicht angemessen betrachtet werden, bilden könnte. Die Umsetzbarkeit dieses Konzepts ist in erster Linie auf einer freieren begrifflichen Ebene unter dem Nenner der „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ zu sehen, die in einem kürzlich von der Kommission veröffentlichten Weißbuch behandelt werden. Aber auf einer streng rechtlichen Ebene kann nur das Teilkonzept der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“, wie es im EG-Vertrag aufgeführt ist, als entscheidende Ausnahme von den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, die indirekt auf die Organisation und Erbringung von Gesundheitsleistungen und medizinischer Versorgung in den Mitgliedstaaten abzielen, verwendet werden. Wenn man die Babel-artige Verwirrung bezüglich des Begriffes und des historischen Zusammenhangs des Begriffs mit den Netzindustrien (Elektrizität, Telekommunikation, Postdienstleistungen ...) beiseite lässt, schließen wir uns offen der Auffassung an, dass der Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, verstanden als Dienstleistungen, deren Erbringung für die Bürger in einer bestimmten Gesellschaft als sehr wichtig betrachtet und daher einer Reihe gemeinsamer Werte und besonderer Anforderungen unterworfen wird, sehr gut zu den Gesundheitsleistungen passt. Als stark personenorientierter Bereich sind die Gesundheitsleistungen als „soziale Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ zu betrachten und unterliegen daher zusätzlichen Anforderungen. Kurz gesagt, die Gesundheitsleistungen sind eindeutig Teil dieses „Pfeilers des europäischen Gesellschaftsmodells“.

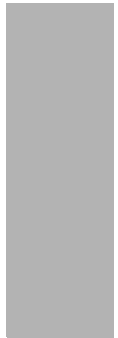
Aber rechtlich verbindliche Vorschriften über „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ sind im Gemeinschaftsrecht nicht vorhanden. Der EG-Vertrag kennt nur das Teilkonzept der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ unter Art. 86(2) EG-Vertrag, das auf „wirtschaftliche“ Dienstleistungen abzielt. Wie wir gesehen haben, ist dies in Gesundheitsfragen eine problematische Bezeichnung, insbesondere wenn es um grundlegende Krankenversicherungssysteme geht, denen die erforderliche Rechtssicherheit fehlt. Aber sollte diese Frage weiter fallweise behandelt werden?

Wenn dies der Fall sein sollte, wird die Herausforderung darin bestehen, die Frage zu beantworten, welche Rolle Art. 86(2) EG-Vertrag nach dem Scheitern der Solidaritätsargumentation und der Einstufung als

Wirtschaftsleistung spielen könnte oder sollte und ob diese Bestimmung die Grundlage für eine neue Art der „Rule of Reason“ sein könnte, die von dem besonderen Status gestützt und gestärkt werden könnte, der den Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 16 EG-Vertrag und in der künftigen Verfassung eingeräumt wird. Aber wird die Rechtsprechung zu Art. 86(2) EG-Vertrag von vornherein als der richtige Weg für die Entschärfung der möglicherweise unerwünschten Auswirkung des europäischen Wirtschaftsrechts auf die Gesundheitspolitik betrachtet? Oder sollte dies - mit der Gefahr der Einführung von Unflexibilität in ein dynamisches Konzept - ein für allemal in der künftigen primären oder sekundären EG-Gesetzgebung behandelt werden? Sollte der EG-Vertrag eine allgemeine Ausnahmeregelung für die soziale Sicherheit vorsehen, und wenn ja, wie wäre die „soziale Sicherheit“ zu definieren? Muss die Antwort eher in der sekundären Gesetzgebung gefunden werden? Könnte z.B. ein Konsens über einen europäischen rechtlichen Rahmen für Standards für Gesundheitsleistungen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erzielt werden, in dem gemeinsame Werte festgehalten werden, so dass ein rechtlicher Schutz für Solidarität, Gleichheit, Zugänglichkeit, Erschwinglichkeit usw. Teil des Gemeinschaftsrechts würde? Würde dies zur Anerkennung der grundlegenden Krankenversicherung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse führen und den vagen Charakter der Regelungsrahmenbedingungen der Institutionen, die diese Systeme verwalten, verringern? Die Äußerung dieser Art von Überlegungen könnte mit dem Bau von Luftschlössern gleichbedeutend sein, aber im Bereich der Auswirkungen der rechtliche Unsicherheit im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen den einzelstaatlichen Gesundheitspolitiken und dem EU-Binnenmarkt und den Wettbewerbspolitiken, liegt ein überzeugendes Argument dafür vor, diese Fragen innerhalb des Geltungsbereichs der Politik der Gemeinschaft zu klären. Andernfalls verurteilt die gesetzgebende Gewalt der Gemeinschaft sich vermutlich selbst dazu, den fallweisen Lösungen der Judikative hinterherzulaufen.

Unabhängig davon, ob die wesentliche Schutzschicht in Art. 86(2) EG-Vertrag oder in der künftigen gesetzlichen Intervention zu finden ist, argumentieren wir, dass auch die grundlegende Krankenversicherung als Wirtschaftstätigkeit bezeichnet werden kann, ohne dass sie der grundlegenden Solidaritätsbasis, auf der sie beruht, beraubt wird. Das Endergebnis wird sich vermutlich nicht wesentlich von der derzeitigen Situation unterscheiden, aber die Einrichtungen, die die Gesundheitssysteme verwalten, würden dann eine größere rechtliche Sicherheit genießen, da ihre Tätigkeiten als Wirtschaftstätigkeiten betrachtet würden, auf die das Wettbewerbsgesetz grundsätzlich anwendbar ist, für die aber deutliche Absicherungen (auf der Grundlage von Art. 86(2) EG-Vertrag, künftige primäre oder sekundäre Gesetzgebung) gewährt werden können, die auf den Schutz der grundlegenden Prinzipien, auf denen die meisten

Gesundheitssysteme basieren, abzielen. Dies würde natürlich auch einen großen Beitrag zur Kohärenz der Rechtsprechung des Gerichtshofes in Bezug auf die Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts leisten.



VI. Fussnoten

- 1) Art. 152 of the EU Treaty and II-94 and 95 of the Charter of Fundamental rights; see also article I-17 of the EU-Convention that states that the Union shall have competence to carry out "supporting co-ordinating or complementary actions" in the field of the protection and improvement of human health.
- 2) FERRERA, M., "European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?", Working Paper CIIP-3, June 1 2003; http://ies.berkeley.edu/pubs/workingpapers/CIIP-3-Changing_Boundaries_New_Structuring.pdf, see also JORENS, Y., "Towards a European Social Model in an enlarged Europe" in JORENS, Y. (ed.), *European Social policy*, Bristol, Policy Press, to be published.
- 3) Conclusion Advocate General Tesouro under ECJ, Cases C-120/95, Decker ECR [1998] I-1831 and C- 158/96, Kohll, ECR [1998] I-1931, par. 22.
- 4) In a certain way, the concept of Common market is broader than the concept of internal market. While the internal market is dealing with the free movement of goods, persons, services and capital, common market can be described as "a market in which every participant within the Community is free to invest, produce, work, buy and sell, to supply or obtain services under conditions of competition which have not been artificially distorted wherever economic conditions are most favourable". (KAPTEYN, P.J.G. and VERLOREN VAN THEMAAT, P., "Introduction to the law of the European Communities: from Maastricht to Amsterdam", London, Kluwer law international, 1998). Common market is therefore also dealing with competition law.
- 5) Not all elements related to the Common market can be discussed here. The fact that pharmaceuticals and medical devices constitute goods for the purposes of Article 28 ECT and therefore are freely saleable throughout the Community, will not be treated here. This legislation is predominantly concerned with market access through harmonisation and centralised authorisation procedures [Directive 2001/83/EC and Regulation (EC) No 726/2004].
- 6) JORENS, Y., "The right to health care across borders", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, 120.
- 7) The directives relate to the mutual recognition of health care professionals' diplomas. As regards private health insurance, see Directive 1992/49/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance.
- 8) See COUCHEIR, M., "The legal framework in relation to patient mobility", paper prepared in the framework of the European 6th Framework Programme, Europe for patients.
- 9) VANDENBROUCKE, F., "Forword" in MOSSIALOS, E. and McKEE, M., *EU Law and the Social character of Health Care*, Bruxelles, Peter lang, 2002, 15.

- 10) *KESSLER, F., "L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le fonctionnement des regimes de protection sociale : un bilan à partir du cas français", TSR/RDS, 1997, 250-251 ; see also JORENS, Y., "The rights of the European citizen, balancing equity with choice", "presented at 7th European Health care Forum, Gastein, Creating a Better Future for Health in Europe, Global Health Challenges, European approaches and responsibility, 6 to 9 October 2004.*
- 11) *Roughly, as the many formal and informal levels of decision-making with relation to health care matters make it very hard to assess the structure and relevance of various activities.*
- 12) *ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931; ECJ, Case C-120/95, Decker [1998] E.C.R. I-1831; ECJ, Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363; ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473; ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509; ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published) and ECJ, Case C-8/02, Leichtle [2004] (not yet published).*
- 13) *Recommendation 92/442/EEC of the Council of 27 July 1992 on the convergence of social protection objectives and policies, OJ L 245/49 of 26 August 1992.*
- 14) *Resolution on the Commission report to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on "Social Protection in Europe 1997", A4-0099/99.*
- 15) *Presidency Conclusions - Lisbon European Council Meeting of 23 and 24 March 2000, see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00100-r1.en0.htm*
- 16) *European Commission Broad Economic Policy Guidelines 1999, http://europa.eu.int/comm/economy_finance/publications/european_economy/1999/ee_gopeannex1999_en.pdf*
- 17) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "The future of health care and care for the elderly: guaranteeing accessibility, quality and financial viability", COM(2001) 723 final.*
- 18) *Presidency Conclusions - Barcelona European Council Meeting of 15 and 16 March 2002 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/71025.pdf*
- 19) *See http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_protection_committee/index_en.htm*
- 20) *Council Decision 2000/436/EC of 29 June 2000 setting up a Social Protection Committee OJ L 172/26 of 12 July 2000.*
- 21) *See http://europa.eu.int/comm/employment_social/employment_strategy/emco_en.htm*
- 22) *See http://europa.eu.int/comm/economy_finance/epc/epc_en.htm*
- 23) *Presidency Conclusions - Göteborg European Council Meeting of 15 and 16 June 2001 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/00200-r1.en1.pdf*

- 24) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "The future of health care and care for the elderly: guaranteeing accessibility, quality and financial viability", COM(2001) 723 final.*
- 25) *Presidency Conclusions - Barcelona European Council Meeting of 15 and 16 March 2002 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/71025.pdf*
- 26) *See http://europa.eu.int/comm/employment_social/social_protection/docs/questionnaire1_en.pdf*
- 27) *See http://www.cc.cec/sg_vista/cgi-bin/repository/getdoc.cgi?full_file_name=CONS_PDF_CS_2003_07166_1_EN.pdf*
- 28) *Presidency Conclusions - Brussels European Council Meeting of 20 and 21 March 2003 see http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/75136.pdf*
- 29) *See <http://europa.eu.int/eur-lex/pri/en/oj/dat/2004/ce038/ce03820040212en02690277.pdf>*
- 30) *The High Level Group on Health Services and Medical Care is a Group instituted in the health area to facilitate cooperation among the Member States on health services and medical care, see Draft Commission Decision setting up a High Level Group on Health Services and Medical Care, C(2004) 1501 of 16/04/2004.*
- 31) *See <http://www.ose.be/health/default.htm>*
- 32) *See http://europa.eu.int/comm/health/ph_information/implement/wp/systems/docs/ev_20040325_rd01_en.pdf*
- 33) *Communication from the Commission - Follow up to the high level reflection process on patient mobility and health care developments in the European Union, Brussels, 20 April 2004, COM(2004) 301 final.*
- 34) *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - e-Health - making healthcare better for European citizens: An action plan for a European e-Health area, Brussels, 30 April 2004, COM(2004) 356.*
- 35) *Proposal for a Directive of the Council and the European Parliament on services in the internal market, Brussels, 5 March 2004, COM(2004) 2.*
- 36) *Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems OJ L 166/1 of 30 April 2004.*
- 37) *See http://europa.eu.int/comm/health/ph_overview/health_forum/health_forum_en.htm*
- 38) *See http://europa.eu.int/comm/health/ph_overview/health_forum/open_forum_en.htm*

- 39) *The current wording of this provision results from a restrictive amendment adopted in the aftermath of the Pierik cases, in which the Court of Justice had granted patients a nearly unrestricted right to obtain health care in another Member State at the expense of their social security institution. See Case C-117/77 Pierik I [1978] ECR 825 and Case C-182/87 Pierik II [1979] ECR 1977.*
- 40) *Case C-158/96 Kohll [1998] ECR 1931.*
- 41) *ECJ, Case C-157/99 Geraets-Smits and Peerbooms [2001] ECR 5473; Case C-385/99 Müller-Fauré and Van Riet [2003] ECR 4509.*
- 42) *In this paper, the terms "hospital care", "intramural care" and "inpatient care" will be used as synonyms.*
- 43) *Consider the Court's divergent approach in examining the grounds for justification in respect of the two types of care. Concerning extramural care, the Court refers to concrete elements (linguistic and geographical barriers, the fact that outpatient care is generally provided near the place the patient resides) to minimize the financial impact of patient mobility. Although these arguments hold true also in relation to intramural care, they are not mentioned in the paragraphs concerning intramural care. There, the relationship between free movement of services and hospital care is treated in an abstract manner: hospital care is expensive and its financing could suffer if patients were to move freely abroad. The Court does not examine the likeliness of this "freely moving" actually occurring. According to VAN DE GRONDEN and MORTELMANS, an explanation for this different approach can be found in the word "risk", figuring in the rule of reason exemption "the risk of seriously undermining the financial balance of the social security system". In this regard, two different risks can be identified. There is the risk related to the functioning of the health care system in the event of large "health care movements" and there is the risk of large numbers of patients making use of the possibility to obtain health care in another Member State. The first risk is more abstract whilst the second is rather concrete. It is plausible that the ECJ, in the case of intramural care, appraises the abstract risk more seriously; problems stemming from a disruption of precious and vital hospital care may be far more difficult to resolve than problems in the provision of outpatient care. Because of these "abstract intramural problems", the Court did not proceed with its investigation. For extramural care, on the contrary, the Court did dare to go into the concrete consequences, but these were found not to justify the restrictive national rules at issue: see J. W. VAN DE GRONDEN and K.J.M. MORTELMANS, annotation Case C-385/99 Müller-Fauré and Van Riet [2003], Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht 2003, 276.*
- 44) *These judgments will henceforth be referred to as "the health care cases".*
- 45) *ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931, par. 26.*
- 46) *ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931, par. 27.*
- 47) *ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] not yet published.*
- 48) *Opinion ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published), par. 27-33.*

- 49) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 21-22. See also ECJ, Case C-368/98, *Vanbraekel* [2001] ECR 5363, par. 32.
- 50) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 23.
- 51) PALM, W., NICKLESS, J., LEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", *General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 137*; JORENS, Y., "Impact van de meest recente rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake de invloed van de regelen inzake interne markt op de nationale gezondheidssystemen, met name de arresten die werden geveld na december 2001: de zaken Müller-Fauré-Van Riet, *Inizan* and *Leichtle*", *Belgisch Tijdschrift voor Sociale Zekerheid, 2004, 392*. Contra: V. HATZOPOULOS, "Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments in of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms*", *Common Market Law Review, 2002, 703*, who contends that Article 22 of the Regulation is a *lex specialis* in relation to the Treaty rules and that it should be applied by preference when the relevant conditions are met.
- 52) Amply criticised in doctrine, see inter alia KESSLER, F., and LHERNOULD, J.-P., "L'impact sur le droit de la protection sociale de la jurisprudence de la CJCE relative à la libre prestation de services", *Droit Social 2002, 751*; CABRAL, P., "Cross-border medical care in the European Union - bringing down a first wall", *European Law Review, 1999, 393*.
- 53) Cf. CABRAL, P., "The internal market and the right to cross-border medical care", *European Law Review, 2004, 679*. See also FOUBERT, P., "Vrije medische dienstverlening in de rechtspraak van het Hof van Justitie", annotation ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003], *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht, 2003, 394*.
- 54) CABRAL, P., "Cross-border medical care in the European Union - bringing down a first wall", *European Law Review, 1999, 393*.
- 55) PALM, W., NICKLESS, J., DEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", *General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 135*. See also DOUGAN, M. and SPAVENTA, E., who refer to what is happening as a consequence of the direct effect of Article 18 ECT, which has been interpreted as expanding rather than challenge the residency directives, and find a connection with the matter under discussion. The same *modus operandi* applies: Community secondary legislation is re-interpreted according to the demands of primary law: "Educating Rudy and the non-English Patient: a Double Bill on Residency Rights under Article 18 EC", *European Law Review, 2003, 704-705*.
- 56) ECJ, Case C-90/92, *Dr Tretter* [1993] ECR 3596, par. 11; ECJ, Case C-61/94, *Commission v. Germany* [1996] ECR 3989, par. 52.

- 57) VAN RAEPENBUSCH, S., "La libre choix par les citoyens européens des produits médicaux et des prestataires de soins, conséquence sociale du marché intérieur", annotation Cases C-120/95 Decker [1998] and C-158/96 Kohll [1998], Cahiers de droit européen 1998, 689-690. This author refers to ECJ, Case C-1/85 Miethe [1986] (ECR 1837), in which the Court construed Article 71 (1) (a) of Regulation 1408/71 imperatively, stating that "a wholly unemployed frontier worker who comes within the scope of that provision may claim benefits only from the Member State in which he resides even though he fulfils the conditions for entitlement to benefits laid down by the legislation of the Member State in which he was last employed" (operative part of the judgment, emphasis added) (see also par. 11).
- 58) ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published), par. 21.
- 59) On the understanding that the competent institution, in that case, is never obliged to grant the authorisation.
- 60) DAVIES, G., "Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré", Modern Law Review, 2004, 101.
- 61) Opinion ECJ, Case C-56/01, Inizan [2003] (not yet published), par. 30 (present author's translation).
- 62) ECJ, Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363.
- 63) To be precise, authorisation had been initially refused but that refusal had later been reversed. However, the ECJ treated this judicial authorisation a posteriori as a proper authorisation within the meaning of Article 22 (1) (c) of Regulation 1408/71.
- 64) Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363, par. 37.
- 65) Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363, par. 38 e.s.
- 66) It is to be recalled that the requirement of prior authorisation for the reimbursement of the costs of extramural care incurred in another Member State, constitutes an unjustified restriction to the free provision of services.
- 67) By foreign providers, we mean providers established in another Member State than that of the patient's affiliation, irrespective of their (Community) nationality. The term "domestic providers" will be used to indicate providers established in the Member State of affiliation of the patient.
- 68) Cf. Case C-368/98, Vanbraekel [2001] ECR 5363, par. 45.
- 69) One could object that a well-informed patient wishing to obtain extramural care in another Member State will make use of the Regulation-based method, and thus apply for authorization, only when this procedure proves more beneficial to his situation. However, that is not the issue here. The fact of the matter is that if a Community citizen appeals to an imperative legal provision of secondary legislation, he may find the rights conferred upon him directly by the Treaty being infringed.
- 70) CORNELISSEN, R., "The principle of territoriality and the Community Regulations on social security (Regulations 1408/71 and 574/72)", Common Market Law Review, 1996, 464.

- 71) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 43 and 45. Cf. ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 103 as well as Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003] ECR 4509, par. 89.
- 72) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 46. Cf. ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 104 as well as Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003] ECR 4509, par. 90.
- 73) Official Journal L 166 of 30 April 2004. On this Regulation, see PIGEON, C., "Reforms in the coordination of social security systems for people who move within the European Union", Oslo, 21-23 April 2004, International Social Security Association, 12 p.
- 74) ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published), par. 48. Cf. ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 90 as well as Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003] ECR 4509, par. 85. See also ECJ, Case C-56/01, *Inizan* [2003] (not yet published) par. 49.
- 75) In actual fact, these requirements reflect "a general principle of Community law which underlies the constitutional traditions common to the Member States" and which has been "enshrined in Articles 6 and 13 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms": ECJ, Case C-222/86, *Heylens* [1987] ECR 4097, par. 14.
- 76) See footnote 78.
- 77) As mentioned *supra*, the Articles on the free provision of services cannot be relied upon to obtain treatment in another Member State at the expense of the institution of the Member State of affiliation where that treatment is not among the benefits covered by the legislation of that Member State.
- 78) Admittedly, the fusion between the two methods can never be perfect. For one thing under the former method, patients have a freer choice as to the foreign institution in which they wish to be treated.
- 79) It can be questioned whether the circumstance that the patient under the Regulation-based method does not have to prepay the treatment suffices to make up such value added. The same can be said in respect of more beneficial conditions for the granting of treatments.
- 80) Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 2.
- 81) Explanatory note from the Commission services, annexed to Document No 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004.
- 82) Annexed to Document No 5161/05 of the Council, Brussels, 10 January 2005.
- 83) The initial Commission proposal provides that "Member States shall ensure that authorisation for assumption by their social security system of the cost of hospital care provided in another Member State is not refused where the treatment in question is among the benefits provided for by the legislation of the Member State of affiliation and where such

*treatment cannot be given to the patient within a time frame which is medically acceptable in the light of the patient's current state of health and the probable course of the illness". This phrase largely corresponds to Article 20 of Regulation (EC) No 883/2004. The textual difference between the terms "medically acceptable" and "medically justifiable", figuring in the new Regulation, is most probably immaterial. Note however the peculiar disappearance, in both instruments, of the reference to the patient's medical history, to be found in the Court's case law. Instead, the legislative instruments contain a relegation to the "probable course" of the patient's illness. See PALM, W., "La Cour de Justice européenne et la mobilité des patients: un nouveau pas franchi", *Revue Médicale de l'Assurance Maladie*, 2003, 179.*

- 84) *Pursuant to the current text of the Draft services directive, the conditions on which benefits are granted will always be determined by the legislation of the Member State of treatment, even if application of the legislation of the Member State of affiliation would be more advantageous to the patient in this particular regard.*
- 85) *Accordingly, in the present author's view, it would be erroneous to say that the Commission has extended the Vanbraekel case law to extramural care, as some commentators do. See e.g. GEKIERE, W., "Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions on the draft Services Directive and its impact on national services regulations", Research Report commissioned by A. VAN LANCKER (MEP), Leuven, 24 September 2004, 29.*
- 86) *Para. 107: "[...] nothing precludes a competent Member State with a benefits in kind system from fixing the amounts of reimbursement which patients who have received care in another Member State can claim, provided that those amounts are based on objective, non-discriminatory and transparent criteria.*
- 87) *GEKIERE, W., "Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions on the draft Services Directive and its impact on national services regulations", Research Report commissioned by A. VAN LANCKER (MEP), Leuven, 24 September 2004, 29; Association Internationale de la Mutualité (AIM), Position Paper on the Proposal for a Directive on services in the internal market, Nice, 11 October 2004, 5.*
- 88) *GEKIERE, W., "Towards a European Directive on Services in the Internal Market: Analysing the legal repercussions on the draft Services Directive and its impact on national services regulations", Research Report commissioned by A. VAN LANCKER (MEP), Leuven, 24 September 2004, 29; Association Internationale de la Mutualité (AIM), Position Paper on the Proposal for a Directive on services in the internal market, Nice, 11 October 2004, 5.*
- 89) *Cf. the explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 9.*
- 90) *E.g. JORENS, Y., note under ECJ, Case C-56/01, Inizan, Rev.dr.San., 2004, ... See also Umbrella Organisations representing the German Social Security System, "Joint Position Paper of the on the Proposal for a Directive on services in the internal market", Brussels, April 2004, 4.*

- 91) *DRIJBER, B.J., "De bezems van Bolkestein", Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht, 2004, 119.*
- 92) *Case C-385/99 Müller-Fauré and Van Riet [2003] ECR 4509, par. 75.*
- 93) *FLEAR, M., "annotation ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré and Van Riet [2003]", Common Market Law Review, 2004, 223 e.s.*
- 94) *Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 5. See also the definition proposed by the Dutch Centrale Raad van Beroep, according to which a treatment can only be classed as intramural when, according to international medical standards, it comprises a stay in the hospital of at least one night: ECJ, Case 97/10642, ZFW Van Riet [2004]. Consider also the definition proposed by the Standing Committee of European Doctors (CPME) in its Position Paper on the Proposal for a Directive on services in the internal market (CPME 2004/148 Final, Göteborg, 12 November 2004): "medical care under the supervision and responsibility of medical doctor(s) and provided in specific facilities where medical surveillance is available 24h/day and which normally requires accommodation in the facility".*
- 95) *Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 5.*
- 96) *FLEAR, M., "annotation ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré and Van Riet [2003]", Common Market Law Review, 2004, 224.*
- 97) *DAVIES, G., "Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré", Modern Law Review, 2004, 103.*
- 98) *Explanatory note from the Commission services, annexed to Document 11570/04 of the Council, Brussels, 16 July 2004, 5. See also VAN DER STEEN, I., "Vergoeding van extramurale zorg in een andere lidstaat: geen ziekenfondstoestemming vooraf?", Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht 2003, 277; Umbrella Organisations representing the German Social Security System, Joint Position Paper of the on the Proposal for a Directive on services in the internal market, Brussels, April 2004, 3.*
- 99) *DAVIES, G., "Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Müller-Fauré", Modern Law Review, 2004, 103.*
- 100) *College voor Zorgverzekeringen, Tweede aanvullende circulaire inzake arrest Müller-Fauré en Van Riet n.a.v. uitspraken Centrale Raad van Beroep d.d. 18 juni 2004, Circular No 04/45, Diemen, 1 September 2004.*
- 101) *Article 20 of Regulation (EC) No 883/2004.*
- 102) *Position of the European Parliament adopted at first reading on 3 September 2003 with a view to the adoption of European Parliament and Council Regulation (EC) No .../2003 on coordination of social security systems, Official Journal C 76 E of 25 March 2004, 190.*
- 103) *European Commission, Amended proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on coordination of social security systems, Brussels, 9 October 2003, COM(2003) 596 final, 4.*

- 104) *Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251(2) of the EC Treaty concerning the common position of the Council on the adoption of a Regulation of the European Parliament and the Council on the coordination of social security systems, COM(2004) 44 final, Brussels, 27 January 2004, 5.*
- 105) *Brussels, 14 January 2003, Document No 15577/03 ADD 1.*
- 106) *The Member State where the services are provided will be referred to as the host Member State. The term "home Member State" or "Member State of establishment" will be used to indicate the Member State in which the service provider is established.*
- 107) *BAETEN, R., "The proposal for a Directive on services in the Internal Market applied to Healthcare Services", Paper presented for the public hearing in the European Parliament, 11 November 2004, 2.*
- 108) *Official Journal L 165 of 7 July 1993.*
- 109) *In early 2002, the Commission published a Proposal for a Directive on the recognition of professional qualifications [COM(2002)119 final]. Following the first reading of the Proposal by the European Parliament, an amended Proposal was adopted by the Commission [COM(2004)317 final], on the basis of which a political agreement was reached by the Council on 18 May 2004. This political agreement has been incorporated in the Common Position. The European Parliament must complete the second reading three months - and at most four months - from the date of the common position (Article 251 ECT).*
- 110) *ECJ, Case C-294/00, Gräbner [2002] ECR 6515.*
- 111) *"[The service provider] shall provide services with the same rights and obligations as the nationals of the host Member State; in particular, he shall be subject to the rules of conduct [dispositions disciplinaires] of a professional or administrative nature which apply in that Member State".*
- 112) *Brussels, 21 December 2004, Doc No 13781/2/04 REV 2 ADD 1, 6.*
- 113) *"The guarantee conferred by this Directive on persons having acquired their professional qualifications in a Member State to have access to the same profession and pursue it in another Member State with the same rights as nationals is without prejudice to compliance by the migrant professional with any nondiscriminatory conditions of pursuit which might be laid down by the latter Member State, provided that these are objectively justified and proportionate" (emphasis added).*
- 114) *ECJ, Case C-232/99, Commission v. Spain [2002] ECR 4235, par. 52.*
- 115) *If the draft Directive on services in the internal market were to become law, it would become the frame of reference for the free provision of services - including medical services - as its coordinated field extends to "any requirement applicable to access to service activities or to the exercise thereof": Article 4, 9° of the Proposal (not revised).*
- 116) *SPAVENTA, E., "From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European constitution", Common Market Law Review, 2004, 748.*

- 117) *The situation is entirely different for the beneficiaries of the free movement of workers and the right of establishment. Unlike service providers, these persons enter into a much closer relation with the host Member State and cease - for most purposes - to be regulated by their home Member State. Hence, if for providers of services, national treatment by the host Member State might entail duplications of conditions already fulfilled, for the migrant workers (employed or self-employed), it simply makes sure that they comply with the conditions of some State. See HATZOPOULOS, V., "annotation ECJ, Case C-250/95, Futura Participations [1997]", Common Market Law Review, 1998, 504.*
- 118) ECJ, Case C-279/80, Webb [1981] ECR 3305, par. 16.
- 119) ECJ, Case C-76/90, Säger [1991] ECR 4221. Amply confirmed in subsequent rulings, e.g. ECJ, Case C-390/99, Canal Satélite Digital [2002] ECR 607.
- 120) HATZOPOULOS, V., "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 192-193. Note however that some authors approach the imposition of double regulatory burdens on service providers as a matter of indirect discrimination.
- 121) ECJ, Case C-76/90, Säger [1991] ECR 4221, par. 13.
- 122) ECJ, Case C-76/90, Säger [1991] ECR 4221, par. 12.
- 123) DANIELE, L., "Non-discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons", European Law Review, 1997, 195-196.
- 124) HATZOPOULOS, V., "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 192-193.
- 125) DANIELE, L., "Non-discriminatory Restrictions to the Free Movement of Persons", European Law Review, 1997, 196.
- 126) HATZOPOULOS, V., "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 167, 197 and 315 e.s.
- 127) Hence, rather than being a creation of the Community legislature, the country of origin principle stems from the Court's interpretation of the fundamental freedoms contained in the ECT. However, it is not laid down by the Treaty, and the Community legislature can depart from it, cf. ECJ, Case C-233/94, Germany v. European Parliament and Council [1997] ECR 2405, par. 64.
- 128) ECJ, Cases C-286/82, Luisi and Carbone [1984] ECR 377.
- 129) ECJ, Case C-159/90, Grogan [1991] ECR 4685.
- 130) This relationship is a non-economic one. This can be inferred from a series of cases on the applicability of the competition rules to bodies governing statutory social security schemes. On these cases, see further part II of the present report.
- 131) ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 58.

- 132) ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] E.C.R. I-5473, par. 55 and ECJ, Case C-385/99, *Müller-Fauré / Van Riet* [2003] E.C.R. I-4509, par. 39.
- 133) Indeed, proving that the financial balance of the health care system is at risk of being seriously undermined will be a virtually insurmountable task, given the overall approach that must be adopted in relation to the consequences of the freedom to provide health-related services: *Müller-Fauré and Van Riet*, par. 74; A.P. VAN DER MEI, "Cross-border Access to Medical Care: Non-Hospital Care and Waiting Lists, *Legal Issues of Economic Integration* 2004, 66.
- 134) FLEAR, M., "annotation ECJ, Case C-385/99, *Müller-Fauré and Van Riet* [2003]", *Common Market Law Review*, 2004, 229-230.
- 135) FERRERA, M., "European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?" Working Paper CIIP-3, Institute of European Studies, Comparative Immigration and Integration Program, 2003, 19. See also *Müller-Fauré and Van Riet*, par. 94.
- 136) NICKLESS, J., "Smits/Peerbooms: Clarification of Kohll and Decker?", *Eurohealth* 2001 (Vol. 7 No 4), 7-10; PALM, W., NICKLESS, J., LEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 126 e.s.; DE CORTAZAR, C.G., "Kohll and Decker, or That is Somebody Else's Problem. The Challenge facing Spain", *European Journal of Health Law*, 1999, 398-399. See also DAVIES, G., "Welfare as a service", *Legal Issues of Economic Integration* 2002, 35 e.s.; and SPAVENTA, E., "Public Services and European Law: Looking for Boundaries", in BELL, J., DASHWOOD, A., SPENCER, J. and WARD, A. (eds.), *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Volume 5, 2002-2003, Oxford - Portland, Hart Publishing, 2004, 284 e.s. SPAVENTA submits that, the relevant relationship being that between the patients and the funds, the patients were relying on the duties the funds bore towards them - duties which cannot be defined as arising from an economic relationship. She contends that it is only when national law recognises a right to be treated outside the pre-organised structure that Article 49 ECT should become of relevance. She acknowledges that this interpretation is not entirely consistent with the Court's rulings.
- 137) Indeed, *Geraets-Smits and Peerbooms* did not exclude the possibility that the authorisation requirement for non-hospital care could be justified when applied within the framework of contract systems such as the one existing in the Netherlands: PALM, W., , "La Cour de Justice européenne et la mobilité des patients: un nouveau pas franchi", *Revue Médicale de l'Assurance Maladie*, 2003, 178; VAN DE GRONDEN, W., and MORTELMANS, K.J.M., annotation Case C-385/99 *Müller-Fauré and Van Riet* [2003], *Tijdschrift voor Europees en Economisch Recht* 2003, 273. See in particular its par. 81. *Müller-Fauré and Van Riet* made abundantly clear that is the aspect of hospital planning which is decisive in this regard.

- 138) *Comp. KIEFFE, R R., "Quelques réflexions sur la nature des prestations hospitalières au Luxembourg et sur la justification de l'autorisation préalable pour les transferts à l'étranger", Bulletin luxembourgeois des questions sociales, 2001, 10 e.s.*
- 139) *ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 66.*
- 140) *ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 67. See also ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 43.*
- 141) *This holds true in particular for the Luxembourg system, under which authorisation to practice medicine cannot be detached from accession to the collective agreement with the Union des Caisses de Maladie (UCM).*
- 142) *The Austrian example is sometimes cited - mistakenly, in our view - as an example of a potentially Euro-compatible solution. Under that system, health care provided by non-contracted providers is reimbursed up to 80% of the rate applicable to contracted providers. For the reasons mentioned above, we do not believe that application of this level of cover to the services of foreign providers would be consistent with the Treaty. For one thing, what about Member States that do not cover health care provided by non-contracted providers, such as Luxembourg? To be sure, for not to annihilate patient mobility, these Member States ought to establish a tariff. But which one? Why would 80% be acceptable and 35%, for the sake of argument, not? What would refrain Member States from laying down reimbursement tariffs which are altogether negligible, such as the French tarif d'autorité?*
- 143) *Cf. PALM, W., NICKLESS, J., LEWALLE, H., and COHEUR, A., "Implications of recent jurisprudence on the co-ordination of health care protection systems", General Report produced for the Directorate-General for Employment and Social Affairs of the European Commission, Brussels, AIM, 2000, 125 e.s.*
- 144) *Discussions were held, at the end of which it was decided to maintain the compulsory contracting system but to comply with certain subsidiary demands of the medical and dentist profession, cf. the Act of 22 July 2003, Mém.A. 2003, 2257.*
- 145) *See the argument submitted by the Dutch government and sickness fund in ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 49.*
- 146) *Reverse discrimination is not a target of Community law. See in this regard HATZOPOULOS, V., who writes on the perspective of a non-discriminatory assessment of conditions relating to the pursuit of an economic activity under Articles 39 and 43 EC: "[...] s'il est de jurisprudence constante de la Cour que le droit communautaire ne vise pas les discriminations à rebours, il est aussi juridiquement intenable et politiquement impensable que de prétendre que des dispositions du traité aussi fondamentales que les Articles 39 ou 43 UE, incitent et même obligent les Etats à discriminer à l'encontre de leurs propres ressortissants: si la discrimination à rebours est tolérée en tant qu'effet indésirable de l'intégration des marchés, elle ne peut pas pour autant être érigée en moyen pour la réalisation de cette intégration": ("Le principe*

communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 184.)

- 147) *Proving that the financial balance of the health care system is at risk of being seriously undermined will be a virtually insurmountable task, given the overall approach that must be adopted in relation to the consequences of the freedom to provide health-related services: ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 74; VAN DER MEI, A.P., "Cross-border Access to Medical Care: Non-Hospital Care and Waiting Lists, Legal Issues of Economic Integration, 2004, 66.*
- 148) *See also par. 91 of ECJ, Case C-496/01, Commission v. France [2004] not yet published, stating that French legislation prohibiting sickness funds from reimbursing the costs of bio-medical analyses carried out in another Member State "de facto precludes laboratories established in another Member State from being able to provide services to insured persons established in France".*
- 149) *We believe that this serves to illustrate the relativity of the distinction between conditions relating to the exercise of an economic activity and those relating to access thereto. Indeed, the former may very well bar market access. See V. HATZOPOULOS, "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 135 footnote 257, referring to ECJ, Case C-246/80, Broekmeulen [1981] 2311. See also ECJ, Case C-442/02, CaixaBank France [2004] not yet published.*
- 150) *This view is negated nor supported by the provisions of Article 18 of the Doctor's Directive and Article 6 (b) of the Proposal for a Directive on the recognition of professional qualifications, calling for an exemption of foreign medical service providers from registration with a public social security body for the purpose of settling accounts relating to medical services with an insurance body. As mentioned supra, the Court has held in respect of the former Article that it does not seek "to eliminate all obstacles that might exist in the Member States relating to the reimbursement of the cost of medical services by an insurance body to which the doctor established in another Member State does not belong" (ECJ, Case C-232/99, Commission v. Spain [2002] ECR 4235, par. 52). Nevertheless, it could be argued that, whereas the Community legislature has deemed the mere registration with a public social security body an unreasonable obstacle to the free provision of temporary services, this would apply a fortiori in respect of a requirement to enter into agreements with a health insurance institution. On the other hand, the aforementioned provisions differentiate between insurance bodies and public social security bodies; only with the latter can there be no requirement to register. This would mean a contrario that the Doctor's Directive does not preclude registration with an insurance body as a condition for reimbursement of the cost of treatment. See the Opinion of Advocate General STIX-HACKL in Commission v. Spain, par. 98 e.s.*

- 151) Indeed, Articles 49 e.s. ECT do not affect Member States' power to determine the range of providers "internally". For instance, the Treaty Articles on the free provision of services do not preclude Member States from not reimbursing the costs of services provided by domestic non-contracted providers or from reimbursing them at a lower level than those incurred with domestic contracted providers.
- 152) See ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 98, 100 and 106.
- 153) Cf. ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 83-99.
- 154) See e.g. ECJ, Case C-96/85, Commission v. France [1986] ECR 1475, declaring incompatible with Article 49 ECT French legislation requiring doctors and dental practitioners established in another Member State to cancel their enrolment or registration in that other Member State in order to be able to practise their profession in France.
- 155) See however recital 8 on the Common Position relating to the envisaged Directive on the recognition of professional qualifications.
- 156) Some contend that an obligation to observe the host Member State's tariffs stems from Article 17 of the Doctor's Directive and Articles 5 (3) and (6) (a) of the Common Position relating to the envisaged Directive on the recognition of professional qualifications: See e.g. the working document on the Proposal for a Directive on services in the internal market ("defensive points") of the Luxembourg Ministère de l'Economie et du Commerce Extérieur, 28 and 42. In our view, it is highly questionable whether such an obligation can be inferred from "automatic temporary registration with" or "pro forma membership of a professional organisation or body", so as to facilitate the application of the host Member State's "disciplinary provisions of a professional or administrative nature which are directly linked to professional qualifications".
- 157) See e.g. ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] E.C.R. I-1931, par. 50-51.
- 158) See e.g. ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] E.C.R. I-5473, par. 72.
- 159) ECJ, Case C-385/99, Müller-Fauré / Van Riet [2003] E.C.R. I-4509, par. 99 e.s.
- 160) E.g. Joined Cases C-369/96 and C-376/96, Arblade [1999] ECR 8453, par. 34. Consider also par. 31 of this ruling, where the Court held that "[t]he fact that national rules are categorised as public-order legislation does not mean that they are exempt from compliance with the provisions of the Treaty".
- 161) In practice, the examination of the subjective and concrete proportionality is nested in the abstract proportionality test of the restrictive rule, see V. HATZOPOULOS, "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 167, 197 and 315 e.s.

- 162) BARNARD, C., "Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?", *European Law Review* 2001, 57; SPAVENTA, E., "From Gebhard to Carpenter: Towards a (Non-)Economic European Constitution", *Common Market Law Review*, 2004, 763-764. See also O'LEARY, S. and FERNANDEZMARTIN, J.M., stating that "where a service is of a sensitive nature and regulation of it involves moral, ethical or social policy considerations, the obligation of determining the proportionality of national restrictive measures has either been left to national courts with little or no guidance, or left to the Member States themselves": "Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services", in ANDENAS, M., and ROTH, W.-H., (eds.), "Services and Free Movement in EU Law", Oxford, Oxford University Press, 2002, 188. G. DE BURCA lists a number of factors which can usefully be kept in mind when examining the extent to which the ECJ subjects a national measure to review, *inter alia*, whether the measure relates to a nationally sensitive or ideologically contentious matter; whether it involves a complex political objective; whether there is no European-wide or internationally agreed standard; or whether, if a measure were found disproportionate, it would impose a considerable financial burden on the Member State": "The Principle of Proportionality and its Application in EC Law", *Yearbook of European Law* 1993, 111, cited in O'LEARY, S. and FERNANDEZ-MARTIN, J.M., "Judicially-Created Exceptions to the Free Provision of Services", in ANDENAS, M., and ROTH, W.-H., (eds.), "Services and Free Movement in EU Law", Oxford, Oxford University Press, 2002, 190-191.
- 163) ECJ, Case C-294/00, Gräbner [2002] ECR 6515.
- 164) ECJ, Case C-61/89, Bouchoucha [1990] ECR 3551 and, post-Gebhard, ECJ, Case C-108/96, Mac Quen [2001] ECR 837.
- 165) ECJ, Case C-294/00, Gräbner [2002] ECR 6515, par. 43.
- 166) ECJ, Case C-294/00, Gräbner [2002] ECR 6515, par. 46-50.
- 167) In that regard, the status of the foreign medical service provider in the Member State of establishment may be relevant. Indeed, the host Member State may find it more difficult to impose its rules on foreign doctors who are contracted in the home Member State, as opposed to foreign doctors who are not. More generally, one can wonder whether Article 49 ECT can be relied upon by a private doctor, whose services do not give rise to a financial intervention of the health insurance scheme of the home Member State, to claim assumption by the health insurance scheme of the host Member State of the cost of the services he provides in that State. The health care cases do not seem to lend support for an answer in the negative.
- 168) Revised version.
- 169) Article 16 § 1.
- 170) Article 4, 9° and recital 21.
- 171) Article 16, § 2.
- 172) To foster trust in the country of origin principle, mutual assistance procedures between the Member States are provided for in the Draft services directive (Articles 35-37), in addition to provisions on the quality

of services (Articles 26-33) and accompanying measures to encourage self-regulation by the providers (Article 39).

173) This addition does not appear in the initial Commission Proposal.

174) Recital 47a does not occur in the initial Commission Proposal.

175) B.J. DRIJBER, "De bezems van Bolkestein", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004., 118.

176) See B.J. DRIJBER, "De bezems van Bolkestein", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004, 118", who states that Article 16 § 3, read in conjunction with Articles 19 jo. 37, may fall foul of the Treaty.

177) Cf. *supra* and § 35 of the Opinion of Advocate General Kokott in Case C-189/03 *Commission v. the Netherlands* [2004], not yet published.

178) B.J. DRIJBER, "De bezems van Bolkestein", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2004.

179) Cf. K. ARMSTRONG, "Mutual Recognition", in C. BARNARD and J. SCOTT (eds.), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 228-230, borrowing from P. MADURO's models of market integration.

180) *Ibid.*, 229-230.

181) One can wonder whether the temporary provision of cross-border medical services should at all be encouraged. Many health services indeed require an establishment in the Member State where the service is provided (cf. recital 47a of the revised Proposal) and the temporary and occasional nature of the health care provided seems at odds with the present trend towards integrated care and care programmes.

182) Cf. FEIDER, J.-M. et al., "L'assurance dépendance", *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, 1999, 126.

183) Assisting the dependent person in tasks of a domestic nature, in personal hygiene, nutrition, mobility etc.

184) Pursuant to Article 1 of the Act of 8 September 1998 (*loi du 8 septembre 1998, réglant les relations entre l'état et les organismes oeuvrant dans les domaines social, familial et thérapeutique*, *Mém.A.* 1998, 1600).

185) E.g. *règlement grand-ducal du 8 décembre 1999 concernant l'agrément à accorder aux gestionnaires de services pour personnes âgées*, *Mém.A.* 1999, 2622).

186) Article 393 of the Social Insurance Code (*Codes des Assurances Sociales*).

187) Using either a geographic, an age-based or a pathology-based criterion.

188) ECJ, Case C-70/95, *Sodemare* [1997] ECR 3395, par. 24 (implicitly).

189) ECJ, Case C-131/01, *Commission v. Italy* [2003] ECR 1659, par. 23.

190) ECJ, Case C-55/94, *Gebhard* [1995] ECR 4165, par. 25-27.

191) ECJ, Case C-215/01, *Schnitzer* [2003] not yet published, par. 30-31; ECJ, Case C-171/02, *Commission v. Portugal* [2004] not yet published, par. 26.

- 192) Cf. par. 33 of the Opinion of Advocate General Léger in ECJ, Case C-131/01, *Commission v. Italy* [2003] ECR 1659.
- 193) Cf. ECJ, Case C-33/74, *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299; ECJ, Case C-205/84, *Commission v. Germany* [1986] ECR 3755. See also W.-H. ROTH, "The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: Is Keck Relevant?", in M. ANDENAS and W.-H. ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 20.
- 194) Cf. J. MOTA CAMPOS, cited in par. 22 of the Opinion of Advocate General Mischo in ECJ, Case C-215/01, *Schnitzer* [2003] not yet published.
- 195) Workforce shortages constitute indeed a problem with which aid and care networks are faced, see IGSS (*Inspection générale de la sécurité sociale*), *Rapport sur le système des soins de santé et des soins de longue durée*, 11 September 2002, 9-10, http://europa.eu.int/comm/employment_social/socprot/healthcare/lux_healthreply_fr.pdf
- 196) On the understanding that market access in casu implies that the dependent person should not be put at a disadvantage for the sole reason of having applied to the services of a foreign provider, in particular in respect of the level of coverage: see *supra* and ECJ, Case C-496/01, *Commission v. France* [2004] not yet published, par. 91.
- 197) ECJ, Case C-70/95, *Sodemare* [1997] ECR 3395, par. 28-29 and 33.
- 198) ECJ, Case C-70/95, *Sodemare* [1997] ECR 3395, par. 34.
- 199) V. HATZOPOULOS, "Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments in of the ECJ, in *Vanbraekel and Peerbooms*", *Common Market Law Review*, 2002, 721.
- 200) However, the national measure at issue may well have been indirectly discriminatory, as argued by Advocate General Fennelly. Moreover, it was clearly liable to act as a hindrance to market access.
- 201) In any case, a *prima facie* exception, based on social solidarity, to the application of the common market rules, such as the Court has implemented in cases where claimants challenged the exclusive rights granted to bodies governing statutory social security schemes, does not seem warranted in relation to the mobility of providers of social and health care. See COUCHEIR, M., "Gezondheidszorgverstrekking als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en (semi-)territorialiteit", forthcoming in *Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2005.
- 202) *Ministère de la Sécurité Sociale, Aperçu sur la législation de la sécurité sociale*, Luxembourg, 2003.
- 203) IGSS, *Rapport sur le système des soins de santé et des soins de longue durée*, 11 September 2002, 18, http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/healthcare/lux_healthreply_fr.pdf
- 204) E.g. ECJ, Case C-58/98, *Corsten* [2000] ECR 7919, par. 35.

- 205) V. HATZOPOULOS, "Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services", Brussels, Bruylant, 1999, 71. See also GAVIES, G., "Nationality Discrimination in the European Internal Market", The Hague, Kluwer Law International, 2003, 41 e.s., who writes that "[t]ypically, national rules have a purpose, but they do not express it directly, instead translating it into specific requirements [...] Obviously, in doing so they entrench one particular way of achieving the end they desire, at the expense of excluding others" (at 50).
- 206) ECJ, Case, C-496/01 *Commission v. France* [2004] not yet published, par. 70.
- 207) Cf. ECJ, Case, C-496/01 *Commission v. France* [2004] not yet published, par. 71.
- 208) Apparently, such an obligation does not ensue from Luxembourg legislation.
- 209) E.g. ECJ, Case C-439/99, *Commission v. Italy* [2002] ECR 305, par. 30.
- 210) Comp. ECJ, Case C-351/90, *Commission v. Luxembourg* [1992] ECR 3945, par. 20 e.s.
- 211) In any case, the foreign provider of home aid services will have be established near the Luxembourg borders.
- 212) Articles 354 e.s. of the Code des Assurances Sociales.
- 213) J.-M. FEIDER et al., "L'assurance dépendance", *Bulletin luxembourgeois des questions sociales*, 1999.
- 214) JORENS, Y., "Preface, Open Method of Co-ordination, objectives of European health care policy", Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, p. 5.
- 215) See Abrahamson, P., Report written in the framework of "Special" (Social Protection in SS Europe. Convergence ? Integration, Accession and the free movement of Labour), financed under the European Fifth Framework Programme and co-ordinated by Ghent University (Belgium), in which academics out of 24 European countries were involved.
- 216) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 21.
- 217) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 28.
- 218) See MAARSE, H., and PAULUS, A., "Has solidarity survived ? A comparative analysis of the effect of social health insurance reform in former European countries", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 28, 4, 2003, 59.
- 219) See MAARSE, H., and PAULUS, A., "Has solidarity survived ? A comparative analysis of the effect of social health insurance reform in former European countries", *Journal of Health Politics, Policy and Law*, Vol. 28, 4, 2003, 596-597.
- 220) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 30.
- 221) AIM, *Health Protection systems today*, Brussels, 2002, 12 and MOSSIALOS, E., and McKEE, M., *EU law and the social character of health care*, Brussels, Peter Lang, 2002, p. 27 and following.

- 222) *It is precisely the obligatory inclusion of wide categories of citizens that allows the institution to affirm itself as a powerful redistributive machine, capable of affecting the life chances of millions. Compulsory membership gives a solid institutional and financial foundation to national social policy as a key tool for redistribution. Obligatory inclusion means that risks could be shared across wide populations, with three big advantages: a less costly protection per insured, the possibility of charging 'contributions' (i.e. flat rate or proportional payments) rather than 'premiums' (i.e. payments differentiated on the basis of individual risk profiles, as in policies offered by private companies) and the possibility of granting special treatment (e.g. lower or credited contributions, or minimum benefits) to categories of disadvantaged members; see FERRERA, M., "European Integration and National Social Citizenship: Changing Boundaries, New Structuring?", Working Paper CIIP-3, June 1 2003; http://ies.berkeley.edu/pubs/workingpapers/CIIP-3-Changing_Boundaries_New_Structuring.pdf and JORENS, Y., "The rights of the European citizen, balancing equity with choice", "presented at 7th European Health care Forum, Gastein, Creating a Better Future for Health in Europe, Global Health Challenges, European approaches and responsibility, 6 to 9 October 2004.*
- 223) DUPEYROUX, J.J, "Brèves observations, en marge" *Droit Social* 1993, p 494.
- 224) *The expression public undertaking means any business over which a public authority may exercise, directly or indirectly, a dominant influence by virtue of its ownership thereof, a financial participation therein, or the articles or other rules that govern the business operations (see Directive nr. 2000/52/EC on the transparency of financial relations between member states and public undertakings, OJ, L 193/75).*
- 225) ECJ, Case 41/90, Höfner, [1991], ECR , I-1979, par. 21 and RITTER, L. and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 963.
- 226) CFI, Case T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 to T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 and T-335/94. Shell, [1992], ECR II-757, par. 311.
- 227) *See in particular ECJ Case -41/90, Höfner, [1991], ECR , I-1979, par. 21, ECJ Joined Cases C-159/91 and C-160/91, Poucet and Pistre [1993] ECR I-637, par. 17, ECJ Case C-244/94 FFSA [1995] ECR I94 4013, par. 14 ; ECJ, Case 219/97 , Bokken, [1999], ECR, 6121, par. 67; ECJ, C-115/97 to 117/97, Brentjens, [1999], ECR, 6025, par. 77; ECJ, Case C-67/96, Albany, [1999], ECR, 5751, par. 77.*
- 228) ECJ Case -41/90, Höfner, [1991], ECR , I-1979.
- 229) *Conclusions advocate general Jacobs under ECJ , Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01, AOK.*
- 230) ECJ, Cases C-180/98 to 184/98 , Pavlov, [2000], ECR, 6451, par.66-67 and 82.
- 231) *As such pension funds may be undertakings, even if they are not profit making (ECJ, September 21, 1999, Albany, [1999], ECR I-5751, par. 77-87.*

- 232) WINTERSTEIN, A. "Nailing the Jellyfish" *Social Security and Competition Law*", ECLR, 1999, 3-7.
- 233) *Conclusions advocate general Mayras under ECJ, Case 2/74, Reyners, [1974], ECR, 631.*
- 234) "Taken as a whole, Eurocontrol's activities, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, are connected with the exercise of powers relating to the control and supervision of air space which are typically those of a public authority. They are not of an economic nature justifying the application of the Treaty rules of competition" ECJ, case C-364/92, *Sat Eurocontrol*, [1994], ECR, 43, 30 see also ECJ, case 343/95, *Porto di Genova*, [1997], ECR 1547, 22.
- 235) WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", ECLR, 1999, 326-327.
- 236) ECJ, Case 118/85, *Commission vs Italy*, [1987] ECR 2599, par. 7.
- 237) CFI, Case 82/01 P, *Aéroports de paris*, Dec 2000, [2000], ECR II-3929, par. 112 ; A distinction must be drawn between, on the one hand, ADP's purely administrative activities, in particular supervisory activities, and, on the other hand, the management and operation of the Paris airports, which are remunerated by commercial fees which vary according to turnover.
- 238) ECJ, Case -41/90, *Höfner*, [1991], ECR, I-1979 and ECJ, case 258/98, *Carra*, [2000], ECR, 4217.
- 239) RITTER, L. and BRAUN, W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 953.
- 240) ECJ, Case *BNIC* Case (30 jan. 1985), ECR 391, ro 16 and 17.
- 241) ECJ, Case, 35/99, *Arduino*, [2002], ECR, I-1529, 39.
- 242) See e.g. ECJ, Cases 209-213/84, *Asjes*, [1986], ECR, 1425.
- 243) ECJ, *Joined cases 188 to 190/80, Transparency Directive I*, [1982], 2545, ECR, par. 21.
- 244) RITTER, L. and BRAUN, W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 961.
- 245) ECJ, Case 475/99, *Ambulanz Glöckner*, 2001, [ECR], 8089, par. 23.
- 246) ECJ, Case 320/91, *Corbeau*, [1993], ECR I-2533, par. 16-17.
- 247) VAN DE GRONDEN, J.W., *Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Deventer, Kluwer, 2004, 38.
- 248) ECJ, Cases C-180/98 to 184/98, *Pavlov*, [2000], ECR, 6451, par. 118 and ECJ, Case C-218/00, *Cisal*, [2001], ECR, I-691, par. 37.
- 249) Solidarity can take the form of (1) an extension of the scope of a risk group; (2) risk solidarity; (3) income solidarity; (4) intergenerational solidarity and (5) inter-scheme solidarity. WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", E.C.L.R. 1999, 328 and BOSCO, A., "Vers une remise en cause des systemes nationaux de protection sociale?", *Observations sur la jurisprudence récente de la*

Cour de Justice, page 6, See <http://www.notre-europe.asso.fr/IMG/pdf/Probl7-en.pdf>

- 250) ECJ, cases 159/91 and 160/91, *Poucet and Pistre*, [1993], ECR, I-637.
- 251) ECJ, cases 159/91 and 160/91, *Poucet and Pistre*, [1993], ECR, I-637, par. 9-12.
- 252) *Conclusions advocate general Jacobs under ECJ, Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK.
- 253) *MOSSIALOS, E. and McKEE, M, "EU Law and the Social character of Health Care"*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, 168.
- 254) CFI, Case T-319/99, *Fenin*, [2003], ECR, 357, 39.
- 255) ECJ, Case C-218/00, *Cisal*, [2001], ECR, I-691.
- 256) See already *KESSLER, F., "L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur le fonctionnement des regimes de protection sociale : un bilan à partir du cas français"*, TSR/RDS, 1997, 268.
- 257) CFI, case T-106/95, *FFSA*, [1997], ECR, II-229, par. 21.
- 258) ECJ, Case C-67/96, *Albany*, [1999], ECR, 5751, 86 95.
- 259) ECJ, Case 219/97, *Bokken*, [1999], ECR, 6121, par. 77; ECJ, C-115/97 to 117/97, *Brentjens*, [1999], ECR, 6025, par. 87; ECJ, cases C-180/98 to C-184/98, *Pavlov* 2000, [6541], par. 82 and CFI, case T-106/95, *FFSA*, [1997], ECR, II-229. *FFSA*, 20.
- 260) *Conclusions advocate general Jacobs under ECJ, Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK.
- 261) Not at least because the cases refer to the "pay as you go" element, example of an inter-generational solidarity, which by definition almost excludes the existence of an economic activity. This is however unknown in health care schemes.
- 262) ECJ, *Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK, 16 March 2004, par. 57.
- 263) *SLOT, P.J., "Applying the competition rules in the health care sector"*, E.C.L.R., 2003, 586.
- 264) *BELHAJ, S. and VAN DE GRONDEN, J.W., "Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector ? (AOK-case)"*, ECLR, 2004, 11, 684.
- 265) ECJ, *Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 and C-355/01*, AOK, 16 March 2004, par. 58.
- 266) See also *LHERNOUD, J.PH., "La fixation du taux du remboursement des médicaments est-elle contraire aux règles du droit de la concurrence ?"* note sous CJCE, 16 mars 2004, AOK, RJS, 2004, nr. 6, 441.
- 267) See also *BELHAJ, S. and VAN DE GRONDEN, J.W., "Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector ? (AOK-case)"*, ECLR, 2004, 11, 686.
- 268) See further concluding remarks and chapter IV.

- 269) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., *EU Law and the Social character of Health Care*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, 170.
- 270) KARL, B., "Competition law and health care systems", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, 69.
- 271) See also ECJ, Case 155/73, *Sacchi*, [1974], ECR, 409, 14: *Nothing in the treaty prevents member states, for considerations of public interest, of a non-economic nature, from removing radio and television transmissions, including cable transmissions, from the field of competition by conferring on one or more establishments an exclusive right to conduct them. However, for the performance of their tasks these establishments remain subject to the prohibitions against discrimination and, to the extent that this performance comprises activities of an economic nature, fall under the provisions referred to in article 86 relating to public undertakings and undertakings to which member states grant special or exclusive rights.*
- 272) CFI, Case T-319/99, *Fenin*, [2003], ECR, 357, 36-37.
- 273) See also WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", *ECLR*, 1999, 332.
- 274) VAN DE GRONDEN, W., and MORTELMANS, K.J.M., "Is de inkoper van medische hulpmiddelen een onderneming in de zin van het EG-mededingingsrecht?", *Ars Aequi*, 2003, p. 469.
- 275) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 997.
- 276) ECJ, *Joined cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 and 114-73, Suiker Unie*, [1975] ECR, 1663.
- 277) CFI, Case T-77/92, *Parker Pen*, [1994], ECR, II-549, par. 29-34.
- 278) ECJ, Case C-3/95 *Reisebüro Broede* [1996] ECR I-6511, par. 38.
- 279) ECJ, Case 309/99, *Wouters*, [2002], ECR, 1577, par. 97.
- 280) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 234.
- 281) VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 45.
- 282) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", The Hague, Kluwer Law International, 2004, 384-385.
- 283) ECJ, Case 85/76, *Hoffmann La Roche*, [1979], ECR 461, par. 38-39.
- 284) CFI, case T-228/97, *Irish sugar*, [1999], ECR-II, 2969, 70. *In the Hoffmann la Roche case the Court accepted a very high market share of 75% or more as evidence of a dominant position without being further investigation necessary. Strong evidence of a dominant position is provided by market shares between 40 and 55 % but this must be confirmed by data on the relative market shares of competitors and other evidence of competitive conditions on the market and the firms own structure, resources and conduct. Market shares varying between 20 and 50% with a competitor accounting to 30% needs additional factors in*

order to be able to admit the existence of a dominant position. A firm with a market share below 25% is unlikely to have a dominant position, see recital no. 32 to regulation 139/2004 on merger control.

- 285) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 175.
- 286) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 179.
- 287) Decision 99/416, DC of 22 July 1999.
- 288) Court of Appeal Brussels, 25th of January 2005, AR N. 2003/MR/14: *Elements of solidarity were the uniform amount of the benefits, independent from the contributions paid, the composition of the family as well as the personal risk for the insured. See also Belgian Court of Arbitration Case N. 23/92 (2 April 1992).*
- 289) ECJ, Case C-280/00, Altmark, [2003] ECR, 7747, par. 75.
- 290) ECJ, Case C-280/00, Altmark, [2003] ECR, 7747, par. 84.
- 291) ECJ, Case 53/00, Ferring, [2003] ECR, I-9076.
- 292) CFI, Case , French Post Office, [1997], ECR II-229.
- 293) ECJ, Case C 301/87, France v. Commission, [1990], ECR, I-307.
- 294) ECJ, Case 39/94, La Poste, [1996], ECR-3547, par. 58.
- 295) MOSSIALOS, E. and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter Lang, 2002, 185.
- 296) VAN VEEN, E.B. and HAMILTON, G.J., "De zorgverzekeringwet in Europees(rechtelijk) perspectief", Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 2005, 93.
- 297) ECJ, Case C-280/00, Altmark, [2003] ECR, 7747, par. 87.
- 298) ECJ, Case 492/99, French Republic, [2002], 4397, par. 70-71.
- 299) See CFI, Case T-106/95, FFSA, [1997] ECR II-229: *A measure by which the public authorities grant to a public undertaking a tax concession which, although not involving a transfer of State resources, places the recipient in a more favourable financial situation than that of other taxpayers, constitutes State aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty.; CFI , case T-46/97 SIC, [2000] ECR-II-2125: The fact that a financial advantage is granted to an undertaking by the public authorities in order to offset the cost of public service obligations which that undertaking is claimed to have assumed has no bearing on the classification of that measure as aid within the meaning of Article 92(1) of the Treaty, although that aspect may be taken into account when considering whether the aid in question is compatible with the common market under Article 90(2) of the Treaty).*
- 300) ECJ, Case 53/00, Ferring, [2003] ECR, I-9067, 33: *"provided that the tax on direct sales imposed on pharmaceutical laboratories corresponds to the additional costs actually incurred by wholesale distributors in discharging their public service obligations, not assessing wholesale distributors to the tax may be regarded as compensation for the services*

they provide and hence not State aid within the meaning of Article 92 of the Treaty.

- 301) ECJ, Case C-280/00, *Altmark*, [2003] ECR, 7747, 2003, C-280/00, par. 95.
- 302) RITTER, L., and BRAUN, W.D., "European Competition Law: A Practitioner's Guide", *The Hague, Kluwer Law International*, 2004, 1010; see also KARPENSCHIF, M., "Qu'est-ce qu'une compensation d'obligations de service public?" *Petites affiches*, 2004, n° 64, 4 -14)
- 303) PALM, W., "Voluntary Health Insurance and the EU Insurance Directives", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, pp 195 ff.
- 304) MOSSIALOS, E., and McKEE, M., "EU Law and the Social character of Health Care", Bruxelles, Peter lang, 2002, 147.
- 305) OJ L. 228, 11 August 1992, 1-23.
- 306) PALM, W., "Voluntary Health Insurance and the EU Insurance Directives", in McKEE, M. MOSSIALOS, E., and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, p. 209.
- 307) Article 2, §2 of the third non-life insurance directive, referring to Article 2, 1d, the first non-life insurance directive 73/239.
- 308) ECJ, Case C-238/94, *Garcia*, [1996], ECR I-1673.
- 309) ECJ, Case C-355/00, *Freskot*, [2003], ECR, I-5263.
- 310) PALM, W., "Voluntary Health Insurance and the EU Insurance Directives", in McKEE, M. MOSSIALOS, E. and BAETEN, R., *The Impact of EU law on health care systems*, Bruxelles, Peter Lang, 2002, pp. 211.
- 311) ECJ, Case C-206/99, *Commission vs Belgium*, [2000], ECR 2000, I-3509.
- 312) See also VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EGrecht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 21.
- 313) VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 22.
- 314) "Which is in breach of the principle of specialisation of insurance companies, requiring that the commercial and philanthropic activities pursued by mutual societies should not be managed by the same legal entity" ECJ, Case C-239/98, *Commission vs France*, [1999], ECR I-8935.
- 315) HOUDIJK, J.C.A., "Zorg en mededinging: meer marktwerking, meer mededingingsrecht", NTER, 2004, 188.
- 316) ECJ, Case- 59/01, *Commission vs Italy*, [2003], ECR, 1759. I-8935, par. 29.
- 317) ECJ, Case C-346/02, *Commission vs Luxembourg*, not yet published and ECJ, Case C-347/02, *Commission vs France*, not yet published.

- 318) VAN VEEN, E.B. and HAMILTON, G.J., "De zorgverzekeringswet in Europees(rechtelijk) perspectief", *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2005, 91.
- 319) See EU-consideration 23 of this directive
- 320) See EU-consideration 24 of this directive.
- 321) VAN DE GRONDEN, J.W., "Zorg tussen lidstaat en interne markt: zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief", Deventer, Kluwer, 2004, 30-31 and Letter from EU Commissioner Bolkestein to Dutch Minister of Public Health Mr. Hoogervorst, 25 November 2003, CAB/PvB/D(03)0848.
- 322) European Commission, Interpretative Communication, "Freedom to Provide Services and the General Good in the Insurance Sector", C(1999)-5046, 2 February 2000.
- 323) ARROWSMITH, S., "An assessment of the new legislative package on public procurement", *C.M.L.R.*, 2004, 41, 1278.
- 324) The Public Procurement regime includes the Public Supplies Directive 93/36/EEC, OJ L 1999/8/1993 as amended by Directive 97/52/EC OJ L 328 28/11/1997; the Public Works Directive 93/37/EEC OJ L 199, 9/8/1993 as amended by Directive 97/52/EC OJ L 328 28/11/1997; the Utilities Directives 93/38/EEC OJ L 199 9/8/1993 as amended by Directive 98/4/EC OJ L 101 1/4/1998; the Public Services Directive 92/50/EEC, OJ L 209 24/7/1992 as last amended by Directive 97/52/EC OJ L 328, 28/11/1997; the Remedies Utilities Directive 92/13/EEC OJ L 076 23/03/1992; the Public Remedies Directive 89/665/EEC OJ L 395, 30/12/1989. The Public Procurement Directives have been recently amended by Directive 2004/18, OJ L 134 30/4/2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts and Directive 2004/17, OJ L 134 30/4/2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport, and postal services sectors.
- 325) BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 92.
- 326) Article 1 §2, Directive 92/50 and 93/37.
- 327) BOVIS, C., "Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets", *C.M.L.R.*, 2002, 39, 1038.
- 328) ECJ, Case 31/87, *Beentjes*, ECR [1988], 4635, par. 11.
- 329) In the case *Beentjes* the body concerned depended in particular on the authorities for the appointment of its members, its obligations and operations were subject of observants by the state and the measures and the financing of the public works contracts. In other cases (see e.g. ECJ, Case 306/97, *Teorante* ECR [1988], I-8565) the Court pointed out that even an indirect control by the state is sufficient. In particular, a minister had power to give instructions to the entity requiring to comply with state policy, as well as there was financial and management control, although there was no provisions expressly to the effect that state control is to extend specifically to the awarding of public supplied contracts.

- 330)BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 94.
- 331)BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 82 .
- 332)BOVIS, C., "Financing services of general interest in the EU: how do public procurements and state aids interact to demarcate between market forces and protection?", *E.L.J.*, 2005, 11, 82-83.
- 333)See eg. ECJ, Cases C-223/99 and C-260/99, *Agora*, [2001], ECR I-3605, par. 34.
- 334)BOVIS, C., "Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets", *C.M.L.R.*, 2002, 39, 1044.
- 335)ECJ, Case C-360/96, *BFI*, [1998], ECR I-6821, par. 47-49.
- 336)See eg. ECJ, Cases C-223/99 and C-260/99, *Agora*, [2001], ECR I-3605 par. 43.
- 337)ECJ, Case C-44/96, *Mannesmann*, [1998], ECR I-73, par. 25-26; see also ECJ, Case C-26/03, *Stadt Halle* 11 January 2005.
- 338)See MOSSIALOS, E., and McKEE, M., "EU law and the social character of health care", *Brussels*, Peter Lang, 2002, p. 188.
- 339)ECJ, Case C-76/97, *Tögel*, [1998], ECR I-5357; Recently a third reasoned opinion has been sent to Italy for infringement of the rules on the ward of public service contracts, on the occasion of the award by Tuscany of a contract for transport services (ambulant) services in connexion with health care on the regional territory, as the tendering procedures provided for in the community law on public procurement were not applied.
- 340)MOSSIALOS, E., and McKEE, M., *eEU law and the social character of health care*, *Brussels*, Peter Lang, 2002, p. 189.
- 341)ECJ, Case C-107/98, *Teckel*, [1999], ECR I-8121, par. 50-51, confirmed by ECJ, Case C-26/03, *Stadt Halle*, 11 January 2005.
- 342)BOVIS, C., "Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets", *C.M.L.R.*, 2002, 39, 1048.
- 343)This is particular the case in complex contracts as eg. public private projects, see Article 29 of these directives. These new directives came into force on 1 May 2004 and must be implemented by the 31 January 2006 by the member states.
- 344)ECJ, Case C-209/98, *FFSA-case*, [2000] ECR I-5743, 74.
- 345)ECJ, Case 219/97, *Bokken*, [1999], ECR, 6121; ECJ, C-115/97 to 117/97, *Brentjens*, [1999], ECR, 6025; ECJ, Case C-67/96, *Albany*, [1999], ECR, 5751.
- 346)Not at least because the pension funds could determine the amount of contributions and benefits.
- 347)"Undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest or having the character of a revenue-producing

monopoly shall be subject to the rules contained in this Treaty, in particular to the rules on competition, in so far as the application of such rules does not obstruct the performance, in law or in fact, of the particular tasks assigned to them. The development of trade must not be affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Community".

- 348) See COUCHEIR, M., "The legal framework in relation to patient mobility", paper prepared in the framework of the European 6th Framework Programme, Europe for patients.
- 349) See COUCHEIR, M., "The legal framework in relation to patient mobility", paper prepared in the framework of the European 6th Framework Programme, Europe for patients and HATZOPOULOS, V.G., "Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms", *Common Market Law Review* 2002.
- 350) SAUTER, W., "Competition Law and Industrial Policy in the EU", Oxford, Clarendon Press, 1997, 143.
- 351) SCOTT, C., "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors", *E.L.J.* 2000, Vol. 6, 311.
- 352) Some supporters of the public service want to portray the Commission as a dangerous and ultra-liberal privatising machinery, while fervent market-believers are eager to give services of general interest the status of an outmoded concept of state intervention. The Commission tried to keep consumer interest as its guiding principle according to DUBOIS, J., "The European Commission's Approach to Liberalisation and Universal Service Obligations", in HAIBACH, G. (ed.), *Services of general interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, Maastricht, EAPI, 1999, 5-7.
- 353) More specifically attributed to the insertion in the Treaty of provisions on "Citizenship", "Consumer Protection", "Trans-European networks", "Economic and Social Cohesion", "Environment" and the "Protocol on Social Policy", annexed to the Treaty. See BAUBY, P., "Public Service: Forging a European Conception", in HAIBACH, G. (ed.), *Services of general interest in the EU: Reconciling Competition and Social Responsibility*, Maastricht, EAPI, 1999, 57.
- 354) For an overview of important documents, see http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/pages/documents_en.htm
- 355) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 4.
- 356) MEULMAN, J., "Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?", *SEW* 2004, Vol. 3, 98-107.
- 357) WILHELMSSON, T., during the Helsinki seminar on Services of General Interest in Europe (9 and 10 September 1999), cited in TRINCIA, G., *Services of general interest, Issues paper for the Second European*

Assembly of Consumer Associations, see http://europa.eu.int/comm/dgs/health_consumer/events/event17w1a_en.html

- 358) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 22.
- 359) Consolidated version of the Treaty establishing the European Community OJ [2002] C 325/33.
- 360) Green paper on services of general interest, Brussels, 21 May 2003, COM(2003) 270 final, 10-12.
- 361) FLEISCHER, T., "Comments on services of general interest and territorial and social cohesion", Contribution in the international conference on "Services of general interest in an enlarged European Union", organised by the TEPSA members study group for European Policies (of Belgium), the Institute of World Economics (of Hungary) and the Initiative pour des services d'utilité publique en Europe with the support of the European Commission, Budapest, 21 and 22 October 2004.
- 362) DEVROE, W., "Universele dienstverlening als nieuwe manier van denken?", SEW 2000, Vol. 3, 82.
- 363) As the organisation of services of general interest is concerned, three models of organisation have been put forward by BEHRENS: provision by one or several providers offering their services on competitive markets with limited state interference; provision by one single provider or a small group of providers, to which the State grants exclusive or special rights after competitive tendering procedures; provision by one or a limited number of operators, to which the State grants exclusive or special rights without tender procedures and thus with elimination of all competition. See BEHRENS, P., "Public Services and the internal market - An analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe", in *Spontaneous Order. Organisation and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker*, Den Haag, Asser Press, 2003, 46-48.
- 364) Article 16 EC: "Without prejudice to articles 73, 86 and 87, and given the place occupied by services of general economic interest in the shared values of the Union as well as their role in promoting social and territorial cohesion, the Community and the Member States, each within their respective powers and within the scope of application of this Treaty, shall take care that such services operate on the basis of principles and conditions which enable them to fulfil their mission". On the significance of art. 16 EC for services of general economic interest, see ROSS, M., "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?", *European Law Review* 2000, Vol. 25, 22-38. In the final Act annexed to the Amsterdam Treaty, Declaration No. 13 states that "The Provisions of Article 16 [Article 7d] ... on public services shall be implemented with full respect for the jurisprudence of the Court of Justice, inter alia as regards the principles of equal treatment, quality and continuity of such services".

- 365) Article 5 EC: "The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein. In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community. Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty".
- 366) Nonetheless these additional powers are already a fact, as Art. III-6 of the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe provides an additional legal base for Community action in the field of services of general economic interest.
- 367) Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Green paper on Services of General Interest' OJ [2004] C 80/66.
- 368) ECJ, Case C-157/94, *Commission v. Netherlands* [1997] ECR I-5699.
- 369) More in particular the article applies to the competition rules (Articles 81, 82 and 87 EC), the adjustment of State monopolies (art. 31 EC), free movement of labour (art. 39 EC), the right of establishment (art. 43 EC) and the free provision of services (Article 49 EC). See GOYDER, D.G., *EC Competition Law - Fourth edition*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 483.
- 370) SCOTT, C., "Services of General Interest in EC Law: Matching Values to Regulatory Technique in the Public and Privatised Sectors", *E.L.J.* 2000, Vol. 6, 312.
- 371) BEHRENS, P., "Public Services and the internal market - An analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe", in *Spontaneous Order. Organisation and the Law. Roads to a European Civil Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker*, Den Haag, Asser Press, 2003, 45.
- 372) Even this marginal scrutiny of the Court is contested, according to the view that the supervision of this definition task cannot be assigned to judicial bodies, which are not democratically elected. See MEULMAN, J., "Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?", *SEW* 2004, Vol. 3, 101.
- 373) ECJ, Case C-66/85, *Ahmed Saeed Flugreisen* [1989] ECR 803.
- 374) ECJ, Case C-41/90, *Höfner and Elser* [1991] ECR I-1979.
- 375) ECJ, Case T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij* [1999] ECR II-2329.
- 376) Cf. ECJ, Case C-260/89, *ERT* [1991] ECR 2925; ECJ, Case C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova* [1991] ECR I-5889 and ECJ, Case C-266/93, *Corsica Ferries II* [1998] ECR I-3949.
- 377) Cf. ECJ, Case C-127/73, *BRT v. SABAM* [1974] ECR 313 and ECJ, Case C-7/82, *GVL* [1983] ECR 483.; The term "entrust" presupposes an express act of state, i.e. a delegation by a public authority in a general economic interest, see ECJ, and ECJ, Case, C-127/73 *BRT/SABAM*, [1974] ECR, 313; ECJ, ECJ, Case C-393/92, *Almelo*, 1994, ECR I-1477.

- 378) Cf. ECJ, Case C-18/88, RTT [1991] ECR I-5941 and ECJ, Case C-320/91, Corbeau [1993] ECR I-2523; *obstruct* signifies that the performance of the tasks assigned must be made impossible and not merely made more difficult, see ECJ, Case C-41/90, Höfner, [1991], ECR, I-1979, par. 24-25.
- 379) ECJ, Case C-260/89, ERT [1991] ECR 2925 and ECJ, Case C-260/89, ERT [1991] ECR 2925.
- 380) Commission Communication on Services of General and Economic Interest, 2001, OJ C 17/4, points 4039 and RITTER, L. and BRAUN, W.D., *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, 2004, 976.
- 381) E.g. ECJ, Case C-155/73, Sacchi [1974] ECR 409; ECJ, Case C-41/90, Höfner and Elser [1991] ECR I-1979 and ECJ, Case C-41/83, Italy v. Commission ("British Telecom") [1985] ECR 873; ECJ, Case C-311/84, Télé-Marketing [1985] ECR 3261 and ECJ, Case C-41/90, Höfner and Elser [1991] ECR I-1979. GILLIAMS, H.M., "Diensten van algemeen belang als rechtvaardiging van mededingingsbeperkingen", SEW 1995, Vol. 7/8, 536.
- 382) ECJ, Case C-94/74, IGAV v. ENCC [1975] ECR 699.
- 383) ECJ, Case C-320/91, Corbeau [1993] ECR I-2523.
- 384) ECJ, Case C-393/92, Almelo [1994] ECR I-121.
- 385) ECJ, Case C-157/94, Commission v. Netherlands [1997] ECR I-5699; ECJ, Case C-158/94, Commission v. Italy [1997] ECR I-5789; ECJ, Case C-159/94, Commission v. France [1997] ECR I-5815 and ECJ, Case C-160/94, Commission v. Spain [1997] ECR I-5851.
- 386) ROSS, M., "Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?", *European Law Review* 2000, Vol. 25, 25.
- 387) *Ibidem*.
- 388) Cf. *Supra*, footnote 364.
- 389) The subject is unmistakably related to several policies of the European Union, more specific internal market and competition policy, but also consumer policy, agriculture, environment, transport, public health, research, external trade, development policy, etc.
- 390) Draft Treaty establishing a Constitution for Europe OJ [2003] C 169/1.
- 391) GUILLEN, A. and CLIFTON, J., *Services of general interest: Towards Europeanisation of Social Policy?*, ESPAnet 2004 Conference, Oxford, 9-11th September 2004, 12-13.
- 392) SUPIOT, A., "Employment, Citizenship, and Services of General Public Interest", in X., *Public Services and Citizenship in European Law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 160.
- 393) See Chapter III.
- 394) Health services: diagnostic, curative, primary and secondary medical care.
- 395) Social care services: long-term, rehabilitative, non-medical and palliative care.

- 396) *Social Protection Committee, "Social Services of General Interest and Community Law - Background document legal framework", 23, see http://www.aim-mutual.org/docs/CEA/background_en.pdf*
- 397) *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 10.*
- 398) *DUBOIS, L., Presentation générale, Services sociaux et santé, in Services Publics dans la CE, Paris, 409.*
- 399) *ECJ, Case C-67/97, Albany [1999] ECR I-5751; ECJ, Case C-115/97 - 117/97, Brentjens [1999] ECR I-6025 and ECJ, Case C-219/97, Drijvende Bokken [1999] ECR I-6121.*
- 400) *ECJ, Case C-70/95, Sodemare [1997] ECR I-3395 and ECJ, Case C-180/98 - 184/98, Pavlov [2000] ECR I-6451.; for a further evaluation of the concept economic activity, we refer to part II.*
- 401) *WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", E.C.L.R. 1999, Vol. 6, 326.*
- 402) *Opinion of the European Economic and Social Committee on the 'Green Paper on Services of General Interest', COM(2003) 270 final.*
- 403) *As in its Opinion of the Economic and Social Committee on 'Private not-for-profit social services in the context of services of general interest in Europe' OJ [2001] C 311/08.*
- 404) *DUBOIS, L., Presentation générale, Services sociaux et santé, in Services Publics dans la CE, Paris, 409.*
- 405) *"Social Services of General Interest - Assessing their Specificities, Potential and Needs: Key issues to be taken into account and further explored", Conference on Social Services of General Interest in the European Union, Brussels, 28th and 29th June 2004. See http://www.socialplatform.org/module/FileLib/04-06_SocialServicesConf_KeyIssuesPaper.pdf*
- 406) *Opinion of the Economic and Social Committee on 'Private not-for-profit social services in the context of services of general interest in Europe' OJ [2001] C 311/08.*
- 407) *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, "White paper on services of general interest", Brussels, 12 May 2004, COM(2004) 374 final, 16.*
- 408) *E.g. right to life, right to education, right to engage in work, rights of the elderly, integration of persons with disabilities, entitlement to social security benefits and social services, right to preventive health care and medical treatment, all mentioned in the Draft Treaty establishing a Constitution for Europe.*

- 409) "Social Services of General Interest - Assessing their Specificities, Potential and Needs: Key issues to be taken into account and further explored", Conference on Social Services of General Interest in the European Union, Brussels, 28th and 29th June 2004. See http://www.socialplatform.org/module/FileLib/04-06_SocialServicesConf_KeyIssuesPaper.pdf
- 410) *Substitutive Health Insurance substitutes for cover that would otherwise be available from the state; Complementary Health Insurance provides complementary cover for services excluded or not fully covered by the state, including cover for co-payments imposed by the statutory health care system; Supplementary Health Insurance provides cover for faster access and increased consumer choice.* See MOSSIALOS, E. and THOMSON, S., *Voluntary Health Insurance in the European Union, Report prepared for the Directorate General for Employment and Social Affairs of the European Commission, 27 February 2002, 2*, http://europa.eu.int/comm/employment_social/soc-prot/social/vhi.pdf
- 411) CALLENS, S., and PEERS, J., "Organisatie van gezondheidszorg, Antwerpen, Intersentia, 2003, 360-381.
- 412) *Frequently mentioned causes of market failure are the information asymmetry between patient and provider; the uncertainty with relation to time, nature, scope and effect of the provided care; the moral hazard as a result of sickness insurance; and finally the external effects of health care.* See COUCHEIR, M., "Publieke gezondheidszorg als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en (semi-)territorialiteit", TSR 2005, forthcoming, citing SCHUT, E., *De Zorg is toch geen markt? Laveren tussen marktfalen en overheidsfalen in de gezondheidszorg, Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar gezondheidszorgbeleid en economie van de gezondheidszorg aan de Faculteit der Geneeskunde en Gezondheidszorgwetenschappen van de Erasmus Universiteit Rotterdam, 9 May 2003*, <http://www.zorgaanzet.nl/materiaal/OratieSchut.pdf>
- 413) GILLIAMS, H.M., "Noot bij het arrest C-244/94 FFSA", SEW 1997, 445.
- 414) ECJ, Case C-286/82 and 26/83, *Luisi and Carbone* [1984] ECR I-377.
- 415) ECJ, Case C-159/90, *Society for the Protection of the Unborn Children* [1991], ECR I-4685; ECJ, Case C-158/96, *Kohll* [1998], ECR I-1931; ECJ, Case C-157/99, *Geraets-Smits / Peerbooms* [2001] ECR I- 5473; ECJ, Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089; ECJ, Case C-203/99, *Henning Veedfald* [2001] ECR I-3569 and ECJ, Case C-385/99, *Müller-Fauré / Van Riet* [2003] ECR I-4509; ECJ, Case C-475/99, *Ambulanz Glöckner* [2001] ECR I-8089 and ECJ, Case C-203/99, *Henning Veedfald* [2001] ECR I-3569. For an overview of health care professionals as service providers in the EU, see VAN OVERMEIREN, F., "Kohll en Decker anders bekeken: de mobiliteit van gezondheidsmedewerkers in de Europese Unie", TSR 2005, to be published, but consultable on the web page http://www.europa.eu.int/comm/health/ph_overview/Documents/refl/ev20041015_co_180_en.pdf. For hospitals see also BELANGER, M., "Droit communautaire et service public hospitalier", in *Services Publics dans la CE*, Paris, 415.

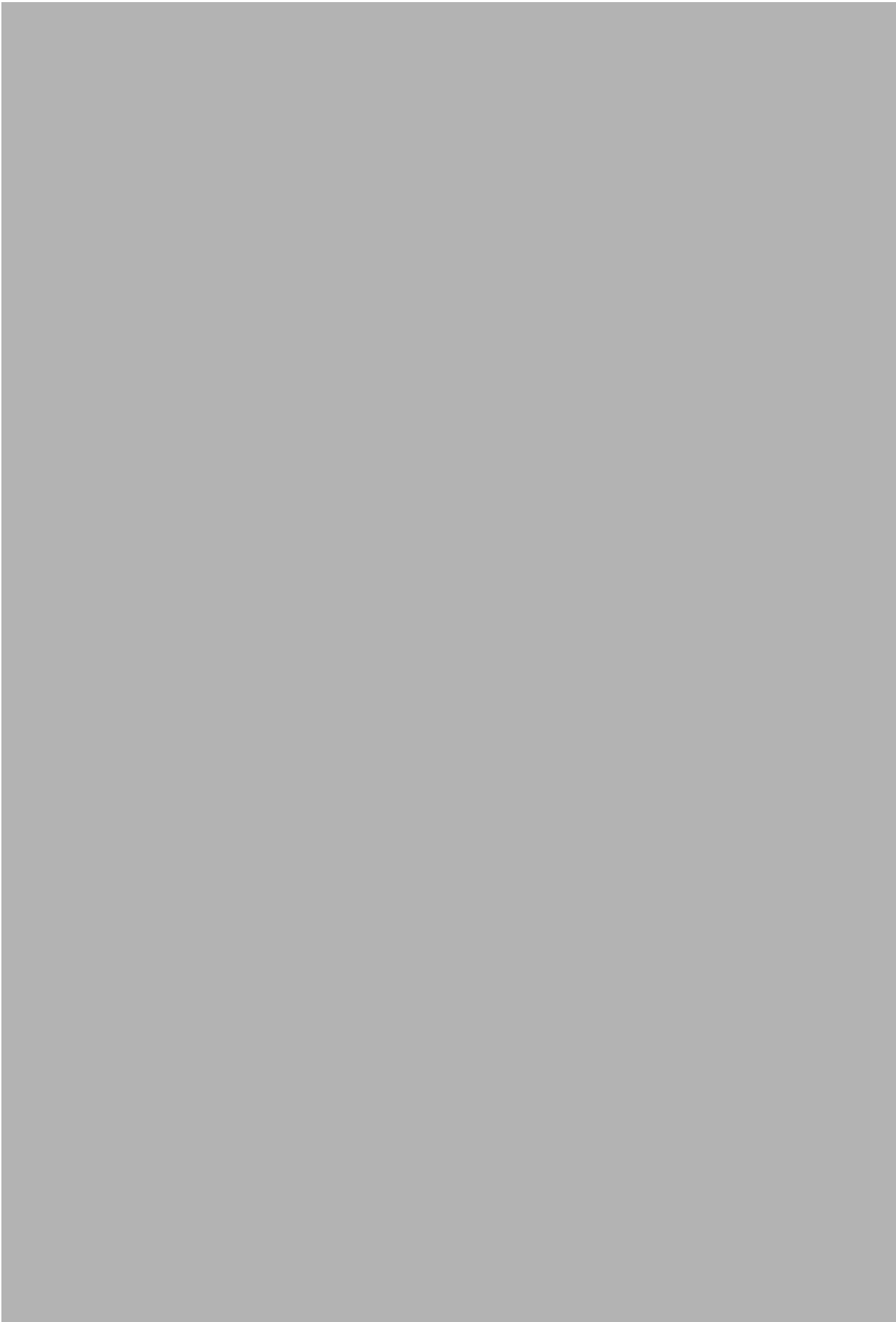
- 416) ECJ, Case C-279/80, Webb [1981] ECR I-3305; ECJ, Case C-158/96, Kohll [1998] ECR 1931 and ECJ, Case C-157/99, Geraets-Smits / Peerbooms [2001] ECR I-5473.
- 417) ECJ, Case C-180/98 - 184/98, Pavlov [2000] ECR I-6451. Cf. SLUYS, J.J.M., "Toepasselijkheid van het mededingingsrecht op sociaalrechtelijke vraagstukken", NTER 1999, 37-39; LOOZEN, E.M.H., "Pavlov en Van der Woude: meer dan een Pavlov-reactie?", NTER 2000, 303-304 and LHERNOULD, J.-P., "Nouvelles dérives libérales de la CJCE en matière de retraite complémentaire", Droit Social 2000, 1114-117.
- 418) ECJ, Case C-475/99, Ambulanz Glöckner [2001] ECR I-8089.
- 419) Joined Cases C-159/91 and 160/91, Poucet and Pistre [1993] ECR I-27.
- 420) ECJ, Case C-238/94, Garcia [1996] ECR I-1673.
- 421) ECJ, Case C-218/00, Cisa [2002] ECR I-691.
- 422) Joined Cases C-264/01, 306/01, 354/01 and 355/01, AOK Bundesverband [2004] ECR 000.
- 423) E.g. WINTERSTEIN, A., "Nailing the Jellyfish: Social Security and Competition Law", E.C.L.R. 1999, 324-333; SLOT, P.J., "Applying the Competition Rules in the Health Care Sector", E.C.L.R. 2003, 580-593; GYSELEN, L., "Comments on the Joined Cases Albany, Brentjens and Drijvende Bokken", CML Rev. 2000, 425-448.
- 424) The AG argued that the market elements in the German social health insurance scheme (competition between the mutual health funds on premium rates, on the different services they offer and open competition with private health insurers for the business of those employees who are not obliged to take out statutory health insurance) made that the activities of the entities managing this scheme (mutual health funds) should be qualified as undertakings engaging in an economic activity. But as "there is no doubt in my mind that German sickness funds are charged with such a service [service of general economic interest], namely in the provision of a solidarity-based system of statutory health insurance", according to AG Jacobs, Article 86(2) could be invoked as the application of the competition rules could hinder the social objectives of the health insurance scheme.
- 425) Joined Cases C-264/01, 306/01, 354/01 and 355/01, AOK Bundesverband [2004], ECR, O.
- 426) 425 ECJ, Case C-238/82, Duphar [1984] ECR I-523.
- 427) ECJ, Case C-244/94, FFSA [1995] ECR I-4013. Cf. VAN DER STEEN, I., "Sociale-zekerheidsorgaan als onderneming?", NTER 1996, 14-17 and GILLIAMS, H.M., "Noot bij het arrest C-244/94 FFSA", SEW 1997, 448-448 and LAIGRE, P., "L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale", Droit Social 1996, 82-88.
- 428) ECJ, Case C-67/97, Albany [1999] ECR I-5751. Cf. SLUYS, J.J.M., "Marktwerking in de bedrijfspensioensector", NTER 1997, 199-202.
- 429) ECJ, Case C-115/97 - 117/97, Brentjens [1999] ECR I-6025. Cf. SLUYS, J.J.M., "Marktwerking in de bedrijfspensioensector", NTER 1997, 199-202.

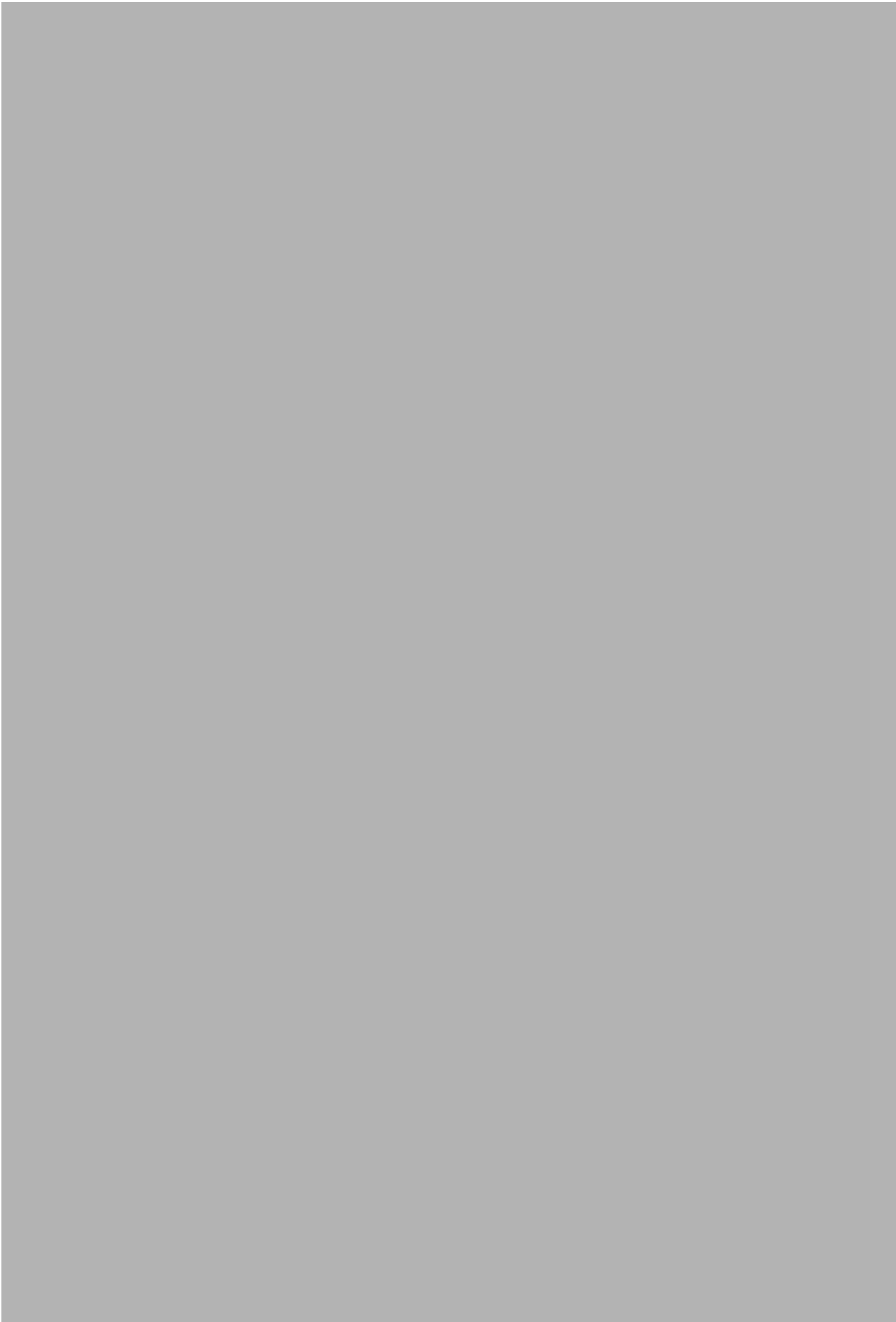
- 430) ECJ, Case C-219/97, *Drijvende Bokken* [1999] ECR I-6121. Cf. SLUYS, J.J.M., "Marktwerving in de bedrijfspensioensector", NTER 1997, 199-202.
- 431) BOSCO, A., "Vers une remise en cause des systèmes nationaux de protection sociale?", *Observations sur la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, page 12, See <http://www.notreeurope.asso.fr/IMG/pdf/Probl7-en.pdf>
- 432) ECJ, Case C-7/82, *GVL v. Commission* [1983] ECR I-483.
- 433) ECJ, Case C-159/94, *Commission v. France* [1997] ECR I-5815.
- 434) HOUDIJK, J.C.A., "Zorg & Mededinging: meer marktwerving, meer mededingingsrecht", NTER, 2004, 188. With referral to ECJ, Case C-393/92 *Almelo* [1994] ECR I-121.
- 435) SLOT, P.J., "Applying the Competition Rules in the Health Care Sector", *E.C.L.R.* 2003, 593.
- 436) ECJ, Case C-320/91, *Corbeau* [1993] ECR I-2533, par. 14 to 16 and ECJ, Case C-157/94, *Commission v. Netherlands* [1997] ECR I-5699, par. 53.
- 437) Opinion of Mr Advocate General Jacobs delivered on 22 May 2003 in the *Joined Cases C-264/01, 306/01, 354/01 and 355/01 AOK Bundesverband* [2004] ECR 000 and KORAH, V., *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 195-196.
- 438) HOUDIJK, J.C.A., "Zorg & Mededinging: meer marktwerving, meer mededingingsrecht", NTER 2004, 185 and VAN DE GRONDEN, J.W., "Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?", *E.C.L.R.* 2004, 88.

INHALT

ZUGANG ZU GESUNDHEITSLEISTUNGEN IM GEMEINSAMEN MARKT : AUSWIRKUNGEN AUF DEN GESTZLICHEN UND DEN FREIWILLIGEN GESUNDHEITSSCHUTZ	1
Allgemeine Einführung	1
I. Die Gesundheitspolitik in der europäischen politischen Agenda	6
II. Zugang zu Gesundheitsleistungen im gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf den gesetzlichen und freiwilligen Gesundheitsschutz	13
1) Freizügigkeit der Patienten: das Verhältnis zwischen der auf dem EG- Vertrag basierenden und der auf einer Verordnung basierenden Methode der Patientenmobilität	13
A. Zwei Methoden der Mobilität	13
B. Die Vereinbarkeit von Artikel 22 der Verordnung 1408/71 mit dem EG-Vertrag	14
1. <i>“Fakultative” Auslegung der Verordnung</i>	16
2. <i>Partielle Unvereinbarkeit bei Leistungen außerhalb eines Krankenhauses</i>	18
3. <i>Abstimmung der Genehmigungsverfahren</i>	19
4. <i>Zukunftsperspektiven</i>	20
C. Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt und die Patientenmobilität	21
1. <i>Die Unterscheidung zwischen Krankenhausleistungen und außerhalb eines Krankenhauses erbrachten Leistungen</i>	24
D. Die neue Verordnung (EG) Nr. 883/2004 gegen die Gesundheits- leistungsfälle und Artikel 23 des Vorschlags für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt	26
2) Die aktive Erbringung von Leistungen durch ausländische Anbieter von Gesundheitsleistungen	28
A. Der geringe Beitrag der Anerkennungsinstrumente	28
B. Die allgemeine Rechtsprechung zu den Artikeln 49 und 50 EG-Vertrag	31
C. Die “Aktivierung” der Gesundheitsleistungsfälle	33
1. <i>Die Rechtsprechung des Gerichtshofes</i>	33
2. <i>Europäisierung der Bandbreite der Dienstleister: vertragliche und nicht vertragliche Dienstleister und die Erstattung ihrer Leistungen</i>	35
D. Die vorübergehende Erbringung von Leistungen außerhalb eines Krankenhauses durch Ärzte im Aufnahmemitgliedstaat	39
E. Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt	43
3. Die freie Erbringung ambulanter nicht medizinischer Pflegedienstleistungen im Rahmen der Luxemburger Pflegeversicherung	46

A. Konformität mit dem EU-Recht	46
B. Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt	52
Abschließende Anmerkungen	52
III. Krankenversicherung und Binnenmarkt	54
1) Wettbewerb in den Gesundheitssystemen	54
2) Wettbewerbsrecht	58
A. Sind Sozialversicherungsträger Unternehmen?	58
B. Ausnahmen	60
1. <i>Hoheitsgewalt</i>	60
2. <i>Soziale Tätigkeiten</i>	63
C. Gesundheitseinrichtungen als Käufer von Gütern	68
D. Verbotenes Verhalten	69
1. <i>Kartellverbot</i>	69
2. <i>Missbrauch einer beherrschenden Stellung</i>	71
E. Staatliche Beihilfen	73
3) Der Binnenmarkt und die freiwillige Krankenversicherung	76
A. Die mögliche Anwendung der Schadenversicherungsrichtlinien	76
1. <i>Anwendungsbereich</i>	77
2. <i>Der Inhalt der dritten Schadenversicherungsrichtlinie</i>	79
3. <i>Die Grenzen von Artikel 54: die auf dem Allgemeininteresse beruhende Ausnahme</i>	80
4) Richtlinien zum öffentlichen Beschaffungswesen	82
Schlussbemerkungen	86
IV. Der Begriff der “Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse“ als Gegengewicht zu den Binnenmarktregeln	89
1) Dienstleistungen von allgemeinem Interesse	89
A. Situation	89
B. Die wichtige Funktion von Artikel 86 EGV	94
2) Gesundheitsleistungen als Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse	99
A. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse	99
B. Das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Gesundheitssektor	103
1. <i>Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse</i>	103
2. <i>Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse</i>	105
Schlussbemerkungen	111
V. Gesamtfazit	116
VI. Fussnoten	124







LUXEMBURG, AUSTRAGUNGSORT DER INTERNATIONALEN KONFERENZ





ERÖFFNUNGSANSPRACHE



MARS DI BARTOLOMEO, MINISTER FÜR GESUNDHEIT UND SOZIALE SICHERHEIT, LUXEMBURG



FERNAND SAUER, EUROPÄISCHE KOMMISSION

VORSTELLUNG DES BASISBERICHTES



PROFESSOR YVES JORENS, UNIVERSITÄT GENT, BELGIEN



ANNE VAN LANCKER, MITGLIED DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS



**SCHLUSSREDE
RON HENDRIKS (AIM)**

DIE VERANSTALTER



**PHILIPPE SWENNEN, CRISTINA VALLINA, WILLY PALM, RITA KESSLER (AIM)
(VON LINKS NACH RECHTS)**



**FERNAND LEPAGE (aloss) CLAUDE EWEN (MSS) MICHEL SCHMITZ (CSML)
(VON LINKS NACH RECHTS)**

PRESSESCHAU

Quotidien

samedi 9 et dimanche 10 avril 2009

Une législation pour les soins

Lors d'une conférence, la notion de solidarité des soins dans une Europe unie était au centre des discussions. Une législation pour chaque pays est inévitable.



Théâtre en anglais au LG



Fort, Dignité, une pièce écrite en langue anglaise abordant les problèmes d'immigration et de l'emploi, sera présentée dans le cadre du projet d'établissement "Tous Liés" à la suite des fêtes de l'école de gare de Luxembourg les 15 et 16 avril à partir de 20 h. La pièce sera jouée dans une salle spécialement pour 21 élèves qui l'interprètent. La pièce a été développée dans une optique pédagogique et est destinée à être jouée dans une classe d'initiation à l'anglais. 5 dollars ont été faits grâce à une étape d'initiative individuelle pour chaque élève. Justine Goebler m'a invité pour le 9ème à venir travailler au LG, avec qui nous avons de nos élèves d'anglais. Je ne me doutais pas en apprenant, au début notre travail, que le pro

Seite 16 Tageblatt

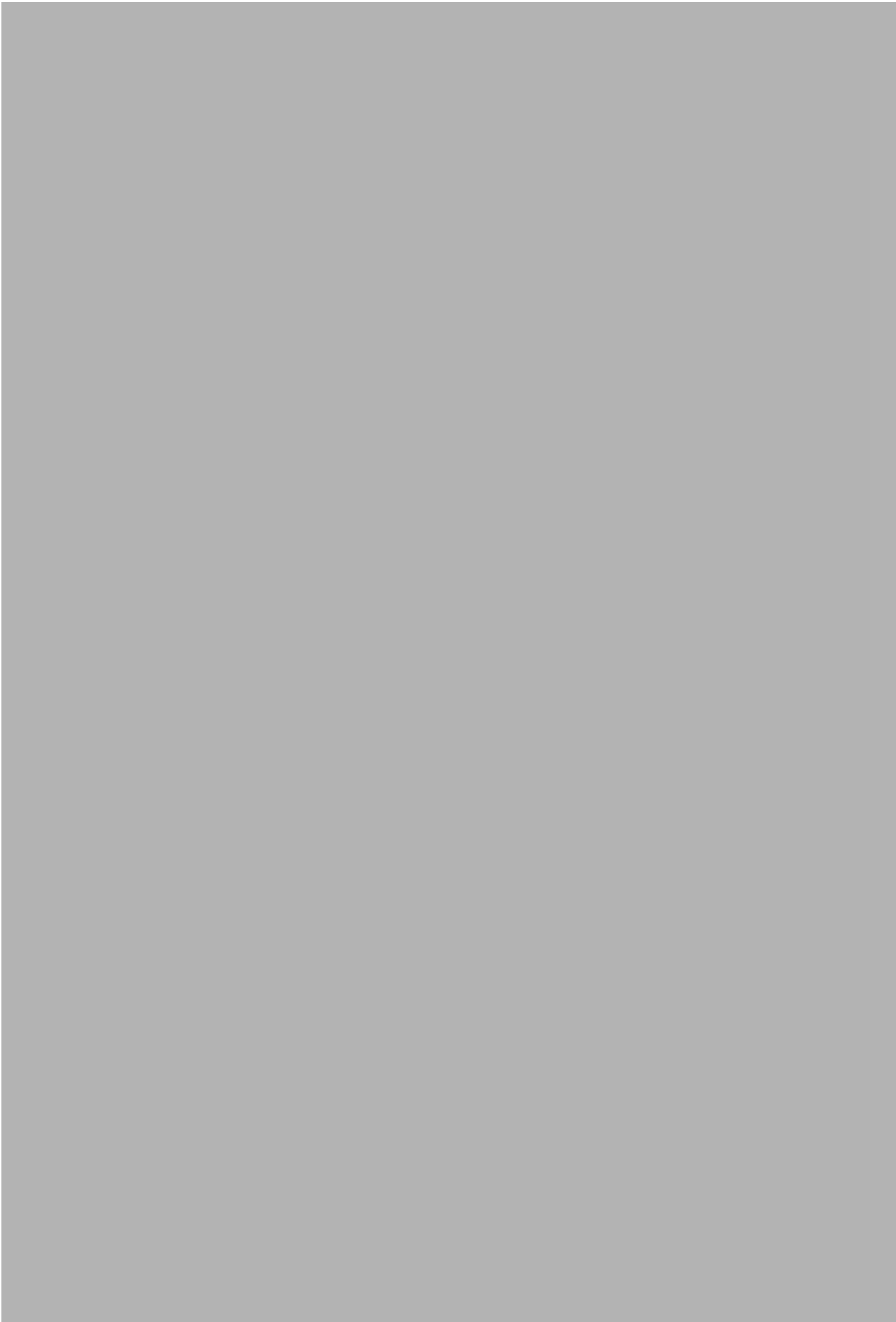
Politik

Gesundheitsleistungen und gemeinsamer Markt Zeit, zu reagieren



TEIL II

**INTERNATIONALE KONFERENZ
VOM 8. APRIL 2005**



ERÖFFNUNGSREDE



Mars DI BARTOLOMEO

MINISTER FÜR GESUNDHEIT UND SOZIALE SICHERHEIT
LUXEMBURG

Mesdames, Messieurs,

Tout d'abord, je vous souhaite la bienvenue à Luxembourg et je tiens à vous remercier de votre participation à notre conférence. Bienvenue aux représentants du Parlement européen, aux délégations gouvernementales des différents États membres, aux représentants des institutions européennes, aux personnes du milieu académique ainsi qu'aux acteurs du secteur sanitaire et social.

Je tiens aussi à féliciter les organisateurs de la conférence, à savoir l'AIM, l'Association internationale de la mutualité, l'aloss, l'Association luxembourgeoise des organismes de sécurité sociale et le Conseil supérieur de la mutualité luxembourgeoise.

Merci de participer à cette conférence qui retient tout mon engagement et qui traite du thème très important de l'accès aux soins de santé dans un marché unique et de l'impact sur les systèmes légaux et complémentaires.

Les soins de santé dans une Europe unie doivent continuer à obéir aux critères et aux objectifs mis en place par des générations entières, c'est-à-dire correspondre à un système performant, assurant des soins de qualité et garantissant un libre accès aux concernés, sans distinction de leur situation sociale, et fondé sur le principe de la solidarité entre les différents acteurs.

L'avenir de ce système doit nous préoccuper. Quand le thème a été retenu, la directive Bolkestein était en pleine discussion. Elle le reste d'ailleurs mais nous avons constaté une certaine évolution en la matière. A l'heure actuelle il est très fortement envisagé que le secteur de la santé ne sera pas inclus dans le champ d'application de la directive, dont le texte devra être remodelé. Cependant ne soyons pas dupes, le sujet reste d'actualité même si les premiers dangers ont été écartés.

Avant la conférence, je viens de parler avec la rapportrice du Parlement européen sur la directive Bolkestein. Nous nous devons de suivre la discussion non pas seulement en matière de services de santé, mais aussi dans le domaine des services d'intérêt général. L'évolution sur le plan européen a une très forte influence sur nos systèmes nationaux qui ont été construits à grands efforts et à grands frais et que nous devons sauvegarder et développer dans le bon sens.

Nous sommes très contents d'avoir aujourd'hui la possibilité d'échanger nos vues avec celles d'un expert reconnu qui est le professeur Yves Jorens de l'Université de Gand. A notre demande, le professeur Jorens a rédigé un

rapport d'une qualité exceptionnelle qui va constituer la base de nos discussions dans les tables rondes respectives.

Fort d'une expérience ministérielle de seulement huit mois, j'ai appris beaucoup de choses dans cette période. J'ai appris que si la politique ne s'occupe pas de sujets prioritaires, ceux-ci continuent à évoluer et à se développer. Pour ma part, j'ai tiré la conclusion qu'on a intérêt à se préparer et à s'engager dans la discussion. Il ne suffit pas de laisser le terrain à des fonctionnaires, aussi bien intentionnés et motivés qu'ils soient. Il faut engager la politique dès les premiers pas.

Conscient que la politique ne peut pas tout résoudre, j'estime quand même qu'elle peut jouer le rôle d'arbitre en recherchant l'équilibre entre les différents intérêts. Concernant le sujet qui nous préoccupe aujourd'hui, il y a des intérêts qu'on doit garder en point de mire: à côté de la libre circulation des services et du libre échange, il y a la qualité des services et le libre accès aux soins de santé.

Parfois on a tendance à dire que les soins de santé sont des services. Certes, ce sont des services, mais ce ne sont pas des services comme tous les autres. Ce ne sont pas des services marchands qui obéissent à la seule idée de la concurrence. Nous ne sommes pas seulement en présence de deux partenaires, l'un qui fait l'offre et l'autre qui fait la demande, mais il y a un troisième partenaire, celui qui garantit le financement. C'est la collectivité qui, par voie de conséquence, doit garder le droit d'intervenir et de déterminer le cadre général.

Je ne veux certainement pas monopoliser la discussion, mais j'ai voulu insister sur un certain nombre de points qui me sont chers et qui, j'espère, seront présents dans nos débats d'aujourd'hui. Certainement nous n'allons pas trancher toutes les questions mais je suis sûr que les conclusions de nos discussions nous armeront pour les débats futurs.

Retenu par des obligations ministérielles pendant la matinée en participant respectivement à la réunion du Conseil du Gouvernement luxembourgeois et à une réunion informelle du Conseil des ministres du Travail et de l'Emploi de l'Union européenne, j'aurai le plaisir de vous rejoindre pour les discussions de cet après-midi.

Finalement, je vous souhaite une conférence intéressante et surtout fructueuse.

Je vous remercie.

Fernand SAUER

*DIREKTOR
GD GESUNDHEIT UND VERBRAUCHERSCHUTZ
EUROPÄISCHE KOMMISSION*

Minister, Honourable Member of Parliament,

Ladies and Gentlemen,

I am very pleased to be able to participate in this International Conference on access to health care in an internal market co-organised by the "Association Internationale de la Mutualité", under the auspices of the Luxembourg Presidency of the European Union.

Let me thank on this occasion Ron Hendriks and Willy Palm, from AIM, for their invaluable contribution to the Commission's reflection work on patient mobility as well as a strong partner in our EU Health Forum.

Recognition of the European dimension of healthcare

- Healthcare issues are primarily national in nature. The fundamental responsibility for ensuring universal access to high-quality care, funded through solidarity, lies with the Member States.
- But there are a variety of trends creating a European dimension to these issues.
- Jurisprudence from the European Court of Justice on the rights of patients to seek healthcare in other countries and be reimbursed is one major aspect.
- Also common challenges for all health systems of coping with the need to adapt to constant developments in medical technologies and techniques; the ageing of the European population changing overall health needs; and rising public expectations, as discussed by Health ministers under the Dutch Presidency.

First elements of a European strategy now in place

- An important report on Health and the Internal Market was finalised in 2001 for my directorate by a group of governmental experts chaired by Hans Stein. This report and other contributions were the subject of a major conference in Minorca under Spanish Presidency in June 2002.
- The Commission brought together health ministers together with representatives of patients, professionals, providers and purchasers of healthcare and the European Parliament in a high-level reflection process on patient mobility which agreed a wide-ranging report in December 2003.

- Three Commissioners, responsible respectively for health employment and internal market, were involved in this process, leading to a close cooperation between their services.
- The key result of this patient mobility reflection process was the recognition of the importance of the European dimension for national health systems, and the potential value that European cooperation can bring in helping Member States to achieve their objectives.
- The Commission set out proposals for developing a European response to these challenges in April 2004:
 - establishing a High Level Group on health services and medical care to take forward the recommendations of the reflection process;
 - and extending the open method of coordination to healthcare and long-term care.

Practical collaboration through the High Level Group will help improve health service across Europe

Work is being taken forward in seven main areas.

- on **cross-border healthcare purchasing and provision**, looking at issues such as the financial impact and sustainability of cross-border healthcare; developing a purchasing framework; and patients' rights and responsibilities;
- on **health professionals**, looking at issues beyond recognition of qualifications to subjects to such as continuing professional development and the impact of health professional migration within the Union;
- on **centres of reference**, developing principles for a European system of centres of reference that could pool resources on tackling very rare diseases, for example, and where we hope to see pilot projects in 2006;
- on **health technology assessment**, where the High Level Group has developed orientations for a network which the public health programme could help finance this year;
- on **information and e-health**, and looking at the key elements of information strategies for health services;
- developing **impact assessment** methodologies to take account of the impact of proposals on health services;
- and developing collaboration on **patient safety**, as described at the conference also supported by the Presidency here in Luxembourg earlier this week.

The future Health & Consumer Protection programme will better support to health system cooperation

- My directorate and the health research directorate have already been able to support some activities on healthcare cooperation under the current public health programme, but in a limited way.
- However, on Wednesday the Commission adopted a proposal for a new Health and Consumer Protection Programme to run from 2007 to 2013 within the so-called “financial perspectives package”. This programme will be expanded both in scope and in size.
- In terms of size, the new programme would have a total budget of over 1.2 billion Euros – a major increase on our current resources.
- And we also propose adding a specific new strand of action to support cooperation between Member States on health services.
- Of course, health expenditure will still be undertaken within the Member States, not through this programme. So this very much respects subsidiarity.
- Nevertheless, this new programme will allow us to turn the many ideas for areas where European collaboration can add value into practical initiatives.
- The start of the European Centre for Disease Prevention and Control (ECDC) next month in Stockholm adds another dimension to what the EU will be able to do for the health of its citizens.

Nevertheless, questions about the impact of European rules on health systems remain

- One of the main recommendations of the patient mobility reflection process was that legal certainty about the application of European rules needed to be improved.
- This need for greater clarity remains and my colleagues dealing with internal market aspects will address this today.
- There has been a great deal of discussion about these questions, in particular with regard to the proposed directive on services in the internal market (the “Bolkestein” directive proposal). That debate will be lively today!
- I would simply like to underline that we must always bear in mind the patients’ perspective in the middle of these discussions.
- Whatever mechanism we choose, we must be sure that it provides sufficient certainty and clarity for patients to be clear about what their rights under European law. Providers and policy-makers also need to know what the situation is in order to plan and manage services.

This conference is therefore very timely in providing an opportunity to discuss these issues

- I therefore congratulate the *Association Internationale de la Mutualité* for organising this event, and the Luxembourg minister for lending his support to today's conference.
- Speakers and participants will address the various issues relating to legal certainty throughout this day.
- Other colleagues from the Commission are contributing in each of the sessions that will take place today:
 - Geraldine Fages in the session on health services and the internal market.
 - Anne Houtman in the session on health insurance and internal market
 - Jérôme Vignon in the session on social services of general interest.
- I think that the range of Commission participants indicates the seriousness that our Institution attaches to these issues.
- The preparatory work undertaken by Professor Jorens is also provides a valuable overview of the complex nature of the issues to be addressed.

Conclusion

- Health and healthcare now become priority issues for citizens across the European Union.
- Whilst respecting subsidiarity, enabling patients to have healthcare in other Member States is of significant value to European citizens.
- It has a great potential to demonstrate the benefits of European integration in a very tangible way to citizens, and to help improve the effectiveness and efficiency of European health systems overall.
- This needs a proper cooperation framework and accompanying measures to be put in place, which we are working to develop.
- It also requires clarity and certainty about how European rules apply to the health sector, in a way that enables professionals and policy-makers to plan and manage systems and patients to get access to the high-quality care they seek in a way that ensures that systems are financially sustainable.
- This conference is a valuable opportunity to address these issues and prepare solutions to these complex issues.

I look forward to the results of our discussions today.

VORSTELLUNG DES BASISBERICHTES



Yves JORENS

*PROFESSOR FÜR SOZIALVERSICHERUNGSRECHT
UND EUROPÄISCHES SOZIALRECHT
UNIVERSITÄT GENT
BELGIEN*

General introduction

Welfare states are national states. The organisation of health care systems are therefore a matter for the Member States, notwithstanding the gradual, but limited expansion of the competences of the European Union in the field of social policy and public health.

But far more important than the increase in competences attributed in the European Treaty to the European Union, has been and is the influence of the internal market rules. It cannot be denied that health care is an economic market where goods and services are delivered and that in principle could be supplied by private actors operating in a purely commercial market. On the other hand, health care is not a normal market as there is information asymmetry: Suppliers still determine demand, rather than the well-informed consumers. In addition, health care is a fundamental right.

The health care market, therefore, cannot be left completely open to free competition and all Member States have therefore also a widely developed system of collective responsibility and solidarity.

The combination of these two elements of solidarity on the one hand and more economic oriented elements from the free market on the other hand, requires legal fine-tuning. This fine-tuning is an ongoing process, where the European Court of Justice plays the most important role.

Here we would like to discuss a few issues.

I. Access to Health Care in an Internal Market: Impact for Statutory and Complementary Systems

1. Free movement of patients: the relation between the Treaty-based and the Regulation-based Method of Patient Mobility

A. Two methods of mobility

Up until 1998, Community nationals seeking medical treatment in another Member State at the expense of their national health insurance institution had no choice other than to rely on Article 22 § 1 (c) of Regulation (EC) No 1408/71.

The 1998 Kohll judgment of the Court of Justice paved the way for a second method of planned health care abroad, stemming directly from the Treaty. Two different procedures, the one having no primacy over the other - govern

therefore now the assumption of health care costs incurred in another Member State. The Court's reasoning is centred around the advantages the Regulation offers its beneficiaries being that they are entitled to treatment in the other Member States "on conditions as favourable as those enjoyed by insured persons covered by the legislation of those other States".

Admittedly, these are advantages which the Treaty-based procedure does not offer, cannot offer, for lack of a restriction to the free provision of services. Indeed, the mere fact that the national health institution or sickness fund refuses to pay for health care expenses incurred abroad is not sufficient to hold it liable for restricting the free movement of services.

The Court, reiterating its "facultative" interpretation of Article 22, stated in *Vanbraekel* that this provision "does not have the effect of preventing extra reimbursement, additional to that resulting from the application of the system of the Member State [of] treatment [], when the system [of the Member State of affiliation] is more beneficial"

B. Partial incompatibility in respect of extramural care

Vanbraekel was concerned with intramural care for which, even under the Treaty-based procedure, prior authorisation must be obtained. Let us consider now a hypothetical case, which is identical in terms of facts with *Vanbraekel*, except that the cross-border receipt of extramural care is at stake. If the system of cover which is in place in the Member State of treatment is more beneficial to the patient than that in force in the Member State of affiliation, it can be argued that the added value of the Regulation-based procedure makes up for the prior authorisation requirement associated with that procedure. By contrast, if the amount of reimbursement provided by the system of the Member State of treatment is less than the amount which application of the legislation in force in the Member State of affiliation would afford to the patient concerned, Article 22 (1) (c) of the Regulation falls foul of the Treaty provisions in relation to services. Indeed, not only would the patient have a lower level of cover when he received outpatient care abroad than when he underwent the same treatment in the Member State of affiliation - which may deter or even prevent him from applying to foreign health care providers- but in addition, he would not have been required to request prior authorisation. Therefore, in such a case, the Regulation would be incompatible with the free provision of services, and this incompatibility could not just be offset by the granting of an additional reimbursement within the meaning of *Vanbraekel*.

During the revision process of Regulation 1408/71, the issue was raised as to whether the Court's health care rulings should be incorporated into the new coordination regulation. In that regard, it is however to be regretted that the Council has not seized the opportunity, on adoption of the new coordination regulation, to at least implicitly refer to the Treaty-based method of patient mobility, instead making it appear as if Regulation (EC) No 883/2004 will be

the one route for patients wishing to be treated in another Member State at the expense of the national health insurance institution. We believe that the Community legislature ought to take account of the one method while regulating the other, as the Commission has satisfactorily done in Article 23 of its Proposal for a Directive on services in the internal market, intended to codify the Court's health care cases.

2. The active provision of services by foreign medical service providers

However, the case law of the Court raised also questions concerning the active provision of services by foreign medical service providers. Service provision in the health care sector is complicated by aspects of social security.

A. The minor contribution of the recognition instruments

The mobility of medical doctors has been the subject of Community secondary legislation, in the form of a doctors Directive 93/16/EEC according to which the service provider "shall be subject to the disciplinary provisions of a professional or administrative nature which are directly linked to professional qualifications, such as the definition of the profession, the use of titles and serious professional malpractice which is directly and specifically linked to consumer protection and safety, which are applicable in the host Member State to professionals who pursue the same profession in that Member State".

The scope of this article is less than crystal-clear and far from legal certainty lending itself to divergent national interpretations. However at the same time, the Court's services case law has gradually developed to embrace of a "qualified" country of origin principle, on the basis of which a conditional mutual recognition applies. The lawful pursuit of similar activities in the Member State of establishment constitutes minimum, yet sufficient proof of the provider's aptitude as well as of the quality of his services. Conditional, as the host Member State is able to impose its non-discriminatory legislation in the event and to the extent that the legislation of the Member State of establishment of the service provider fails to safeguard a legitimate aim of public interest. If on the other hand the Draft services "Bolkestein" directive were to be adopted, it would become the frame of reference within which the free provision of medical services is to take place. The showpiece of the Draft's chapter on the free movement of services is the country of origin principle, pursuant to which Member States shall ensure that providers are subject only to the national provisions of their Member State of origin which fall within the coordinated field. To a large extent, the Draft services directive draws the consequences of the case law of the Court of Justice. In view of that, the mere exclusion from the Draft's scope of the provision of health-care-related services, would not place the provision of health care outside the ambit of the internal market. However, the draft services directive goes

significantly beyond that under the Treaty provisions. It applies to the entire field of service regulation, which is only declared coordinated, without prior harmonisation of the general interest. Whereas under the Treaty provisions, the host Member State may impose its legislation if and to the extent that the general good is not sufficiently protected by the rules to which the foreign provider is subject in the home Member State, and room is left for a wider margin of appreciation in the presence of sensitive matters and/or diverse standards, the Draft services directive, without instituting it, almost irrefutably presumes a European-wide equivalence in the protection of the general interest envisaging a virtually absolute and unconditional implementation of the home State model. Furthermore, the Proposal for a Directive on services in the internal market adds nothing to the thorny issue of the connection between the intra-Community provision of health care services and the incidence of aspects of social security; the question as to whether, and if so, under which conditions, these services should give rise to a financial intervention by the national health insurance institution in the host Member State remains unanswered.

B. The "Activation" of the health care cases

The requirement of prior authorisation for the assumption of health care costs incurred abroad constitutes a barrier to the freedom to provide services, not only for insured persons, but also for service providers, the nature of the domestic health care system being irrelevant.

In general, Member States will be held liable of restricting the free provision of services whenever they deter patients from seeking medical treatment from a health care provider established in another Member State. This leads to an Europeanisation of the range of providers whom the patient is entitled to visit.

1. Europeanisation of the range of providers: about contracted and non-contracted providers and its reimbursement

This Europeanisation should not be construed by reference to the nature of the national health care system. Which would imply that where Member States operating a reimbursement system, should henceforth cover the medical services provided by any doctor established in the European Union, Member States with a benefits-in-kind system, would have smaller repercussions. It would merely mean that the sickness funds cannot discriminate between domestic providers and providers established in another Member State. We do not think that this Eurospeak argument is well-founded.

Member States operating exclusive contracting systems cannot veil the restrictive effect of the prior authorisation requirement by putting forward that it applies to (domestic and foreign) non-contracted health care providers. In other words, even if foreign health care providers have an equal opportunity

to conclude agreements with the national health insurance institution, the prior authorisation requirement for non-contracted care will still work to the detriment of foreign health care providers. The same line of reasoning should apply with respect to the level of assumption of the medical services supplied by foreign health care providers. Member States cannot evade the prohibition contained in Article 49 ECT by reimbursing the costs incurred abroad to the (lower) level of cover they happen to use in respect of care provided by domestic non-contracted providers

C. The temporary provision of extramural care by medical doctors in the host member state

Accordingly, a health care provider established in a Member State where he lawfully provides medical services, is entitled to provide those services on a temporary and occasional basis in the host Member State. As an intrinsic corollary of the qualification of health care professionals as service providers, the Articles 49 and 50 ECT, as construed in the health care cases, have detracted from the powers of the Member States to define, in the presence of an intra-Community situation, the range of providers who are entitled to supply medical services at the expense of the national health insurance schemes. The services of foreign health care professionals who lawfully provide health care in their Member State of establishment are eligible for coverage under the national health insurance scheme of the Member State of affiliation of the patient, irrespective of whether the insured person travels to the Member State of establishment of the health care professional to receive these services or whether the latter provides these services temporarily in the territory of the host Member State, in which the patient is insured. On the other hand, they appear to leave intact Member States' power to define the personal scope of these schemes, their power to determine the treatments which are covered and the extent to which they are covered, and lastly, their power to lay down the conditions on which benefits are granted.

II. Health Insurance and the Internal Market

1. Competition in health care systems

EU law of course does not force the Member States to introduce competition rules in their health care systems. Introducing elements of competition, in an attempt to increase efficiency and cost-reduction, makes them however vulnerable for application of competition rules.

The whole problem of the application of competition law to social security regimes deals with one fundamental issue: is the state or are other organisations authorised to set up any form of solidarity between the members of a certain collective group confronted with certain risks?

2. Competition Law

A. Are social security institutions undertakings?

Are health institutions undertakings? The basic test is whether the activity, at least in principle, could be carried on by a private undertaking in order to make profits and it faces actual or potential competition by a private company. As health care providers perform economic activities, it cannot be ignored that they have to be qualified as undertakings. The Court of Justice has however developed various exclusions in order to limit to a certain extent the spectrum of competition law.

B. Exemptions

1. Imperium

Activities resulting from the exercise of sovereign powers are not economic activities, as there is no actual or potential competition by private companies. Could it e.g. be said of the German Health Care Institutions that they are not subject to the anti-competition rules as they have a statutory duty to provide benefits in kind? But a sovereign exemption does not apply even when a body is exercising official authority, if it trades products or services alongside private undertakings that seek to make a profit. So it is not because certain health institutions- as in Germany - act under public law and form part of the administration that they would not fall under the anti-competition rules. This exception will be difficult to use.

In many health care systems, associations of medical health care providers play an important role and are granted specific powers as being the main and only responsible organisation to license and register practitioners or the remuneration/fees of the health care providers are negotiated between their professional associations and the state. Its decision may sometimes be adopted by law or made binding upon the whole profession. In this respect the questions raises if a high degree of state intervention leads to the conclusion that such associations lack the necessary autonomy to be engaged in economic activities or rather carry out their tasks as executor of the state? The issue here at stake however is not that these activities would not be economic activities, but who is responsible for the distortion of competition: the state under Article 86 or undertakings under Articles 81 and 82?

2. Social activities

A second group of activities exempted from the application of the competition rules are purely social activities. This concept is an invention from the Court of Justice. When judging if an economic activity takes place, one should examine how much space the legislator has left for a free market system when designing the system and to what extent the solidarity principle

has been developed. However, balancing on the very thin line between the economic and the social character of an institution is not an easy task and the cases of the Court of Justice show how difficult it is to draw the line between social and economic activities. In addition there is the growing difficulty in defining the concept of social security. What are the typical social security components?

Elements such as contributions related to income, no relation between contributions and benefits, compulsory affiliation and no real possibility to influence the level of contributions, seem to point in the direction that one could not speak about undertakings. This last element however has become questionable following the ECJ's AOK case on German sickness funds. It seems logical that when sickness insurance funds can differentiate (part of) their level of contributions, irrespective of income, they will be considered as undertakings. Are contributions not to a certain extent also the financial compensation for delivering services? For the Court, however this one element of competition is not sufficient, deviating in that respect from the famous Poucet and Pistre case. The Court however pointed out that the funds might engage in operations that were not social, but economic in nature. Organisations therefore can partly be an undertaking and partly not.

Notwithstanding the clear elements of competition between the German sickness insurance funds, the Court did not want to consider them as undertakings. Perhaps the Court herewith wanted to make clear that one should not only look at the internal organisation, but rather at the ultimate aim (solidarity and redistribution) of the system.

The problem remains however that the line between entities being undertakings and entities that are not undertakings is very unclear and impossible to draw in general. Therefore no general statement can be made with respect to the application of competition rules in the health care sector

C. Health care institutions as purchaser of products

Health organisers act not only as suppliers of benefits, but as purchasers of health care products by contracting out or demanding certain health care services or purchasing medical equipment or pharmaceuticals. Does the non-application of the competition rules also apply to these activities? Is an activity on an upstream market (purchasing goods or services) not subject to competition law if there is no downstream activity (reselling) to the citizens. The Court held that it would be incorrect, when determining the nature of that subsequent activity, to dissociate the activity of purchasing goods from the subsequent use to which they are put. The activities on the supply side determine the character of these activities on the purchaser's side. An explanation could probably be found in the fact that as the insurance activities of these entities are strongly influenced by the solidarity principle, the entities concerned have no commercial interest when buying care on the market. The conclusion could however be different when the care they buy is

not used for their patients/insured persons, but is sold to health care providers in other Member States.

The fact that these activities do not fall under the anti-competition rules, however, does not exclude the applicability of EU law, in particular the public procurement directives.

D. Prohibited conduct: cartel prohibition and abuse of dominant position

Competition rules forbid several conducts, as e.g. cartel prohibition. This could be the case if

health care providers agree amongst each other -not to contract under certain tariffs when negotiating collaboration agreements with the health insurance institutions. Or health insurance institutions that purchase together health care from health care providers could form a forbidden cartel as this could in certain circumstances lead to forbidden joint purchasing agreements. But could we e.g. also speak about abuse of dominant position in cases where a health insurance institution with a dominant position refuses to conclude a contract with a health care provider? Imagine the situation where a health insurance fund that occupies a certain region has a dominant position and refuses to offer contracts to certain medical providers. This is as such not really forbidden. Anti-competition law does not forbid a dominant position, but only if one abuses this position. This could e.g. be the case when a health insurance institution concludes that demand for a certain service has not increased with respect to last year and as a result will not allow it to sign a contract with new health providers.

But what to be said about e.g. the French complementary CMU (Couverture Maladies Universelles) system where beneficiaries are free to choose between either the statutory sickness fund and traditional complementary insurance, as mutual benefit societies, provident institutions and commercial insurance companies. Does this participation of the French public sickness funds in administering free complementary health insurance not lead to a dominant position and unfair competition? This could be believed. The same doubts could also be expressed with respect to the Flemish long-term insurance care, where commercial insurers compete with mutual health funds, responsible for the public health systems. Or what to be said about the fact that under Belgian law, insured people are obliged to accept the complementary services offered by the mutual health funds - responsible for the public health system - they are insured with?

E. State aid

In the health care sector, the state gives many times certain financial advantages to health insurance funds, like subsidies, or forms of tax relief, credit facilities. Is this state aid? Or what if e.g. the state were to cover the deficit of certain hospitals? Or what about the compensation paid out of a risk-equalisation fund? The answer to this question remained unclear not

least as a result of the fact that the case law of the Court of Justice and the Court of First Instance differed. It has to be said that the Court of Justice's approach in the Altmark case is more balanced, thereby examining more closely the operation of public service obligations and the services supplied in connection with a discharge of the public service obligation, which will not be recognised whenever the undertaking's activities have no connection with the provision of public service obligations. It remains to be seen however whether the approach is satisfactory or still too theoretical for relying on a typical undertaking well-run and adequately provided, except in cases of public procurement, where it is presumed that market conditions prevail.

3. The internal market and voluntary health insurance

A. The possible application of the non-life assurances directives

Notwithstanding the dominance of solidarity-based statutory health care systems in the European Union, it cannot be neglected that voluntary health insurance plays a more and more important role in health protection. However, any Member State will, even when introducing private insurance companies for the execution of their health care system, prescribe certain statutory guarantees, such as the obligation to accept insurers or the prohibition of risks selection, exactly in order to protect the consumer/insured person. To what extent is the introduction of such guarantees contrary to the principles of the non-life insurance directives? Can social objectives therefore only be guaranteed through a statutory system of social security?

1. Field of application

The question if voluntary statutory health insurance falls under the field of application of the third non-life insurance directives is far from clear. Substitutive health insurance, providing private cover for persons excluded or exempted from statutory protection, seems to be included in the scope of application of EU insurance law. There is one certainty. For the applicability of the Directives, it is important according to the Court that insurances are offered at their own risk. But how should this concept be interpreted? Is the concept of "own risk" limited to the "insurance risk", i.e. the financial risk as a consequence of an uncertainty element characteristic for every insurance relation or does it refer to any company-business risk? Is there convergence between the concept of economic activity under the competition rules and the activities which fall under the field of application of the third non-life insurance directive? Can we therefore say that the third non-life insurance directive does not apply when the insurers are performing a purely social activity?

2. The content of the third non-life insurance directive

Application of the non-life insurance directives, Member States shall not adopt provisions requiring the prior approval or systematic notification of general and special policy conditions or scales of premiums. A full harmonisation in the field of non-life insurance rates was clearly not the intention of the Community legislator. The question remains however whether other national regulations, not dealing with the business of insurance, are also forbidden by this article? This would imply that regulations other than those concerning financial supervision (such as e.g. obligation of acceptance, a minimum package of benefits to be provided), would not be possible either.

3. Limits of Article 54: general good exception

But even when certain measures are not in conformity with Article 29, an exception and justification may be sought under the general good exception.

It remains unclear however how broad this exception might be interpreted and in particular, whether this article also applies when private insurance companies substitute entirely the statutory system of social protection? Under a narrow interpretation the directive would only apply to private insurances that exist apart from the public statutory system and fulfil for a part of the population the function that the statutory public system fulfils for the rest of the population. There are however arguments in favour of a broad interpretation.

4. Procurement directives

Even when social security institutions do not fall under competition law because they are not undertakings, they are not exempt from EU law. In particular, discriminatory public procurement is considered to create significant barriers to trade. But do health care institutions fall under the field of application of the procurement directives? Therefore institutions do not have to be a formal part of the state, but could be said to be active in name of the state. In the public market it is not the commercial characteristics of private entrepreneurship that prevail in as much as the aim of the public sector is not the maximisation of profits, but the serving of public interest. Consequently, whenever bodies or entities, like health care institutions, perform activities not with a commercial intention and to maximize profits, but to provide goods and services for the public and thus in the general interest, these institutions are active on the public market and therefore the public procurement laws will be applicable. However procurement rules will apply, irrespective of the fact whether it pursues a general interest needs or just commercial interests. Health care institutions purchasing for their own purposes equipment and buildings, will therefore have to apply the public procurement directives. In the case of health care institutions that provide benefits in kind, the public procurement directives apply to relations between the health care institutions and the performers of services.

During the last years the private sector is also becoming increasingly involved in delivering public services. In this public private cooperation the state no longer delivers the services. If contracting authorities award their public contracts via private undertakings under their control, these entities cannot be classified as contracting authorities within the meaning of the directives. In a certain way the Court of Justice found a response to this by stating in cases where a contracting authority has established an undertaking in order to enter into contracts for the sole purpose of avoiding the requirements specified in public procurement law, then the relevant directives should apply.

Concluding remarks

The whole problem of the application of competition rules is dealing with the question which criteria an insurance system has to meet to be considered as "a social security system" allowing it to escape from full application of the internal market rules. It is remarkable that exactly an important aspect of what is social security, is answered differently by the Court, most of the time depending on the European instrument in question. A crucial policy question is thus at what point of this "balance of solidarity" the degree of solidarity in a given scheme will not suffice to be exempted from European economic law. Are certain types of solidarity (income solidarity, solidarity by scope, risk solidarity, intergenerational solidarity and solidarity between schemes) more decisive than others for the outcome of this weighing exercise and which? How far can the Court go in this respect without compromising its own authority? The different cases have however shown that social objectives can be introduced as a safeguard against full application of the competition rules and this not only in the public sector. Article 86 (2) could thus be successfully invoked in order to set aside the application of the competition rules, in particular when the activity does not fulfil the conditions in order to qualify as a "core" solidarity activity but, still, displays enough solidarity aspects, including compulsory affiliation. A balance is herewith found between competition law and social law. This tendency is important in a time where social security is more and more shifting from a public to a mixed private-public system. Even when private elements are introduced in social security systems, it doesn't seem that the free market will apply without mercy.

III. The Notion of "Social Services of General Interest" as counterweight to the internal market rules

1. Services of general interest

The last part of our report examined a concept in Community law that could constitute a safeguard or counterbalance to this increasing influence of market-based rules. The practicability of this concept is to be viewed in the first place on a looser conceptual level under the denominator of "services of

general interest", which are tackled in a recent Commission White Paper. The topic of services of general interest has acquired an inerasable place on the political agenda of the European Union.

To this very day, at the level of the European Union, the services of general interest debate is still very closely linked to the "services of general economic interest" concept in Article 86(2). This is not surprising, as the Treaty itself concentrates mainly on economic activities. The term "services of general interest" is only used where it is not necessary to specify the specific nature of the services concerned or where the text also refers to non-economic activities. This could lead to new Babylonian misunderstandings, as the term "services of general interest", conceived to function as a general term, thus becomes (maybe too) strongly related to non-economic services, with the risk of ending up as a synonym of "non-economic services". On a strictly legal level however it is only the sub-concept of "services of general economic interest" as it appears in the Treaty that can be used as a decisive derogation to the provisions of Community law.

Article 86 has been described as the "Article reconciling Community objectives with the fulfilment of the mission of general economic interest entrusted by public authorities".

The interpretation of this article has produced a long list of complex and from time to time puzzling case law from the Court of Justice, however showing an obvious change in approach of the Court of Justice to its interpretation, from economic measurement to value judgement. This certainly points to future opportunities with regard to recourse to Article 86(2) as a counterweight for the normal application of Treaty rules before the Court of Justice. This status is reinforced by Article 16 EC.

2. Health care as a social service of general interest

Putting the Babel-like confusion relating to the term and the historical connection of the concept to the network industries aside, one straightforwardly agrees that the concept of services of general interest, as services of which the provision to the citizens is deemed very important in a given society and therefore is submitted to a number of common values and principles (like human dignity, solidarity, social justice, social cohesion...), fits perfectly for health care. As a strongly person-oriented sector, health care is to be considered as a "social service of general interest", -independent of the question whether the health care sector and its subdivisions are to be considered economic or non-economic- and therefore subject to additional requirements. In a nutshell, health care evidently is a part of this "pillar of the European model of society".

But legally binding provisions on "services of general interest" are as we have seen absent in Community law. We have only article 86 §2, which aims at "economic" services, which as we have also seen is exactly a troublesome

qualification. It is impossible to draw up a list of "a priori non-economic services": what is sheltered from internal market and competition rules today, can be an economic activity tomorrow, depending on changing views on the role of the state and political reorientations in the Member States. In this view the importance of Article 86(2) for justifying national measures aiming at solidarity or other social objectives could be major and this Article could become the key element in finding a balance between the application of EU competition rules and socially inspired activities, as a "third way" next to the "state prerogative" and "solidarity"- exemptions.

But should this issue continue to be dealt with on a case-by-case basis? Is Art. 86(2) EC case-law considered to be the right path to mitigate potential undesired impact of European economic law on health care policy? Should the Treaty provide for a general derogation clause for social security and if so, how to define "social security"? Must the answer rather be found in secondary legislation? Could e.g. a consensus be reached on a European legislative framework on standards for health care as a service of general economic interest, in which common values are laid down and thus legal safeguards as to solidarity, equality, accessibility, affordability, etc..., would become a part of Community law? Expressing this kind of considerations could be building castles in the air, but touching on emanations of the legal uncertainty regarding the relation between national health care policies and the EU internal market and competition policies, there is a strong case for these issues to be sorted out within the scope for policymaking of the Community. If not, the legislative powers of the Community probably condemn themselves, as they are still doing, to tail along after the case-to-case solutions of the Court.

Either way, it could be argued that also basic health care insurance can be qualified as an economic activity, without being robbed of the elemental solidarity grounds it is based on. The final result probably will not differ much from the current situation, but the institutions managing health care schemes would then be put in a situation of more legal certainty, as their activities would be considered as an economic activity, to which competition law is applicable in principle, but for which clear safeguards (on the basis of Art. 86(2) EC, future primary or secondary legislation) can be provided in order to protect the fundamental principles most health protection schemes are based on.



Anne VAN LANCKER

*MITGLIED DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS
MITGLIED IM AUSSCHUSS FÜR BESCHÄFTIGUNG
UND SOZIALE ANGELEGENHEITEN*

I would like to thank the Luxembourg Presidency of the European Council for organising this important conference on access to health care at a crucial moment in the European agenda and to give me the opportunity of speaking on behalf of the European Parliament.

Health care is a booming source of economic activity. Therefore, it's an important issue in the framework of the Lisbon agenda. Whilst recognizing that the creation of an internal market for services can stimulate economic growth and create jobs, it is equally important to stress that this should be done in a balanced way, especially in the case

Access to good quality health care is one of the major preoccupations of the European citizens. Health care systems in the Member states have developed over time for the well-being of people. Access to health care nowadays is considered as a fundamental right in Europe and the principles the systems are based upon- solidarity, inclusion, quality, access for all, - are core values for the European social model. For this reason, health care should never be considered as just an internal market issue. It should also be a common social challenge in the framework of the European social agenda.

However, as clearly demonstrated by professor Jorens, the competence of the EU in the field of health care remains rather limited. This limited competence of the EU makes the EU interventions, in the form of a positive integration, still rare. Given the very sensible character of national health care and social protection issues, a certain reticence is even understandable.

However, there are many reasons why the EU should get more involved in a positive way with health care.

- Firstly, although member states have different systems of organising and financing health care, the systems are facing many common challenges: the ageing of the population and the changing care needs of the elderly, the development of medical science and techniques, the need for more prevention care, the lack of sufficient qualified care providers, f.e.
- Secondly, citizens in Europe use their right to free movement more frequently. They live or reside in another member state and have access to care
- Thirdly, health care is not excluded from the application of the internal market rules. The European Court of Justice has repeatedly recognised health care as a service within the meaning of the Treaty and confirmed

that patients, as recipients of services, must be able to enjoy the free movement of services that the Treaty guarantees.

The process of positively coordinating health care at the EU level has been very modest and slow up till now.

Already in 1992 the Council stated in a recommendation that the "Member States should maintain and develop high quality health care systems". And although in 1999 the Council recommended health care as one of the four areas of social protection, where reinforced cooperation is necessary, there still is no real strategy at EU-level. After delivering its joint report in March 2003, Council did not show overwhelming enthusiasm to the work more ambitiously on health care at EU level.

Last week the European Parliaments' Committee on employment voted its report on the European Commissions' Communication on "Modernising social protection for the development of high quality, accessible and sustainable health care and long-term care". We warmly welcomed the fact that the European Commission wants to assist Member States in de modernisation and reform of their health care systems through the "open method coordination". We also strongly supported the 3 basic objectives of universal access for all to health care, high quality of care and long-term sustainability.

Parliament considers this Communication as a useful supplement to the Commissions Communication on the 'High level process on patients mobility and the development of health care in the EU", because together they could constitute at last a more comprehensive strategy to develop common views for European health care systems and social protections systems. It surely is high time to deliver!

Despite of this (still rare) initiatives of positive integration of European initiatives in the field of health services, we observe however a growing impact of the European internal market rules (by negative integration). The qualification of health services as a service in the sense of the Treaty makes the competition rules, the free provision of services, the state aid rules and the procurement directives apply. The full application of these kind of rules (especially the competition law and state aid rules) to our national health systems, could, as underlined by Jorens, put the accessibility to our systems under huge pressure. Therefore, it's absolutely necessary that a fair balance should be found between social issues (accessibility, high quality of health ...) and internal market topics.

An analysis of recent rulings of the Court of Justice makes me more hopeful in this regard. It seems to me that efforts are made to find such a balance: the Court does not apply in a blind way its competition rules to health systems, but tries to take all aspects and characteristics of the national health system at stake in consideration.

Despite of this 'good' rulings of the Court of Justice in the field of the health services, being member of the EP, I am, of course, not fully happy with the evolution that a 'European policy in the health sector' is developed by the judges of the ECJ. Indeed, doing nothing on the political side is not a good option. Health care policies should be directed by politicians, not only by judges.

But although the EU health Ministers already acknowledged this in 2002, progress is limited. There was no real enthusiasm to start a real Open Method of Coordination with clear objectives, action plans and indicators. And in the outcome of the modernisation process of the regulation 1408/71, the problems of reimbursing costs of health care, were not properly addressed.

On the other hand, I miss such a fair balance between social topics and internal market rules in the proposal for a directive concerning services in the internal market of January 2004. This directive will have an enormous impact on health care. Indeed, it does not only deal with reimbursement of costs, but also deals with the health care sector as it does with any other service sector.

For the majority of the European Parliament this is unacceptable. Health care services do not belong in an internal market directive that does not consider the specific features and requirements of this sector. Let me give three reasons for this.

1. As I said before, in EU access to high quality health care is a fundamental right. European health care systems are therefore based on solidarity and universal coverage and embedded in social protection systems. Provision of high quality care, equally accessible to all citizens is considered a core task of public authorities, that invest large amounts of public money in this sector.
2. Health care providers form part of complex system of interactions between many players and there are many built-in checks and balances. Not only customers and suppliers are involved, but also a third party that pays the major part of the bill. Price mechanisms based on the supply and demand do not work here. Therefore healthcare financiers make agreements with care providers on price, content and volume of care.
3. Patients are not ordinary consumers of care. They are vulnerable and dependent. Health care is increasingly complex and patients do not have access all necessary information. Information asymmetry between patients and health care providers is a specific feature of the health care sector.

The services directive does not respect these specific features at all.

The chapter on freedom of establishment obliges member states to simplify and remove a large number of authorisations and licensing procedures and to limit the number of documents required for access and exercise of a service. It also obliges member states to set up a major screening exercise to

identify and assess procedures and conditions that service providers have to comply with. If these are not non-discriminatory, necessary and proportional, they should be abolished.

However, authorisations and licensing procedures in health care aim to guarantee the quality of care providers and equal access to care and the conditions that should be screened include national legislation on planning, price fixing mechanisms, the not-for-profit character of health care, staff requirements in health care institutions and referral systems. But these are basic instruments of health care authorities to ensure quality, accessibility and sustainability of health care!

The chapter on free movement of services introduces the principle of the country of origin. According to this principle, health care providers wishing to provide care on a temporary basis abroad would only be subject to the provisions of the member states of their establishment. These provisions include requirements governing the behaviour of the care provider, the quality or content of care, advertising, contracts and the care providers' liability.

Although some of the general and specific exceptions to the country of origin principle may be helpful to avoid the worst-case scenarios for health care systems, it is obvious that, given the enormous diversity in the organisations of health care between the 25 member states of Union and without any previous harmonisation, the principle of the country of origin can simply not be applied to health care. It would open a door for competition between health care conditions and legal requirements. And provide a spiral of deregulation. Such a scenario could only be detrimental for patients and the quality of care.

Therefore I am convinced as rapporteur the European Parliament will follow my advice to exclude health care services completely from the scope of the services directive.

Having said that, this does not mean that health care will be safeguarded from the application of internal rules. Indeed, the European Court of Justice will continue to jurisdiction on these issues and the European Commission started several infringement procedures.

Furthermore, the application of internal market rules is not limited to cases where patients move abroad for health care reasons, but also applies to cases where care providers move.

Finally, there is a need for positive impulses for development of national health care systems and cross border cooperation.

Therefore, the EU should speed up its legislative and coordinating action in this field.

(1) Firstly, the legal uncertainty for patients getting their care abroad without prior authorisation in unwilling member states, that do not comply with the ruling of the European Court of Justice should be stopped by law.

The report of the high level process on patient mobility recommended that secondary legislation could include further provisions updating the regulation on the coordination of social security systems (Reg 1408/171), or general provisions on free movement of patients or specific clarifications on the application of community law to health services.

It is a missed opportunity that Council did not solve part of this problem whilst dealing with the modernisation regulation 883/2004.

I think that - whilst exempting health care services from the services directive - Council should at the same time reach a political agreement on the issue of reimbursement of health care costs.

(2) Secondly, health care services must be safeguarded in a positive way through a framework directive on services of general interest. In its white paper on SGI, the commission fully recognised the general interest of social and health services. The Commission argued for a systematic approach to identify the specific characteristics of social and health services and to clarify the framework in which they can operate and can be modernised. Therefore, the Parliament is happy with the initiative taken by the European Commission to publish a communication on social services of general interest, taking into consideration the particularities of the health care sector. This could be an important step towards a proposal for a special legislative instrument dealing exclusively with the social and health services.

I know that this is not an easy thing to do, given the differences in health care systems between member states and the sensitiveness of the issue. But a clear definition recognising the specificity of social and health care services of general interest could provide the building blocks for a legal provision that would stop internal market rules from being blindly applied to these services.

Recently, a majority in parliament supported the idea of a framework directive on services of general interest. The future constitution provides for a new legal basis for such a framework directive. (art. 86§2) But the commission should not wait for ratification of the constitution to start working on such a framework directive.

(3) Thirdly, the open method of coordination on health care and long term care must be launched as soon as possible. The 3 basic objectives (quality, accessibility and sustainability) need to be worked out more in detail in order to identify common principles for the definition of health care as a service of general interest.

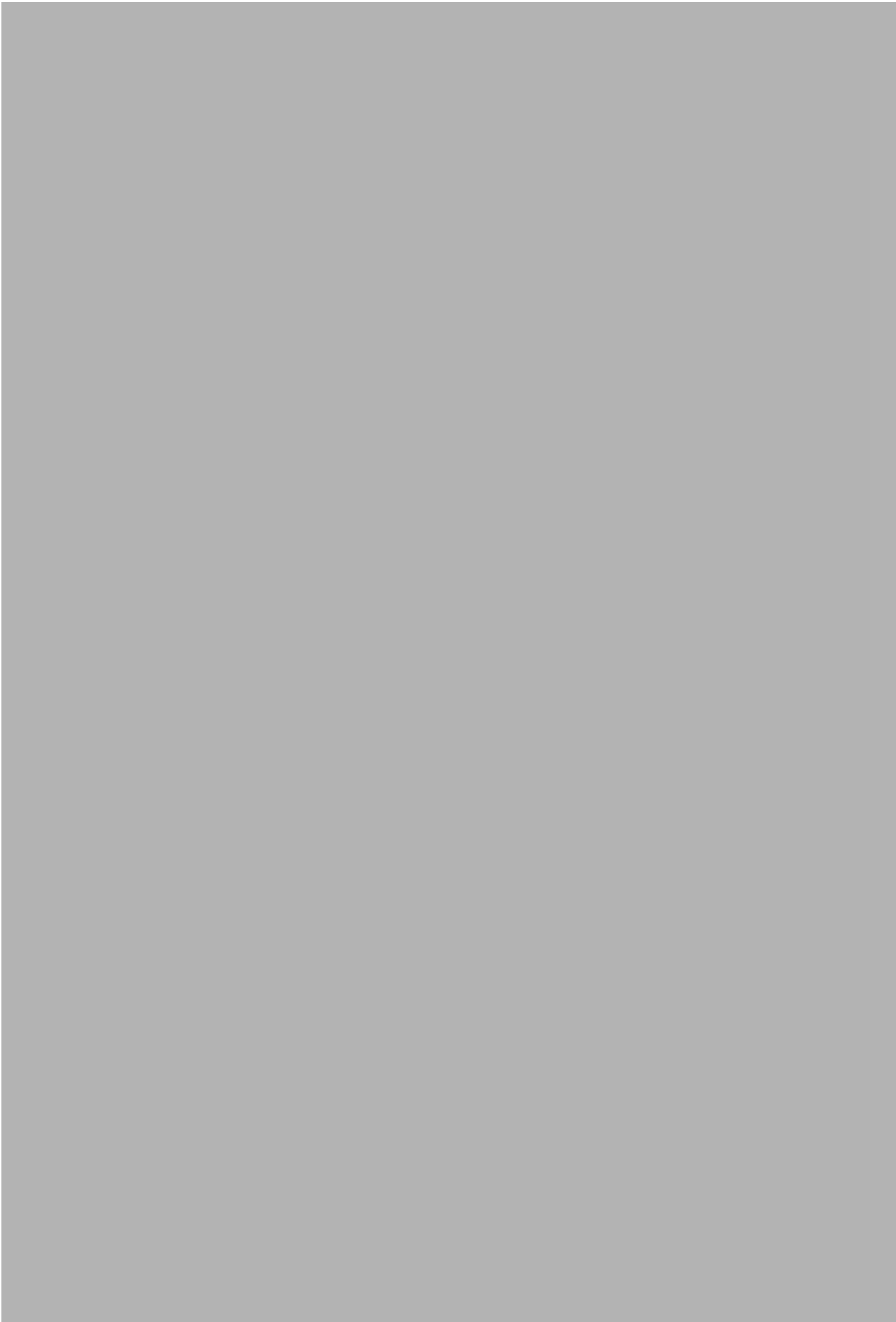
If the open method of coordination is taken seriously, it will also contribute to a process of mutual learning and exchange of best practices and thus to improvement of health care systems of the member states.

I sincerely hope that this high level conference will convince European politicians of the need for action and bring them some fresh ideas to build out a coherent strategy on health care in Europe.



ARBEITSSITZUNG 1

GESUNDHEITSLEISTUNGEN IM BINNENMARKT



Robert KIEFFER

*PRÉSIDENT
UNION DES CAISSES DE MALADIE
LUXEMBURG*

1) Introduction

Dans la première partie de son rapport sur l'accès aux soins de santé dans un marché unique, le professeur Jorens nous a dressé un état des lieux extrêmement détaillé quant à la coexistence des deux procédures d'accès aux soins transfrontaliers. Il s'agit, d'une part, de la procédure traditionnelle prévue à l'article 22 du règlement 1408/71 avec l'exigence d'une autorisation préalable. Il s'agit, d'autre part, de la procédure nouvelle résultant directement du traité instituant la Communauté européenne (articles 49 et 50) qui se fonde sur le principe de la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté.

En outre, il a mis en évidence les difficultés pour les systèmes nationaux de santé qui résultent de la nature particulière des soins de santé en tant que services. En effet, la prestation de ces services se déroule dans un cadre triangulaire ou intervient à côté du médecin et du patient également l'organisme de financement. Elle nécessite donc un certain conventionnement entre les prestataires et l'organisme de financement.

N'étant pas un expert en droit communautaire, mais un gestionnaire de l'assurance maladie, je voudrais vous présenter mes réflexions concernant les conséquences pratiques de cette jurisprudence sur la gestion des systèmes de soins de santé.

Je vais vous présenter ces conséquences de la perspective d'un petit pays, qui, à l'opposé de la plupart des pays européens, subit les répercussions de cette jurisprudence avec un impact amplifié. En effet, le Grand-Duché de Luxembourg avec sa population résidente de 450.000 habitants présente certaines particularités qui le distinguent des autres pays.

En premier lieu, la taille réduite de la population entraîne nécessairement que l'offre de soins de santé ne peut pas couvrir tous les domaines spécialisés de la médecine à l'intérieur de son territoire et que le Luxembourg est obligé de recourir aux soins de santé offerts par les autres pays européens. Ainsi, le nombre de transferts à l'étranger sur autorisation préalable concerne plus de 2% de la population résidente.

Ensuite, l'exiguïté du territoire fait que chaque résident du pays se trouve à moins de 30 kilomètres d'une frontière, de sorte que la distance aux prestataires étrangers ne constitue guère de barrière pour l'accès aux soins.

De même, la pratique répandue des langues française et allemande supprime toute barrière linguistique vis-à-vis des pays avoisinants que sont l'Allemagne, la Belgique et la France.

Le problème de l'accès aux soins à l'étranger se pose donc du point de vue quantitatif d'une manière beaucoup plus aiguë que tel ne semble être le cas dans les autres pays européens.

2) Le problème du conventionnement des prestataires de soins

Dans ce contexte, je voudrais focaliser mon attention sur une caractéristique essentielle des systèmes de soins nationaux, caractéristique qui me semble totalement mise en cause au niveau européen par les libertés fondamentales incluses dans le traité.

2.1 La situation au niveau national

La caractéristique particulière des systèmes de soins de santé est précisément celle que les prestataires de soins de santé ne peuvent pas fournir librement leurs services à l'intérieur d'un pays, lorsque ces services sont financés par la collectivité sur la base du principe de solidarité.

Dans tous les Etats membres, on constate que le développement de la sécurité sociale sous quelque forme que ce soit en matière de soins de santé, a conduit historiquement à des formes de régulation extrêmement poussées du marché des soins de santé. Que cette régulation ait lieu dans le cadre de services nationaux de santé, centralisés ou décentralisés ou qu'elle ait lieu dans le cadre de systèmes d'assurance sociale, type remboursement, type prestation en nature ou type mixte (comme au Luxembourg), cette régulation a en définitive comme objectif de contrôler l'offre de soins de santé.

La finalité de ce contrôle consiste évidemment dans la limitation de la croissance des dépenses de santé en vue d'assurer l'équilibre financier. En effet, dans la mesure où ces soins de santé sont pris en charge totalement ou partiellement par un tiers, à savoir la collectivité publique, les mécanismes économiques classiques de l'offre, de la demande et de la fixation des prix ne fonctionnent plus normalement. Il s'agit justement de maîtriser la demande induite par l'offre des prestataires et de restreindre le hasard moral résultant du fait que les patients n'ont plus à supporter le coût intégral des services.

Ce contrôle a également pour objectif de garantir la qualité des soins et d'agir sur l'asymétrie d'information entre le patient et le prestataire.

Que cette régulation ne soit pas un simple accessoire de la politique sociale, mais constitue un pilier fondamental de cette politique, peut être documenté par le fait que, dans la législation sur l'assurance maladie au Luxembourg, le chapitre relatif aux relations conventionnelles avec les prestataires occupe un quart des articles de la loi sur l'assurance maladie.

Quelles que soient les formes que cette régulation du marché des soins de santé ait prises au niveau national, cette régulation s'inscrit depuis toujours dans le cadre de la compétence des Etats membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale, compétence qui ne devrait pas être mise en cause par le droit communautaire.

2.2 La situation au niveau européen

Que se passe-t-il maintenant, si l'on passe du niveau national au niveau européen. Que le principe de la régulation du marché des soins de santé par des relations conventionnelles avec les prestataires ait une raison d'être est documenté par le fait que chaque Etat membre la pratique avec des degrés de contrainte plus ou moins forts. Il faudrait donc conclure que le principe de la régulation du marché des soins de santé a également une validité au niveau européen puisqu'il est pratiqué dans tous les Etats membres qui composent l'Union européenne et qu'il constitue une caractéristique fondamentale du système de soins de chaque Etat membre.

Mais tel n'est pas le cas.

La Cour de justice européenne a jugé que malgré la nature particulière de certains services – et dans le cas présent des soins de santé – cette nature particulière ne saurait faire échapper ces activités au principe fondamental de la libre circulation. Il s'ensuit que toute tentative par une législation nationale de restreindre la prise en charge de prestations transfrontalières - soit par le déremboursement, soit par un remboursement réduit, soit par une autorisation préalable - au motif que le prestataire étranger ne soit pas soumis aux relations conventionnelles, est considérée comme une entrave à la libre prestation de services. A remarquer que ces restrictions restent parfaitement valables à l'intérieur de chaque Etat membre.

On constate donc qu'en passant du niveau national au niveau européen, on est en présence d'une rupture dans la logique de la prise en charge des prestations. Les prestations d'un médecin non conventionné doivent être prises en charge différemment selon que le médecin réside de ce côté de la frontière ou de l'autre côté de la frontière. Il s'ensuit que la régulation prévue au niveau national ne fonctionne plus pour les prestations transfrontalières.

Il est évident que cette situation affecte davantage un petit pays où la demande transfrontalière de soins de santé est importante en comparaison avec les grands pays où cette demande est nettement plus réduite, en raison de l'offre plus complète de soins à l'intérieur de leur territoire. Pour un petit pays, comme le Luxembourg, la question de la possibilité d'un contrôle de l'offre de soins se pose donc concrètement. En outre, la proximité de l'offre transfrontalière qui n'est plus soumise aux contraintes de la régulation du marché luxembourgeois, provoque un fort sentiment de discrimination à rebours des prestataires luxembourgeois, ce qui rend extrêmement difficile les négociations avec le corps médical.

Ce qui est paradoxal, c'est le fait que la grande majorité des soins de santé en Europe soient délivrés dans le cadre de prestataires de soins conventionnés sous une forme ou une autre avec leur système de santé. Ce n'est qu'une minorité de soins qui sont prestés en dehors d'un tel système (notamment les patients privés et les personnes ne disposent pas de couverture sociale). Et ce sont les caractéristiques commerciales de cette minorité de soins de santé qui devraient maintenant s'appliquer à tous les soins transfrontaliers.

3) Quelles conséquences au niveau politique ?

Il faut se demander si ce défaut de continuité dans le traitement des prestations transfrontalières correspond à une véritable volonté politique au niveau européen ou s'il résulte d'une application mécanique d'une certaine hiérarchie des principes, à savoir que la libre prestation de services transfrontalière prime le droit des Etats membres d'aménager leur système de sécurité sociale.

La première hypothèse d'une volonté politique explicite au niveau européen de ne plus restreindre la libre prestation de services devrait logiquement aboutir au niveau national dans la suppression de toutes les limitations quant à la prise en charge de prestations fournies par des prestataires non conventionnés. Face aux difficultés croissantes du maintien de l'équilibre financier des systèmes de soins de santé nationaux, une telle volonté n'est manifestement pas décelable dans les différents Etats membres.

La deuxième hypothèse d'une résultante mécanique de l'application d'une certaine hiérarchie des normes me semble davantage plausible.

Aussi se pose-t-il la question de savoir s'il est possible de maintenir au niveau européen cette caractéristique fondamentale des systèmes de santé nationaux, à savoir le principe du conventionnement des prestataires en dépit du principe de la libre circulation des services.

Comme le principe de la libre prestation de service figure directement dans le traité, il ne suffira pas d'exclure de la Directive relative aux services dans le marché intérieur les services de santé et les services d'intérêt général financés par des fonds publics.

En effet, il faut se demander s'il est justifié de qualifier indistinctement tous les soins de santé comme services au sens de l'article 50 du traité. En raison de la relation triangulaire particulière entre le patient, le prestataire et l'organisme de financement et de la nécessaire régulation existant dans cette relation, il faudrait distinguer entre les soins de santé financés par la solidarité et les soins de santé ne tombant pas sous un tel financement solidaire.

A mon avis personnel, il sera nécessaire de créer au niveau du traité une dérogation à la libre circulation des services pour les services de santé qui sont financés par la solidarité, quitte à prévoir qu'un règlement ou une

directive spécifique fixe les règles applicables aux soins transfrontaliers financés par la solidarité.

Par exemple, pour un pays comme le Luxembourg avec un niveau élevé des coûts des soins de santé, il serait parfaitement possible d'accepter la prise en charge des soins transfrontaliers sans autorisation préalable aux tarifs sociaux du pays d'accueil, à la condition que ces soins de santé soient prestés par des prestataires conventionnés dans le pays d'accueil et selon les règles applicables dans ce pays d'accueil.

Un tel type de solution pour les soins transfrontaliers qui se réfère aux principes de la coordination contenue au règlement 1408/71, respecterait cette caractéristique essentielle des systèmes de soins de santé.

D'ailleurs, il fournirait une solution pour des cas problématiques qui subsistent actuellement au Luxembourg. Pour des traitements indispensables qui ne peuvent pas être réalisés au Luxembourg, il n'existe aucun tarif au Luxembourg puisqu'il n'est pas possible d'en déterminer le coût de revient. Quel montant rembourser à un patient qui s'est fait traiter à l'étranger chez un médecin ou dans un hôpital non-conventionné et qui présente des factures établies pour un patient privé ? Le fait de s'adresser à un médecin ou un hôpital conventionné produirait au moins des factures selon les tarifs sociaux du pays d'accueil.

Toutefois il est évident que cette solution ne serait pas, pour le moment, économiquement supportable pour les pays où le niveau des coûts des soins de santé est nettement inférieur à celui du pays d'accueil du patient.



Isabel DE LA MATA BARRANCO

*HEALTH COUNSELLOR
SPANISH REPRESENTATION TO THE EU
SPANIEN*

Les services de santé sont des services: il y a toujours une offre et une demande, celui qui offre et celui qui demande-reçoit. Mais ils sont des services spéciaux.

Dans le système sanitaire public espagnol, il y a quelques nuances à la conception classique de service. Celui qui offre c'est celui qui paie et celui qui reçoit ne paie pas, au moins directement (avec l'exception des médicaments)

Les services sanitaires publics sont gérés par les régions. Les professionnels de la santé qui travaillent dans les centres de santé ou les hôpitaux sont des fonctionnaires. Ils doivent passer un concours, ils reçoivent un salaire et il y a toute une procédure pour changer de poste de travail. Ils ne sont pas des professionnels indépendants qui offrent ses services et qui sont payés par acte médical.

C'est l'Administration, de l'État et régionale, qui planifie, organise, finance, offre et fournit les services et soins de santé. C'est pour cela que pour l'Espagne les services de santé sont des services, mais spéciaux.

Le système de santé privé est parallèle, un système séparé.

Jusqu'à récemment, les patients n'avaient pas beaucoup de choix. Chaque personne, chaque citoyen était attribué un médecin généraliste, en fonction du domicile. Et selon le médecin généraliste, sont attribués le médecin spécialiste et l'hôpital de référence. Mais, cela permet avec pas beaucoup d'argent, plus ou moins 1000 Euro par personne et par année, d'avoir un état de santé pas mauvais, le septième dans la classification de l'OMS et avoir une espérance de vie qui est entre les meilleures du monde, surtout pour les femmes. Et tout ça avec une protection sociale dans d'autres domaines qui est loin de celle d'autres pays (il n'y a pas d'allocations familiales directes, on commence seulement maintenant à discuter la couverture de la dépendance, les soins pour les personnes âgées ne sont pas grandement publics, etc).

Notre système de santé n'est pas un système de sécurité sociale. C'est très difficile à faire comprendre cela. La Sécurité Sociales est une chose et la Santé une chose différente. Ce sont des Ministères différents, ce sont des services différents, ce sont des budgets différents et ce sont des objectifs différents. Les soins de santé sont payés par les impôts. Les paiements pour la sécurité sociale (une partie du salaire du travailleur et une partie payée par l'employeur) sont destinés à la pension de retraite, le chômage, les paiements du salaire en cas de maladie, maternité ou invalidité, entre autres.

La carte sanitaire européenne est une carte de sécurité sociale pas une carte de santé. Non seulement parce qu'elle n'a pas des données de santé, mais parce que il y a des personnes qui ont droit à des soins de santé (tous les résidents en Espagne ont droit aux soins de santé), mais ils n'ont pas de couverture de sécurité sociale. La carte sanitaire espagnole est octroyée à toutes les personnes ayant le droit aux soins du système national de santé (dans les différentes régions ou régimes). Mais la carte «sanitaire» européenne est seulement pour les personnes qui ont la sécurité sociale. Cela laisse à l'écart au moins 2 millions de personnes, par exemple les fonctionnaires. Le droit à la sécurité sociale, c'est un droit pour les travailleurs/pensionnés, de protection sociale, mais les droits à la santé sont liés à la résidence en Espagne et parfois à la citoyenneté.

Le règlement 1408/71 n'est pas la panacée. Il y a aussi des situations à côté: les accords transfrontaliers, avec le Portugal ou la France, les citoyens européens qui se déplacent «sans papiers» pour obtenir traitement, les fonctionnaires, les personnes qui vivent entre deux pays, etc.

L'Espagne est un pays avec des caractéristiques spéciales, on a le soleil, les gens aiment bien y venir en vacances et même s'y installer pendant la retraite. Je voulais vous montrer une figure avec la réalité en Espagne. La première colonne, ce sont les résidents de l'Espace Économique Européen (l'Islande et le Lichtenstein non compris) qui résident légalement –avec carte de résidence– en Espagne, par région. La deuxième colonne montre les ressortissants des mêmes pays (sauf la Suisse) qui sont inscrits à la Commune.

414.610 ressortissants de l'Espace Economique Européen avec une carte légale de résident en Espagne, mais 598.990 qui sont inscrits dans la commune, c'est-à-dire qui habitent en Espagne. C'est-à-dire, qu'il y a 180 000 personnes plus qui réellement habitent que celles qui sont censées habiter. Ce sont des ressortissants européens, ils n'ont pas de problèmes pour avoir une carte de résidence légale, mais, pour une raison ou l'autre ils préfèrent avoir une double résidence, une effective dans leur pays d'origine et une en Espagne.

Cela rend la planification sanitaire très difficile. Le fait que vous êtes inscrit à la commune donne le droit à la carte sanitaire, aux soins de santé. Mais, au même temps, vous n'êtes pas un résident légal et le service régional de santé ne reçoit pas d'argent pour vous.

Cette population «flottante» provoque des problèmes de planification sanitaire (on sait qu'ils sont là, mais pas d'une façon régulière). Au même temps, provoque des problèmes de soins, parce que parfois ils reçoivent les soins de santé en Espagne et parfois dans leurs pays d'origine.

Les ressortissants étrangers qui font recours aux soins de santé peuvent se classer en 4 domaines:

- les personnes à la retraite qui habitent en Espagne
- les personnes à la retraite qui passent des séjours assez longs (6 mois) mais qui gardent ses droits de pension dans le pays d'origine
- les touristes
- les touristes sanitaires (ils profitent du tourisme pour se faire soigner; la reproduction artificielle est bien connue dans ce domaine, et les prothèses de hanche; ou bien le recours aux urgences hospitalières comme une façon de rentrer sans payer et sans liste d'attente, il en est de même pour les médicaments pour les personnes à la retraite qui ne sont pas payants).

Il y a deux sujets différents qu'on veut signaler et délimiter clairement: l'argent et les patients, le remboursement des soins donnés et le traitement adéquat. Le règlement 1408/71 garantit le droit aux soins et le remboursement, mais ne s'occupe pas du traitement, des problèmes d'information, de suivie, etc. Les Ministères de la Santé s'occupent des patients; cela veut dire faire le suivi, les personnes arrivent avec une histoire de santé ou non et elles repartent avec une histoire de santé ou non, mais le suivi du dossier médical, les données du patient est une affaire non réglée. Il faut se mettre d'accord avec les médecins traitants dans le pays d'origine et dans le pays de destination. Il y a des sujets cliniques, des sujets personnels (les personnes très malades parfois veulent retourner dans son pays d'origine pour être avec leurs proches, la langue, la méconnaissance du système, etc.). Les problèmes du déplacement de patients en Europe n'est pas seulement un problème de reconnaissance du droit et de remboursement, est beaucoup plus large.

	Legally residents EEE (falta Islandia y Liechsthein)	Inscriptions at the Commune EEE (falta Suiza, Islandia y Liechsthein)
TOTAL	414.610	598.990
ANDALUCÍA	81.032	109.018
ARAGÓN	4.031	3.941
ASTURIAS (PRINCIPADO DE)	3.778	3.965
BALEARS (ILLES)	37.263	56.856
CANARIAS	54.694	81.873
CANTABRIA	1.774	1.885
CASTILLA Y LEÓN	8.907	10.599
CASTILLA-LA MANCHA	2.790	3.406
CATALUÑA	64.464	76.219
COMUNIDAD VALENCIANA	73.541	157.913
EXTREMADURA	3.114	3.155
GALICIA	13.033	16.344
MADRID (COMUNIDAD DE)	45.717	47.121
MURCIA (REGIÓN DE)	7.682	9.880
NAVARRA (COMUN. FORAL DE)	2.448	4.015
PAÍS VASCO	8.560	10.481
RIOJA (LA)	1.245	1.854
Ceuta y Melilla	433	465



Eva LUKACS

*COUNSELLOR
DEPARTMENT OF INTERNATIONAL AND EU AFFAIRS
MINISTRY OF HEALTH, SOCIAL AND FAMILY AFFAIRS
UNGARN*

Ladies and Gentlemen, it is a pleasure for me to be here, and let me address some questions which are relevant from the Hungarian point of view. As it has been outlined by the previous speakers, we have three main reference points here regarding health services and the internal market: the Treaty of Rome, especially its provisions on the freedom of establishment and the freedom to provide services; Regulation 1408/71/EEC concerning the coordination of social security connected to the free movement of persons and, as third, the new Services Directive proposal. Regarding the Treaty of Rome, Hungary tries to deal with the principles of freedom of establishment and freedom to provide services along the same lines: stress is put on the persons who render and receive services.

As regards service provision, we believe that in order to maintain a high-quality service, the person actually providing the service must be taken as a reference point. The Hungarian regulation is the same for persons rendering health care services as self-employed or employees of a company, established either in Hungary or in another Member State. The basis for health care service provision is the possession of an appropriate (Hungarian or foreign) degree, the recognition of EC diplomas gains grounds in the directives on the mutual recognition of diplomas. In Hungary, there is an independent authority, designed for dealing with applications, and since our accession in May 2004, we have received and approved 1,240 applications, out of which 70% were doctors, and then 10-10% dentists and nurses. These health care professionals are welcome in Hungary, they are offered the opportunity to provide services on the same footing as their Hungarian colleagues, being active privately or in a contracted form, for a longer period or only incidentally. This framework for service provision is very useful in Community Law and there are numerous possibilities to pursue cross-border activity to persons as well as to companies.

However, in our opinion the Treaty itself has its limits. In respect of health care, the Treaty lays down that "Community action in the field of public health shall fully respect the responsibilities of the Member States for the organisation and delivery of health-services and medical-care". In our opinion this provision enjoys priority over the general rules laid down for free movement of services, and certain Member State competencies shall be preserved. In our view, Community action, thus, cannot intervene into national competencies in the way envisaged by the Services Directive proposal, hence the country of origin principle and the planned elimination of

certain authorisations, territorial restrictions, tariff setting and so on, would definitely be an interference with both national sovereignty and national competencies. Based on this, Hungary at present is not able to support the inclusion of health-care services into the Services Directive proposal, aimed at conserving the right of Member States to fully effectuate their regulatory and controlling powers.

However, it is only one side of the coin. As regards service provision, since the famous judgment of the ECJ in *Luisi and Carbone*, it is clear that the freedom to provide services also encompasses the right of service recipients to receive services. In this regard, the Hungarian position is completely different from our position concerning the Services Directive proposal. This way of thinking already brings us closer to the framework of Regulation 1408/71/EEC on the coordination of social security schemes and to Article 23 of the Services Directive proposal. In order to highlight the Hungarian position, it is necessary to mention, that since the EU accession, based on Regulation 1408/71/EEC, Hungary issued 200,000 E111 forms - the European Health Insurance Card is going to be issued as from the 1st of January, 2006 - and out of these 200,000 E111 forms, up to now, only 175 pieces have been invoiced by other Member States. This is a very small number, even if invoicing sometimes happens years after the actual medical treatment was provided. Similarly, we issued a small number of E112 forms, namely 122, meaning that prior approval was given to foreign medical care in only 122 cases. In both cases, the National Health Insurance Fund (NHIF) is required to bear the total cost of the treatment, which, taking into account the potential tariff differences, might be rather unpredictable. Clearly, the *Kohll and Decker* case and the subsequent case-law have brought a new element into the system of patients' rights. Now it is common sense, following these judgments, that Member States are obliged to reimburse the costs of non-hospital services even if prior approval has not been given. In these cases no E form is used, and the level of reimbursement is equivalent to the tariffs used in inland financing. Theoretically, hence the actual costs do not exceed Hungarian tariffs, this case law might not really affect finances, and is not so much unpredictable as is Regulation 1408/71/EEC. Let us take a couple of remarks regarding the legal situation and the actual practice connected to the Regulation and the case law.

In 1998, when Hungary first faced the challenging *Kohll and Decker* judgment, it has been quite undisputed that it is not going to have any concerns to Hungary. There has been a consensus that benefit-in-kind systems – such as the Hungarian one –, in which the service provider possesses an authorisation to operate, on the basis of which it is contracted and subsequently reimbursed by the NHIF, and patients are given free of charge health care services, does not fall within the ambit of this judgement. However, with the passage of time and the announcement of new cases (*Vanbraekel* etc.) it became clear that the decisions had far reaching legal

consequences also for the Hungarian system and new procedures has to be invented for its implementation. Being in the course of the accession negotiations and the legal approximation process, we tried to establish connecting points between Regulation 1408/71/EEC and the Kohll and Decker case law and finalise the legal amendments accordingly. As a result, as from the 1st of May 2004, the Hungarian Act LXXXIII of 1997 on Compulsory Health Insurance and its implementing government decree contain express provisions both on the application of Regulation 1408/71/EEC and on the application of the Kohll and Decker case-law. According to Article 27 of the Act, insured persons are entitled to obtain non-hospital medical care without prior approval in other Member States, and they have entitlement to reimbursement according to the Hungarian tariffs not exceeding the actual cost of the treatment. The Act expressly defines “non-hospital care”. It includes services of a general practitioners’ practice, dental treatments and in certain cases, after due consultation with a general practitioner, it can be extended to other medical services as well. From a legal point of view, the Hungarian law contains already what has been put forward by the judgements of the ECJ and what is planned to be accomplished by Article 23 of the Services Directive proposal. This is the reason, why Hungary has not expressed serious concerns regarding Article 23 of the Services Directive proposal. Indeed, support has been emphasised throughout the consultation process with a stress to place this implementing provision into Regulation 1408/71/EEC due to transparency and legal certainty reasons.

It should be noted, however, that in the last one year, we have received not a single application based on the provision implementing the Kohll and Decker case law (Article 27 of the Act). It means, that there was not one Hungarian insured person who wanted to avail himself of this provision. On the contrary, as it has been mentioned already, we issued 200,000 E111 forms among which 300 forms have been required after the treatment has been obtained. Though on a very small scale, practice has shown that persons who had obtained medical treatment in a Member State without an E111 form rather applied for it after the treatment instead of referring to the Kohll and Decker opportunity. It is quite understandable as the reimbursement tariffs are very different. Regulation 1408/71/EEC provides for total reimbursement (in terms of the hosting states’ norms) while the Kohll and Decker case law only provides for Hungarian tariffs. It is noteworthy to emphasise, that a country with low(er) health care tariffs, like Hungary, is much more challenged by Regulation 1408/71/EEC (speaking also of Regulation 631/2004/EC) than by the Kohll and Decker case law in financial terms.

In sum, Hungary applies both the Regulation and the relevant case-law, however, in our view, further elaborations might be necessary regarding the additional payment principle appearing in the Vanbraekel case. The additional payment principle in the Vanbraekel case, even if seems logical from a legal

point of view, might be very difficult to apply in practice, and abuses might not be excluded. We would put it forward for further discussion.

I would lastly reiterate our position regarding the Services Directive proposal. Hungary does not have any problems with Article 23 of the proposal, hence we already apply its Hungarian implementation (at least the legal basis has been invented). It would be, however, an appropriate step to insert this article or an article of similar wording into Regulation 1408/71/EEC. In our view, it is misleading to apply two different sets of rules for the same groups and reason, only because there are different reimbursement mechanisms.

And last but not least, based on our experiences with EC law, it seems to us that the provision of services in the field of health-care is most delicate in cross-border areas, especially between Hungary and Slovakia or Hungary and Austria. That is why we have frontier co-operations with Slovakia, outside the scope of Regulation 1408/71/EEC or partially inside, and we firmly believe that this sort of co-operations are going to result in very fruitful sorting out of the issues of patient mobility.

Ladislav ŠVEC

*DIRECTOR
CENTRE FOR INTERNATIONAL REIMBURSEMENT
TCHESCHISCHE REPUBLIK*

As everybody knows the legal basis for discussions of last few years are judgements of ECJ providing repeatedly, that health care has to be considered as a service in the sense of free movement of services.

Jurisdiction of ECJ comes at the same time, when many European systems feel the necessity of reforms in order to reach higher effectiveness, taking into account future common European challenges like ageing of population and introducing of a new high costly methods of health treatment.

Surely it is not just a game of chance that these breaking judgements and reforming effort of particular states met at the same time, time which can be described as an epoch of new technologies, time of even easier access of patients to informations, time of even higher privat sector influence to public services, time where borders are losing their sense, time when processes running in one place are directly influencing happenings in other part of the planet, time which is usually defined as a globalisation,.

In this situation issue of cross border providing health care in a framework of EU can be seen from two perspectives. As more or less unnecessary further financial burden of already embarrassed public health insurance schemes, or we can see it positively, as an accelerant of necessary changes in national law on public health.

Anyway, discussions about health care as a service are all the more complicated due to the fact, that there are a very different systems among particular EU countries and that is why their approach to particular decisions of ECJ has also to be different. In that situation it 's hard to find uniform view which would be in compliance with free movements of services on one side and all the interests of member states on other side. State by state also differs possible financial, legal and organisational impact of ECJ judgements and following EU commision proposals introduction to the practice.

Approach of particular states differs, but one aspect of public discussion is the same probably for most of them. It is the fact, that everything what is connected with access to public services, financing of system and costs of health care is considered as one of the most important and sharpest political issues. Due to this fact discussions and consideration on possibilities of free european market of health services are not probably everywhere and always based only on objective analysis and assessments, but very often also on fear of changes.



Summarising very briefly the Czech approach to the problemacy it's necessary to state, that we consider jurisdiction of ECJ and it's interpretation of Treaty, binding on us and on the practise of our institutions. Of course this approach concerns situations, where decision of ECJ is clear and where are no doubts about the right way of its interpretation. Unfortunately there are still many questions staying and further jurisdiction of ECJ is impatiently expected.

Current situation, when decisions of ECJ, concerning entitlements of insurees are not transposed to any other EU legal act we consider undesirable and bringing legal uncertainty not only to insurees, but also to institution which should apply national, but also EU law in practice.

From our point of view the best solution would be to add results of ECJ jurisdiction to directly applicable Regulation 1408/71 (resp. 883/2004), dealing beside others with issues concering reimbursement of health care provided to insurees of one state in the territory of other state. The advantage of this solution is coverage of all issues connected with insurees entitlements in one legal act. Anyway, the results of ECJ jurisdiction should be as soon as possible transposed to EU legal act, either to the Regulation or to the Directive.

Talking about movement of patients, which is the most important part of issue, we know already first figures concerning 2004. During first year of our membership, Czech health insurance funds authorised treatment abroad in 23 cases. Seven applications were refused. On the other hand 210 foreign insurees were treated in the Czech Republic on E112 basis.

Unfortunately we have no exact figures about number of reimbursements on the basis of free movement of services principles. We know only that number of reimbursements according Czech tarrifs is not too high. The fundamental barrier for more often use of this freedom by Czech insurees is low level of reimbursements tarrifs according Czech law in comparison with costs of treatment provided in countries, which are potentialy interesting for our insurees.

According known figures and further assessments we can generally see, that Czech Republics' system is more provider of health care to foreign citizens and insurees than a consumer of health care abroad.

Talking about free movement of providers we suppose that the way of facilitation of services providing has to be more discussed and that the principle of state of origin cannot be fully applied in this sector. Especially without strenghten of trust and cooperation between particular countries we can hardly move on.

As it was mentioned before, there are stil many questions not explicitly responded by ECJ. One of these questions concerns providing of services by foreign provider in the territory of the state of insurance. Especially for the

systems based on contracting the providers, where insurees are not entitled to any reimbursement if they were treated by not contracted doctor, it seems to be very interesting and important to find out, whether current or future ECJ judgements can constitute legal basis for patient's reimbursement. Positive answer could probably lead to concrete changes not only in our national law.

Finally we can say, that development in the field of EU law is actually pushing to liberalisation of health sector and partially weakens regulatory power of member states. On the other hand this move of EU law can be seen also positively as an accelerant and as a part of necessary changes in our national legislations and as a pressure to improving of services providing in the framework of our public schemes.

In other words possible problems of our national health systems are not and are not going to be caused by application of EU freedoms, but more by objective challenges of today's world and lack of political courage on national level to respond to them and to make a necessary changes in time.





Géraldine FAGES

ADMINISTRATORIN
GD BINNENMARKT UND DIENSTLEISTUNGEN
EUROPÄISCHE KOMMISSION

Je suis contente de prendre la suite de Monsieur Švec qui nous a donné une vision si positive du futur. Ma présentation portera sur la proposition de directive relative aux services dans le Marché Intérieur¹⁾. D'autres en ont parlé avant moi.

Je souhaiterais vous expliquer pourquoi la précédente Commission européenne a adopté cette proposition de Directive et pourquoi elle a décidé d'inclure les services de santé dans cette proposition.

1. Pourquoi une Directive services ?

Cette proposition de Directive, puisqu'il s'agit d'une proposition, trouve son origine dans le processus de Lisbonne. Elle vise à établir un véritable marché intérieur pour les services afin d'exploiter le potentiel en terme de création d'emplois et de croissance qui réside dans le secteur des services.

Cette Directive vise à faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de services et la prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne.

Cette proposition trouve aussi son origine dans un rapport de juillet 2002²⁾ sur le fonctionnement du marché intérieur des services. Rapport qui a été très mal intitulé puisqu'en fait on aurait dû l'appeler « rapport sur le non-fonctionnement du marché intérieur des services » ! Ce rapport est un véritable constat d'échec de mise en œuvre de ces libertés fondamentales. La réponse de la Commission à ce défi que représente la création d'un véritable marché intérieur des services dans l'Union européenne s'inscrit dans cette constatation que jusqu'à présent l'application directe des libertés garanties par le Traité n'a pas fonctionné.

2. Pourquoi une approche horizontale ?

L'approche suivie par la Commission est une approche horizontale. Elle choque dans le domaine des services. Tous les orateurs l'ont dit : les services de santé ne sont pas des services comme les autres. Pourquoi donc avoir suivie cette approche ?

Parce qu'en fait, lorsqu'on se détache de la nature du service: service de santé, de tourisme, de sécurité privée, on se rend compte que d'un point de vue juridique, les prestataires de services dans l'exercice de leurs libertés se

1) COM (2004) 2 final du 13.01.04.

2) COM (2002) 441 final du 30.07.02.

heurtent aux mêmes obstacles. Ce n'est pas avec cet objectif en tête que nous avons mis tous les services dans le même panier. Nous avons cherché à établir une nomenclature des obstacles auxquels se heurtent les prestataires de services et à y remédier.

De plus, je dois souligner que la proposition « Services » prend en compte la spécificité des services de santé. De nombreuses références sont faites dans les articles de la Proposition à la nécessité de protéger la santé publique. La Commission ne l'avait peut-être pas assez fait et la Présidence luxembourgeoise a bien amélioré le texte de ce point de vue. La Présidence luxembourgeoise a publié un nouveau texte qui se trouve sur le site Internet sur lequel les modifications apportées par le groupe de travail du Conseil sont clairement indiquées. Vous constaterez, si vous le lisez, que la plupart des ajouts concernent les questions de santé.

3. Pourquoi la précédente Commission a-t-elle décidé d'inclure les services de santé dans la Directive services ?

La responsabilité initiale en incombe à la Cour de Justice. Tout le monde a évoqué ici les arrêts Kohll, Decker et suivants¹⁾. La Cour a confirmé, réitéré que les services de santé sont des services au sens du Traité. A partir de là, la Cour a développé une jurisprudence sur le remboursement des soins de santé. C'est cette question de la mobilité des patients qui, si je peux m'exprimer ainsi, encombre le rôle de la Cour et les armoires de la Commission.

Certains qui se sont exprimés avant moi, ont attiré l'attention sur les questions suscitées par la proposition de directive, dans sa partie concernant la liberté d'établissement. Oui, il y a des problèmes en matière de liberté d'établissement et nous avons reçu des plaintes de la part de professionnels qui font face à des difficultés dans l'exercice de cette liberté. Oui, il y a quelques plaintes en matière d'application du principe du pays d'origine au domaine des services de santé. Mais, ce n'est rien à côté des plaintes que nous recevons de patients qui se heurtent à des refus d'autorisation pour se rendre dans un autre Etat Membre afin d'y être soignés ou à des refus de remboursement de la part de leur organisme de sécurité sociale.

L'article 23 relatif à la prise en charge des soins de santé est la raison pour laquelle la Commission a décidé d'inclure les services de santé dans le champ d'application de la Directive. En effet, les patients ne comprendraient pas que cette Directive services qui est l'instrument historique de mise en oeuvre de la libre prestation de services ne traite pas de cette question qu'ils considèrent comme cruciale. On l'a dit, la santé publique est une des préoccupations essentielles du citoyen européen et le citoyen européen ne

1) Arrêt Kohll, affaire C-155/96 du 28.04.98, arrêt Decker, affaire C-120/95 du 28.04.98, arrêt Smits et Peerbooms, affaire C-157/99 du 12.07.01, arrêt Vanbraekel, affaire C-368/98 du 12.07.01, arrêt Müller-Fauré et Van Riet, affaire C-385/99 du 13 mai 2003, arrêt Inizan affaire C-56/01 du 23.10.03, arrêt Leichtle, affaire C-8/02 du 18 mars 2004.

comprendrait pas que finalement cette Directive « Services » soit une Directive business et pas une Directive citoyenne.

4. La prise en charge des soins de santé – L'article 23 de la proposition

Toute une section de la proposition de Directive est consacrée aux droits des destinataires de services. L'article 23 en est une composante essentielle. Cet article 23 constitue la transposition pure et simple des jugements de la Cour. Nous ne sommes pas allés plus loin en ce qui concerne les éléments essentiels.

L'article 23 stipule que les Etats membres doivent rembourser les soins non hospitaliers même en l'absence d'autorisation préalable. En ce qui concerne les soins hospitaliers, une autorisation peut toujours être exigée. En ce qui concerne les conditions de fond d'octroi de cette autorisation, la proposition renvoie aux conditions établies par le Règlement 1408/71 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Elle impose aussi le respect de conditions de transparence destinées à encadrer le pouvoir discrétionnaire des Etats membres.

En ce qui concerne la question des tarifs de remboursement, l'article 23 précise que les soins doivent être remboursés aux tarifs applicables dans l'Etat membre d'origine du patient. L'article 23 précise dorénavant à la demande de certains Etats membres que le patient ne peut pas tirer profit de la libre circulation. En aucun cas, il ne pourra lui être remboursé plus que ce qu'il a dépensé.

Cet article 23 a pour objectif de garantir les droits des patients tels qu'ils ont été reconnus par la Cour de Justice. Certains diront pourquoi la jurisprudence ne suffit-elle pas ? Parce qu'à l'évidence, elle ne suffit pas, elle n'apporte pas la sécurité juridique nécessaire pour que les patients puissent en toute sérénité d'esprit franchir une frontière pour aller voir un médecin. Certains l'ont dit avant moi, la grande majorité des Etats Membres n'ont pas transposé la jurisprudence. Les services de la Commission ont rédigé un rapport sur la base des contributions des Etats Membres dont il ressort que la plupart des Etats Membres n'ont pas pris de mesures de mise en application de la jurisprudence¹⁾.

Ainsi, à l'heure actuelle, au sein de l'Europe il y a des patients qui peuvent circuler parce que leurs Etats Membres se sont mis en conformité et d'autres qui ne circulent pas parce que leurs Etats Membres ne se sont pas mis en conformité. Et tout ça finit devant la Cour de Justice.

Sept arrêts ont été rendus par la Cour de Justice. Nous avons quatre questions préjudicielles devant la Cour. Nous n'en avons plus que deux, puisque la Cour d'un Etat membre a estimé que compte tenu de ses développements, la jurisprudence de la Cour était assez claire et lui

1) SEC(2003) 900 du 28.07.03.

permettait de rendre ses propres jugements. Nous avons cependant deux nouveaux cas devant la Cour et nous continuerons à avoir des recours préjudiciels de la part des cours nationales qui seront de plus en plus souvent saisies et nous aurons des arrêts rendus sans recours préjudiciels par les Cours nationales si nous ne prenons pas la peine de clarifier dans un texte communautaire les droits des patients en matière de remboursement. Les objectifs de la directive Services sont de garantir les droits des patients et d'améliorer la sécurité juridique. Ce dernier point répond à une demande explicite du High Level Reflection Group on patient mobility and healthcare development, qui réunissait les Etats Membres, ceux-là mêmes qui aujourd'hui hésitent à franchir le pas. Un troisième élément est aussi très important, plusieurs orateurs l'ont souligné: il ne faut pas laisser s'établir une « République des Juges ». Il appartient maintenant au législateur communautaire de se saisir de cette question. Tout le monde dit que c'est une question importante et que le législateur communautaire doit s'en préoccuper. Je ne crois pas que la meilleure façon de s'en préoccuper soit de renvoyer cette question à plus tard. De toute façon et tout le monde l'a dit, les règles du marché intérieur continueront à s'appliquer avec ou sans Directive «services» et dans ce cas, nous aurons de la jurisprudence.

Une attention particulière doit être portée à la définition des soins de santé qui figure dans la proposition. Sur ce point, nous allons plus loin que la jurisprudence. Il s'agit d'une question importante puisqu'elle permet de rendre opérationnelle la distinction entre soins hospitaliers et non hospitaliers et donc de déterminer le champ d'application de l'obligation de disposer d'une autorisation. Le législateur communautaire doit trancher cette question.

5. Autres dispositions particulièrement pertinentes pour les services de santé

Mis à part l'article 23, d'autres dispositions de la proposition de la Directive doivent être évoquées en relation avec les services de santé. Elles concernent la liberté d'établissement et l'application du principe du pays d'origine.

Je traiterai de ces sujets très brièvement compte tenu du temps qui m'est imparti.

En ce qui concerne la liberté d'établissement, l'article 15 de la proposition a été souvent évoqué en relation avec les services de santé. Cet article établit une liste des exigences souvent imposées par les Etats membres aux prestataires de services. Ces exigences produisent des effets restrictifs importants pour la liberté d'établissement. Cependant, elles peuvent être justifiées selon les circonstances et compte tenu des objectifs poursuivis par les Etats membres en les imposant. Il s'agit donc d'une différence fondamentale avec l'article 14 qui identifie des exigences interdites c'est à

dire des exigences qui ont été déclarées incompatibles avec la liberté d'établissement par la Cour. Par exemple, l'article 15 fait figurer parmi les exigences à évaluer, « les exigences qui imposent un nombre minimum d'employés » (article 15 f)). Imposer un nombre minimum de personnel médical par lits d'hôpitaux apparaît justifié par des raisons de santé publique. En revanche dans un autre secteur, cette exigence pourra ne pas être justifiée.

En ce qui concerne les exigences à évaluer, l'alternative est la suivante : soit nous procédons à cette évaluation en commun selon la procédure prévue par la Directive soit nous laissons la Cour décider. A nouveau, il est dans l'intérêt de tous de procéder à cette évaluation mutuelle. Outre qu'elle permet d'écartier les aléas du contentieux, elle permet aussi un échange d'expérience et de bonnes pratiques qui ne peut être que profitable à toutes les parties intéressées.

Le principe du pays d'origine, l'article 16 de la proposition n'a jamais été envisagé de manière absolue par la Commission. Il est assorti d'un grand nombre de dérogation et d'exceptions. Dans le domaine de la santé, son application sera limitée dans la mesure où déjà, en pratique, ces services exigent souvent un établissement. Dans ce cas, il n'y a pas d'application du principe du pays d'origine et le prestataire de services relève de la législation de l'Etat membre dans lequel il est établi.

Dans les cas de prestation de services transfrontalières, par exemple, un docteur ou une sage-femme qui se rendent chez des patients, dans un autre Etat membre, pour des consultations, il est important de noter que la directive prévoit une dérogation au principe du pays d'origine pour les matières couvertes par la directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles. Ceci signifie que l'Etat membre de prestation pourra vérifier les qualifications professionnelles du prestataire (dans la mesure où elles ne sont pas harmonisées au niveau communautaire) comme il le ferait pour un prestataire établi sur son territoire. Les Etats membres pourront exiger une déclaration préalable à la prestation de services ou un enregistrement temporaire pro-forma à l'ordre professionnel. Ils pourront également imposer leurs règles disciplinaires directement liées aux qualifications professionnelles. Outre cette dérogation, la directive comprend d'autres dérogations qui permettent d'empêcher par exemple, la prestation de certains services pour des questions de santé publique – ce qui permet d'interdire la prestation de certains traitements ou service médicaux.

6. Conclusion

En conclusion, je voudrai rappeler les déclarations du Commissaire McCreevy au Parlement européen, au Conseil et à la presse. Il a clairement indiqué que la balle était dans le camp du Parlement. C'est maintenant au Parlement à prendre ses responsabilités et à amender, comme il le souhaite, la proposition de Directive. Le Commissaire McCreevy a indiqué que si des amendements dans le sens d'une exclusion des services de santé étaient proposés, il pourrait les considérer favorablement.



ARBEITSSITZUNG 2

KRANKENVERSICHERUNG UND BINNENMARKT



Geert Jan HAMILTON

*DIRECTOR OF LEGISLATION AND LEGAL AFFAIRS
MINISTRY OF HEALTH, WELFARE AND SPORT
NIEDERLANDE*

It is a great pleasure to be back in this illustrious hall, where in 1998 so many people convened to discuss the effects of the famous Decker and Kohll rulings. These rulings shocked quite a few people because, for the first time, the European Court of Justice had set aside national social health insurance legislation which had been in place for ages and which everyone considered so solid. Certain governments were very shocked; they were even afraid that their national systems would fall apart. Well, seven years later we know that no system has fallen apart, but we have become very much aware how much European internal market regulations influence our national health systems and in fact, any change that you would consider, has to be examined under European law. Sometimes the confrontation of plans with European law threatens to stifle things too much. We sometimes are even afraid to bring about changes, because someone may say: "It is contrary to European law".

I want to illustrate this on the basis of recent experience in the Netherlands where we are bringing about a new universal health insurance system as from January 1st 2006, if our Senate approves because they are at stake at the moment.

This morning we heard a lot about a draft for a services directive. We all know that we have in place since about 15 years three directives for non-life insurances. Insurance is a very complicated product. It has to do with confidence, with trust. People pay for something unexpected that they do not want to happen, but that might happen in the future. Every European Union Country had a whole set of national rules to cover this area. To complete the internal market in direct insurances it was considered absolutely necessary to have these directives, because we wanted more freedom for companies to provide insurance services all through the European Union.

Two interesting features of these directives are:

- one single authorisation is valid for an insurer to become active throughout the Community;
- supervision, particularly the prudential control, is done by the home Member State.

Perhaps you notice certain parallels with the services directive that we discussed this morning. Of course all the rules of the insurance directives are there to make sure that the consumer gets what he expects. If a Danish man wants to buy insurance from a Portuguese firm, he has to be just as certain that he gets what he pays for, as when he goes to a firm of his own country.

Now these directives do not apply to insurances forming part of a statutory system of social security. And here you see the dichotomy that we seem to have under European law: we have statutory systems of social security where Member States have a great deal of autonomy to set their own rules on the one hand, and on the other hand we have free insurances where European law applies. Now, as Professor Jorens stated in his report, it is unfortunately not always very clear, where a social security system starts or ends, and where private insurance begins. There is an area of uncertainty in between.

Of course we all have a feeling of what social security and social health insurance means – everybody having access to a certain benefits package, reasonable premiums etc – but there is no clear definition of social security.

There is one certainty that we have, and, as is often the case when there first was uncertainty, it has been the European Court of Justice that provided it. The European Court of Justice in a famous case, *Commission versus Belgium*¹⁾, ruled that insurance undertakings covering the risk of accidents at work remain within the scope of the insurance directives, even when they act in the context of a statutory scheme of social security, if those undertakings operate at their own risk with a view to profit. So what shows us this ruling? That at the same time, you can be a private insurance company, and part of a statutory social security scheme. If a country leaves the execution of a social security scheme to private companies, with a profit orientation and running a certain insurance risk, then they have to meet the conditions of the insurance directives.

Now in the Netherlands for many years there have been efforts to create a new health insurance system. We have a long-standing desire in our country to bring about more competition among insurers in health care and among providers of care. We wanted a system that responds better to demands, desires, needs of patients and insurers. We want a social system that offers some choice to the citizens. You have to realize at the moment we have “duality” in our system. We have a statutory system for about 60% of the population and we have private insurance for about 40% of the population. And with this history of a split system you can imagine that there has always been a big debate, whether a new system for all should be a public health insurance model with more competition among the insurance agencies, or if it should be a private health insurance regime with a certain degree of necessary regulation applying to all insurance agencies. That was the choice: public or private.

1) *European Court of Justice, Commission/Belgium, case C-206/98, ECR 2000, I-3509.*

From the beginning a shroud of legal doubts has surrounded any proposal. In particular it was unclear if, in a private system, public preconditions the government wanted to impose on insurers were in accordance with EU competition law and the European insurance directives. And it was also unclear if you can materialize a public system, based on competition among insurance agencies. In fact, it was a lawyer's paradise and, as I am a lawyer, I enjoyed myself a great deal in the last few years. There were many different opinions, one saying "this cannot be done", and another saying "that cannot be done". There were interesting paradoxes, because from our private insurance side there were appeals to the government to make the system private and, when the government expressed doubts if it could impose rules on private insurers, these insurers would say "Oh yes, you can, European law leaves a lot of room for you to impose certain rules on us which are necessary for the public good".

But a clear framework to examine reform plans was lacking and this of course forced the government to be very careful. It led to the dilemma that I alluded to: change is so risky from a European law perspective that you do not change at all.

Under the last cabinets politically speaking there was a preference with the government to install a system of just ordinary private insurance, where every citizen would be privately insured against the health-care risk, but with certain preconditions:

- an obligation for citizens to have themselves insured against the risk of health care costs for a basic package;
- any insurer wanting to be in the system should have to accept any citizen that wanted to have health insurance with that company;
- insurers should be free to set their nominal premiums, but they should not differentiate in their rates on the basis of age, sex, social background and health condition of the insured people;
- to make that possible, a system of risk structure compensation should be installed.

These elements were considered vital in the public interest. Now as things turned out, we made a law exactly containing these elements. The law (Health Insurance Act) has been accepted by the second Chamber of Parliament and is now pending with the Senate¹⁾. We succeeded in finishing for the time being our debate on the European law aspect of the new legislation. As there were so many different opinions the new Minister who came into office in 2003, decided to start serious consultations with the European Commission on this issue. There were talks with DG internal market, DG employment and social affairs and DG public health. And the debate ended with, what some of

1) The Senate accepted the law on 14 June 2005; *Zorgverzekeringswet*, *Staatsblad*, 2005, 358.

you may have heard of as, the *Bolkestein* letter¹⁾ which is another *Bolkestein* product than the services directive discussed this morning, but in fact, the content of that letter was enough for the Dutch government to see it as the green light to proceed as they wanted. Of course, the Commission did not commit itself entirely, but came up with a rather strong opinion giving an answer to the question whether the legislation that we wanted to develop, could be considered compatible with the insurance directives. Here article 54 of the Third non-life insurance directive plays a role, because it contains a possible exemption for Member States to regulate insurances in a specific manner. This Article reads “Notwithstanding any provision to the contrary, a Member State in which contracts covering health risks may serve as a partial or complete alternative to health cover provided by the statutory social security system, may require that those contracts comply with specific legal provisions adopted by the Member State to protect the general good”.

There had been a lot of discussion on the extent to which you could use this exemption. The *Bolkestein* letter says in this respect that “this proviso also covers the situation where a Member State decides to entirely assign the cover of statutory social security health insurance to private insurance undertakings which must conduct such an activity at their own risk, following insurance techniques and on the basis of contractual relationships governed by private law”. In short the letter says there is ground to impose certain rules on private insurers, when an insurance scheme fulfils the function of a social insurance. Although the letter does not give legal guarantees, these parts of the letter are very important. The Commission says: the objective of the Dutch government is to guarantee health-care as a basic social right. This means that all residents in the Netherlands should have access to health insurance guaranteeing a basic package of essential care in return for acceptable premium. To ensure that goal the Dutch government wishes to require that the proposed health insurance regime is based on a few principles:

- open enrolment;
- a basic minimum cover defined by the government and which must be provided by any health insurer;
- the right of insurers to set their own premium rates as long as there is no discrimination on the basis of age, sex, health status and other circumstances;
- an equalisation fund to compensate insurers' losses because of the risk profile of their portfolio.

1) Letter of Commissioner F. Bolkestein on the Dutch Health Insurance System, 25 November 2003, CAB/PvB/D(03)0848.

And then a crucial quote: “I believe that these principles could be justified under Article 54 of the Third non-life insurance directive, as they appear necessary to ensure the legitimate objectives pursued by the Dutch government”.

This statement which, of course, did not take away that the Dutch government fully has to take its own responsibility for the framework of law that they are staging, is an important opinion of the European Commission. I think it reflects a trend which we have also seen in the EC-CoJ jurisprudence that social objectives have a mitigating influence on free market principles. And this trend, on its turn, can be seen as a recognition of the fact that governments of Member States must be able to aim for social objectives also outside the strictly public domain. We do not have the situation in Europe that, what is in the public interest, should fully and only be a State responsibility, and that the alternative is only the free market. That is not the choice of the European social model. There are in-between areas where you have to recognize, that certain social values have to be balanced with the internal market principles. I want to emphasize that this is an important trend in European legal development.

When we look back at the last seven years, since our Decker and Kohll conference, we see much more clarity now on the importance of public service within an internal market context, and the possibilities to find social solutions in a market environment. On what has happened in law and jurisprudence Professor Jorens has written his magnificent report showing all the new answers which bring about more legal certainty, although the ultimate level of legal certainty of course has not yet been obtained.

But we are making progress in certain fields. I want to finish by referring to another part of the *Bolkestein* letter. And that is where the commissioner writes: “I do not think that it would be proportionate to apply the requirements to any complementary insurance cover offered by private insurance which goes beyond the basic social security package of cover laid down in the social security framework”. So, governments do not have much room to regulate complementary health insurance in the public interest. I would like to remind you that already in the year 2000 the European Parliament, so eloquently represented here this morning, passed a resolution on supplementary health insurance¹⁾. In it the European Parliament expressed the notion that supplementary insurance will play increasingly important roles in covering various health risks. The Commission was called upon to present a green paper and there was a call for a proposal for a directive where elements like no-discriminatory use of medical data, no medical examinations, life-long insurance could be part of rules that may be necessary also for complementary insurance.

1) Resolution of the European Parliament of 2000 (2000/2009 INI).

The position of the Dutch Ministry of Health is that it would be very interesting to revitalise the discussion on this resolution, because it did not have a proper follow-up yet. What was called for is not yet there. Nevertheless the relationship between basic coverage and complementary coverage is a very important one, in for instance France, in Germany, in many different countries. So I would like to hear what the feelings are among this audience. Do not you think that particularly the situation for complementary insurances requires a new discussion on the inclusion of social elements in insurance regulations in Europe?

Thank you very much.



Dermot SMYTH

*ASSISTANT SECRETARY
DEPARTMENT OF HEALTH AND CHILDREN
IRELAND*

I wear three hats: I look after the budget of the Irish health system, I also have a role as head of International unit and I am also responsible for the regulation of private health insurance.

Let me start by giving a brief account of the Irish system because I do regard it actually as unique.

- We combine public and private health care.
- In private health insurance, we have an open market following on from the single market provisions. Three private health insurers are competing: one quite recently, one is an international organisation (BUPA), and one is a semi-state company which is on the road to deregulation.
- We have quite an extraordinary situation where half our population have private health insurance and yet the entire population has general eligibility for hospital services in public hospitals. For GP services, only 30% are eligible.
- A further complication is that half of the total private beds in our country are delivered in public hospitals.

This very Irish patch work actually works. As confirmed by OECD, it does deliver quality care, with choice both in terms of accessibility to public or private beds as well as what must be one of the cheapest private health insurance regimes in the world, albeit subsidised to a certain degree by the State. Also the majority of our hospital consultants have public contracts but they are allowed to engage in public and private practice outside public hospitals. We have tax relief available on health insurance premiums and we have private hospital developments encouraged through generous capital tax allowances. So the background is really a combination of systematic encouragement by the government towards generating extra capacity on the private side while at the same time ensuring sufficiently large public capacity delivered.

Let me briefly describe the derogatory framework for private health insurance we have in our country.

- Community rating: the same premium for a specific level of benefit irrespective of health status,
- Open enrolment: insurers are obliged to accept all candidates that are on the waiting list for some firm irrespective of the beneficial cover and pre-existing conditions,

- Life-time cover: an insurer cannot refuse to renew an insured person's health insurance cover irrespective of age or changes in health status,
- A basic minimum level of benefit: in fact it is the lowest level of benefit of private care available in the public hospital system. It covers about 10% of the plans that are actually covered by health insurance in Ireland.
- We also operate a risk-equalisation scheme although it has not actually started yet because the conditions under which it would start have not yet commenced. But that may change at any point depending on how the market is going. And that would involve compensating for natural transfers between insurers, or to members with profiles differing beyond specified levels, which I think has some elements we have different from the Dutch system. I must say that it is interesting for our teams to relate more to actual pathology of experience according to the report by Professor Jorens.
- We will be looking at life-time community rating in the future for this will allow persons of all ages to take out health insurance or provide that those who do not do so until older will be subject to late entry loadings. Up to now we have extended community rate for open enrolment up to people under 65.

So what is the perception by people in the country about it? According to recent research by an independent health insurance authority, people prefer if community rating were really straight. An overwhelming majority consider the type of medical cover to be much more important than the type of combination offered. So people are interested more in access to care immediately than in a choice of French wines. 94% of those with health insurance agree that insurance is a necessity and not a luxury, and is seen as a vehicle that provides fast access to services. The public system has not delivered access to people quickly enough and has waiting lists which we are trying to address.

As to the internal market issues, we are very acutely aware that developments in our market must take account of the EU regulatory framework. We have had a lot of dealings with the European Commission when introducing our system, which came into effect after legislation in 1994. The Commission has recognised on a number of occasions that private health insurance in Ireland can be regarded as alternative to the statutory social regime and confirmed our right to benefit from the rules referred to in Article 54 of the non-life insurance Directive.

They also recognised the need for risk-equalisation, and rejected a notion that involves State aids. However while the Commission has accepted our right to have these legal provisions it has noted that anything we do must be proportionate. The EU principles of necessity and proportionality obviously come into effect which we fully recognise.

At the moment the regulatory framework we have is challenged before the Court of First Instance. We are confident that what we do is consistent with European legislation. I would like to quote the OECD in this context: *“Adequate regulatory and informational tools are required to steer insurers towards efficiency-based competition, especially when equity considerations are paramount. As for when private health insurance represents a primary form of cover for certain sections of the population it only covers essential services. Regular safeguards are needed to enhance competition in the private health insurance market because of market imperfections such as information asymmetry, and insurance incentives to encourage enrolment and retention of lower risk persons”*.

Obviously the extent to which community rules should extend to individual Member States is open to debate. But given the role private health insurance has played in the provision of care to the Irish population, it is essential in our view that this continues to be recognised by the Community. And I think there are lessons to be learned from the Irish experience. There is not one necessary system to be into effect in any one country, but maybe a combination of systems which can help to address what is a fundamental problem of resourcing.

As a deviation from the script, let me just say that it is not an easy position for politicians to address the issues discussed today, also given the complexity of health care. Anything which damages their system or maybe filters proper control is a problem, exposing them to criticism at home. However, the fact is that ECJ have intervened because there isn't anything in place. The Commission has worked very hard over recent years in different fora to produce a framework which meets a problem, a case-law problem which exists now and is not going to go away. I was very interested to hear an official from the Veneto region talk about contracts before regulation. I understand that point of view - in fact as a pragmatist I have a lot of sympathy for it - but I also think we should continue to work in the context of the high level process. That is where the influence on the political system at Council level can be felt best and most directly. That is the highest level of decision-making, these people are accountable. It is through the work of the high level group on for instance exchange of information - that may sound anaemic, believe me it is not, exchange of information is crucial for having a proper market - that we may get an answer to the problem.

And we must get an answer and we do not have much time. I must remind people that we have a case coming up next year, the Watts case, where the undue delay issue on inpatient care, is up for judgement. If that decision goes against the UK government position and if undue delay is more easily defined, everything is up for grabs then. A solution must come through the governments, the civil servants, influenced by fora like this. How to do it? I think it is through a proper assessment of where the real problems are. I was surprised to hear from the Czech delegate that so little use is made of the

Kohll and Decker judgments for non-hospital care. We have the same experience in Ireland. We have a public treatment purchase fund for people traveling abroad directly. We see very little take-up of it. It makes one think.

Thanks very much.



Daniel LENOIR

*GENERAL DIRECTOR
FRENCH MUTUALITY
FRANKREICH*

Merci. Je dois dire que c'est un peu une surprise pour moi d'intervenir cet après-midi puisque je n'avais pas prévu de le faire. Mais c'est volontiers, puisque les responsables de l'AIM me l'ont demandé. Je demande un peu d'indulgence puisque j'ai improvisé cette intervention dans la matinée. Ce n'est pas celle d'un représentant du Gouvernement français, puisqu'il n'est pas là, mais l'intervention d'un point de vue personnel de quelqu'un qui est attaché aux valeurs de solidarité et mutualistes, des réflexions issues de mon engagement en France depuis plus de 10 ans dans la gestion de l'assurance-maladie obligatoire et complémentaire. Je voudrais féliciter au passage Yves Jorens pour son rapport qui a le mérite de présenter un état complet de la question. Je voudrais revenir sur le contexte auquel nos systèmes nationaux de protection sociale, en général et d'assurance-maladie, en particulier, sont confrontés.

Ces faits de la jurisprudence, en réalité, même si les critères ne sont pas toujours très précis, ont conduit, de facto, à séparer ce qui relève de la sécurité sociale, un régime public obligatoire de ce qui relève de la protection sociale complémentaire. C'est parti d'une distinction essentielle entre l'activité et le statut de l'organisme, et la jurisprudence européenne a considéré dans de multiples arrêts -la France a été à l'origine d'un certain nombre d'entre eux- que c'était l'activité qui primait sur la nature de l'organisme, et ce depuis 1993, l'arrêt Poucet-Pistre. Chacun s'en souvient et en particulier je m'en souviens puisque quelque temps après j'ai pris la direction de la Mutualité Sociale Agricole. L'arrêt COREVA disait l'inverse, c'est-à-dire que la MSA, organisme chargé d'un régime public, dès lors qu'il s'agissait d'un régime facultatif, était considérée comme une entreprise. Et récemment cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de 2004.

En conséquence, les régimes obligatoires ont été considérés comme étant en dehors du champ de la concurrence relevant de la compétence des Etats. Il a été dit par les principaux intervenants que les régimes complémentaires facultatifs, étaient dans le champ de l'article 85 du Traité. C'est bien le résultat de la jurisprudence et c'est bien la Cour de Justice qui a eu un effet réglementaire bien plus que les Directives assurances elles-mêmes. Il faut bien voir les conséquences que cela a eu sur les systèmes de type bismarckien, comme le système français car historiquement, il y avait dans ces systèmes une porosité entre les dispositifs obligatoires et facultatifs. C'est le cas en France où la protection sociale s'est étendue à partir de 1945 par la généralisation de dispositifs facultatifs progressivement généralisés et

rendus obligatoires. Cela a été le cas, par exemple, des retraites complémentaires qui ne sont pas considérées comme étant dans le champ de la concurrence. Il en fut de même plus récemment pour l'assurance-maladie avec la mise en place d'une généralisation puisqu'elle date de la loi CMU de 1999, ou l'extension de la couverture générale aux indépendants qui est également récente. Je m'honore d'avoir contribué à cette extension pour les accidents du travail dans l'agriculture.

Il ne faut pas oublier que cette distinction plus stricte, cela a été aussi rappelé tout à l'heure, s'est faite dans un contexte où la volonté des pouvoirs publics a été de maîtriser les forces sociales et, pour dire les choses plus brutalement, plus schématiquement, de plafonner le niveau de prélèvement obligatoire dans notre société. Je voudrais dire un mot sur les difficultés de maîtrise de ces dépenses.

Aujourd'hui, on assiste à une augmentation sans croissance apparente des dépenses publiques de protection sociale pour les deux principaux segments que sont l'assurance-maladie ou la retraite. La retraite, par l'effet du vieillissement, n'a plus de croissance apparente puisqu'on a abandonné l'idée d'abaisser l'âge de la retraite, mais chacun sait que l'espérance de vie continue à augmenter. C'est vrai aussi de l'assurance-maladie puisque chacun sait que les coûts de couverture de l'assurance-maladie - à niveau de couverture équivalente - ont augmenté du fait de l'évolution des techniques médicales.

Ces effets de croissance spontanée ont été accentués par la difficulté de gérer le risque, notamment, en maladie et d'optimiser la dépense de santé, le rapport entre la dépense et la réponse en termes d'offres de santé. Cela a des conséquences qui ne sont pas récentes sur les restrictions de la prise en charge d'un certain nombre de domaines tels que le handicap, mais on peut penser à un sujet qui est devant nous, celui de la dépendance. Il existe également une tendance à un désengagement ou à un moindre engagement par rapport aux besoins en matière de maladie ou de retraite.

Je crois que l'on peut analyser les différentes réformes et, notamment la réforme de l'assurance-maladie du 13 août 2004 en France, comme étant la mise en place d'une responsabilité plus importante des régimes complémentaires d'assurance-maladie. Je termine sur ces éléments de contexte de la situation française, mais je pense qu'elle est vraie au niveau européen, cette responsabilité croissante des régimes d'assurance, sociaux, mais facultatifs, fait face à une aspiration à la couverture des risques et, notamment des risques aux personnes, en étant peut-être le signe d'une société qui vieillit. Les risques, même s'ils ne sont plus pris en charge totalement ou bien dont on voit qu'ils ne pourront plus l'être totalement par des régimes obligatoires, restent par nature des risques sociaux. Je parle évidemment de la maladie ou l'on peut parler, comme je l'ai dit tout à l'heure, de la retraite ou de la dépendance. Des risques sociaux par la généralité de

l'aspiration à la couverture. Tout le monde aspire à être couvert en maladie par extension, à l'ensemble de la population sans le risque que ferait courir la société une non-couverture d'une partie de la population quelle qu'elle soit. Je rappelle –j'ai parlé de la loi sur la couverture maladie universelle– que la mise en place d'une couverture complémentaire au titre de la CMU était le résultat du fait que la part complémentaire avait augmenté et qu'une partie des citoyens français n'avaient plus accès à une complémentaire par leurs propres moyens. Cela a conduit à un effort public.

Face à cette situation, je crois qu'un des enjeux dans l'Europe de demain, c'est de développer une approche solidaire et facultative. Solidaire et facultative, cela veut dire à la fois qui n'est pas dans le monopole public mais qui ne relève pas pour autant des seules règles de l'article 85, des règles de la concurrence qui s'appliquent au marché unique. Je vais développer dans les deux minutes et demie qui me restent principalement le premier point qui est l'expérience française.

Nous avons eu à faire face à une situation contentieuse, introduite par la Fédération Française des Sociétés d'Assurance, sur les contrats d'assurance mutualiste et qui était lié à l'existence d'une exonération sur la taxe des contrats d'assurance –qui était très ancienne, puisqu'elle datait de 1944– exonération liée au caractère solidaire et non lucratif de la prise en charge du contrat d'assurance-maladie. Bien sûr, la France et la Mutualité ont défendu les principes sur lesquels s'appuyaient cette exonération, notamment le caractère non lucratif de la couverture, le caractère solidaire, prévu dans le code de la mutualité. Il n'en ressort pas moins que finalement l'idée qui est au centre de la jurisprudence européenne s'est imposée: ce n'est pas la nature de l'organisme qui a conduit à l'exonération, mais bien la nature de l'opération. Cela a conduit les pouvoirs publics français à mettre en place une exonération liée à, ce qu'on appelle, les «contrats solidaires», c'est-à-dire les contrats qui ne prévoient aucune sélection médicale ni de tarification en fonction de l'état de santé des personnes qui sont couvertes.

Cette idée de règles relatives au contrat se développe aujourd'hui par la réforme française, puisque les contrats complémentaires sont appelés à devenir également des «contrats responsables», c'est-à-dire des contrats qui évitent l'inflation inutile des dépenses et respectent le cadre d'organisation des soins prévu par la réforme. C'est d'ailleurs le point de vue de la Mutualité Française et c'est l'idée qu'elle avait évoquée et à laquelle nous tenons, de généraliser ce type de dispositif au travers d'un crédit d'impôt qui, certes, a pour objectif de favoriser l'accès à une complémentaire pour l'ensemble de la population, mais aussi de respecter les critères de responsabilité et de solidarité. On voit bien que derrière cela – et ça rejoint l'atelier suivant sur les services sociaux d'intérêt général – on introduit l'idée que les aides publiques en France sont des aides sociales et fiscales, liées à l'activité et non au statut. J'ajoute que cela conduira nécessairement les Etats à clarifier les critères d'intérêt général.

Mais cela pose aussi d'autres questions. Il me semble que nous tenons à cette solution, mais que probablement, nous devons aller plus loin. La première question: est-ce que nous pourrions (cela fait allusion à la situation aux Pays-Bas) nous limiter ou accepter que sur les risques sociaux, des critères de solidarité et de responsabilité ne soient respectés qu'à travers des mesures incitatives? Est-ce que ces domaines qui servent de relais du marché, de la libre adhésion, ne doivent pas faire l'objet, compte tenu de leur importance, d'une réglementation propre? Je pense notamment à l'assurance-maladie, et l'on voit aujourd'hui à travers la croissance de la dépense en fonction de l'âge, la nécessité de garantir le caractère viager pour tous de l'assurance-maladie. Est-ce qu'il ne faudra pas aussi, même si le critère d'activité s'est imposé face au critère d'entreprise, que ce type d'activité ne soit pas prioritairement exercé par des organismes dont c'est la vocation, c'est-à-dire qui maintiennent des principes chers à l'AIM: la gestion par les adhérents et le caractère non lucratif?

Est-ce qu'il ne faudra pas enfin, dès lors qu'on a réussi à concilier le caractère solidaire et le libre jeu, sinon de la concurrence du moins de la libre adhésion dans le marché intérieur de demain, développer notre capacité d'acheteur avisé? Certes, et j'y suis particulièrement sensible, l'ouverture du marché des services de santé doit respecter, cela a été dit ce matin, des critères de sécurité et de qualité, mais il doit aussi être l'occasion de peser sur l'offre sur ces coûts et sur son organisation. Je finirai par un dernier point. Je crois que la question qui se posera dans les organismes internationaux est la suivante: quels sont les outils de mesure que nous avons? Car il me semble qu'aujourd'hui l'outil de mesure est assez fruste, comme l'étaient les PIB d'hier, ne prend que le taux de prélèvement obligatoire. Je crois qu'il faudra que les organismes internationaux s'attachent au niveau de prélèvement social selon les différentes formes qu'ils peuvent prendre.

Je vous remercie de votre attention.

Susanne WEBER-MOSDORF

*MINISTERIALDIREKTORIN
BUNDESMINISTERIUM FÜR GESUNDHEIT UND SOZIALE SICHERUNG
DEUTSCHLAND*

Ich nehme das Wort auf Deutsch, herzlichen Dank.

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich werde nicht versuchen, Ihnen das deutsche Sozialversicherungssystem oder auch nur die Krankenversicherung zu erklären, das ist so komplex mit seiner Selbstverwaltung und unserem föderalen System, das könnten andere hier im Saal, die von der deutschen Krankenversicherung kommen, auch besser. Ich möchte nur darauf eingehen, wie wir in Deutschland die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes anwenden und ich möchte noch ein paar allgemeine gesundheitspolitische Bemerkungen zu der Rechtsprechung des EUGH machen.

Herzlichen Dank zunächst noch einmal an die Veranstalter. Ich finde, es ist wichtig und nützlich, einmal die Gesamtschau der europäischen Rechtsprechung herzustellen und diese in Bezug zur nationalen Gesundheitsvorsorge zu setzen. Meine Einschätzung ist, dass der Bericht, der uns vorgelegt worden ist, ein sehr nützlicher und umfangreicher Bericht ist. Ich glaube, es ist die erste umfassenden Gesamtschau überhaupt. Also herzlichen Dank dafür.

Wenn wir jetzt in dieser Konferenz über Urteile des Europäischen Gerichtshofes sprechen, dann sprechen wir über hochpolitische Fragen, nämlich über die Frage der Balance der Binnenmarktregeln mit den Regeln der nationalen Gesundheitsversorgung. Wenn man jetzt die Urteile des Europäischen Gerichtshofes nimmt und wie Fähnchen auf ein Puzzle setzt, dann wird die Landschaft der Patientenfreizügigkeit immer weiter abgesteckt. Es kommt dann ein Gesamtbild heraus, das manche von den Mitgliedstaaten erst gar nicht sehen und erkennen wollten. Vereinfacht gesagt, sieht dieses Gesamtbild so aus, dass wir erstens zur Kenntnis nehmen müssen, dass die nationalen Gesundheitssysteme nicht gegen den Binnenmarkt abgeschottet werden können - der Watts-Fall wird das - auch für die staatlich organisierten Gesundheitssysteme - sehr deutlich machen. Zweitens, dass es die Freizügigkeit von Patienten ist, die die nationalen Regelungsgrenzen überschreitet. Wenn wir dieses sehen und wissen, dann müssen die national Verantwortlichen im Gesundheitswesen für sich beanspruchen, dass sie selbst als national Verantwortliche die Balance und die Grenzen der Binnenmarktfreiheiten auch abstecken - nicht, indem sie fragen: Was ist juristisch machbar, was ist juristisch mit dem Binnenmarkt vereinbar?, sondern: Was wollen wir politisch und was ist politisch notwendig? Die deutsche Bundesregierung hat diese Entscheidung für sich so getroffen,

dass die Binnenmarktfreiheiten für die Bürger umgesetzt werden. In einem Land mitten in Europa mit so vielen Grenzen wie Deutschland sie hat, ist es selbstverständlich, dass die Bürger über die Grenzen gehen, um die nächstgelegenen Gesundheitsdienstleistungen – Ärzte, auch Krankenhäuser – in Anspruch zu nehmen. Die Krankenversicherungen haben sich darauf eingestellt und haben sehr pragmatisch hier auch Lösungen gefunden. Die deutsche Regierung hat die europäische Rechtsprechung deshalb auch im Gesundheitsmodernisierungsgesetz umgesetzt. Die Bürger, die in anderen Ländern ihre Gesundheitsdienstleistungen in Anspruch nehmen, können danach die Kostenerstattung in Deutschland geltend machen. Das ist neu in einem System der Sachleistungen. Und es wurde zweitens folgendes geregelt: Die Krankenversicherungen können auch mit Dienstleistern in anderen Ländern Verträge abschließen. Der ungarische Kollege hat heute Morgen darauf hingewiesen, dass mehr Deutsche nach Ungarn kommen als umgekehrt. Das ist so, wir haben dieses ermöglicht. Wir haben dieses auch vor allem im Sinne der Patienten so ermöglicht. Gleichzeitig hat die Bundesregierung im Gesundheitsmodernisierungsgesetz auch dafür gesorgt, dass national der Wettbewerb verstärkt wurde, der Wettbewerb zwischen den Anbietern, der Wettbewerb zwischen den Krankenkassen, weil wir die Effizienzmöglichkeiten des Wettbewerbs auch nutzen wollen. Insofern, denke ich, können wir durchaus mit den Grundaussagen der europäischen Rechtsprechung leben. Wir wollen mehr Wettbewerb, aber Wettbewerb um Qualität, um bessere Qualität, und keinen Wettbewerb um die geringsten Kosten. Deshalb müssen wir immer im Auge haben, dass die Dienstleistungen nicht nur einfache Dienstleistungen im Sinne des Gütermarktes sind, wie es heute Morgen gesagt wurde, sondern Dienstleistungen im Gesundheitswesen sind etwas ganz Besonderes. In Deutschland haben wir seit der Einführung der sozialen Marktwirtschaft nach dem Zweiten Weltkrieg im Konsens darüber festgehalten, dass es für die Gesundheitspolitik und die Marktwirtschaft insgesamt einen stabilen ordnungspolitischen Rahmen geben muss – ganz besonders im Gesundheitswesen, wo es um die Sicherheit und Gesundheit der Menschenen geht. Dieser bewährte Konsens sollte in einem sozialen Europa genauso gelten. Ich denke, die Politik muss sicherstellen, dass dieser Konsens auf der europäischen Ebene auch hergestellt und überhaupt erst einmal diskutiert wird. Frau van Lancker hat heute Morgen darauf hingewiesen, dass sich die Gesundheitsminister zu wenig darum kümmern, wie der Binnenmarkt auch auf die nationale Gesundheitssysteme wirke. Ich denke, sie müssten dieses tun, sie müssten selbst diesen Konsens auf europäischer Ebene herstellen. Es ist nämlich eine politische Frage und keine reine Binnenmarktfrage, wer, wenn er krank ist, Zugang zu welchem Gesundheitssystem und zu welchen Konditionen hat. Wir haben in Europa auch unter den Gesundheitsministern den Konsens, dass unabhängig vom Gesundheitszustand und unabhängig von der jeweiligen finanziellen Situation der einzelne an allen Orten Europas eine notwendige Behandlung erhalten

soll. Dieser Konsens hat Eingang gefunden in die Regelungen zur Koordinierung der sozialen Sicherung. Das Krankheitsrisiko darf nicht ein existentielles Lebensrisiko werden, und die Erhaltung der Gesundheit und die Versorgung bei Krankheit kann nicht den Kräften des freien Marktes von Angebot und Nachfrage überlassen werden. Dies gilt ganz besonders auch für das System der Risikoversorge und die Frage, in welcher Weise die Risikoversorge finanziert wird, nämlich über eine solidarische Versicherung oder eine private Versicherung. Die deutschen Bürger sind zu 90 % in gesetzlichen Versicherungen versichert und zu 10 % in privaten. Vor dem Hintergrund waren wir auch sehr froh über die Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes zum Festbetragsurteil. Er hat entsprechend eine solidarische Versicherung oder eine gesetzliche Versicherung, wie sie in Deutschland vorherrsche, mit obligatorischen Beiträgen und gleichen Leistungen unabhängig vom Beitrag, kein Unternehmen sei und deshalb nicht dem Wettbewerb ausgesetzt werden darf. Ich glaube aber, dass dieses Urteil uns nur eine kurze Atempause gibt. Welche Auffassung wird der EuGH vertreten, wenn die gesetzliche Versicherung durch private Elemente ergänzt würde. Verschiedene Vorstellungen sind hier im politischen Raum, und möglicherweise kommt dann der Europäische Gerichtshof zu einer anderen Auffassung. Und dies ist ein Beispiel dafür, dass die Politik die Prärogative hat, zu bestimmen, was dem Binnenmarkt überlassen werden soll und was nicht. Es sind die national verantwortlichen Gesundheitsminister, die sagen müssen, wie die Balance zwischen Freizügigkeit einerseits und Qualitätsstandard für den Patienten, den Bürger andererseits herzustellen ist, auch die Balance zwischen dem Wettbewerb der Anbieter und der Versorgungssicherheit, sowie die Balance zwischen Versorgungsverantwortung einerseits und Wahlfreiheit andererseits wie auch der Nachhaltigkeit der Finanzierung. Vielleicht brauchen wir so etwas wie eine Gesundheitscharta der Gesundheitsminister für die europäische Ebene, einen Kompass als Rahmen für die Binnenmarktinitiative, die derzeit in den unterschiedlichen Bereichen der EU unternommen werden. Gerade die Diskussion um die Dienstleistungsrichtlinie hat dazu geführt, dass sich die Gesundheitsminister sehr darüber bewusst werden, dass andere Kommissionen ihre nationale Gesundheitspolitik mitbestimmen. Ich denke, insofern sind sie auch inzwischen bereit, eine gemeinsame Haltung zu bilden zu all den Initiativen, die derzeit zu entscheiden sind, so die gesamte Fragestellung um die Daseinsvorsorge. Die Gesundheitsminister haben sich bei der Dienstleistungsrichtlinie schon darauf geeinigt, dass der Gesundheitsbereich gar nicht zum Anwendungsbereich gehören solle und dass die Frage der Kostenerstattung für die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Gesundheitsdienstleistungen nicht dort verankert werden solle, sondern in der 1408, der Verordnung zur Koordinierung der sozialen Sicherheit. Diese müsse angepasst werden an neue Bedürfnisse, neue Anforderungen. Die Gesundheitsminister müssen weiter eine Haltung gewinnen zum Monti-Paket, zur Daseinsvorsorge insgesamt: Nämlich welche

Spezifikation sie hat und welche Freiräume zur Gestaltung der Daseinsvorsorge auf nationaler Ebene gesichert werden sollen. Vor allem müssen sich die Gesundheitsminister auch darüber im klaren werden, auf welche Weise, mit welchen Instrumenten Rechtssicherheit zu schaffen sein wird für die Bürger, die die Freizügigkeit zur Nutzung der grenzüberschreitenden Möglichkeiten in Anspruch nehmen wollen. Insofern war die Gesamtschau an Rechtsprechung, die wir heute bekommen haben eine wichtige Grundlage, aus deren Analyse die politischen Entscheidungen zu treffen sind.

Ich danke Ihnen.



Anne HOUTMAN

*DIREKTORIN
GD BINNENMARKT UND DIENSTLEISTUNGEN
EUROPÄISCHE KOMMISSION*

Bonjour à tous. Je voudrais remercier les organisateurs et tout particulièrement le Professeur Jorens, qui a pu rassembler dans son rapport une expertise sur un domaine extrêmement complexe qui est la santé et l'impact de la législation communautaire.

Je me limiterai à rappeler la logique et les principes généraux de l'approche de la Commission européenne plutôt que de présenter des règles détaillées.

D'abord, il faut remarquer, qu'il n'y a pas en droit communautaire, de droit secondaire spécifique à l'assurance-maladie. On applique certaines Directives et en particulier la Directive sur l'assurance non-vie de 1992. D'autres textes horizontaux s'appliquent également, notamment les Directives en matière de marchés publics ainsi que les règles en matière de concurrence, qui couvrent à la fois les règles anti-trust et les règles en matière d'aides d'Etat.

Dans cette approche, on s'appuie, en réalité, sur le Traité. C'est aussi ce que fait la Cour de Justice qui a déjà rendu un certain nombre d'arrêts qui concernent le secteur de l'assurance maladie. Il faut savoir qu'il s'agit surtout des questions préjudicielles. Il n'y a que de très rares arrêts où la Commission a apporté des cas d'infraction devant la Cour.

Alors quelle est la logique du Traité? Le Traité permet une coexistence de plusieurs objectifs et de valeurs:

des règles en matière de concurrence, d'anti-trust, qui interdisent les aides d'Etat et les accords entre entreprises;

des articles qui concernent spécifiquement le marché intérieur notamment le principe de la libre prestation des services et le principe de liberté d'établissement;

des articles qui fixent des objectifs en matière de santé publique, de cohésion sociale, de politique sociale;

l'article 16 qui précise que les services d'intérêt général faisant partie du modèle social européen permettant une meilleure cohésion sociale et territoriale.

Le Traité fixe aussi les compétences et des responsabilités partagées entre le niveau communautaire et celui des Etats membres, pour assurer que les opérateurs puissent remplir leurs missions de service public dans des conditions acceptables.

La question d'aujourd'hui est de trouver en fait un équilibre entre ces différents objectifs pour l'assurance maladie. L'article du Traité qui permet de comprendre la philosophie de cette recherche d'équilibre est l'article 86. L'article 86 dit, d'une part, que les règles du marché intérieur et les règles de concurrence s'appliquent à toutes les activités économiques, peu importe la forme juridique (publique ou privé) de l'opérateur.

Mais cet article porte une nuance qui est très importante quand il s'agit des missions d'intérêt économique général et des obligations de service public. Il dit essentiellement que ces règles du marché intérieur et de la concurrence s'arrêtent de s'appliquer au moment où elles empêcheraient l'opérateur chargé d'une mission de service public de remplir sa mission dans des conditions normales. Il faut donc trouver un équilibre entre ces deux groupes d'objectifs sur base des principes de nécessité et de proportionnalité. Et c'est là évidemment que se trouve toute la difficulté.

Un autre équilibre difficile à trouver concerne les compétences. Le Traité et la Cour reconnaissent la compétence des Etats membres pour déterminer le type de système de santé qu'ils souhaitent. Il appartient également aux Etats membres de déterminer leurs objectifs en matière de politique de santé. Toutefois, dans l'exercice de ce droit de choisir le type de système et d'organisation, ils doivent respecter certaines règles communautaires. C'est un peu comme si on disait, vous pouvez aller n'importe où dans le monde, vous pouvez choisir aussi le mode de transport, mais à partir du moment où vous choisissez de prendre une voiture, vous êtes tenus de respecter le code de la route.

Les Etats membres décident du choix de leur système, qui ils veulent couvrir par leur système de sécurité sociale, et des risques qu'ils souhaitent couvrir. Le droit communautaire intervient pour déterminer, en fonction de ces choix, quelles sont les règles à appliquer. Pour être plus spécifique, je vais illustrer ce point par l'application de la Directive sur l'assurance non vie à l'assurance santé. Tout d'abord, il faut rappeler qu'elle ne s'applique pas aux systèmes de sécurité sociale obligatoires publics de base. La Cour a indiqué à plusieurs reprises que la gestion de ce système ne constitue pas une activité économique. Et il est bien clair que les règles du marché intérieur ne s'appliquent que là où il y a un marché. Le critère principal pour la Cour pour déterminer s'il y a un marché ou pas se reflète dans la rencontre entre l'offre, la demande et un prix qui constitue une rémunération pour un service. Est-ce qu'il y a vraiment un échange d'un service pour un certain prix? La Cour considère que les cotisations sociales qui dépendent, en fait, du salaire de l'individu et qui n'ont aucun rapport avec le risque couvert ne constituent pas un prix, et on n'est donc pas en face d'un marché. Pour la Cour un tel système est purement basé sur un système de solidarité; on n'est donc pas dans une économie de marché.

Mais, la Directive s'applique à tous les autres systèmes d'assurance complémentaires et supplémentaires. La Directive s'applique également à partir du moment où l'Etat décide que son système de sécurité sociale de base va être géré par des entreprises privées. S'il fait ce choix là, il fait un choix qui le soumet à la Directive sur l'assurance non-vie.

Toutefois, cette Directive prévoit que, pour un système de sécurité sociale de base, l'Etat membre peut imposer des obligations et des restrictions au libre marché pour autant que ces restrictions et obligations sont nécessaires pour atteindre l'objectif que s'est fixé l'Etat. Par ailleurs, les mesures prises doivent être proportionnelles par rapport à cet objectif et ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Enfin, il faut également appliquer le principe de transparence. Les restrictions possibles sont énumérées dans un considérant de la 3ème directive assurance non-vie. L'Etat peut, par exemple, imposer à l'assureur privé l'absence de restriction d'adhésion. Il peut imposer aussi la couverture à vie. Il peut imposer une interdiction de segmentation des risques, par l'imposition d'une tarification uniforme par type de contrat. Il peut aussi imposer des conditions types de couverture qui doivent être respectées par les assureurs au nom de l'intérêt général.

Enfin, les Etats membres peuvent prévoir un système de compensation des risques entre les opérateurs prenant en charge la couverture de base des citoyens. La question s'est posée si ce type de système serait aussi accepté pour les assurances-maladie complémentaires. La position qui a été prise par la Commission en attendant que la Cour se prononce est que, a priori, pour les systèmes complémentaires, ces conditions iraient probablement au-delà de ce qui est nécessaire. Dans le dossier irlandais la Commission s'est bien rendu compte que la frontière entre le système de base et le système complémentaire devenait floue et était, en fait, assez difficile à déterminer. La Commission a accepté dans ce dossier un système de compensation de risques qui, en réalité, va probablement au-delà de ce qu'on appellerait strictement l'assurance de base. Le dossier a été attaqué devant la Cour par un concurrent.

A mon avis, la Cour, jusqu'à présent, a été d'une énorme sagesse dans ses arrêts. Je pense que la série d'arrêts qui ont été rendus, aussi bien sur le droit des patients que sur la notion d'activité économique que sur l'application des règles en matière de marché public, sont d'un grand équilibre. Ils permettent aussi d'utiliser les règles du marché intérieur et de la concurrence comme instruments pour améliorer la qualité et l'efficacité du système de santé publique, ce qui va, à mon avis, dans le sens recherché par les Etats membres tout en maintenant leur budget en équilibre.

Je vous remercie.



ARBEITSSITZUNG 3

DER BEGRIFF DER “SOZIALDIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM INTERESSE” ALS GEGENGEWICHT ZU DEN BINNENMARKTSREGELN



Bernhard SPIEGEL

LEITER DER ABTEILUNG FÜR INTERNATIONALE SOZIALE SICHERHEIT
BUNDESMINISTERIUM FÜR SOZIALE SICHERHEIT,
GENERATIONEN UND KONSUMENTENSCHUTZ
ÖSTERREICH

Einleitung

Mein Beitrag ist zweigeteilt: Einerseits werde ich über meine Erfahrungen als Vorsitzender der Freiwilligengruppe des Ausschusses für Sozialschutz (SPC) für die sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse berichten und andererseits auch auf die österreichischen Überlegungen zu diesen Fragen näher eingehen. Die nur sehr knapp bemessene Zeit für den Vortrag erlaubt natürlich keine Detailüberlegungen, sondern nur kurze Hinweise auf die wesentlichen Themen.

1. Arbeiten der informellen Arbeitsgruppe des SPC

Im Rahmen des SPC wurden die Arbeiten an den Fragen der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse¹⁾ in unmittelbarer Folge des Grünbuchs über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse²⁾ aufgenommen. Dazu wurde eine Freiwilligengruppe³⁾ eingesetzt, mit deren Vorsitz ich betraut wurde. Ziel der Arbeiten dieser Gruppe ist es, dem SPC die in diesen sehr technischen und oftmals auch sehr formaljuristischen Fragen erforderliche Unterstützung zu geben. Als erster Schritt wurde ein Bericht an das SPC erstellt, der zum einen auf die verschiedenen Aspekte der Einflüsse des EG-Rechts auf die sozialen Dienstleistungen verwies und zum anderen auch das große Bedürfnis nach mehr Klarheit betonte.

Diese Vorarbeiten wurden im Weißbuch der Kommission insofern berücksichtigt, als die Sonderstellung der Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen anerkannt und eine Sondermitteilung über diese Dienstleistungen für 2005 angekündigt wurde⁴⁾. Das SPC sowie die „Hochrangige Gruppe für das Gesundheitswesen und die medizinische Versorgung“ wurden beauftragt, an der Vorbereitung dieser Sondermitteilung mitzuwirken. Zur Unterstützung dieser Arbeiten legte die Freiwilligengruppe des SPC den Mitgliedstaaten einen Fragebogen und ein Hintergrundpapier vor. Der Fragebogen sollte abklären, welche Elemente für die Definition der

1) *Ich wähle bewusst diesen im Einklang mit dem EG-Vertrag stehenden Ausdruck um allfällige Unschärfen bei der Verwendung des Ausdruckes „Daseinsvorsorge“ zu vermeiden.*

2) *KOM (2003) 270 endg. vom 21.5.2003.*

3) *Dieser Gruppe gehörten die folgenden Staaten an: Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Niederlande, Österreich, Portugal, Polen, Spanien und das Vereinigte Königreich.*

4) *KOM (2004) 374 endg. vom 12.5.2004 – Abschnitt 4.4.*

wesentlichen Kriterien der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse herangezogen werden können, welche nationalen Erfahrungen mit den verschiedenen Aspekten des EG-Rechts bereits gemacht wurden, was für Bereiche näher vertieft werden könnten und schließlich, welche Strategie die Union hinsichtlich der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse weiterverfolgen sollte. Das Hintergrundpapier enthält eine kurze Zusammenfassung der wesentlichsten Aspekte des EG-Rechts.

Einen wichtigen Input lieferte auch die Brüsseler Konferenz am 28. und 29.6.2004⁵⁾, deren Schlussfolgerungen bereits den Versuch einer Definition der wesentlichen Kriterien der sozialen Dienstleistungen auf europäischer Ebene enthalten.

Die nationalen Antworten aller 25 Mitgliedstaaten, aber auch jene verschiedenster sonstiger Akteure (insbesondere jene verschiedener NGOs) liegen nunmehr vor. Ein Studium dieser Berichte gibt einen guten Überblick über die Position der Mitgliedstaaten zu diesem Thema. Die Kommission stellte diese Fragebögen-Beantwortungen bei einem Seminar am 1.4.2005 in Brüssel vor. Bei dieser Gelegenheit hatten auch die Vertreter der NGOs auf europäischer Ebene die Möglichkeit, sich vor einem größeren Forum zu äußern.

1.1. *Untersuchte Bereiche*

Der Fragebogen an die Mitgliedstaaten hatte zum Ziel, einen möglichst weitreichenden Bereich abzudecken. Als „sozialen Dienste“ konnten insbesondere die Systeme der sozialen Sicherheit, die Gesundheitssysteme, die sonstigen Sozialschutzsysteme (z. B. Fürsorge, Pflegedienste, Altenbetreuung usw.), soziales Wohnen aber auch die Systeme der Beschäftigungspolitik und die Bildungssysteme dargestellt werden. Ziel war auch die Herausarbeitung europäischer Gemeinsamkeiten und der Versuch einer Definition. Hinsichtlich des EG-Rechts, das Auswirkungen auf diese sozialen Dienste haben kann, standen die Binnenmarktvorschriften (Waren- und Dienstleistungsverkehr), die Wettbewerbsregeln (einschließlich der Beihilfenvorschriften), die Vergaberegeln aber auch die Außenhandelsbeziehungen (z. B. das GATS) zur Diskussion. Die Mitgliedstaaten hatten große Wahlfreiheiten, welche Punkte jeweils näher behandelt werden sollten.

5) Konferenz „Soziale Dienste von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union – ihre besonderen Charakteristika, ihre Leistungsfähigkeit und Rahmenbedingungen der Dienstleistungserbringung“.

1.2. Ergebnisse der Antworten auf den Fragebogen

Die Gesundheitsdienstleistungen waren einer der wichtigsten Punkte der einzelnen Reaktionen. Die eingereichten Antworten lassen in diesem Bereich bereits einige Schlüsse zu: Hauptsorge für den Gesundheitsbereich dürfte die Dienstleistungsrichtlinie sein, und zwar insbesondere das im Kommissionsentwurf uneingeschränkt vorgesehene Herkunftslandprinzip aber auch die Regelung betreffend die Patientenmobilität⁶⁾. Die Grundsätze des Wettbewerbsrechts dürften im Unterschied dazu keine all zu großen Schwierigkeiten für die Gesundheitsdienstleistungen bereiten. Unter Berufung auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen *Pucet* und *Pistre*⁷⁾ sowie *AOK*⁸⁾ sind die meisten Mitgliedstaaten der Auffassung, dass die Einrichtungen ihrer Gesundheitssysteme keine Unternehmen im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts seien. Daher würden auch die Grundsätze des Art. 81 EG („Kartellverbot“), Art. 82 EG (missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung) und Art. 87 EG (Beihilfenverbot) für die Gesundheitssysteme keine Probleme bedeuten.

Man kann sich natürlich die Frage stellen, warum nur diese Priorität der Dienstleistungsrichtlinie gesehen wird. Zieht man auch die Antworten in den anderen Bereichen der sozialen Dienste heran, so drängt sich die Vermutung auf, dass immer jene Bereiche als prioritär eingestuft werden, in denen gerade die Kommission Initiativen in Richtung einer gemeinschaftlichen Regelung gesetzt hat⁹⁾. Aus diesem Blickwinkel verwundert daher nicht, dass das Wettbewerbsrecht bei den Gesundheitsleistungen derzeit kein Thema ist (weil diesbezüglich eben derzeit keine Kommissionsvorschläge auf dem Tisch liegen).

Auf der anderen Seite haben aber die Fragebogenantwortungen ein weites Feld aufgezeigt, in dem Gesundheitsleistungen durch das EG-Recht beeinflusst und beeinträchtigt werden können. Ein gutes Beispiel ist der Hinweis eines Mitgliedsstaats auf die Richtlinie 93/104/EG betreffend die Arbeitszeit, die ja aufgrund des *SIMAP*-Urteils¹⁰⁾ im Spitalsbereich tiefgehende Auswirkungen haben kann, wenn nämlich die Bereitschaftsdienstzeiten der Ärzte auf deren Arbeitszeit anzurechnen sind¹¹⁾.

Als Ergebnis der Fragebogenantwortungen kann daher gesagt werden, dass die Mitgliedstaaten sehr wohl die mannigfaltigen Auswirkungen des EG-

6) Art. 23 des Kommissionsentwurfs. Viele Mitgliedstaaten verlangen eine Regelung sämtlicher Aspekte der Patientenmobilität in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer.

7) Urteil vom 16.2.1993, Rs C-159/91 und C-160/91.

8) Urteil vom 16.3.2004, Rs C-264/01 u.a..

9) So wurde z. B. bei den sozialen Wohnraummaßnahmen das Schwergewicht auf die Beihilfenproblematik gelegt, wo ja im Rahmen des „Monti-Pakets“ gerade dieser Bereich ausdrücklich angesprochen wird.

10) Urteil vom 3.10.2000, Rs C-303/98.

11) Dieses Urteil hat somit ganz wesentliche finanzielle Auswirkungen und die Mitgliedstaaten müssen das gesamte Personalwesen in den Spitälern überdenken.

Rechts im Gesundheitsbereich erkannt haben. Der angelaufene Prozess ist somit ein erster Schritt, um voneinander zu lernen, Erfahrungen auszutauschen und nach guten Vorbildern bei bestimmten Fragestellungen zu suchen¹²⁾. Wichtig ist dabei auch, dass die verschiedenen Experten in den Mitgliedstaaten, aber auch in der Kommission, voneinander lernen. Bisher war nämlich wenig Verständnis vorhanden, wenn Wettbewerbsexperten mit Sozial- oder Gesundheitsexperten zusammentrafen. Nunmehr ist aber klar, dass diese beiden Bereiche immer mehr verschränkt sind und daher eine enge Zusammenarbeit unbedingt notwendig ist.

2. Österreichische Überlegungen zu den Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Nach der Zusammenfassung der bisherigen Arbeiten im SPC sollen auch noch einige speziell auf die österreichische Situation abgestellte Überlegungen angefügt werden.

2.1. Position Österreichs

Wegen der starken Ähnlichkeit der österreichischen Krankenkassen zu den deutschen Kassen ist auch Österreich durch das AOK-Urteil beruhigt worden. Wir gehen daher in Österreich davon aus, dass unsere Krankenkassen keine „Unternehmen“ im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts sind¹³⁾. Allerdings ist die Gewissheit natürlich nicht absolut! Hat doch der EuGH selbst darauf hingewiesen, dass die Ausnahme vom EG-Wettbewerbsrecht nur die Festsetzung von Festpreisen für Arzneimittel nach den deutschen Rechtsvorschriften betraf, dass aber auch die deutschen Kassen bei anderen Aufgaben möglicherweise als Unternehmen anzusehen sind. Es bleibt also die bange Frage, ob und allenfalls in welchen anderen Bereichen die österreichischen Kassen als Unternehmen anzusehen sind.

Natürlich wird oft darauf hingewiesen, dass selbst bei Klassifizierung einer Krankenkasse als Unternehmen das EG-Wettbewerbsrecht nicht uneingeschränkt zur Anwendung gelangen muss. Nach Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrags ist nämlich ein Schutz dieser Dienstleistungen zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben von allgemeinem Interesse vorgesehen. Allerdings befindet man sich bei Anwendung dieser Regelung bereits auf der Rechtfertigungsebene. Aus der Sicht eines Mitgliedstaates ist es also viel sicherer, wenn die Einrichtungen der Gesundheitsdienste gar keine Unternehmen im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts sind, als wenn im

12) Ohne es so zu benennen, hat somit hinsichtlich der sozialen Dienstleistungen bereits eine „Methode der offenen Koordinierung“ begonnen.

13) Als wesentliches Unterscheidungskriterium ist bei den österreichischen Krankenkassen noch darauf hinzuweisen, dass in Österreich – anders als in Deutschland – keine freie Kassenwahl besteht, sondern dass durch eine nahezu absolut wirkende Pflichtversicherung die versicherten Personen jeweils einer Kasse gesetzlich zugeordnet werden. Damit liegen in Österreich wohl noch mehr Elemente, die gegen eine Qualifikation als „Unternehmen“ sprechen, vor als in Deutschland.

Einzelfall versucht werden muss, Beschränkungen des Wettbewerbs nach Art. 86 Abs. 2 zu rechtfertigen.

Um die Gefahren deutlicher zu machen ist zunächst davon auszugehen, dass gerade der Gesundheitsbereich kein einheitlicher Markt ist, sondern dass viele verschiedene Märkte nebeneinander bestehen (z. B. Allgemeinmedizin, Zahnmedizin, Krankentransport usw.). Daher ist auch ein Querausgleich der Risiken in einem Marktsegment durch die Vorteile eines anderen Marktes nur sehr eingeschränkt möglich¹⁴⁾. Vor allem wird es dann bedenklich, wenn ein solches Unternehmen nicht (mehr) in der Lage ist, die an sich durch den Staat übertragenen Maßnahmen zufriedenstellend zu erfüllen¹⁵⁾. Wenn wir ein Beispiel herausgreifen wollen, könnten wir die Regelungen im Bereich der Zahnmedizin wählen. Viele Mitgliedstaaten führen gerade in diesem Bereich mehr oder weniger strenge Sparmaßnahmen verbunden mit Leistungsreduktionen ein. Wenn die gesetzliche Krankenversicherung ein Unternehmen ist, wird dann nicht möglicherweise irgendwann der Rubicon überschritten, ab dem Privatversicherungen viel effektivere Behandlungen anbieten können und das System der Pflichtversicherung das Monopol der gesetzlichen Krankenversicherung missbraucht? Wegen der getrennten Märkte ist es schwer zu argumentieren, dass ein Ausgleich zwischen allen Risikobereichen der Krankenversicherung erforderlich ist.

Daher ist aus meiner Sicht auch zur Garantie der einheitlichen Regelung aller verschiedenen Risiken (Solidarprinzip), die von den Gesundheitssystemen der Mitgliedstaaten üblicherweise abgedeckt werden, ganz wichtig, dass die Einrichtungen der österreichischen Krankenversicherung nicht als „Unternehmen“ im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts betrachtet werden. Anderenfalls sehe ich persönlich die Gefahr, dass die Marktmechanismen das Gesundheitssystem auf ein System der Mindestversorgung (Notfälle, Großrisiko) beschränken und die anderen (lukrativen) Bereiche der Privatwirtschaft überlassen werden. Sozial- und gesundheitspolitisch kann eine solche Entwicklung wohl von keinem Mitgliedstaat begrüßt werden.

2.2. Österreichische Erfahrungen mit dem EG-Recht

Nach diesen eher allgemeinen Überlegungen möchte ich auf die konkreten Erfahrungen eingehen, die Österreich bereits mit dem Spannungsverhältnis zwischen den politischen Anforderungen an das Gesundheitssystem und dem EG-Recht gemacht hat:

- Vergabewesen: In Österreich wurde beschlossen, die moderne nationale Krankenversicherungskarte nicht direkt durch die Sozialversicherung produzieren zu lassen, sondern durch privatwirtschaftliche Unternehmen.

14) Hinsichtlich der getrennten Märkte des Krankentransports und des Notfallstransports siehe z. B. EuGH in seinem Urteil vom 25.10.2001, Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner.

15) Hinsichtlich der Unfähigkeit des Arbeitsvermittlungsmonopols zur Vermittlung von Spitzenarbeitskräften und der sich daraus ergebenden EG-Widrigkeit des Monopols siehe EuGH, Urteil vom 23.4.1991, Rs C-41/90, Höfner und Elser.

Die Betrauung eines Unternehmens erfolgte zwar im Wege eine Vergabeverfahrens; die komplexen Verfahrensschritte aber auch die sich in der Folge ändernden politischen Vorgaben¹⁶⁾ führten dazu, dass bereits zwei Verfahren hinsichtlich des EG-Vergaberechts beim EuGH anhängig wurden¹⁷⁾. Diese Verfahren weisen auf die Probleme hin, die die öffentliche Hand haben kann, wenn Beschaffungsvorgänge ausgeschrieben werden müssen (z. B. Bestbieter muss nicht unbedingt der wirtschaftlich leistungsfähigste sein, mangelnde Flexibilität bei sich ändernden politischen Zielvorgaben).

Aber noch ein weiteres österreichisches Vergabeverfahren soll erwähnt werden. In der Rechtssache *Tögl*¹⁸⁾ entschied der EuGH, dass auch für die Verträge einer Krankenkasse mit Krankentransportunternehmen des EG-Vergaberecht anzuwenden ist. Nach meiner Kenntnis war es das erste Urteil des EuGH, das dies für den Gesundheitsbereich dermaßen klar zum Ausdruck brachte.

- Hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH in der Rechtssache *Gräbner*¹⁹⁾ entschieden, dass das österreichische Verbot der Tätigkeit als Heilpraktiker durch Personen, die nicht Inhaber eines Arztdiploms sind, nicht den EG-Grundfreiheiten widerspricht. Aus meiner Sicht handelt es sich bei diesem Urteil um einen ganz wichtigen Grundsatz, der auch durch die geplante Dienstleistungsrichtlinie nicht in Frage gestellt werden darf.
- Im Urteil in der Rechtssache *Jauch*²⁰⁾ wurde entschieden, dass das österreichische Pflegegeld eine nach der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zu exportierende Geldleistung bei Krankheit sei. Dabei handelt es sich somit nicht um den Kernbereich der untersuchten Bereiche des EG-Rechts. Allerdings hatte dieses Urteil, das in manchen Fällen zu ungewollten Kumulationen von Pflegesach- und Pflegegeldleistungen führte, dennoch die nationale österreichische Systematik des Pflegegeldes in Frage gestellt. Somit kann auch das EG-Recht betreffend den freien Personenverkehr unmittelbare und tiefgehende Auswirkungen auf das nationale System der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (wie auf das österreichischen Pflegegeldsystem) haben.
- Diese potentiell weitreichenden Auswirkungen des EG-Rechts auf das nationale Gesundheitssystem beziehen sich nach den österreichischen Erfahrungen auch noch auf einen anderen Bereich. Durch das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Unterpertinger*²¹⁾ wurde entschieden, dass

16) So wurde erst in der Folge verlangt, dass die Krankenversicherungskarte (e-card) nicht nur zur Dokumentation der Anspruchsnachweise, sondern auch als Bürgerkarte zum Einsatz kommen sollte.

17) Urteil vom 18.3.2004, Rs C-314/01, Siemens AG Österreich, und Rs C-229/02, Debis, noch nicht entschieden.

18) Urteil vom 24.9.1998, Rs C-76/97.

19) Urteil vom 11.7.2002, Rs C-294/00.

20) Urteil vom 8.3.2001, Rs C-215/99.

21) Urteil vom 20.11.2003, Rs C-212/01.

ärztliche Untersuchungen z. B. zur Feststellung der Invalidität im Rahmen eines Pensionsverfahrens nicht unter die Steuerbefreiung nach der sechsten Mehrwertsteuer-Richtlinie 77/388/EWG fallen. Auch eine solche Steuerpflicht der ärztlichen Berufe kann zu großen finanziellen Rückwirkungen auf die Gesundheitssysteme führen und damit die Funktion als Dienstleistung von allgemeinem Interesse beeinflussen.

- Ein weiterer Bereich, in dem das österreichische Gesundheitssystem bereits mit dem EG-Recht Erfahrungen sammeln musste, ist die Verschreibung von Arzneimitteln durch die Krankenversicherung. Österreich war der erste Mitgliedstaat, bei dem festgestellt wurde, dass er die Transparenzrichtlinie 89/105/EWG nicht korrekt umgesetzt hat²²⁾. Dabei wurde erstmals entschieden, was unter einer „Positivliste“ im Sinne dieser Richtlinie zu verstehen ist. In der Folge mussten die österreichischen Verfahren zur Verschreibung von Arzneimitteln durch die Krankenversicherung zur Gänze überarbeitet werden, was bei dem großen wirtschaftlichen Interesse der Pharmaindustrie nicht gerade leicht war.

2.3. Fragen aus österreichischer Sicht

Gerade aus dem Blickwinkel des österreichischen Gesundheitssystems sind aber noch immer wesentliche Fragen der (möglichen) Auswirkungen des EG-Rechts auf Dienstleistungen von allgemeinem Interesse ungeklärt.

So wurde in letzter Zeit möglicherweise zu viel Gewicht auf die Dienstleistungsfreiheit gelegt; der freie Warenverkehr wurde sträflich vernachlässigt. Dabei ist gerade der „Einkauf“ von Leistungen durch die Gesundheitssysteme ein Bereich, in dem noch viel umgewälzt werden könnte. Sicherlich ein wichtiges Urteil in diesem Zusammenhang ist die Entscheidung in der Rechtssache FENIN²³⁾. Darin hat der EuGH ja ganz klar entschieden, dass nationale Gesundheitssysteme nicht als „Unternehmen“ gelten (Solidarprinzip) und daher diese Eigenschaft auch fortwirkt, wenn zur Erfüllung dieser Aufgaben Waren eingekauft werden²⁴⁾. Auf der anderen Seite hat der EuGH in einer Entscheidung Kommission gegen Belgien²⁵⁾ aber entschieden, dass Belgien dadurch gegen den freien Warenverkehr verstoßen hat, in dem für die Kostenerstattung der Krankenversicherung für bestimmte Heilbehelfe und Hilfsmittel (z. B. Rollstühle) zusätzliche Voraussetzungen vorgesehen wurden (Kriterien z. B. hinsichtlich der Radgröße bei Rollstühlen). Wie passt das zusammen? Immerhin werden ja

22) Urteil vom 27.11.2001, Rs C-424/99, *Kommission gegen Österreich*. Hinsichtlich der in dieser Rechtssache noch nicht entschiedenen Fragen ist bereits ein weiteres Verfahren gerichtsanhängig (Rs C-54/03, *Austroplant*, das allerdings noch nicht entschieden ist).

23) Urteil vom 4.3.2003, Rs T-319/99.

24) *Kein Missbrauch einer beherrschenden Stellung, wenn die Schulden gegenüber den Mitgliedern des Systems viel später als gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern gezahlt werden*.

25) Urteil vom 13.1.2005, Rs C-38/03.

auch die Rollstühle eingekauft um sie dann - außerhalb einer wirtschaftlichen Tätigkeit - den Leistungsberechtigten der sozialen Sicherheit zuzuführen (nach FENIN müsste doch auch dieser Einkauf damit seine wirtschaftliche Bedeutung verlieren). Ich gehe davon aus, dass die meisten Mitgliedstaaten solche Zusatzkriterien vorsehen, wenn die Erstattungsfähigkeit durch die Sozialversicherung festgelegt wird.

Mir ist schon bewusst, dass das FENIN-Urteil zum Wettbewerbsrecht, das Urteil gegen Belgien zu den Binnenmarktvorschriften ergangen ist. Aus diesen beiden Urteilen wird aber das Dilemma sämtlicher sozialen Dienste im Spannungsfeld mit dem EG-Recht deutlich. Einem politischen Entscheidungsträger kann man diese Unterschiede nicht mehr erklären. Dadurch ist bei der politischen Diskussion der sozialen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zwar immer eine latente Angst vor den möglichen Einflüssen des EG-Rechts vorhanden; eine Bekämpfung dieser Ängste durch allgemeinverständliche Informationen ist aber nahezu ausgeschlossen.

Als Erklärungsversuch dieses scheinbar völlig unerklärlichen Nebeneinanders verschiedenere Urteile könnte man das Heil im *Freskot*-Urteil²⁶⁾ suchen, das eigentlich viele erhellende Aussagen enthält. Das untersuchte griechische Pflichtversicherungssystem entfaltet keine wirtschaftliche Tätigkeit (damit ist automatisch auch das gesamte EG-Wettbewerbsrecht nicht anwendbar, da die Einrichtungen nicht als „Unternehmen“ zu betrachten sind). Auch handelt es sich bei der Versicherung um keine Dienstleistung nach Art. 49 EG. Allerdings könnten durch die Pflichtversicherung Dienstleistungserbringer (Versicherungsunternehmen) aus anderen Mitgliedstaaten an der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit behindert werden. Da können dann die sozialpolitischen Zielvorgaben als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Aus diesem Blickwinkel könnte (wohlgemerkt: für die Gruppe der eingeschworenen Experten) dieser aus erster Sicht zwischen dem FENIN- und dem Belgien-Urteil vermutete Widerspruch beseitigt werden. Deutlich wird hier aber jedenfalls, dass in der politisch hochbrisanten Frage, wie ein Gesundheitssystem EG-konform gemacht werden muss und wann die Grundsätze des EG-Rechts bereits verletzt sind, selbst Experten Probleme haben, sich zurechtzufinden. Mehr Rechtsklarheit - aus meiner Sicht selbst wenn das gemeinschaftsrechtliche Regelungen erfordert - ist daher unbedingt notwendig.

Eine konsequente Weiterverfolgung des *Freskot*-Urteils könnte aus meiner Sicht auch etwas Licht in das Dunkel bringen, das sich nach den *Kohll*- & *Decker*-Urteilen über die Mitgliedstaaten gebreitet hat. Wäre es nicht viel leichter verständlich, wenn der EuGH gesagt hätte, die nationalen Krankenversicherungssysteme selbst sind keine wirtschaftlichen Dienstleistungen; allerdings wird die Inanspruchnahme von Dienstleistungs-

26) Urteil vom 22.5.2003, Rs C-355/00.

erbringern in anderen Mitgliedstaaten behindert, wenn dafür keine Kostenerstattung geleistet wird. Dann wären nämlich die derzeit noch gerichtsanhängigen Fragen, ob reine Volksgesundheitssysteme wie das britische NHS auch von *Kohll & Decker* betroffen sind²⁷⁾, bereits geklärt. Aber leider hat der EuGH bei dieser Frage der Patientenmobilität für die Gesundheitssysteme keine Klarheit geschaffen, so dass wir auf weitere Urteile angewiesen sind.

2.4. Patientenmobilität aus österreichischer Sicht

Die vorangehenden Überlegungen leiten über zur Frage, welche Haltung Österreich überhaupt zur Patientenmobilität (*Kohll- & Decker-Prinzip*) einnimmt. Gerade dabei handelt es sich nämlich um einen wesentlichen Aspekt der Gesundheitsleistungen in ihrer Rolle als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Nach der österreichischen Rechtslage können Versicherte, die nicht die Vertragseinrichtungen der Krankenkassen aufsuchen, immer und ohne vorherige Genehmigung eine Kostenerstattung nach österreichischem Recht beantragen. In der Folge werden die für die Behandlung durch einen vergleichbaren Vertragspartner der zuständigen österreichischen Krankenkasse vereinbarten Tarife erstattet, wobei allerdings z. B. bei Behandlung durch einen Nichtvertragsarzt 20% des Tarifs aufgrund der höheren Verwaltungskosten der Kasse abgezogen werden. Diese Rechtslage hat Österreich immer schon bei Behandlung durch österreichische Nichtvertragseinrichtungen aber auch weltweit für die Behandlung durch ausländische Leistungserbringer angewendet. Daher ist Österreich der Auffassung, dass wir bisher keine Umsetzungsprobleme bei der *Kohll & Decker*-Judikatur haben.

Umso schmerzlicher ist, dass in der nunmehr vorliegenden Studie der Universität Gent diese österreichische Rechtslage wegen der 20%-igen Reduktion ebenfalls als Behinderung der Dienstleistungsfreiheit gebrandmarkt wird²⁸⁾. Sollte diese Frage tatsächlich einmal vor dem EuGH landen, könnte das ein spannendes Verfahren werden. Wie bereits gesagt, handelt es sich bei dieser 20%-igen Reduktion nämlich um die erhöhten Kosten, die bei der Inanspruchnahme von Nichtvertragspartnern automatisch erwachsen. Nicht vergessen darf dabei werden, dass diese Reduktion auch bei der Inanspruchnahme österreichischer Nichtvertragspartner eintritt. Außerdem wurde auch der österreichische Verfassungsgerichtshof bereits mit dieser Frage befasst. Er kam zum Schluss, dass die Reduktion sachlich wegen der erwiesenermaßen (!) höheren Bearbeitungszeiten gerechtfertigt sind und damit keine Beeinträchtigung des Grundsatzes der freien Arztwahl

27) *Rs C-372/04, Watts, noch nicht entschieden.*

28) *Siehe Fußnote 142 des Berichts.*

vorliegt²⁹⁾. Könnte der EuGH dann überhaupt zu einem anderen Schluss kommen? – Wir sind davon überzeugt, dass das nicht der Fall sein kann!

Allerdings blieb Österreich bisher durch die Patientenmobilität nicht völlig unberührt. Das EG-Recht kann nämlich auch durch ausländische Systeme bewusst in Anspruch genommen werden. So ist es denkbar, dass sich ein Mitgliedstaat entscheidet, bei bestimmten sehr teuren Behandlungen³⁰⁾ nicht selbst die erforderliche medizinische Infrastruktur aufzubauen, sondern seine Versicherten gezielt mit einem E 112 in jene Mitgliedstaaten zu schicken, die bereits diese Leistungen für ihre Versicherten anbieten. Das kann wirtschaftlich gesehen durchaus rentabel sein. Für die solchermaßen „überschwemmten“ Mitgliedstaaten können sich echte Probleme ergeben. Im Extremfall können sich nämlich dann für die eigenen Versicherten Wartelisten aufbauen, was sozialpolitisch ganz schlimm wäre („Europa verschlechtert den Zugang der Inländer zu den Gesundheitsleistungen!“).

Aber besteht eine rechtliche Möglichkeit, gegen eine solche Entwicklung Maßnahmen zu ergreifen? Immerhin besteht ja auch die Verpflichtung, die Dienstleistungsempfänger nicht zu diskriminieren. Natürlich kann der betroffene Mitgliedstaat immer als letzte Notbremse Gründe der öffentlichen Gesundheit als Rechtfertigung einer Diskriminierung ins Spiel bringen³¹⁾. Ob damit aber generell die Hintanreihung der ausländischen Patienten erlaubt ist, kann angezweifelt werden. Bei den bestehenden Engpässen in manchen nationalen Gesundheitssystemen und den unterschiedlichen Entwicklungsstufen in den verschiedenen Mitgliedstaaten könnten sich aus dieser Rechtslage durchaus noch für einige Mitgliedstaaten erhebliche Probleme ergeben, die einer Lösung auf europäischer Ebene bedürfen. Diese Fragen wurden z. B. im Rahmen der laufenden Arbeiten an der Dienstleistungsrichtlinie bisher überhaupt noch nie näher behandelt. Bei dieser Richtlinie stehen nämlich bisher ausschließlich die Leistungserbringer als „behandlungswillige“ Dienstleistungserbringer, die Patienten oder die Sozialversicherungssysteme der Staaten, in denen die Krankenversicherung besteht, im Mittelpunkt der Überlegungen. Natürlich macht es Sinn, über solche *Centres of reference* oder *Centres of excellence* nachzudenken. Das sollte aber auf europäischer Ebene geschehen, wobei sämtliche Aspekte wie z. B. Planung, Forschung oder Finanzierung offen angesprochen werden können. Von einer solchen europäischen Lösung sind wir aber noch weit entfernt.

29) VfGH, Urteil vom 18.3.2000, G 24/98, V 38/98.

30) Z. B. Organtransplantationen, die nur bei einem hohen technischen, wissenschaftlichen aber auch Erfahrungsstandard durchgeführt werden können.

31) Mögliche Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 55 iVm Art. 46 EG.

Zusammenfassung

Die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten sind derzeit auch auf europäischer Ebene wohl einer der am heftigsten diskutierten Bereiche. Dabei muss immer im Vordergrund stehen, dass jede Änderung die Funktion dieser Systeme als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse empfindlich stören kann. Deswegen muss auf europäischer Ebene gerade bei den Gesundheitsdienstleistungen mit großer Vorsicht vorgegangen werden. Allerdings darf man nicht versuchen, sich vor jeglicher Diskussion auf europäischer Ebene gänzlich zu verschließen. Es darf nämlich nie vergessen werden, dass bereits derzeit viele Grundsätze des EG-Vertrages automatisch auch für die Gesundheitssysteme gelten. Daher wäre aus meiner Sicht eine offensive Strategie in Europa der beste Weg um den notwendigen Stellenwert der Gesundheitssysteme als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse abzusichern, sei es auch durch gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen. Ein „Tot Stellen“ indem nur z. B. eine Herausnahme der Gesundheitssysteme aus der Dienstleistungsrichtlinie gefordert wird, ist jedenfalls zu wenig. Auch darf die Stellung der Gesundheitssysteme in den anderen Bereichen des EG-Rechts (z. B. Wettbewerbsrecht) nicht vergessen werden. Ein Nachdenken über gemeinschaftsrechtliche Maßnahmen (z. B. im Rahmen des Art. 86 Abs. 3 EG) darf daher nicht tabuisiert werden. Die nächsten Jahre werden zeigen, wie erfolgreich unsere Bemühungen zur Aufrechterhaltung des Standards unserer Gesundheitssysteme waren.





Jonathan MOGFORD

*HEAD OF EUROPEAN AFFAIRS
DEPARTMENT OF HEALTH
VEREINIGTES KÖNIGREICH*

Thank you for your invitation to speak this afternoon: can I also thank AIM for an extremely well prepared conference with some very thought-provoking literature which I think will really help take this debate forward.

I will speak mainly from the perspective of the UK NHS, which is a tax-funded, system integrating the financing, commissioning and provision of health services. However, within that legally integrated environment, substantial reforms are taking place, particularly about increasing the role of the independent sector and devolving responsibility to the front line. Some will recognise the challenge of asking the UK for a view on possible secondary legislation when we continue to argue - notably in the Watts case - that tax-funded systems like the NHS are not subject to the Treaty.

As far as Europe is concerned, we have very substantial support to patient mobility. I am responsible for an annual budget of nearly eighty million Euros, which supports healthcare for UK citizens moving around Europe.

As other people have already indicated, there are some very real tensions within the Treaty between the health interests and the single market interests. Slightly simplistically summarised, on the one hand Member States are saying that it is important that they are responsible for the management and organisation of their health systems and on the other hand the European institutions are saying that this is true for as long as it is compatible with the single market. We are still working out what that means.

So, do we think that the social services of general interests are somehow a counterweight to the internal market? This is certainly worth exploring in more detail. Certainly the UK does not underestimate how big a political issue this question actually is in terms of the implications that lie behind it.

The concept of social services of general interest is perhaps best seen as one of a range of options on how to find the balance between the health interests and the single market interests. But there still seems to be a considerable amount of uncertainty about the difference is between the different concepts of services of general economic interest, services of general interest and social services of general interest. This needs to be further explored. We do need to look very carefully at what are the implications of going down this route.

Another option might be to accept that there will be an element of ad hoc development in this area, asking ourselves the question how big a problem this is. Some might think, however, that the questions raised by the Services



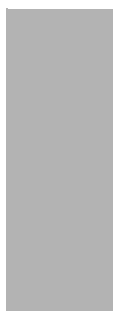
Directive are perhaps indicating that time is running out on this particular option.

A number of speakers have also mentioned revising Regulation 1408. I think this highlights one of my main points, which is that we need to be careful about what is the problem that we are trying to solve here. Is it a problem about patient mobility? Is it a problem about health and the single market? Or is it a much wider problem about economic and social aspects of health-care? The answer to that question probably defines which sort of options you are actually looking at: co-operation, guidelines, legislation.

Underlying all of this, is the need for a more sophisticated dialogue between the economic and social sectors.

To sum up, this is a debate that is only just starting. I think today's conference will be a very useful step forward in building a better understanding of the problem and the real implications of some of the options available to us. What is certain is that there are some very real tensions between the economic and the social objectives in this area and that Member States are concerned to discharge their responsibilities for managing and organising health systems. In that context, the prospect of a Commission's Communication on Social Services of General Interest is welcome. It can build on the outcomes of events like this one. It can help focus discussions during the forthcoming UK presidency.

Thank you very much.



Kari VÄLIMÄKI

*GENERAL DIRECTOR
MINISTRY OF SOCIAL AFFAIRS AND HEALTH
FINNLAND*

I would like to thank the organisers for organising this conference. There was really a big need to discuss these very complicated issues. However I try to be very brief and simplify these questions because I think Mr Mogford made a really good question - what is the problem we are solving?

I do not think that it is very easy to answer this question. But I would like to say that one of the key problems is the fact that we have been trying to balance the two approaches – on the one hand we try to create internal markets and on the other we have addressed the principle of subsidiarity in social protection.

I think it is absolutely necessary to have more functioning markets in the European Union in order to meet, for example the goals which we have with the employment. And that is why we also need free markets for the services and we welcome the Directive on Services. However, the problem is that it is quite difficult - I would say - almost impossible to claim that social and health services would be fully independent from the free markets.

Health and social services include always economic aspects. Moreover, the four freedoms the EU stresses have to be taken into account also in organising of social and health services at the national level. In practice these two facts mean that we have already gone over the border that separates purely national health and social services and other services of economic interest.

Another problem is that the EU stresses competition and free markets. In social protection we stress solidarity and human rights and hence social protection has been mainly organised by the State and not by free markets. It is very challenging to combine these two approaches in the handlings of the Directive of Services.

As to the Finnish case I would like to say that the municipalities are responsible for providing social and welfare services. If they produce these services by themselves like in the most cases they do, we do not have any problems with the internal market rules. But if they want to purchase these services from the private or third sector, we are at once dealing with the market principles. And then we have to take into account the competition rules.

The Draft Directive of Services concerns the situations where the municipalities are buying these services from the private sector or from the NGOs. The main idea of the draft Directive is that we guarantee for the foreign enterprises the same opportunities and rights to enter Finland and offer these services to the municipalities. The idea of the draft directive is absolutely OK for us. Al-



ready today it is possible for the foreign companies to offer health and social services. We welcome foreign companies. The only thing, we expect them to follow, are Finnish rules in social and health sector that are equal for both domestic and foreign companies.

Health and social services are naturally in the interest of the public. However, until today Finland and most of the other European Member States have been able to live without defining the concept of services of general interest. It is very difficult to define whether the services are of general interest or just services of general economic interest. For example when we speak about child protection, in my opinion we could think that it is a kind of service of general interest. In Finnish case, it is possible to produce these child protection services in the private sector or in the public sector. So despite of the fact that we could regard child protection as a service of general interest, we have to apply the competition rules in child protection when the municipalities buy these services from the private sector. Thus health and social services cannot be automatically regarded as services of general interest in order to be able avoid the application of internal market and competition rules. The application of the competition rules depends on how the production of these services is organised.

Competition rules have caused some problems for the Finnish municipalities but these problems have nothing to do with the Draft Services Directive or the services of general interest. And that is why we are a little bit worried about the approach where we say that health services and social welfare services should be fully excluded from the Services Directive. As I mentioned before we have not needed the concept of service of general interest at all. That is why we think that at this stage, it would be wise to put all the efforts to amend the draft Directive on Services. The major amendment should concern the application of the country of origin principle. If the Services Directive would cover social welfare and health services but the country of origin principle would not be applied to these services, we would not meet major problems with the directive. Naturally there are some other smaller problems with the definitions because at the European Union level we do not have the concept of social services.

We hope that we could first solve the problems concerning the Draft Directive on Services and then come back to question do we need at all the concept of services of general interest.

Jérôme VIGNON

DIREKTOR

*GD BESCHÄFTIGUNG, SOZIALE ANGELEGENHEITEN UND CHANCENGLEICHHEIT
EUROPÄISCHE KOMMISSION*

Je vais m'en tenir au thème de cet après-midi: la notion de services sociaux d'intérêt général comme contrepoids du marché intérieur. Je m'exprimerai donc en relation étroite avec le rapport du Prof. Jorens puisque ça vient de son rapport. J'aimerais dire qu'il offre un concept global qui, pour l'avenir et les difficultés abordées ce matin, apporte beaucoup, mais que la Commission ne pourra pas complètement partager et je dirai en quoi.

Néanmoins, en utilisant ce concept - et en particulier la référence très précieuse à l'article 86.2 par lequel les services d'intérêt général économique rentrent de plein droit dans la vie communautaire - il rejoint les besoins de clarification auxquels veut répondre la Communication prochaine sur les services sociaux et de santé d'intérêt général. A travers le concept global de contrepoids entre l'intérêt général et le marché intérieur, mise en évidence par le Prof. Jorens, ouvre en germe une perspective structurante qui englobe les thèmes dont nous nous sommes saisis dans les sessions précédentes. En effet, cette notion de contrepoids est une autre manière de parler de conciliation entre, d'une part, la liberté d'accès aux soins - fondamentale dimension du Traité - et, d'autre part, l'universalité de cet accès - fondamentale responsabilité nationale encore soulignée par l'article 52. Il y a donc là une tension et parler de contrepoids, c'est recourir de manière large à une perspective de réconciliation.

Le rapport du Prof. Jorens montre la nécessité de ce contrepoids. Certains se disent, mais est-ce qu'il y a un problème? Oui, il y a un problème et M. Jorens le montre, dans la mesure où les services de santé, de soins, d'assurance-maladie se rattachent clairement à des services d'intérêt général sociaux, donc à une responsabilité directe des Etats et où, en même temps, ils sont de plus en plus considérés comme services économiques, même si, bien entendu, il y a des exceptions comme le cas britannique. Il est donc clair que la réconciliation de ce double aspect pose question.

Le rapport prône aussi une perspective, une forme de réponse, même encore que très générale. La nature de ce contrepoids réside dans l'article 86.2 dans la mesure où justement cet article est capable, dans son principe, de définir les conditions de cette reconnaissance sur la base d'un des principes les plus démocratiques, celui de la proportionnalité. Le Prof. Jorens nous dit qu'il faut habiter, installer en quelque sorte les meubles de la santé, des services de santé dans la perspective où, étant économiques (ce qu'ils ne sont pas toujours), ils appartiennent au grand monde de la Communauté, de la libre circulation, du marché intérieur, de l'ouverture des marchés économiques.

La Commission se reconnaît, dans cette approche, ne serait-ce parce qu'avec le concours de la plate-forme sociale, des Etats membres, des partenaires sociaux, elle a mis sur les fonts baptismaux cette notion de services sociaux d'intérêt général. Elle est apparue pour la première fois dans le Livre Blanc de mai 2004, qui est un point d'orgue dans une attitude nouvelle proactive et co-responsable de la part de la Commission européenne face à ces services économiques d'intérêt général particuliers que peuvent être les services sociaux. Aujourd'hui, grâce au Comité de protection sociale, au questionnaire qu'a évoqué M. Spiegel, aux réactions très intenses de la plate-forme sociale, des partenaires sociaux, du forum de la santé, nous avons énormément avancés dans la perspective d'un langage commun sur, à la fois, ce qu'il y a de spécifiquement commun au-delà des diversités nationales à ces services sociaux et de santé d'intérêt général, mais en même temps sur l'identification de ce qui doit être clarifié, de ce qui est obscur ou incertain pour les opérateurs et les Etats membres dans la rencontre inévitable entre cette spécificité et le grand bain du marché intérieur.

Mais pourtant, la Commission ne peut pas tout suivre. La notion de contrepoids risque, en effet, d'être défensive dans une vue dynamique. Il y a même lieu de s'en distancier dans la mesure où contrepoids peut suggérer une sorte d'antagonisme entre le marché intérieur qui serait systématiquement dissolvant, négateur de l'intérêt général et la responsabilité des Etats et des acteurs de veiller eux à cet intérêt général qu'ils devraient seuls préserver.

Notre perspective n'est pas manichéiste. La perspective de tous les services de santé, de soins de longue durée, d'assurance-maladie complémentaire ne peut être uniquement enfermée dans une conservation en l'état. Elle est aussi celle de leur développement. Or, ce développement passe aujourd'hui par une diversification des acteurs, par de nouvelles sources de financement, par de nouvelles garanties de qualité et donc aussi par une perspective d'entrée proactive dans la dynamique européenne, celle des échanges qui - d'ores et déjà d'ailleurs - pour ce qui est des soins de santé est organisés par les Etats membres.

Dans le but même d'éviter la polarisation, une médecine à deux vitesses, il faut entrer dans cette modernisation, dans cette diversification qui est, en même temps, une entrée dans l'Europe. Il n'y a pas de contradiction entre la perspective du marché intérieur et celle du développement futur des services de santé.

Les questions à traiter pour le futur ne sont pas seulement de maintenir des droits exclusifs, mais aussi de se placer dans une évolution qui se dessine la capacité régulatrice du marché intérieur. Comment les services de santé actuels, en particulier ceux qui se réclament de statuts spécifiques - notamment associatifs, mutualistes - vont-ils participer au futur

développement dans les champs proprement économiques des services d'intérêt sociaux général? Comment les marchés régulés, les partenariats publics-privés, la fonction régulatrice des nouveaux Etats providence resteront-ils compatibles avec les principes fondamentaux du Traité? C'est à cela qu'il faut que nous répondions. Nous ne devons pas rentrer à reculons dans la perspective du marché intérieur, mais nous pouvons adosser sur la proportionnalité de l'article 86.2, dans une perspective créatrice, respectueuse d'une diversité et promotrice d'un développement indispensable.

Cette perspective dynamique me conduit, en revanche, à souligner la convergence entre, d'une part, les questions à clarifier, qui seront l'objet de la Communication et, d'autre part, le bon usage de l'article 86.2, le *modus operandi* de cet article lorsqu'il s'applique à la situation particulière de ces services économiques d'intérêt général, que seront, de plus en plus, les services de santé, même si, bien entendu, tous ne le sont pas. La preuve du Prof. Jorens déplace la question de la zone grise entre économique et non-économique. Nous sommes invités à abandonner une perspective illusoire de délimitation énumérative en revanche de la garantie d'un traitement équitable au travers de cet article 86.2. Si clarification il y a, elle touche la prise de conscience par les usagers et les opérateurs sociaux que cette frontière accordera une place croissante à la perspective économique.

La seconde chose à clarifier est la notion d'acte légal au moyen duquel l'opérateur de santé, de soins, d'assurance reçoit la mission d'intérêt général social. Là encore, le Prof. Jorens énumère une variété de circonstances, mais qui n'existent pas partout. La balle est dans le camp des Etats membres de quelle façon établissent-ils le rattachement à l'intérêt général des services sociaux et de santé et de tous ce qui contribuent à leur système de santé?

La troisième chose à clarifier concerne l'incertitude dans laquelle se trouvent aujourd'hui les opérateurs, les prestataires, en particulier ceux qui jouissent d'un statut spécifique et notamment non lucratif. Ce statut des droits exclusifs sont-ils bien justifiés au regard de leur mission particulière? Ici M. Jorens nous renvoie utilement à l'acquis de la jurisprudence qui considère désormais une vue large de ces missions, de leurs contraintes, des obligations de service public, pas seulement au nom de leur viabilité économique, mais de l'ensemble de la valeur du service qu'ils rendent.

Enfin, la question de la clarification porte sur la responsabilité systémique des Etats membres, leur responsabilité d'organiser les systèmes de santé, mais pas seulement celle d'accorder, au cas par cas, une autorisation, elle concerne l'ensemble d'un système de soin qui a sa logique et qu'ils leur arrivent parfois de transformer ou de modifier globalement, comme ce fut le cas récemment aux Pays-Bas. Ici, l'article 86.2 pointe sur un test global de proportionnalité qui permet de fonder, au regard du marché intérieur, les

caractéristiques du nouveau système qui se présente souvent comme une ouverture, une diversification.

J'ai conscience de ne pas avoir répondu clairement à la question de la clarification, de ne pas avoir annoncé la réponse à Mme Van Lancker, qui nous a présenté une vue forte et décisive qui va au-delà de la clarification et de la sécurité juridique. Ma collègue, Mme Fages, ce matin s'est référée aux paroles d'ouverture du Commissaire McGreevy et du Président de la Commission Barroso. Elle a indiqué deux choses importantes. La Commission actuellement s'attache au débat politique et parlementaire qui se développe, ainsi qu'au débat citoyen de manière à mettre en perspective l'ensemble des réponses qu'elle apportera de façon cohérente sur tous les outils législatifs, y compris la Directive services mais aussi le paquet concurrence, et qui touchent la spécificité des services sociaux de santé appelés à être, un jour, d'une façon ou d'une autre, économiques.

Cette cohérence, je ne pourrai vous la délivrer aujourd'hui. Mais je crois qu'au-delà de notre impatience pour l'obtenir, et notamment pour que cette communication consacrée aux services sociaux et de santé touche son but, il est important que nous soyons d'accord sur le fait qu'au-delà des diversités, le niveau européen doit lui-même dire quelque chose de commun et d'important au sujet de la dimension de droit fondamental, d'enracinement social dans le modèle social européen de ces services sociaux et de santé, et dire en quoi ceci est profondément respecté et respectable dans le cadre du marché intérieur. Il nous faut à la fois avoir conscience de nos racines et de nous donner des ailes. Je pense que la perspective ouverte par le rapport Jorens nous y aide.



Jozef NIEMIEC

*CONFEDERAL SECRETARY
EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION (ETUC)*

Au nom de la Confédération européenne des syndicats, je voudrais féliciter les organisateurs de cette conférence et l'auteur de l'excellent rapport qui sert de base à nos débats sur « les services sociaux d'intérêt général comme contrepoids aux règles du marché intérieur » qui offrent une opportunité de contribuer ainsi à la recherche de solutions adéquates dans ce domaine au niveau communautaire.

Le séminaire organisé récemment par la Commission a témoigné qu'il y a un large consensus quant à la reconnaissance des spécificités des services sociaux et de santé, mais en même temps a confirmé – comme le fait aussi ce débat – les divergences de points de vue par rapport à leur prise en compte au niveau européen. Il n'est pourtant pas acceptable que l'incertitude demeure quant au lien qui sera fait avec d'autres initiatives communautaires dans le cadre du marché intérieur. La CES est d'avis que le projet de directive sur les services dans le marché intérieur, les propositions de régulation d'aides d'Etat (paquet Altmank) et le livre vert sur les partenariats publics-privés sont susceptibles d'influencer profondément aussi bien la définition que la mise en œuvre des services sociaux, avec un risque que la nature économique de l'activité en constitue un facteur déterminant.

Pour la CES, il n'est pas question de laisser uniquement au marché de résoudre des problèmes sociaux, parce que c'est exactement ses défaillances qui ont obligé les autorités publiques à réagir pour assurer à l'ensemble de la société la réalisation des droits fondamentaux et pour répondre à la demande sociale, en particulier de la part des personnes les plus vulnérables ou exclues. Ces services répondent en fait à des besoins sociaux collectifs et individuels, et pour lesquels il est nécessaire que les pouvoirs publics interviennent comme régulateurs du marché ainsi que comme tiers subsidiant pour élargir l'accès des bénéficiaires aux prestations et assurer certaines normes de qualité.

Avant l'instauration du Marché unique c'étaient les Etats membres (EM) seuls qui assuraient les conditions pour permettre la réalisation de la mission publique par certains services, répondant aux attentes de ses citoyens. Il s'agit maintenant de retrouver au niveau européen cet équilibre qui existait, même s'il pouvait être parfois fragile et en évolution constante, dans le cadre national. Dans ce sens, les SSIG sont perçus par la CES bien plus que comme des contrepoids aux règles du marché intérieur. Si on arrive à trouver des régulations européennes appropriées, elles permettront à l'UE de mettre sur un pied d'égalité deux objectifs inscrits dans les traités: la réalisation des

valeurs telles que la solidarité et la cohésion sociale avec les libertés du marché.

La CES, tout en reconnaissant le principe de subsidiarité et les compétences des Etats membres en matière d'organisation et de financement de services sociaux, reste convaincue qu'il est nécessaire d'introduire un (des) instrument(s) communautaire(s).

D'un côté, les changements sociétaux et les politiques choisies pour faire face aux défis multiples qui sont aujourd'hui posés, conduisent souvent à l'externalisation des tâches réalisées jusqu'à maintenant par le secteur public. Ceci conduit à une concurrence croissante des opérateurs différents (les Etats se réservant, dans ce contexte, le rôle de régulateurs), mais ils se voient soumis de plus en plus aux règles européennes de marché qui réduisent leur champ de manœuvre.

De l'autre côté, la jurisprudence de la Cour européenne de justice intervient dans ce domaine, en l'absence des règles plus claires et précises décidées par les politiques, pour résoudre des conflits entre les obligations de mission publique et les libertés du marché unique. Cette situation n'est pas soutenable, au moins pour deux raisons. La jurisprudence est susceptible d'évolution, et en plus, elle est appliquée à des cas concrets, donc s'il n'y a pas de transposition dans la législation nationale, l'insécurité juridique persiste.

Face à ces défis, le recours à la subsidiarité ne constitue pas du tout une réponse adéquate. La Commission européenne avec le Comité de protection sociale ont donc raison de poser la question, à savoir quel mécanisme ou instrument communautaire servirait le mieux la cause. Pour la CES, le processus lancé par le livre vert et repris par le livre blanc devrait aboutir à l'adoption d'un (d')instrument(s) qui compléterai(en)t l'ensemble des dispositifs réglementaires communautaires afin de permettre aux services sociaux d'intérêt général de se développer et de poursuivre leurs finalités au bénéfice de la société. Il est nécessaire qu'il(s) prenne(nt) en compte la finalité sociale des services sociaux d'intérêt général et la contribution essentielle de ces services à la réalisation des objectifs de l'UE en termes d'emploi et de cohésion sociale. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'objectif de cohésion sociale est et doit être recherché au niveau national mais également au niveau européen.

Les mécanismes communautaires devraient être mis en œuvre à cet effet. Concrètement, cela peut signifier, par exemple, l'échange de bonnes pratiques entre les Etats membres sur l'apport de ces services en termes de cohésion sociale. Pour que ce mécanisme soit vraiment utile, il doit impliquer l'introduction et la définition d'objectifs communs, accompagnés d'indicateurs qui rendraient possible une évaluation réaliste de la situation et des progrès réalisés par le Conseil, autrement dit la mise en œuvre d'une Méthode ouverte de coordination « complète ». Cette MOC pourrait s'inscrire

dans les procédures existant déjà, telle la MOC inclusion pour les services sociaux, ou récemment lancées – telle la MOC santé.

L'idée de créer un observatoire européen sur la qualité des services est intéressante. La CES l'a déjà demandé en 2000. Un tel observatoire, fonctionnant d'une façon transparente, avec la participation des représentants des partenaires sociaux et d'autres acteurs, faciliterait l'analyse indépendante et objective des réalités.

Toutefois, pour la CES, le recours à la seule méthode ouverte de coordination est insuffisant car les EM et les opérateurs de SSIG ont besoin de sécurité juridique pour fournir des prestations de qualité sans être sous le coup d'une jurisprudence fluctuante.

La CES rappelle ses préoccupations (exprimées à plusieurs reprises, et dernièrement dans sa résolution du mois de mars 2004 ayant trait à la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur), à savoir que les initiatives prises dans le cadre de la libéralisation du marché des services ne doivent pas venir mettre en danger d'autres initiatives qui seraient prises pour les SIG. En particulier, il serait erroné

- de réduire les systèmes de réglementation là où cette réglementation est un élément-clef de maîtrise des dépenses et l'assurance de la qualité et de la continuité des services,
- ou bien d'introduire le principe du pays d'origine qui va à l'encontre des compétences des EM d'imposer leur propre législation aux prestataires des services transfrontaliers.

De plus, en ce qui concerne les services médicaux, un conflit potentiel entre deux instruments juridiques européens (règlement 1408/71 et directive sur les services) serait difficile à éviter.

En conclusion, pour la CES, il faut donc en premier lieu exclure tous les SIG, et notamment les SSIG, du champ d'application de la directive services, ce qui est une condition indispensable pour supprimer les contradictions entre le plan de travail découlant du Livre blanc sur les SIG et la proposition de directive sur les services dans le marché intérieur. Et pour la CES, les régulations quant aux soins de santé pourraient facilement être incluses dans le Règlement 1408/71.

Il est nécessaire aussi de donner la priorité dans le programme de travail de la Commission à l'adoption d'un cadre législatif approprié.

C'est pourquoi la CES propose à nouveau de construire au niveau européen des principes communs en matière de SIG qui devraient faire l'objet d'une directive cadre ou de loi(s) cadre(s) sur la base de l'article III-122 du projet de Traité constitutionnel, dont la Commission pourrait anticiper la mise en œuvre. Dans ce cadre, pourraient être définies des normes communes aux SSIG, quant à leurs spécificités, leurs missions, leurs finalités et leur qualité.



Laurent GHÉKIERE

*VICE-CHAIRMAN OF THE PERMANENT COMMITTEE ENTERPRISES,
MARKET AND COMPETITION
EUROPEAN CENTRE OF ENTERPRISES WITH PUBLIC PARTICIPATION
AND OF ENTERPRISES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST (CEEP)*

Permettez-moi de vous apporter quelques points de commentaires par rapport à ce que j'ai entendu aujourd'hui et notamment de la part des orateurs précédents.

J'aurai quatre observations à faire.

La première, c'est que la Communication de la Commission sur les services sociaux d'intérêt général portera sur l'ensemble des services sociaux, y compris le handicap, le vieillissement, l'éducation, le logement et la formation. Jusqu'à présent, le droit communautaire portant sur les services d'intérêt général s'était concentré sur les réseaux (le transport, l'énergie, les télécommunications) et pas du tout sur des services qui relèvent de la mise en œuvre de droits sociaux fondamentaux définis par les Etats membres et que l'on retrouve dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Quelle est la particularité de ces services sociaux d'intérêt général ? Ce sont des services très sensibles et fondamentaux, ils relèvent de la compétence des Etats membres et se traduisent par une régulation nationale très forte qui, à un certain moment, peut entrer en tension avec le droit communautaire, la libre concurrence et les libertés fondamentales du marché intérieur.

Les membres du CEEP, qui sont prestataires de ces services sociaux, ont un peu de mal à admettre qu'ils ont à appliquer des règles du marché intérieur, alors que ces services sont développés parce que le marché ne permet pas de les fournir de façon adéquate face aux obligations d'universalité et d'accès universel à ces services.

Aujourd'hui, les Etats membres campent dans une position de subsidiarité, qui est de dire qu'il relève de la compétence des Etats membres de définir ces services et de mettre en œuvre les politiques y afférentes. Toutefois, cela n'exonère pas les Etats membres d'appliquer les règles du Traité quant aux modalités concrètes de mise en œuvre de ces politiques. Et c'est là où apparaissent des zones de tension importantes.

On voit également dans ces services l'importance de la qualité. On est face à des prestataires qui sont en situation de supériorité par rapport aux usagers, qui sont généralement des usagers captifs et vulnérables, qui ont besoin de ces services, qui n'ont pas d'autres modalités pour y avoir accès. La notion de contrôle du prestataire, de l'opérateur, est très importante pour s'assurer que la qualité soit au rendez-vous final dans ce rapport de force inégal entre le prestataire et le bénéficiaire.



Enfin, le financement de ces services est très important. Nous sommes sur des financements de nature solidaire, relevant des budgets publics - d'où le problème des aides d'Etat - et de déconnection du coût réel de production du service par rapport au prix facturé à l'utilisateur final, dans une logique d'accessibilité.

Donc, premier élément d'observation : une très forte spécificité qui, au-delà des particularités des différents services couverts, est commun à tous ces services sociaux d'intérêt général.

Deuxième point de l'observation : l'article 86.2 du Traité. C'est effectivement le point clef de cette Communication. Comment assurer pour ces services l'équilibre tout à fait subtil mais très important entre, d'un côté, le respect des règles de concurrence et du marché intérieur et, de l'autre côté, le maintien de la capacité des États membres à pouvoir mettre en œuvre ses missions d'intérêt général, qu'ils aient un caractère économique, social ou non-économique ?

Cet équilibre est tout à fait fragile. Il est à construire au quotidien. Il relève, en général, d'un arbitrage final de la Cour de Justice basé sur les principes fondamentaux des Traités, et notamment le principe de proportionnalité. Cela est non seulement peu démocratique et n'apporte pas la sécurité juridique nécessaire. Alors comment concilier cet intérêt communautaire, défini par les Traités, à l'intérêt général des États membres qui est tout aussi important et légitime en terme de mise en œuvre de politique sociale ? C'est la grande question à laquelle la Commission doit faire face à travers sa communication. Il nous faut en quelque sorte un mode d'emploi. Comment utiliser cet article 86.2 ? Comment en tirer toute la subtilité et le sens de l'équilibre, mais également sa potentialité ? D'un côté, nous avons des secteurs fortement régulés par la puissance publique, de l'autre, nous avons des principes de concurrence qui voient toute régulation comme quelque chose étant potentiellement une distorsion de la concurrence et une entrave aux libertés fondamentales du marché intérieur. Nous avons des systèmes très intégrés où l'on voit très bien le lien entre le prestataire, le client et l'autorité publique. On l'a vu avec le système finlandais. Le droit communautaire nous oblige à segmenter, à séparer le prestataire de l'autorité publique et au final, à nuire à la capacité de l'autorité publique à mettre en œuvre clairement leurs missions sociales d'intérêt général.

Dans les zones grises où le droit ne dit rien, où on ne connaît pas vraiment la potentialité de l'application du droit communautaire et il nous faut clarifier ce maquis.

Pour la troisième observation, je remercie M. Bolkestein. Avec sa proposition de Directive sur les services il a permis de poser le problème de cette rupture d'équilibre de l'article 86.2 en proposant une Directive générale, une Directive cadre, qui couvre tous les services avec les mêmes règles d'application, y compris les services sociaux d'intérêt général. Ainsi, cette Directive

interfère avec la compétence des Etats membres à réguler ce champ des services d'intérêt général. Et si aujourd'hui, il y a un vrai débat au sein du Parlement, au sein de la société civile et à l'intérieur même de la Commission européenne, on le doit à cette proposition de Directive qui a le mérite d'avoir mis cartes sur table.. Bien évidemment, nous comptons sur le Parlement européen pour l'amender en profondeur. Je me limiterai ici à citer simplement deux exemples.

En encadrant, voire en interdisant, des régimes d'autorisation particuliers, on ôte toute capacité des Etats membres à contrôler, à priori, le prestataire de services avant de lui confier une mission d'intérêt général, alors que cette possibilité est reconnue par la Cour de Justice (arrêt Analir).

En appliquant le principe du pays d'origine à tous les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général, on prive les Etats membres de définir par un acte légal d'application interne ce qu'il entend par ce service, son contenu, sa qualité qui, en cas d'application de ce principe, sera défini par le pays d'origine du prestataire qui va assurer en libre prestation le service d'intérêt général. A travers ce principe, on risque de remettre en cause cet équilibre précaire mais subtil entre, d'une part, le marché intérieur et, d'autre part, la compétence des Etats membres à définir et à mettre en œuvre leur politique sociale. Dernier point : le rôle de cette Communication sur les services sociaux d'intérêt général est très importante et nous comptons beaucoup sur la Commission pour y mettre du contenu, mais également sur les Etats membres pour ne plus avoir une politique de l'autruche. A ce sujet, le CEEP a quelques revendications à exprimer en direction de la Commission.

Nous voulons à travers cette communication un mode d'emploi pour l'usage de l'article 86.2, qui indique comment mieux concilier les impératifs de l'intérêt communautaire avec les impératifs de l'intérêt général définis par les Etats membres.

Nous souhaitons obtenir un relevé complet de la jurisprudence communautaire, pour que nous sachions pour l'ensemble de ces services quel est l'état du droit communautaire, quel est l'état de la jurisprudence. Le rapport sur la Santé qui a été présenté aujourd'hui est tout à fait intéressant de ce point de vue, car il démontre que ce travail est faisable. Nous souhaitons qu'il soit élargi à l'ensemble du champ d'application de cette Communication.

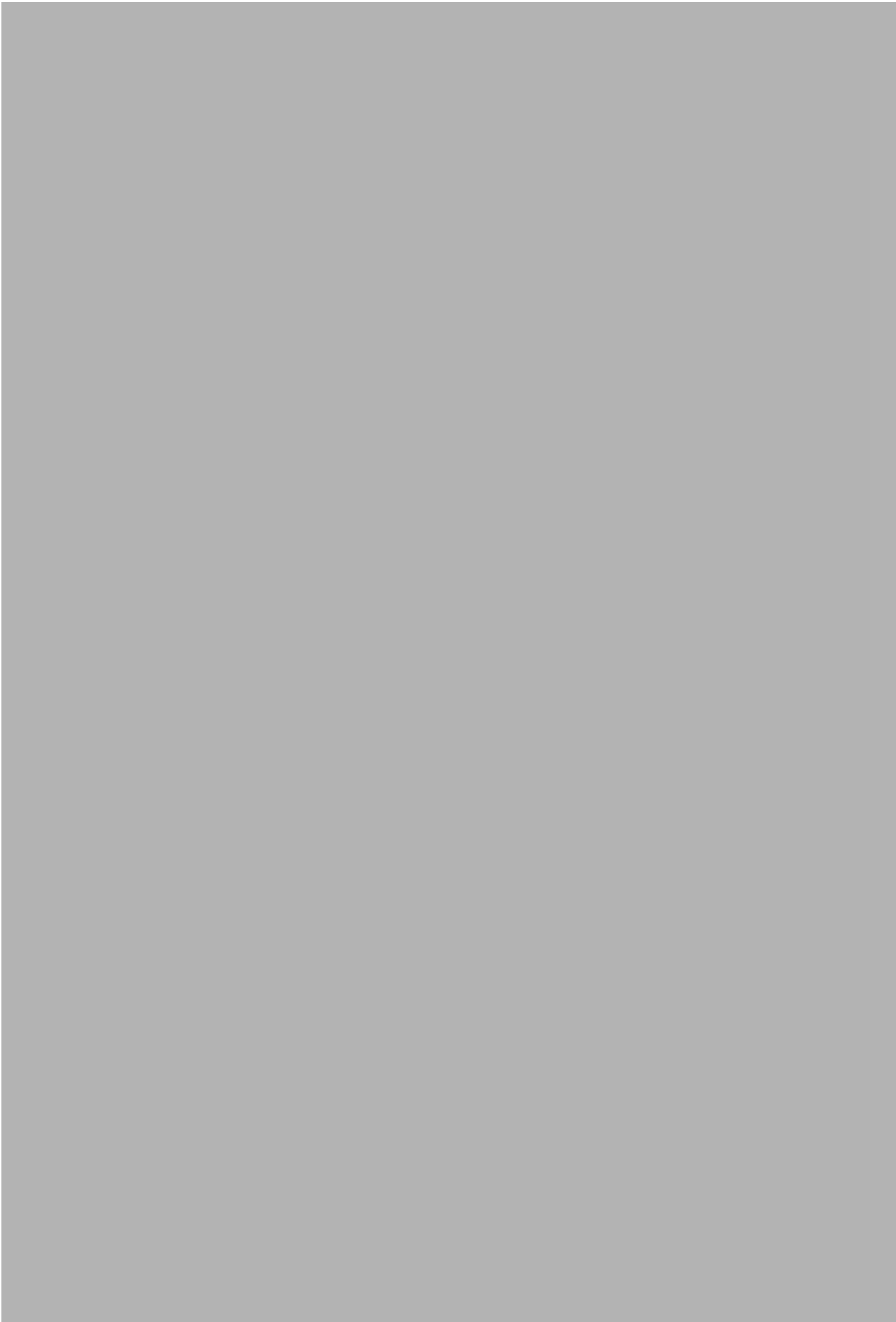
Nous souhaitons également que cette Communication identifie de façon la plus transparente possible, les zones de tension. Je crois qu'il faut développer une attitude proactive. Nous connaissons clairement, en tant que prestataires, les zones de tension qu'il y a entre la capacité de nos membres à réaliser leurs missions d'intérêt général et les contraintes du droit communautaire. Il faudrait que ces zones soient clairement définies et que la Communication - certes elle ne pourra difficilement proposer un instrument juridique unique pour les résoudre - au moins émette des pistes d'action par rapport à

ces zones de tension en terme de recherche d'équilibre et de conciliation entre l'intérêt communautaire et l'intérêt générale des États membres.

Je vous remercie.



SCHLUSSREDE



Ron HENDRIKS

*PRÄSIDENT DER INTERNATIONALEN VEREINIGUNG
DER SOZIALEN KRANKENVERSICHERER AUF GEGENSEITIGKEIT (AIM)*

Well, ladies and gentlemen I will try to keep my speech as short as possible. It is already late and we still have a lot of things to do tonight I understood. We have had a very good conference today, with a lot of good speakers, and good discussions. I would like to thank all who contribute to these discussions. The closing of this conference gives me the opportunity to say a few words concerning the point of view of the internationalisation of mutualities. I would like to change the title of this conference in "Access to health-care for all in an internal market". This Ladies and gentlemen is not as obvious as it seems, despite of what everybody is saying. Looking at the development of costs in health-care we can see that the problem is caused by the development of medical technology, and also by the ageing of the population. This means, looking at the costs that the sustainability of our health-care systems is in danger. What means solidarity looking at the future? Do we have to find an new balance in solidarity? There is also another danger however and that danger is the internal market, especially the competition rules. I do not think I have to explain to you that health-care is an economic activity. Looking at technology we want to have a competitive pharmaceutical industry in Europe. We all need a salary and nurses eating bread also. The biggest danger in my opinion if health-care has to comply to the competition rules lies in the health-care insurance. Insurance by definition means risk-selection. And the question is: do we want that? My answer is no. There are a lot, a lot of questions we have to find an answer for. How much pressure will the stability pact put on the statutory systems in the different countries? Can we expect that the European rules of co-ordination will quickly set the standards to which all health systems in the EU have to respond? Will the announced communication on health and social services of general interest provide the automatic answer on how economic and social policy objectives are to be balanced in the fields of social and health protections?

I can go on like this but you have already heard a lot of questions this afternoon. The point is, we are going to say it clearly: health-care is also an economic activity. We have competition rules and we have social systems. The question is what are we going to do with them? Does health-care have to follow the competition rules? Do the health-care insurances have to follow the competition rules? If the answer is yes, then risk-selection is unavoidable. And that could be a problem.

Ok ladies and gentlemen, a lot to think about in the future for the AIM, we are very pleased that we have the opportunity to combine our meetings with this conference. I would like to thank the Luxembourg organisers and especially



Michel Schmitz who made this possible. We should also thank our moderator. Where is he? Alex, you did a wonderful job. Thank you very much for that. And last but not the least, ladies and gentlemen, what do you think about the interpreters? Give them a big hand. Thank you. Have a nice evening.

INHALT

VORWORT

TEIL I BASISBERICHT

Zugang zu Gesundheitsleistungen im gemeinsamen Markt: Auswirkungen auf den gesetzlichen und den freiwilligen Gesundheitsschutz	1
<i>Yves JORENS</i>	

TEIL II INTERNATIONALE KONFERENZ VOM 8 APRIL 2005

ERÖFFNUNGSREDE

Mars DI BARTOLOMEO	181
<i>Minister für Gesundheit und soziale Sicherheit, Luxemburg</i>	
Fernand SAUER	183
<i>Direktor GD Gesundheit und Verbraucherschutz Europäische Kommission</i>	

VORSELLUNG DES BASISBERICHTES

Yves JORENS	189
<i>Professor für Sozialversicherungsrecht und europäisches Sozialrecht Universät Gent, Belgien</i>	
Anne VAN LANCKER	203
<i>Mitglied des Europäischen Parlaments Mitglied im Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten</i>	

ARBEITSSITZUNG 1 - GESUNDHEITSLAISTUNGEN IM BINNENMARKT

Robert KIEFFER	211
<i>Präsident Union des caisses de maladie Luxemburg</i>	
Isabel DE LA MATA BARRANCO	217
<i>Health Counsellor Spanish Representation to the EU Spain</i>	

Eva LUKACS	221
<i>Counsellor, Department of International and EU Affairs Ministry of Health, Social and Family Affairs Hungary</i>	
Ladislav ŠVEC	225
<i>Director Centre for International Reimbursement Czech Republic</i>	
Géraldine FAGES	229
<i>Administrator DG Internal Market and Services European Commission</i>	

ARBEITSSITZUNG 2 - KRANKENVERSICHERUNG UND BINNENMARKT

Geert Jan HAMILTON	237
<i>Director of Legislation and Legal Affairs Ministry of Health, Welfare and Sport Niederlande</i>	
Dermot SMYTH	243
<i>Assistant Secretary Department of Health and Children Irland</i>	
Daniel LENOIR	247
<i>General Director French Mutuality Frankreich</i>	
Suzanne WEBER-MOSDORF	251
<i>Ministerialdirektorin Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung Deutschland</i>	
Anne HOUTMAN	255
<i>Direktorin GD Binnenmarkt und Dienstleistungen Europäische Kommission</i>	

**ARBEITSSITZUNG 3 - DER BEGRIFF DER "SOZIALDIENSTLEISTUNGEN
VON ALLGEMEINEM INTERESSE" ALS
GEGENGEWICHT ZU DEN BINNENMARKT-
REGELN**

Bernard SPIEGEL 261

*Leiter der Abteilung für internationale Soziale Sicherheit
Bundesministerium für Soziale Sicherheit, Generationen
und Konsumentenschutz
Österreich*

Jonathan MOGFORD 273

*Head of European Affairs
Department of Health
Vereinigtes Königreich*

Kari VÄLIMÄKI 275

*General Director
Ministry of Social Affairs and Health
Finnland*

Jérôme VIGNON 277

*Direktor
GD Beschäftigung, soziale Angelegenheiten, und Chancengleichheit
Europäische Kommission*

Josef NIEMIEC 281

*Confederal Secretary
European Trade Union Confederation (ETUC)*

Laurent GHÉKIERE 285

*Vice-chairman of the permanent committee enterprises,
market and competition
European Centre of Enterprises with Public Participation
and of Enterprises of General Economic Interest (CEEP)*

SCHLUSSREDE

Ron HENDRIKS 291

*Präsident der internationalen Vereinigung der sozialen
Krankenversicherer (AIM)*

