SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS PEDRO CRUZ VILLALÓN vom 10. Juni 2010[1]

1. In der vorliegenden Rechtssache werden wichtige und heikle verfahrensrechtliche wie materiell-rechtliche Fragen aufgeworfen. Zum einen fragt der Administrativen sad Sofia grad (Verwaltungsgericht Sofia) den Gerichtshof, ob es gegen das Recht der Union verstößt, wenn ein untergeordnetes Gericht bei der Rückverweisung eines Verfahrens einem Urteil seines Obersten Gerichtshofs nachkommt, aber ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Entscheidung mit dem Recht der Union hat. Andererseits fragt es detailliert nach der Übernahme von Kosten, die in einer Klinik in einem anderen Mitgliedstaat entstanden sind, weil ein Patient eine Behandlung in Bulgarien nicht erhalten konnte, nachdem festgestellt worden war, dass alternative, aber für seine Gesundheit weniger effiziente und gleichzeitig radikalere Leistungen in Betracht kommen.

2. Man erkennt sofort, dass beide Fragen ihre Antwort in der Rechtsprechung des Gerichtshofs finden. Es trifft aber auch zu, dass es in den letzten Jahren wichtige Änderungen gegeben hat, die erklären, warum derartige Fragen erneut vorgelegt werden. Die relativ neue Herausbildung einer umfangreichen Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen den Gerichten der Union und den nationalen Gerichten (u. a. Köbler, Kühne & Heitz, Kommission/Italien [2]) kann die Erklärung dafür sein, dass das Verwaltungsgericht Sofia die Geltung der Rechtsprechung des Gerichtshofs in dem im Jahr 1974 ergangenen Urteil Rheinmühlen I [3] in Frage stellt. Zudem lässt der Beitritt neuer Staaten zur Union, deren Gesundheitssysteme sich sowohl hinsichtlich ihrer Organisation als auch ihrer finanziellen Möglichkeiten unterscheiden, Zweifel an der Anwendbarkeit einer im Folgenden zu untersuchenden Rechtsprechung aufkommen, die vor der Erweiterung konzipiert und entsprechend weiterentwickelt wurde.

3. Diese Änderungen der Rechtsprechung und der tatsächlichen Umstände in der Union sind der Grund dafür, dass der Gerichtshof beschlossen hat, in der vorliegenden Rechtssache als Große Kammer zu entscheiden.

1 — Originalsprache: Spanisch.

2 — Urteile vom 30. September 2003, Köbler (C-224/01, Slg. 2003, I-10239), vom 13. Januar 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, Slg. 2004, I-837), und vom 9. Dezember 2003, Kommission/Italien (C-129/00, Slg. 2003, I-14637).

3 — Urteil vom 16. Januar 1974, Rheinmühlen-Düsseldorf (166/73, Slg. 1974, 33).

I — Rechtlicher Rahmen

A — *Unionsrecht*

Art. 267 VAEU

„Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung:

a) über die Auslegung der Verträge,

b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union.

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren, das eine inhaftierte Person betrifft, bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, so entscheidet der Gerichtshof innerhalb kürzester Zeit."

Art. 56 VAEU

„Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten."

4. Das in der vorliegenden Rechtssache einschlägige abgeleitete Recht beschränkt sich im Wesentlichen auf Art. 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [4], der die in einem anderen Mitgliedstaat als dem Versicherungsmitgliedstaat erbrachte Gesundheitsdienstleistungen wie folgt regelt:

„(1) Ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der die nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates für den Leistungsanspruch

4 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149, S. 2, mehrfach geändert).

erforderlichen Voraussetzungen, gegebenenfalls unter Berücksichtigung des Artikels 18, erfüllt und

…

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

hat Anspruch auf:

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

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

(1a) Die Verwaltungskommission erstellt eine Liste der Sachleistungen, für die aus praktischen Gründen eine vorherige Vereinbarung zwischen der betreffenden Person und dem die medizinische Leistung erbringenden Träger erforderlich ist, damit sie während eines Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat erbracht werden können.

(2) Die nach Absatz 1 Buchstabe b) erforderliche Genehmigung darf nur verweigert werden, wenn die Rückkehr oder der Wohnortwechsel des Arbeitnehmers oder Selbständigen dessen Gesundheitszustand gefährden oder die Durchführung der ärztlichen Behandlung in Frage stellen würde.

Die nach Absatz 1 Buchstabe c) erforderliche Genehmigung darf 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 Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist.

…“

B — *Nationales Recht*

5. Art. 224 der Verwaltungsverfahrensordnung (im Folgenden: APK) regelt die Wirkungen der Urteile des Obersten Gerichts Bulgariens für die Instanzgerichte folgendermaßen:

„Die Hinweise zur Auslegung und Anwendung des Rechts, die das Oberste Verwaltungsgericht erteilt, sind [für das Gericht der niedrigeren Instanz] bei der erneuten Prüfung verbindlich."

6. Nach Art. 36 des Gesetzes über die Krankenversicherung haben Pflichtversicherte Anspruch „auf teilweisen oder vollen Erhalt des Wertes der Ausgaben für medizinische Hilfe im Ausland, wenn sie dafür eine Vorabgenehmigung von der Nationale Krankenkasse [im Folgenden: Kasse] erhalten haben".

7. Die Grundsicherung im Rahmen der Pflichtversicherung ist in Art. 45 des Gesetzes geregelt, der folgenden Wortlaut hat:

„1. Die Nationale Krankenkasse zahlt für die Erbringung folgender Arten der medizinischen Hilfe:

…

3. medizinische Hilfe in oder außerhalb von Krankenhäusern zur Diagnostik und Behandlung im Fall der Erkrankung;

…

5. dringende medizinische Hilfe;

…

2. … Die medizinische Hilfe nach Abs. 1 mit Ausnahme von Nr. 10 wird als Basispaket festgelegt, das aus dem Haushalt der [Kasse] garantiert wird. Das Basispaket wird durch eine Verordnung des Ministers für Gesundheit festgelegt."

8. Bei der im Gesetz genannten Verordnung handelt es sich um die Verordnung Nr. 40 aus dem Jahr 2004 über die Festlegung des Basispakets von Gesundheitsleistungen, das

aus dem Haushalt der Kasse garantiert wird, und deren einziger Artikel Folgendes vorsieht: „Das Basispaket für medizinische Hilfe enthält Leistungen, die nach Art und Umfang in den Anhängen Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 und 10 bestimmt sind."

9. Anhang 5 der Verordnung enthält die „Liste der klinischen Behandlungswege", die folgende Leistungen umfasst:

„133. Chirurgische Behandlung des Glaukoms

134. Augenoperationen mittels Laser- oder Kryotechnik

135. Operationen der Augenumgebung

136. Andere Operationen des Augapfels

…

258. Hochtechnologische Strahlenbehandlung onkologischer und nichtonkologischer Erkrankungen."

II — Sachverhalt

10. Bei Herrn Georgi Ivanov Elchinov, der in Bulgarien lebt und bei der dortigen Nationalen Krankenkasse krankenversichert ist, wurde eine bösartige onkologische Erkrankung des rechten Auges diagnostiziert. Auf Anraten seines Arztes wurde ihm eine Behandlung durch Befestigung radioaktiver Platten oder eine Protonentherapie verordnet.

11. Am 9. März 2007 stellte Herr Elchinov gemäß Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 bei der Kasse einen Antrag auf Ausgabe des Formulars E 112 (ein Formular zur Genehmigung einer medizinischen Behandlung im Ausland), um die verordnete Behandlung in einer Spezialklinik für Augenkrankheiten in Berlin auf Kosten der bulgarischen Krankenkasse durchführen zu lassen. Der Antrag wurde damit begründet, dass es nicht möglich gewesen sei, die verordnete Behandlung im Aufenthaltsstaat durchzuführen, in dem ihm lediglich eine Alternativbehandlung angeboten worden sei, die in der vollständigen Entfernung des erkrankten Auges (Enukleation) bestanden hätte.

12. Angesichts der Schwere seiner Erkrankung und noch bevor die Kasse über seinen Antrag entschieden hatte, begab sich Herr Elchinov am 15. März 2007 in die deutsche Klinik, wo die verordnete Behandlung durchgeführt wurde. Wenige Wochen später, am 18. April 2007, wies die Kasse, nachdem sie eine Stellungnahme des Ministeriums für Gesundheit eingeholt hatte, in der bestätigt wurde, dass die indizierte Behandlung in Bulgarien nicht angewendet werde, den Antrag von Herrn Elchinov zurück.

13. Gegen diese Entscheidung erhob Herr Elchinov eine verwaltungsgerichtliche Klage beim Administrativen sad Sofia grad, der

dieser Klage am 13. August 2007 stattgab, die angefochtene Entscheidung aufhob und den Fall zur Ausgabe des Formulars E 112 an die Kasse zurückverwies. Zudem verurteilte der Administrativen sad Sofia grad die Kasse zur Zahlung der Verfahrenskosten. In der Urteilsbegründung wird die Auslegung des Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 durch die Kasse verworfen und der Schluss gezogen, dass die verordnete Leistung in den bulgarischen Rechtsvorschriften vorgesehen sei. Der Administrativen sad Sofia hält den Umstand, dass die Behandlung in den Rechtsvorschriften vorgesehen sei, ungeachtet dessen, dass sie nicht tatsächlich durchgeführt werden könne, für ausreichend für die Anwendbarkeit der genannten Vorschrift, so dass die Genehmigung für eine Behandlung im Ausland zu erteilen sei.

14. Das erstinstanzliche Urteil wurde von der Kasse beim Varchoven administrativen Sad (Oberstes Verwaltungsgericht) angefochten. Mit Urteil vom 4. April 2008 hat dieser dem Rechtsmittel stattgegeben, das Urteil des Administrativen sad Sofia grad aufgehoben, und die Sache zur erneuten Prüfung an einen anderen Spruchkörper des erstinstanzlichen Gerichts zurückverwiesen. Das Oberste Gericht kam zu dem Ergebnis, dass die Auslegung von Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 durch das erstinstanzliche Gericht falsch sei, da angesichts der Unmöglichkeit, die in Rede stehende Behandlung in Bulgarien durchzuführen, obwohl sie in den nationalen Vorschriften vorgesehen sei, eine Vermutung bestehe, dass sie nicht zu den Leistungen gehöre, auf die ein gesetzlicher Anspruch bestehe.

15. Im Rahmen der erneuten Prüfung der Sache durch den Administrativen sad Sofia grad beantragte Herr Elchinov, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union zu richten.

III — Die Vorlagefrage und das Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Das Vorabentscheidungsersuchen des Administrativen sad Sofia grad ist am 14. Mai 2009 beim Gerichtshof eingegangen und enthält folgende Fragen:

1. Ist Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 … [nicht übersetzt] in dem Sinne auszulegen, dass, wenn die konkrete Behandlung, für die die Ausgabe des Formulars E 112 beantragt wird, nicht in einer bulgarischen Gesundheitseinrichtung erlangt werden kann, zu vermuten ist, dass diese Behandlung nicht aus dem Haushalt der Nationalen Krankenkasse (NZOK) oder des Ministeriums für Gesundheit finanziert wird, und umgekehrt, wenn diese Behandlung aus dem Haushalt der NZOK oder des Ministeriums für Gesundheit finanziert wird, zu vermuten ist, dass sie in einer bulgarischen Gesundheitseinrichtung erbracht werden kann?

2. Ist die Wendung „im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem er wohnt, die betreffende Behandlung nicht erhalten kann“ in Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen, dass sie die Fälle umfasst, in denen die Behandlung, die im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem der Versicherte wohnt, erbracht wird, als Behandlungstyp weitaus ineffektiver und radikaler ist als die Behandlung, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird, oder schließt sie nur die Fälle ein, in denen der Betreffende nicht rechtzeitig behandelt werden kann?

3. Unter Beachtung des Grundsatzes der Verfahrensautonomie: Muss das nationale Gericht die verbindlichen Hinweise berücksichtigen, die ihm eine höhere gerichtliche Instanz im Rahmen der Aufhebung seiner Entscheidung und Rückverweisung der Sache zur erneuten Prüfung erteilt hat, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass diese Hinweise im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehen?

4. Wenn die betreffende Behandlung im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem der Krankenversicherte seinen Wohnsitz hat, nicht erbracht werden kann, genügt es dann, damit dieser Mitgliedstaat eine Genehmigung für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nach Art. 22 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 1408/71 erteilen muss, dass die betreffende Behandlung als Typ in die Leistungen eingeschlossen ist, die in der rechtlichen Regelung des erstgenannten Mitgliedstaats vorgesehen sind, auch wenn diese Regelung die konkrete Behandlungsmethode nicht ausdrücklich nennt?

5. Stehen Art. 49 EG und Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 einer nationalen Bestimmung wie Art. 36 Abs. 1 des Gesetzes über die Krankenversicherung entgegen, wonach die Pflichtversicherten nur dann Anspruch auf teilweisen oder vollen Erhalt des Wertes der Ausgaben für medizinische Hilfe im Ausland haben, wenn sie dafür eine Vorabgenehmigung erhalten haben?

6. Muss das nationale Gericht den zuständigen Träger des Staates, in dem der Betreffende krankenversichert ist, verpflichten, das Dokument für eine Behandlung im Ausland (Formular E 112) auszugeben, wenn es die Verweigerung der Ausgabe eines solchen Dokuments als rechtswidrig ansieht, falls der Antrag auf Ausgabe des Dokuments vor Durchführung der Behandlung im Ausland gestellt worden ist und die Behandlung zum Zeitpunkt des Erlasses der gerichtlichen Entscheidung abgeschlossen ist?

7. Falls die vorstehende Frage bejaht wird und das Gericht die Versagung der Genehmigung für eine Behandlung im

Ausland als rechtswidrig ansieht, wie sind die Ausgaben des Krankenversicherten für seine Behandlung zu erstatten:

a) unmittelbar von dem Staat, in dem er versichert ist, oder von dem Staat, in dem die Behandlung erfolgt ist, nach Vorlage der Genehmigung für eine Behandlung im Ausland;

b) in welchem Umfang, wenn sich der Umfang der Leistungen, die in den Rechtsvorschriften des Wohnsitzmitgliedstaats vorgesehen sind, vom Umfang der Leistungen unterscheidet, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dem die Behandlung erbracht wird; unter Berücksichtigung von Art. 49 EG, der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs verbietet?

17. Die Regierungen Bulgariens, der Tschechischen Republik, Spaniens, Finnlands, Griechenlands und des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission haben innerhalb der in Art. 23 der Satzung des Gerichtshofs bestimmten Frist schriftliche Erklärungen eingereicht. Weder die Kommission noch die Parteien des Ausgangsverfahrens haben innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung beantragt, so dass nach Beendigung des schriftlichen Verfahrens die Schlussanträge in dieser Rechtssache ausgearbeitet werden konnten.

IV — Zur Verbindlichkeit der Hinweise des Obersten Verwaltungsgerichts

18. Wie sich im Folgenden zeigen wird, unterscheidet sich die dritte der sieben Fragen, die das vorlegende Gericht stellt, wesentlich von den übrigen und wirft eine Frage prozessualer Natur auf, die sich von den materiellrechtlichen Themen abhebt. Eine Bejahung dieser Frage würde aus den hiernach darzulegenden Gründen zur Unzulässigkeit der übrigen Vorlagefragen führen. Deshalb ist zunächst dieser prozessuale Aspekt zu untersuchen.

19. Die dritte Frage betrifft die Vereinbarkeit einer bulgarischen Verfahrensvorschrift mit dem Recht der Union und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Konkret wird gefragt, ob ein nationales Gericht eine nationale Bestimmung wie Art. 224 AKP anwenden muss, die es dazu verpflichtet, die verbindlichen Hinweise zu berücksichtigen, die ihm eine höhere gerichtliche Instanz anlässlich der Aufhebung eines erstinstanzlichen Urteils dieses Gerichts erteilt hat, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese Hinweise gegen das Recht der Union verstoßen. Das vorlegende Gericht ersucht mithin, wie sogleich darzulegen ist, um Überprüfung der vom Gerichtshof im Jahr 1974 mit dem Urteil Rheinmühlen I begründeten Rechtsprechung, und im konkreten Fall

ihrer Übertragbarkeit auf ein prozessuales System wie den bulgarischen Verwaltungsprozess. Der Umstand, dass die Anwendung des Rechts der Union in den letzten 36 Jahren eine bedeutende Entwicklung durchlaufen hat, führt uns aufgrund des Ersuchens des vorlegenden Gerichts zu der Frage, wie die mit dem Urteil Rheinmühlen I ergangene Rechtsprechung heute auszulegen ist.

A — *Die Rechtsprechung Rheinmühlen I, ihr Kontext und ihre Anwendung auf die vorliegende Rechtssache*

20. Im Urteil Rheinmühlen I entschied der Gerichtshof, dass „eine innerstaatliche Rechtsnorm, die nicht letztinstanzliche Gerichte an die rechtliche Beurteilung des übergeordneten Gerichts bindet, diesen Gerichten nicht das Recht nehmen [kann], dem Gerichtshof Fragen nach der Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen vorzulegen, um die es in dieser rechtlichen Beurteilung geht“ [5]. Diese Feststellung bedeutete eine wichtige Unterstützung der normativen Kraft des Rechts der Union, das dadurch die Möglichkeit erhielt, sich gegenüber einem Urteil eines übergeordneten Gerichts, dessen Rechtsprechung für das Instanzgericht bindend war, durchzusetzen. Wenngleich der Wortlaut nur auf die Befugnis des Instanzgerichts Bezug nimmt, eine Vorabentscheidungsfrage zu stellen, erfolgte diese Feststellung auch mit dem Ziel, gegebenenfalls die Vorgaben des Urteils des übergeordneten Gerichts übergehen zu können. Die einzige Ausnahme, die der Gerichtshof zuließ, betraf den Fall, dass das untergeordnete Gericht zuvor Fragen gestellt hatte, die „sachlich mit Fragen identisch wären, die das letztinstanzliche Gericht bereits vorgelegt hat“ [6].

21. Durch das Urteil Rheinmühlen I wurde auf diese Weise eine Art dezentralisierte Kontrolle der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht eingeführt, aber nicht gegenüber Normen, sondern gegenüber gerichtlichen Entscheidungen. Instanzgerichte, deren Entscheidungen durch das übergeordnete Gericht aufgehoben wurden, konnten nämlich unter Berufung auf diese Rechtsprechung in Fällen, in denen die Angelegenheit an sie zurückverwiesen wurde, die Aufhebung ignorieren, wenn sie ihrer Meinung nach gegen das Recht der Union verstieß. In dem Konflikt zwischen der nationalen Verfahrensautonomie und der Möglichkeit, den Vorrang des europäischen Rechts durchzusetzen, die auf diese Weise wieder eröffnet wurde, wurde Letzterer der Vorzug gegeben [7].

22. Eine automatische Übertragung des Urteils Rheinmühlen I würde zur Verneinung der dritten Frage führen und sofort zur

5 — Urteil Rheinmühlen I, Randnr. 4.

6 — Ebd.

7 — So wurde das Urteil von Anfang an ausgelegt, wie sich den damaligen Kommentaren von Bebr, G., *Europarecht*, 1974, S. 354; Winter, A., *Common Market Law Revew*, 1974, S. 210; Hartley, T., Article 177 EEC: appeals against an order to refer, *European Law Review*, 1975, S. 48, entnehmen lässt.

Beantwortung der übrigen Fragen überleiten. Das Urteil Rheinmühlen I ist jedoch eine Entscheidung, die vor allem prozessualen und historischen Umständen geschuldet ist, die sich von denen des vorliegenden Falls stark unterscheiden. Eine gewissermaßen nur in eine Richtung gehende und ausschließlich auf den Vorrang zentrierte Auslegung birgt die Gefahr, diesen Wandel zu übersehen.

B — *Die letztinstanzlichen nationalen Gerichte und die Neubestimmung ihrer Stellung bei der Anwendung des Rechts der Union sowie ihre Verantwortung im Rahmen dieser Tätigkeit*

23. Mit der Zunahme des Unionsrechts, begleitet von der Zuweisung der Verantwortung der Auslegung und Anwendung dieser Rechtsordnung an die nationalen Gerichte, sind die obersten Gerichte der Mitgliedstaaten zum Schlussstein der gerichtlichen Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den nationalen Gerichten geworden. Berücksichtigt man ferner, dass nach den sukzessiven Änderungen der Gründungsverträge eine unmittelbare Anrufung des Gerichtshofs gegen Entscheidungen der nationalen Gerichte weder vorgesehen ist noch in Erwägung gezogen wird, so ist es offensichtlich, dass die obersten Gerichte der Mitgliedstaaten maßgebliche Akteure bei der Überwachung der rechtskonformen Anwendung des Unionsrechts sind. Diese Zuweisung von Zuständigkeiten an die obersten nationalen Gerichte fand in einem Kontext statt, in dem sich gleichzeitig ihre Pflicht erweiterte, über die rechtskonforme Anwendung des Unionsrechts zu wachen und die Rechte, die diese Rechtsordnung den Bürgern verleiht, zu garantieren.

24. In diesem Sinne ist meiner Ansicht nach das Urteil Köbler [8] auszulegen, durch das die Haftung der Mitgliedstaaten für richterliche Handlungen sogar in den Mitgliedstaaten begründet wurde, die einen Entschädigungsanspruch gegenüber Gerichten nicht kannten [9]. Parallel zu dieser Entwicklung hat der Gerichtshof auf Betreiben der Kommission in der Rechtssache Kommission/Italien den andauernden Widerstand beider gegen die Einleitung bzw. die Durchführung von Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten wegen Urteilen ihrer nationalen Gerichte gebrochen [10]. Sowohl in der Rechtssache Köbler als auch in der Rechtssache Kommission/Italien richtete der Gerichtshof sein Augenmerk auf die letztinst anzlichen Gerichte, die er als Hauptakteure identifizierte, denen die Aufgabe zukommt, das Unionsrecht einzuhalten und für seine Einhaltung Sorge zu tragen [11]. Ebenso ist es bei der Anwendung dieser Mittel von besonderer Bedeutung, ob diese Gerichte dem Gerichtshof eine Vorlagefrage gestellt haben oder nicht und wie

8 — Urteil Köbler.

9 — Vgl. insoweit die Untersuchung von Generalanwalt Léger in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Köbler zum Einfluss der Haftung des Staats für die Handlungen seiner Gerichte in den Mitgliedstaaten (Nrn. 77 bis 86).

10 — Urteil vom 9. Dezember 2003 (C-129/00, Slg. 2003, I-4637).

11 — Urteile Köbler, Randnrn. 34 und 35, und Kommission/Italien, Randnr. 32.

gegebenenfalls die CILFIT-Rechtsprechung [12] angewandt wurde.

25. Ferner ist anzumerken, dass die Mitgliedstaaten Garantien entwickelt haben, die dazu beitragen, dass die letztinstanzlichen Gerichte zur Rechenschaft gezogen werden, wenn sie Urteile unter Umgehung des Gerichtshofs erlassen. In diesem Sinne haben die Verfassungsgerichte mehrerer Mitgliedstaaten, wenn auch in unterschiedlichem Grade, die Direktklagen zum Schutz von Grundrechten neu ausgestaltet, zuerst in der Bundesrepublik Deutschland [13], später in Österreich [14] und Spanien [15] und neuerdings in der Tschechischen Republik [16] und der Slowakei [17]. So trifft in einigen Mitgliedstaaten die wachsende Verantwortung der obersten Gerichte nicht nur beim Gerichtshof auf Kontrollmechanismen, sondern auch bei ihren eigenen Verfassungsgerichten, die in wachsendem Maß das Unionsrecht verinnerlichen, um es in ihren verfassungsrechtlichen Beurteilungsmaßstab zu integrieren.

26. Schließlich ist eine weitere Entwicklung in der Rechtsprechung hervorzuheben, die auf den ersten Blick nicht auf der bisher angesprochenen Linie liegt, aber ebenso ein mit dieser bisherigen Entwicklung schlüssiges Ergebnis darstellt. Im Urteil Kühne & Heitz [18] hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein nationaler Verwaltungsakt, der durch ein letztinstanzliches Urteil bestätigt wurde, dessen Auslegung des Unionsrechts sich später infolge einer Entscheidung des Gerichtshofs aber als unrichtig erwies, nicht abgeändert werden muss. Damit wird dem unionsrechtlichen Grundsatz der Rechtssicherheit, der die Rechtskraft nationaler Urteile schützt, Vorrang eingeräumt [19]. Im Urteil in der Rechtssache Kapferer ging er einen Schritt weiter, als er diesen Ansatz auf eine von einem untergeordneten Gericht erlassene rechtskräftige Entscheidung anwandte [20]. Im letztgenannten Fall hat der Gerichtshof in aller Klarheit zum Ausdruck gebracht, dass „das Gemeinschaftsrecht es einem nationalen Gericht nicht [gebietet], von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine

12 — Urteil vom 6. Oktober 1982, CILFIT (283/81, Slg. 1982, 3415). Zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den Kontext der Haftung des Staates und der Rechtsverletzungen durch die Gerichte vgl. das Urteil Köbler, Randnr. 35, bzw. das Urteil vom 12. November 2009, Kommission/Spanien (C-154/08, nicht veröffentlicht, Randnrn. 64 und 65).

13 — Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Oktober 1986, BVerfGE 73, 339, das durch das Urteil vom 31. Mai 1990, BVerfGE 82, 159, bestätigt wurde.

14 — Urteil des Verfassungsgerichts vom 11. Dezember 1995, B 2300/95 WBl 1996, 24.

15 — Urteil des Verfassungsgerichts 58/2004, das durch das Urteil 194/2006 bestätigt wurde.

16 — Beschlüsse des Verfassungsgerichts vom 30. Juni 2008, IV. ÚS 154/08, und vom 24. Juli 2008, III. ÚS 2738/07, die durch das Urteil vom 8. Januar 2009, II. ÚS 1009/08 bestätigt wurden.

17 — Beschlüsse des Verfassungsgerichts vom 29. Mai 2007, III. ÚS 151/07, und vom 3. Juli 2008, IV ÚS 206/08.

18 — In Fn. 2 angeführt.

19 — Der Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass das Recht der Union der Rücknahme eines Verwaltungsakts nicht entgegensteht, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind: wenn a) die Behörde nach nationalem Recht befugt ist, diese Entscheidung zurückzunehmen, b) die Entscheidung infolge eines Urteils eines in letzter Instanz entscheidenden nationalen Gerichts bestandskräftig geworden ist, c) das Urteil, wie eine nach seinem Erlass ergangene Entscheidung des Gerichtshofes zeigt, auf einer unrichtigen Auslegung des Gemeinschaftsrechts beruht, die erfolgt ist, ohne dass der Gerichtshof um Vorabentscheidung ersucht wurde, obwohl der Tatbestand des Art. 234 Abs. 3 EG erfüllt war, und d) der Betroffene sich, unmittelbar nachdem er Kenntnis von der besagten Entscheidung des Gerichtshofs erlangt hat, an die Verwaltungsbehörde gewandt hat.

20 — Urteil vom 16. März 2006, Kapferer (C-234/04, Slg. 2006, I-2585).

Entscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch ein Verstoß dieser Entscheidung gegen Gemeinschaftsrecht abgestellt werden könnte“ [21]. Im Laufe der Zeit wurde diese Rechtsprechung bestätigt, u. a. in den Rechtssachen i-21 Germany und Arcor, Kempter sowie Fallimento Olimpiclub [22]. Von dieser Rechtsprechungslinie scheint eine Ausnahme nur gemacht zu werden, wenn die europäische Bestimmung, deren Vorrang geltend gemacht wird, im Rahmen einer ausschließlichen Zuständigkeit der Union erlassen wurde [23].

27. Diese Rechtsprechung zeigt, kurz gesagt, wie die unionsrechtlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und der institutionellen Autonomie die Funktionsfähigkeit des Vorrangs des Unionsrechts unter Umständen konditionieren können. Zwar scheint diese Beurteilung zu der Rechtsprechung in Urteilen wie Köbler und Kommission/Italien im Widerspruch zu stehen, doch in Wirklichkeit ist sie nichts anderes als die Kehrseite derselben Medaille. In dem Maße, in dem die letztinstanzlichen Gerichte beginnen, unmittelbar für ihre unionsrechtswidrigen Entscheidungen zu haften, verliert die Preisgabe der Rechtssicherheit und der nationalen Verfahrensautonomie zugunsten der Gewährleistung der Effektivität des Rechts der Union an Bedeutung. Insbesondere erscheint es nicht ebenso notwendig, dass ein Instanzgericht die Möglichkeit eröffnet sieht, zum Schutz der Effektivität des Rechts der Union die interne Hierarchie zu übergehen, denn u. a. kann der Träger der von diesem verliehenen Rechte nunmehr Schadensersatzansprüche wegen einer gerichtlichen Handlung geltend machen (Köbler), und hätte, wenn es das innerstaatliche Recht zulässt, auch die Möglichkeit, den Verwaltungsakt, der durch das rechtswidrige Urteil bestätigt wurde, von Amts wegen überprüfen zu lassen (Kühne & Heitz). Selbst das Vertragsverletzungsverfahren kann nunmehr dem Schutz des Beteiligten dienen, der eine fehlerhafte Auslegung des Unionsrechts durch das oberste Gericht erlitten hat (Kommission/Italien), insbesondere in Fällen, in denen die Mitgliedstaaten außerordentliche Rechtsbehelfe zur Aufhebung bestandskräftiger Entscheidungen vorsehen, die der Gerichtshof im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens für rechtswidrig erklärt hat [24].

28. In dem Maße, wie ein oberstes nationales Gericht sich gegenüber dem Rechtsbürger im Rahmen der vom Unionsrecht vorgeschriebenen Abhilfemöglichkeiten verantworten muss, verliert es an Sinn, dass die untergeordneten Gerichte, die eine möglicherweise gegen das Recht der Union verstoßende, aber

21 — Ebd., Randnr. 21.

22 — Urteile vom 19. September 2006, i-21 Germany und Arcor (C-392/04 und C-422/04, Slg. 2006, I-8559), vom 12. Februar 2008, Willy Kempter (C-2/06, Slg. 2008, I-411), und vom 3. September 2009, Fallimento Olimpiclub (C-2/08, Slg. 2009, I-7501).

23 — Urteil vom 18. Juli 2007, Lucchini (C-119/05, Slg. 2007, I-6199).

24 — Vgl. Alemanno, A., La responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per le violazioni commesse dai giudici di ultima istanza, in Spitalero, F., *Il risarcimento dei danni causati da sentenze definitive*, in *L'incidenza del Diritto Comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, Mailand, 2009, S. 65 bis 72.

rechtskräftige Entscheidung des übergeordneten Gerichts anwenden müssen, ihre Befugnis bewahren, sie auch dort unbeachtet zu lassen, wo es ihr innerstaatliches Recht es ihnen nicht erlaubt. Meiner Ansicht nach erlangt die Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten, insbesondere im Hinblick auf so sensible Aspekte wie die soeben besprochenen, ihre Daseinsberechtigung wieder, wenn die Effektivität des Rechts der Union zunehmend durch andere Verfahren geschützt wird.

29. Eine abschließende Betrachtung verdient der Anstieg der Arbeitsbelastung des Gerichtshofs. Die große Zahl der Vorabentscheidungsersuchen, die bei ihm eingehen, sowie die Einführung von Eilverfahren zur Entscheidung innerhalb sehr kurzer Fristen lassen die Notwendigkeit, dass unsere Rechtsprechung Funktionen mit den nationalen Gerichten teilt, vielleicht noch dringlicher werden. Die Einführung europäischer Rechtsmittel bei den nationalen Gerichten, wie im Rahmen der Haftung der Staaten oder der Grundsätze der Effektivität und der Gleichwertigkeit, stellt eine Option dar, die die Zusammenarbeit des Gerichtshofs und der nationalen Gerichte stärkt und fördert. Auf der anderen Seite lässt die zunehmende Zahl der Mitgliedstaaten zusammen mit dem immer häufigeren und unmittelbareren Kontakt des Bürgers mit der europäischen Rechtsordnung das Bestreben, dem Gerichtshof die Auslegung des Rechts der Union allein zu überlassen, immer unrealistischer erscheinen [25]. Paradoxerweise kann das Urteil Rheinmühlen I, das ein Produkt seiner Zeit und seines Kontexts ist, insofern möglicherweise der Effektivität der Rechtsordnung letztlich eher entgegenstehen, als dass es sie sicherstellt. Dies ist umso mehr der Fall, als dass Herr Elchinov nach den Umständen des Falls andere gerichtliche Verfahren wählen kann, die ihm das Recht der Union darüber hinaus gewährleistet.

30. In der vorliegenden Rechtssache wird besonders augenfällig, dass für ein Begehren wie das von Herrn Elchinov nunmehr anders als in der Rechtssache Rheinmühlen I effektive und alternative Verfahren zur Verfügung stehen. Wenn der Administrativen sad Sofia grad nach der Rückverweisung des Verfahrens durch das Oberste Verwaltungsgericht ein klageabweisendes Urteil erlassen würde, hätte Herr Elchinov die Möglichkeit, gegenüber dem Mitgliedstaat einen Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung des Unionsrechts geltend zu machen. Im Verlauf dieses Prozesses könnte das nationale Gericht dem Gerichtshof ein Vorabentscheidungsverfahren vorlegen, um festzustellen, ob ein offensichtlicher Rechtsfehler im Sinne seiner

25 — Vgl. auf derselben Linie die Schlussanträge von Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache Wiener vom 10. Juli 1997 (C-338/95, Slg. 1997, I-06495, Nrn. 40 ff.), und von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Gaston-Schul vom 30. Juni 2005 (C-461/03, Slg. 2005, I-10513, Nrn. 80 bis 87).

Rechtsprechung begangen wurde [26]. Wird der Verstoß festgestellt, erlässt das vorlegende Gericht ein Urteil und entschädigt den Kläger letzten Endes in ähnlicher Weise, wie dies aufgrund der Rechtsprechung Rheinmühlen I der Fall gewesen wäre. Schließlich lässt sich für den Fall, dass die Gerichte nicht effektiv über Schadensersatzansprüche entscheiden, feststellen, dass auf jeden Fall die subsidiäre Abhilfe des Vertragsverletzungsverfahrens besteht, das der Bürger durch eine Beschwerde bei der Kommission anregen kann. [27]

31. Schließlich steht heutzutage im Gegensatz zu den siebziger Jahren fest, dass die Rechtsordnung der Union eine Reife erlangt hat, die es ihr erlaubt, ihre praktische Effizienz gegenüber den nationalen Gerichten mit weniger nachhaltigen Auswirkungen auf die Autonomie der innerstaatlichen Gerichte sicherzustellen, als dies in der Rechtssache Rheinmühlen I zweifellos der Fall war. Daher scheint der Zeitpunkt gekommen zu sein, diese Rechtsprechung zu überdenken.

32. Nach den vorstehenden Ausführungen räume ich ein, dass der Vorschlag, den ich dem Gerichtshof unterbreite, seinen Preis hat. Entzieht man den Gerichten die sich aus dem Urteil Rheinmühlen I ergebenden Befugnisse, könnten sie daran gehindert sein, dem Rechtsbürger eine sofortige Lösung zu vermitteln, und ihn dadurch zwingen, in einem langwierigen und kostspieligen Verfahren eine Schadensersatzklage zu erheben, die gelegentlich einen ungünstigen Ausgang haben kann. Dieser Nachteil würde sich jedoch nicht wesentlich von dem unterscheiden, den jeder hinnehmen muss, der einen rein innerstaatlichen Rechtsstreit führt und gegen den ein letztinstanzliches Gericht unter Anwendung des nationalen Rechts ein fehlerhaftes und schädliches Urteil erlässt. Unter diesen Voraussetzungen sieht sich der Rechtsbürger, dessen Situation mit dem Recht der Union nichts zu tun hat, gezwungen, auf dieselbe Weise Schadensersatzansprüche geltend zu machen wie Herr Elchinov, wenn der Zeitpunkt gekommen ist, die Rechte geltend zu machen, die ihm die Union verleiht. Angesichts dessen, dass der Gerichtshof festgestellt hat, dass die Erfordernisse des Vorrangs gelegentlich hinter den Grundsatz der Rechtssicherheit zurücktreten müssen, erscheint mir die von mir vorgeschlagene Lösung besser im Einklang nicht nur mit der aktuellen Rechtsprechung zu stehen, sondern auch mit dem internen Aufbau der Justiz in den Mitgliedstaaten, dessen Struktur und

26 — Vgl. u. a. die Urteile vom 19. November 1991, Francovich u. a. (C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Randnr. 35), vom 5. März 1996, Brasserie du pêcheur und Factortame (C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 31), vom 26. März 1996, British Telecommunications (C-392/93, Slg. 1996, I-1631, Randnr. 38), vom 23. Mai 1996, Hedley Lomas, C-5/94 (Slg. 1996, I-2553, Randnr. 24), vom 8. Oktober 1996, Dillenkofer u. a. (C-178/94, C-179/94 und C-188/94 bis C-190/94, Slg. 1996, I-4845, Randnr. 20), und vom 2. April 1998, Norbrook Laboratories (C-127/95, Slg. 1998, I-1531, Randnr. 106).

27 — Vgl. beispielsweise zu einem ähnlichen Fall wie dem von Herrn Elchinov die gegenwärtig anhängige Rechtssache C-211/08, Kommission/Spanien, ein Vertragsverletzungsverfahren infolge der Beschwerde eines französischen Staatsbürgers, Herrn Chollet, der in Spanien wohnt und dem spanischen Sozialversicherungssystems angeschlossen ist. Nach einem Krankenhausaufenthalt von Herrn Chollet in Frankreich während eines Aufenthalts dort hatte der zuständige spanische Träger dessen Antrag auf Erstattung des Teils der Kosten abgelehnt, den der Träger des Aufenthaltsorts ihm nach den französischen Rechtsvorschriften auferlegt hatte (sogenanntes „ticket modérateur“, Selbstbeteiligung), woraufhin es zu der Beschwerde bei der Kommission und dem Vertragsverletzungsverfahren kam.

Gleichgewicht nicht unnötigerweise verändert werden dürfen.

33. Ebenso könnte man einwenden, dass der Vorrang nach unserer Rechtsprechung eine Ausnahme nur zulässt, wenn ein nationales Urteil rechtskräftig wird, wie dies in den Rechtssachen Kühne & Heitz oder Kapferer, nicht aber in der vorliegenden Sache, der Fall war. Dieses Argument hat aber nur bei einer sehr formalen Betrachtungsweise der Rechtskraft Sinn, was nicht mit der Sichtweise vereinbar ist, die der Gerichtshof in seiner neuesten Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht hat. Wie sich aus den angeführten Urteilen Kühne & Heitz wie auch Kapferer, Kempter, i-21 Germany und Arcor sowie erst kürzlich Fallimento Olimpiclub, ergibt, hängt die Beurteilung der Rechtskraft einer nationalen gerichtlichen Entscheidung durch den Gerichtshof stark von den konkreten Umständen des Falls ab. Wie Generalanwalt Mazák in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Fallimento Olimpiclub anmerkte, spiegelt diese Rechtsprechung das Erfordernis wider, eine Abwägung aufgrund der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Falls vorzunehmen [28]. Ein solcher Ansatz, der die Besonderheiten des nationalen Rahmens berücksichtigt, stellt genau das dar, was das Urteil Rheinmühlen I nicht zulässt: den Instanzrichter zur Nichtanwendung einer ihn unmittelbar bindenden gerichtlichen Entscheidung eines obersten Gerichts zu veranlassen. Das Urteil Rheinmühlen I schließt für die Berücksichtigung von Faktoren wie Stabilität der rechtlichen Beziehungen, Rechtskraft von Urteilen oder Rechtssicherheit jeden Handlungsspielraum aus [29]. Folglich bedürfen die Feststellung der Rechtskraft in einer nationalen Rechtsordnung und ihre Beziehung zur Rechtsordnung der Union einer näheren Erörterung unter gleichzeitiger Berücksichtigung der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten.

34. Um auf den vorliegenden Fall zurückzukommen: Gegen ein Urteil des Obersten Verwaltungsgerichts Bulgariens ist kein Rechtsmittel gegeben. Es kann aber den Fall an das Instanzgericht zurückverweisen, damit eine neue Prüfung vorgenommen wird, in der nur Tatsachen neu beurteilt werden können. Es besteht kein Zweifel daran, dass der Rechtsstreit durch das Urteil des obersten Gerichts beendet wurde, ohne dass dies in Frage gestellt werden könnte, nicht einmal im Rahmen eines außerordentlichen Rechtsmittels beim Verfassungsgericht [30]. Darüber hinaus ergibt sich aus berufenen Kommentaren zur Materie, dass das oberste Gericht an seine rechtliche Beurteilung gebunden ist, wenn das Instanzurteil erneut bei ihm angefochten

28 — Schlussanträge vom 24. März 2009, Nr. 54.

29 — Dieselbe auf die konkreten Umstände der jeweiligen Rechtsordnung konzentrierte Sichtweise hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Prüfung des Rechts der Union von Amts wegen eingenommen. Vgl. hierzu die Urteile vom 14. Dezember 1995, Van Schijndel und Van Veen (C-430/93 und C-431/93, Slg. 1995, I-4705), Peterbroeck (C-312/93, Slg. 1995, I-4599), und vom 25. November 2008, Heemskerk und Schaap (C-455/06, Slg. 2008, I-8763).

30 — Das bulgarische Verfassungsgericht (Art. 49 der bulgarischen Verfassung) entscheidet nicht über unmittelbar von Privaten eingelegte Rechtsmittel zum Schutz von Grundrechten.

wird [31]. Folglich kann von dem Zeitpunkt an, zu dem das oberste Gericht in Jahr 2008 das in Rede stehende Urteil erließ, gesagt werden, dass es materiell, wenn auch nicht formell, rechtskräftig war. Sein Inhalt war daher unveränderlich, und das bulgarische Verfahrensrecht verleiht seinen rechtlichen Beurteilungen die Stabilität eines rechtskräftigen Urteils. Ich bin der Ansicht, dass es für eine rechtliche Stabilität, die einen ganz besonderen Schutz verdient, ausreicht, dass eine Entscheidung wie die vorliegende im Hinblick auf ihre Rechtsgründe nicht angefochten werden kann.

35. Schließlich könnte man möglicherweise rügen, dass dieser Vorschlag nicht vollständig mit der Lösung im Einklang steht, für die sich der Gerichtshof in der Rechtssache Cartesio entschieden hat [32]. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es bei dieser Entscheidung um eine andere Problematik ging und dass sie darüber hinaus einen völlig anderen prozessualen Zeitpunkt als den im vorliegenden Fall in Rede stehenden betrifft. Bekanntlich wurde das Urteil Rheinmühlen II [33] hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Vorabentscheidungsersuchen durch das Urteil Cartesio nuanciert [34]. In jener Entscheidung, die wenige Wochen nach dem Urteil Rheinmühlen I und im Rahmen desselben nationalen Rechtsstreits erging, wurde festgestellt, dass es Art. 267 AEUV (damals Art. 177 EWG) nicht ausschließt, dass gegen die Entscheidung eines Instanzgerichts, mit der dieses um Vorabentscheidung ersucht, „die normalen Rechtsmittel des innerstaatlichen Rechts gegeben sind". Im Urteil Cartesio wurde dieses Ergebnis unter Anführung des Urteils Rheinmühlen nuanciert und festgestellt, dass die durch Art. 267 AEUV eingeräumte Befugnis, den Gerichtshof anzurufen, „in Frage gestellt [wäre], wenn das Berufungsgericht dadurch, dass es die Entscheidung, mit der das Vorabentscheidungsersuchen beschlossen wird, abändert, außer Kraft setzt und dem Gericht, das diese Entscheidung erlassen hat, aufgibt, das ausgesetzte Verfahren fortzusetzen, das vorlegende Gericht daran hindern könnte, von der ihm durch den Vertrag eingeräumten Befugnis zur Anrufung des Gerichtshofs Gebrauch zu machen" [35]. In dem Urteil wird weiter ausgeführt, dass es Sache des erstinstanzlichen Gerichts ist, „die Konsequenzen aus dem Urteil über das Rechtsmittel gegen die Entscheidung, mit der das Vorabentscheidungsersuchen beschlossen wird, zu ziehen und gegebenenfalls festzustellen, dass sein Vorabentscheidungsersuchen aufrechtzuerhalten, abzuändern oder zurückzuziehen ist" [36].

36. Es springt vor allem ins Auge, dass die Problematik der Unanfechtbarkeit von Vorabentscheidungsbeschlüssen und ihrer

31 — Пенчев К., Тодоров И., Ангелов Г. И Йорданов Б., *Административнопроцесуален кодекс — Коментар*, Първо издание, София 2006, чл. 224, ал. 2.

32 — Urteil vom 16. Dezember 2008, Cartesio (C-210/06, Slg. 2008, I-9641).

33 — Urteil vom 12. Februar 1974, Rheinmühlen II (146/73, Slg. 1974, 139).

34 — Vgl. hierzu Alonso García, R., Cuestión prejudicial comunitaria y autonomía procesal nacional: a propósito del asunto Cartesio, *Revista Española de Derecho Europeo*, Nr. 30, 2009, S. 209 bis 211, und Barbato, J.-C., Le droit communautaire et les recours internes exercés contre les ordonnances de renvoi, *Revue Trimestrielle de Droit européen*, Nr. 2, 2009, S. 280 ff.

35 — Urteil Cartesio, Randnr. 95.

36 — Ebd., Randnr. 96.

möglichen Folgen auf Besonderheiten zurückzuführen ist, die sich von den Gegebenheiten der vorliegenden Rechtssache stark unterscheiden. Der Bezugsrahmen des jeweiligen Falls unterscheidet sich substanziell, denn das Urteil Cartesio betrifft das, was wir als die aufsteigende Phase eines Rechtsstreits bezeichnen können, d. h. die Phase seines natürlichen Entstehens von seinem Beginn in der ersten Instanz bis zu seiner Beendigung durch ein Urteil, gegen das kein Rechtsmittel gegeben ist. Der vorliegende Fall hingegen dreht sich um das, was wir als die — eventuell — absteigende Phase des Prozesses bezeichnen können, nachdem ein endgültiges Urteil erlassen wurde und das Verfahren lediglich an die erste Instanz zurückverwiesen wird, um einer rechtlichen Entscheidung nachzukommen, deren Inhalt nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

37. Das Ergebnis, das hier vorgeschlagen wird, bedeutet nicht, dass das Urteil Rheinmühlen I seine Daseinsberechtigung verlieren muss. Im Gegenteil, meiner Meinung nach behält diese Rechtsprechung ihre volle Geltung, wenn es während der aufsteigenden Phase eines Rechtsstreits zu Interferenzen kommt, die es erforderlich machen, dass ein erstinstanzliches Gericht die Hinweise des ihm übergeordneten Gerichts unbeachtet lässt. Den paradigmatischen Fall stellt die Anfechtung eines Vorabentscheidungsbeschlusses wie im Urteil Cartesio dar. Unter diesen Umständen ist das Festhalten am Urteil Rheinmühlen I gerechtfertigt, und es ist kein Zufall, dass es in Randnr. 94 des Urteils Cartesio zitiert und wiedergegeben wird. In einem solchen Fall, in der aufsteigenden Phase eines Rechtsstreits, in dem das Recht der Union Anwendung findet, muss das Urteil Rheinmühlen I als Werkzeug in den Händen des erstinstanzlichen Gerichts dienen, das durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs in diesem Augenblick einen besonderen Schutz erfährt [37].

38. Folglich schlage ich dem Gerichtshof aus den zuvor dargelegten Gründen vor, für Recht zu erkennen, dass das Recht der Union dahin auszulegen ist, dass es ihm nicht zuwiderläuft, dass ein erstinstanzliches Gericht wie im vorliegenden Fall der Administrativen sad Sofia grad im Verlauf eines Prozesses, in dem es bereits ein erstes Urteil erlassen hat, nach Zurückverweisung der Sache nach der innerstaatlichen Rechtsordnung verpflichtet ist, die Hinweise in einem Kassationsurteil eines übergeordneten Gerichts, das in demselben Prozess ergangen ist, zu berücksichtigen.

39. Schließt sich der Gerichtshof diesem Vorschlag an, wären die übrigen materiellen Vorlagefragen gegenstandslos, denn sie alle gehen von der Voraussetzung aus, dass das vorlegende Gericht nicht notwendig dem Urteil des Obersten Verwaltungsgerichts Bulgariens folgen muss. Folgerichtig müsste der Gerichtshof in diesem Fall diese Fragen in

37 — Etwas anderes ist die Anwendung der Rechtsprechung Rheinmühlen I, wenn ein neues Verfahren eingeleitet wird, das nicht von der formalen Rechtskraft des Urteils des übergeordneten Gerichts berührt wird. Dies war der Fall in der Rechtssache ERG (Urteil vom 9. März 2010, C-378/08, Slg. 2010, I-1919), in dem der Gerichtshof sich auf das angeführte Urteil berief, jedoch in einem Kontext, in dem die Parteien gegen andere Verwaltungsakte als diejenigen, die Gegenstand eines zuvor rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens gewesen waren, erneut klagten.

Anwendung seiner Rechtsprechung für unzulässig erklären [38].

40. Für den Fall jedoch, dass der Gerichtshof sich diesem Vorschlag nicht anschließt, sind die übrigen sechs materiellrechtlichen Fragen zu untersuchen, die, wie bereits ausgeführt, die von Herrn Elchinov empfangenen grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen betreffen.

V — Zur Beantwortung der Fragen in der Sache

41. Um eine sachdienliche Antwort geben zu können, müssen die Fragen des Administrativen sad Sofia grad neu geordnet werden. Erstens ist die Vereinbarkeit des bulgarischen Systems der vorherigen Genehmigung zur Erlangung medizinischer Hilfe im Ausland mit dem Vertrag und Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 zu prüfen. Zweitens ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen dieses Art. 22 vorliegen, wobei das Augenmerk zu richten ist auf den Grad der Konkretisierung der bulgarischen Gesetze bei der Regelung des Umfangs der Leistung, die Folgen der materiellen Unmöglichkeit ihrer Erbringung in Bulgarien und die Möglichkeit, eine wirksame Alternativbehandlung anzubieten, selbst wenn diese weniger effizient und nachhaltig ist. Drittens wird die Erstattungsregelung untersucht, die anwendbar wäre, wenn Herr Elchinov die Voraussetzungen für den Empfang der Leistung in Deutschland erfüllen sollte. Schließlich ist zu den Befugnissen des nationalen Gerichts Stellung zu nehmen, falls festgestellt wird, dass der Kläger einen Anspruch auf die Erstattung hat.

A — *Zur vorherigen Genehmigung als Voraussetzung für die Erstattung der Ausgaben für medizinische Hilfe im Ausland (fünfte Frage)*

42. Mit der fünften Frage fragt das vorlegende Gericht nach der Vereinbarkeit eines Systems der vorherigen Genehmigung für die Inanspruchnahme medizinischer Hilfe in einem anderen Mitgliedstaat mit dem Recht der Union. Da Herr Elchinov in Deutschland behandelt wurde, *nachdem* er die Genehmigung beantragt hatte, aber *bevor* sie erteilt wurde, stellt sich die Frage, ob eine Regelung wie die in Art. 36 des bulgarischen Pflichtversicherungsgesetzes mit Art. 56 des AEUV und der Verordnung Nr. 1408/71 vereinbar ist.

43. Die Staaten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, haben einen zum Teil übereinstimmenden Standpunkt eingenommen. Auf der einen Seite sind sie sich darüber einig, dass die Rechtsprechung des

38 — Vgl. u. a. die Urteile vom 16. Dezember 1981, Foglia (244/80, Slg. 1981, 3045, Randnr. 21), vom 3. Februar 1983, Robards (149/82, Slg. 1983, 171, Randnr. 19), und vom 16. Juli 1992, Meilicke (C-83/91, Slg. 1992, I-4871, Randnr. 25).

Gerichtshofs es den Mitgliedstaaten gestattet, ein System der vorherigen Genehmigung für den Empfang medizinischer Hilfe einzuführen, die einen Krankenhausaufenthalt erforderlich macht. Während jedoch Spanien und Bulgarien die Auffassung vertreten, dass die bulgarische Regelung, die jede Erstattung kategorisch ausschließt, wenn keine Genehmigung beantragt wurde, nicht im Gegensatz zum Recht der Union steht, kommen die Kommission sowie die Regierungen der Tschechischen Republik und Polens zum entgegengesetzten Ergebnis.

44. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich ohne Weiteres aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

45. In den Urteilen Decker und Kohll [39] hat der Gerichtshof festgestellt, dass eine nationale Regelung, die „die Erstattung von Kosten, die in [einem anderen] Mitgliedstaat angefallen sind, von einer vorherigen Genehmigung abhängig [macht], und … sie den Versicherten [versagt], die keine Genehmigung haben, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt, da sie die Sozialversicherten davon [abhält], sich an ärztliche Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden“ [40]. Nach Prüfung der Rechtfertigungsgründe ist der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, dass ein System der vorherigen Genehmigung weder mit den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit noch mit den Art. 52 und 62 AEUV vereinbar oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt war.

46. Diese wichtige Feststellung, die eine bereits in den beiden Urteilen Pierik [41] angelegte Entwicklung bestätigte, implizierte zwei wichtige Präzisierungen. Einerseits bestätigte sie, den Schlussanträgen von Generalanwalt Tesauro [42] folgend, die Möglichkeit, Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 im Licht der Verträge oder diese unmittelbar anzuwenden, wenn eine Berufung auf die Verordnung nicht möglich ist [43]. Auf der anderen Seite wurde als Ergebnis des Vorstehenden festgestellt, dass es sich sowohl bei öffentlichen wie privaten Gesundheitsdienstleistungen um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt, die unter die Bestimmungen über die Freizügigkeit fallen [44].

47. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass beide Urteile Leistungen betrafen, die keine Krankenhausunterbringung erforderten, sondern ambulante Behandlungen, deren Organisation und Kosten nicht mit denen vergleichbar waren, die eine Krankenhauseinweisung erfordert. Und genau im Hinblick auf den letztgenannten Fall hat der Gerichtshof in den Urteilen Smits-Peerbooms und

39 — Urteile vom 28. April 1998 (C-120/95, Slg.1998, I-1831), und vom 28. April 1998 (C-158/96, Slg. 1998, I-1931).

40 — Urteil Decker, Randnrn. 35 und 36, und Urteil Kohll, Randnrn. 34 und 35.

41 — Urteil vom 16. März 1978 (117/77, Slg. 1978, 825), und vom 31. Mai 1979 (182/78, Slg. 1978, 1977).

42 — Nrn. 17 bis 24 sowie Nr. 32 der gemeinsam am 16. September 1997 in den Rechtssachen Decker und Kohll verlesenen Schlussanträge.

43 — Urteil Decker, Randnrn. 22 bis 25, und Urteil Kohll, Randnrn. 20 bis 21.

44 — Urteil Kohll, Randnrn. 31 bis 35. Diese Präzisierung hatte der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 31. Januar 1984, Luisi und Carbone (286/82 und 26/83, Slg. 1984, 377), angekündigt, ohne sie aber bis zum Urteil Kohll auf den Gesundheitssektor anzuwenden.

Müller-Fauré [45], die kurz nach den Urteilen Decker und Kohll ergingen, festgestellt, dass „die medizinischen Leistungen, die in einer Krankenanstalt erbracht werden, … im Vergleich zu den medizinischen Leistungen, die die frei praktizierenden Ärzte in ihrer Praxis oder in der Wohnung des Patienten erbringen, unbestreitbar Besonderheiten aufweisen“ [46]. Sodann hat er diese Besonderheiten konkretisiert und Bezug auf die Planung genommen, die diese Art von Einrichtungen erfordert, für die „die Zahl der Krankenanstalten, ihre geographische Verteilung, ihr Ausbau und die Einrichtungen, über die sie verfügen, oder auch die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können“ [47], bekannt sein muss. Im Ergebnis hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Recht der Union einem System der vorherigen Genehmigung für Krankenhausbehandlungen in einem anderen Mitgliedstaat nicht „grundsätzlich“ entgegensteht [48].

48. Zu demselben Ergebnis ist der Gerichtshof im Urteil Vanbraekel [49] gelangt, durch das den zuvor angeführten Entscheidungen ein wichtiges Element hinzugefügt wurde: Wird ein Antrag abgelehnt, ist der Antragsteller, nachdem festgestellt wurde, dass die Ablehnung gegen Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 verstößt, nicht daran gehindert, die Erstattung geltend zu machen, die ihm nach dieser Bestimmung zusteht [50]. Unter diesen Voraussetzungen kann der Sozialversicherte die Erstattung unmittelbar von dem Träger erhalten, bei dem er in seinem Wohnstaat versichert ist.

49. Angesichts der vorstehenden Ausführungen ist bei der Anwendung einer Bestimmung wie Art. 36 Abs. 1 des bulgarischen Gesetzes über die Krankenversicherung die Auslegung der Art. 56 AEUV und 22 der Verordnung Nr. 1408/71 durch den Gerichtshof zu berücksichtigen. Dies impliziert, dass das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nicht „grundsätzlich“ unvereinbar mit dem Unionsrecht ist. Es impliziert aber nicht, wie sich aus den Urteilen Smits-Peerbooms und Müller-Fauré ergibt, dass die genannte bulgarische Bestimmung jeden Zweifel ausschließt. Wenn die bulgarische Rechtsordnung eine Regelung vorsieht, die derart streng ist, dass sie die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit unmöglich oder unattraktiv macht, zwingt die angeführte Rechtsprechung dazu, ihre Vereinbarkeit mit dem Recht der Union zu verneinen.

50. Angesichts des nicht völlig eindeutigen Wortlauts der beanstandeten Vorschrift scheint eine derartige Unvereinbarkeit nicht gegeben zu sein.

45 — Urteile vom 12. Juli 2001 (C-157/99, Slg. 2001, I-5473), und vom 13. Mai 2003 (C-385/99, Slg. 2003, I-4509).

46 — Urteil Smits-Peerbooms, Randnr. 76, und Urteil Müller-Fauré, Randnr. 77.

47 — Ebd.

48 — Urteil Smits-Peerbooms, Randnr. 82 und Urteil Müller-Fauré, Randnr. 83.

49 — Urteil vom 12. Juli 2001 (C-368/98, Slg. 2001, I-5363).

50 — Urteil Vanbraekel, Randnr. 34. In demselben Sinne vgl. auch das Urteil vom 18. März 2004, Leichtle (C-8/02, Slg. 2004, I-2641, Randnr. 55), sowie die Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in dieser Rechtssache, Nr. 41.

51. Art. 36 Abs. 1 begründet für jeden Pflichtversicherten einen Anspruch „auf teilweisen oder vollen Erhalt des Wertes der Ausgaben für medizinische Hilfe im Ausland, wenn sie dafür eine Vorabgenehmigung der [Kasse] erhalten haben". Es trifft zu, dass diese Bestimmung, worauf die Kommission und Herr Elchinov hinweisen, dahin ausgelegt werden kann, dass sie eine vorherige oder nachträgliche Erstattung kategorisch untersagt, wenn die Genehmigung nicht beantragt wurde. Der Wortlaut könnte jedoch auf eine nuanciertere Auslegung hindeuten: Die Bestimmung könnte auch vorsehen, dass eine Erstattung nur in Betracht kommt, wenn die Genehmigung vorab erteilt wurde, *da sämtliche Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 erfüllt* waren. Liest man die Bestimmung daher als Umsetzung des Art. 22 der Verordnung, kann er auch dahin ausgelegt werden, dass die Genehmigung nicht mehr erforderlich ist, wenn die Unbegründetheit der Ablehnung vom zuständigen Träger oder durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt wird.

B — *Zur Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71*

52. Bekanntlich ist die Auslegung der nationalen Gesetze Sache des vorlegenden Gerichts und nicht des Gerichtshofs. Dagegen ist der Gerichtshof befugt, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zu geben, die für eine zutreffende Anwendung des nationalen Rechts im Licht des Rechts der Union erforderlich sind. Unter diesen Umständen bin ich der Auffassung, dass Art. 56 AEUV und Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen sind, dass sie einer Bestimmung wie Art. 36 Abs. 1 des bulgarischen Gesetzes über die Krankenversicherung nicht entgegenstehen, soweit durch diese Bestimmung ein System der vorherigen Genehmigung für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat eingeführt wird, vorausgesetzt, dass sie den Antragsteller nicht daran hindert, nachträglich die Erstattung zu beantragen, wenn die Unbegründetheit der Ablehnung seines Antrags vom Träger selbst oder durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt wird.

53. Das vorlegende Gericht hat mehrere Fragen zur Auslegung der Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 gestellt, der die vorab zu erfüllenden Voraussetzungen für einen Anspruch auf Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat regelt. Auch hier findet sich die Antwort auf die verschiedenen Fragen in der Rechtsprechung des Gerichtshofs, ausschließlich gestützt auf die Verordnung, so dass der AEUV lediglich als Auslegungskanon heranzuziehen ist.

1. Zur Einbeziehung der Leistung in die Gesetze des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet der Versicherte seinen Wohnsitz hat (vierte Frage)

54. Das nationale Gericht hat Zweifel im Hinblick auf die Reichweite von Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71, dessen Unterabs. 2 bestimmt, dass die Genehmigung für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat „nicht verweigert werden [darf], wenn dieser Arbeitnehmer im Gebiet des Mitgliedstaats, in dem er wohnt, die betreffende Behandlung nicht erhalten kann". Diese Zweifel sind die Folge der vom bulgarischen Gesetzgeber getroffenen Entscheidung für eine erschöpfende Liste der von der Versicherung Herrn Elchinovs umfassten Behandlungen, in der die ihm verordnete Behandlung aber nur allgemein definiert wird.

55. An dieser Stelle nehmen die Mitgliedstaaten erneut unterschiedliche Standpunkte ein, wenngleich sie sich übereinstimmend auf ihre Zuständigkeit für die Festlegung der spezifischen Leistungen berufen, zu denen die Beitragszahler der Sozialversicherung Zugang haben. Ausgehend von diesem gemeinsamen Standpunkt heben die Regierungen der Tschechischen Republik und Finnlands die Notwendigkeit hervor, dass ein Listensystem, wie es Bulgarien eingeführt hat, nicht diskriminierend sein darf. Das Königreich Spanien besteht wiederum auf der Notwendigkeit, dass die Kategorien hinreichend spezifisch sein müssen und nicht zu Rechtsunsicherheit führen dürfen. Die Regierung Polens spricht sich für eine restriktive Auslegung von Art. 22 Abs. 2 aus, während die Regierung Griechenlands und die Kommission eine großzügigere Lesart der Bestimmung befürworten und die Auffassung vertreten, dass die bulgarischen Vorschriften so anzuwenden seien, dass sie den Dienstleistungsempfänger nicht benachteiligten.

56. In den Urteilen Smits-Peerbooms und Müller-Fauré sowie den Urteilen Inizan und Watts [51] wurden die Bedenken des Gerichtshofs hinsichtlich der Art und Weise offensichtlich, in der einige Mitgliedstaaten das System der vorherigen Genehmigung für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat handhabten. Insoweit wurde in den zitierten Entscheidungen hervorgehoben, dass ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen kann, die geeignet ist, den Bestimmungen der Union ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. Ausgehend von dieser Prämisse hat der Gerichtshof festgestellt, dass ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat „jedenfalls auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien [beruhen muss], die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern" [52].

51 — Urteile vom 23. Oktober 2003 (C-56/01, Slg. 2003, I-12403) und vom 16. Mai 2006 (C-372/04, Slg. 2006, I-4325).

52 — Urteile Smits-Peerbooms, Randnr. 90, Müller-Fauré, Randnr. 85, Inizan, Randnr. 57, und Watts, Randnr. 116.

57. In der Rechtssache Smits-Peerbooms wurde durch die dort in Rede stehende niederländische Vorschrift keine Liste von Leistungen eingeführt, sondern eine allgemeine Regel, nach der die Übernahme der Kosten für medizinische Behandlungen vorgesehen war, sofern diese dem entsprachen, „was in ärztlichen Kreisen üblich" war. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass eine derart mehrdeutige Bestimmung die Gefahr herbeiführt, dass tatsächlich die inländischen Erbringer von Versorgungsdienstleistungen gegenüber den in anderen Mitgliedstaten niedergelassenen bevorzugt werden [53]. Im Urteil Watts wurde ebenfalls die schwierige Vereinbarkeit einer Regelung wie der britischen mit dem Recht der Union hervorgehoben, die die Kriterien für die Erteilung oder die Versagung der vorherigen Genehmigung für die Behandlung in einem Krankenhaus in einem anderen Mitgliedstaat nicht festlegte [54].

58. Im Gegensatz zu den genannten Fällen sieht das bulgarische System ein System einer Liste vor, die erschöpfend und ausschließlich die Behandlungen enthält, die von der Pflichtversicherung übernommen werden. Demnach beziehen sich die Zweifel des vorlegenden Gerichts nicht auf ein System mit Ermessensspielraum, sondern ein System, das objektiv, transparent und nicht diskriminierend sein will, aber zu Auslegungszweifeln führt.

59. Anhang 5 der Verordnung Nr. 40 zur Umsetzung des Gesetzes enthält die „Liste der klinischen Behandlungswege", die von der Pflichtversicherung übernommen werden, und die die „chirurgische Behandlung des Glaukoms", „Augenoperationen mittels Laser- oder Kyrotechnik", „Operationen der Augenumgebung", „des Augapfels" sowie die „hochtechnologische Strahlenbehandlung onkologischer und nichtonkologischer Erkrankungen" umfasst. Das vorlegende Gericht fragt, ob innerhalb der Gruppe der Behandlungen der Augenumgebung die Bestrahlung eines Tumors mit Protonenpartikeln mit darauf folgender Entfernung des Tumors eine Leistung ist, die unter eine der im Anhang 5 aufgeführten Voraussetzungen fällt.

60. Wie die Kommission zutreffend ausgeführt hat, muss eine nationale Regelung geschlossener Listen, die jedoch gelegentlich eine allgemeine Beschreibung der Behandlungen enthält, kohärent sein und der Definition dieser Behandlungen eine Auslegung geben, die mit ihrem Wortlaut im Einklang steht. Mit anderen Worten: Wenn die bulgarische Regelung erschöpfend und sehr spezifisch sämtliche Behandlungen definieren will, die von der Pflichtversicherung übernommen werden, kann die Aufnahme einer in allgemeinen Begriffen beschriebenen Leistung wie die in Anhang 5 Punkt 258 der Durchführungsverordnung vorgesehene „hochtechnologische Strahlenbehandlung onkologischer und nichtonkologischer Erkrankungen" keine Auslegung zulassen, die sie inhaltsleer macht. Diese Beurteilung bedeutet nicht, dass Punkt 258, wie die griechische Regierung vorschlägt, weit auszulegen ist. Im Gegenteil, es geht darum, diesen Punkt kohärent auszulegen, um dem eigentlichen Ziel des bulgarischen Rechts und des Rechts der Union nachzukommen. Für die Auslegung des

53 — Urteil Smits-Peerbooms, Randnr. 96.

54 — Urteil Watts, Randnr. 118.

Rechts der Union durch den Gerichtshof ergibt sich, dass Punkt 258, um mit den Grundsätzen der Objektivität, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung vereinbar zu sein, die in unserer Rechtsprechung so oft zitiert werden, in dem hier vorgeschlagenen Sinn zu verstehen ist.

61. Ebenso muss eine derartige Lektüre auf eine Reihe technischer Parameter gestützt sein, die, so unjuristisch sie auch sein mögen, von der Beurteilung des Rechts, zu der die Rechtsordnung der Union zwingt, umfasst sein müssen. Wie die Kommission in ihren schriftlichen Erklärungen hervorgehoben hat, wurde im Urteil Smits-Peerbooms präzisiert, dass die nationalen Behörden bei der Feststellung, ob eine Behandlung in der medizinischen Praxis als „hinreichend erprobt und anerkannt" angesehen wird, alle verfügbaren einschlägigen Gesichtspunkte berücksichtigen müssen, darunter insbesondere die vorhandenen wissenschaftlichen Veröffentlichungen und Untersuchungen und maßgebende Auffassungen von Sachverständigen [55].

62. Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Feststellung, ob es sich um eine „hinreichend erprobte und anerkannte" Behandlung handelt, wie es die niederländische Regelung in der Rechtssache Smits-Peerbooms verlangte, sondern um eine „hochtechnologische" Behandlung. Logischerweise ist die Definition dieses Begriffs ausschließlich Sache des vorlegenden Gerichts, doch muss es im Rahmen seiner Beurteilung die zuvor von der Rechtsprechung aufgestellten Regeln beachten. Bei der Prüfung, ob eine Behandlung hochtechnologisch ist, muss das Gericht angesichts der angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs eine vorsichtige Beurteilung vornehmen, denn es gibt Techniken, die so komplex sind, dass sie in der medizinischen Praxis nicht üblich sind. Eine Trennlinie zwischen einer üblichen „hochtechnologischen" Behandlung und einer, die nicht üblich ist, kann anhand des Kriteriums ihres experimentellen Charakters gezogen werden. Bedarf danach die verordnete Behandlung der Anwendung „hochtechnologischer" Techniken, würden diese unter Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 fallen, sofern sie keinen experimentellen Charakter haben. Die Definition dieses Merkmals ist im Einklang mit dem Urteil Smits-Peerbooms unter Berücksichtigung sämtlicher verfügbarer einschlägiger Gesichtspunkte vorzunehmen, darunter insbesondere die vorhandenen wissenschaftlichen Veröffentlichungen und Untersuchungen und maßgebenden Auffassungen von Sachverständigen.

63. Ausgehend von diesen Auslegungskriterien ist es Sache des vorlegenden Gerichts, die genaue Reichweite der streitigen Normen festzustellen. Ihm kommt auch die tatsächliche Beurteilung im Hinblick auf den experimentellen Charakter der im konkreten Fall angewandten hochtechnologischen Behandlung zu. Jedoch muss diese Beurteilung im Einklang mit den hier vorgeschlagenen europäischen Regeln stehen. Dies führt zu dem

55 — Urteil Smits-Peerbooms, Randnr. 98.

Vorschlag, dass Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung wie in Anhang 5 der Verordnung Nr. 40 aus dem Jahr 2004 nicht entgegensteht, sofern diese auf der Grundlage objektiver, nicht diskriminierender und vorab bekannter Kriterien erkennen lässt, welche Behandlungen sie umfasst. Arbeitet das nationale Recht mit einem Listensystem und ist eine Behandlung allgemein unter Bezugnahme auf „hochtechnologische" Praktiken vorgesehen, muss das vorlegende Gericht, um zu vermeiden, dass das durch Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 begründete Recht ausgehöhlt wird, feststellen, ob die empfangene Behandlung im Licht der verfügbaren einschlägigen Gesichtspunkte, darunter insbesondere die vorhandenen wissenschaftlichen Veröffentlichungen und Untersuchungen und maßgebende Auffassungen von Sachverständigen, experimentellen Charakter hat.

2. Zur Vermutung, dass eine Kostenübernahme nicht erfolgt, wenn die Leistung nicht aus dem Haushalt des Leistungssystems finanziert wird (erste Frage)

64. Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob mit dem Recht der Union eine Vermutung vereinbar ist, nach der eine Behandlung, die nicht aus dem Haushalt des Leistungssystems finanziert wird, aber im nationalen Recht vorgesehen ist, nicht vom System umfasst ist. Diese Frage spricht einen wichtigen Gesichtspunkt an, der von der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch entwickelt werden muss und der den Mangel an Mitteln für die Erbringung garantierter medizinischer Behandlungen und die Vereinbarkeit dieser Lage mit dem freien Dienstleistungsverkehr betrifft.

65. Mit Ausnahme Bulgariens und des Vereinigten Königreichs haben alle Staaten, die in diesem Verfahren schriftliche Erklärungen eingereicht haben, sowie die Kommission übereinstimmend erklärt, dass eine solche Vermutung keine Stütze in Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 habe. Eine derartige Auslegung führe zur Aushöhlung des Rechts eines jeden Patienten auf Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat und mache die Wirksamkeit der Verordnung von den jeweiligen nationalen Behörden (und den verfügbaren Mitteln) abhängig. Bulgarien und das Vereinigte Königreich vertreten hingegen die Auffassung, dass die Vermutung mit der Verfügbarkeit der Mittel eines jeden Staats kohärent sei und dies alle Patienten unabhängig davon, ob sie von der Verkehrsfreiheit Gebrauch machen wollten, unterschiedslos begünstigen oder benachteiligen würde.

66. Von den Fragen, die in diesem Verfahren gestellt wurden, ist dies die einzige, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht beantwortet wurde. Die Antwort lässt

sich jedoch aus den bereits angeführten Urteilen und der Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit ableiten.

67. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs verstößt jede nationale Regelung gegen Art. 56 VAEU, die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats erschwert [56]. Die Verordnung Nr. 1408/71, deren Zweck in der Wirksamkeit der Freizügigkeit im Bereich der sozialen Sicherheit besteht, verfolgt eben dieses Ziel und steht aufgrund dessen einer Auslegung des Art. 22 entgegen, die Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten gegenüber solchen aus dem Wohnstaat schlechter stellt [57]. Ausgehend von dieser Prämisse ist es erforderlich, jede nationale Praxis oder Gesetzgebung, die mittelbar oder unmittelbar inländischen Dienstleistungserbringern gegenüber solchen aus anderen Mitgliedstaaten den Vorzug gibt, mit größter Vorsicht zu prüfen. Die Vermutung, von der das Oberste Verwaltungsgericht Bulgariens bei der Anwendung von Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 Gebrauch machte, ist eindeutig als Beschränkung in diesem Sinne zu betrachten.

68. Trotz des restriktiven Charakters dieser Auslegung ist es erforderlich, kurz auf die Frage einzugehen, ob die streitige Vermutung einen zusätzlichen Spielraum zulässt, der es ermöglicht, sie mit der Verordnung für vereinbar zu erklären. Bulgarien hat sich insoweit auf die Wiederholung beschränkt, dass die verordnete Behandlung in den bulgarischen Bestimmungen nicht vorgesehen sei, und damit die potentielle Schädlichkeit der Vermutung nicht in Frage gestellt. Das Vereinigte Königreich hat wiederum vorgebracht, dass die Protonentherapie wegen ihrer Komplexität und ihrer hohen Kosten eine Auslegung rechtfertige, wie sie das Oberste Verwaltungsgericht Bulgariens vorgenommen habe. Diese Auslegung geht davon aus, dass die finanzielle Integrität der Leistungssysteme bedroht wäre, wenn es den Patienten gestattet würde, in anderen Mitgliedstaaten derart fortschrittliche und teure Behandlungen in Anspruch zu nehmen.

69. Diese Argumente überzeugen nicht.

70. Erstens ist die streitige Vermutung weder in Art. 22 noch in einer anderen Bestimmung der Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich vorgesehen. Es handelt sich daher um eine Ausnahme von einem Recht, das das Recht der Union klar und kategorisch begründet. Hinzu kommt, dass, wie in Nr. 67 dieser Schlussanträge dargelegt, die Maßnahme bulgarische Dienstleistungserbringer gegenüber

56 — Urteile vom 5. Oktober 1994, Kommission/Frankreich (C-381/93, Slg. 1994, I-5145, Randnr. 17), Kohll, Randnr. 33, Smits-Peerbooms, Randnr. 61, und Watts, Randnr. 94.

57 — Vergleiche den ersten und den zweiten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 1408/71.

solchen aus anderen Mitgliedstaaten begünstigt, so dass eine Auslegung, die eine Vermutung wie die hier in Rede stehende impliziert, von vorneherein abzulehnen ist.

71. Zweitens ist das Argument, dass eine Vermutung dieser Art nicht die finanzielle Integrität der Kasse schütze, ebenso schwach. Es ist zu berücksichtigen, dass, worauf alle Mitgliedstaaten hingewiesen haben, die in diesem Verfahren schriftliche Erklärungen eingereicht haben, sie selbst die Behörden sind, die für die Festlegung der Behandlungen, bei denen die Kostenübernahme die Genehmigung umfasst, sie in einem anderen Mitgliedstaat zu erhalten, zuständig sind [58]. Das bedeutet, dass sie die Verantwortung dafür tragen, dass die Liste der von ihrem Leistungssystem umfassten Dienstleistungen objektiv, transparent und nicht diskriminierend ausgestaltet ist. Wenn seine Haushaltsmittel es einem Mitgliedstaat nicht erlauben, die Kosten einer Behandlung wie der Protonentherapie zu übernehmen, liegt es in seinen Händen, sie nicht in die Liste der erfassten Dienstleistungen aufzunehmen. Wenn das Gericht im vorliegenden Fall zu dem Ergebnis kommt, dass die verordnete Behandlung in den bulgarischen Vorschriften geregelt ist (und die auf nationaler Ebene erstellten Sachverständigengutachten scheinen darauf hinzudeuten), wäre ihre Durchführung in einem anderen Mitgliedstaat die Konsequenz einer von den bulgarischen Behörden frei getroffenen Entscheidung. Unter keinen Umständen würde das Recht der Union die im nationalen Sozialversicherungsrecht vorgesehenen Behandlungsmöglichkeiten erweitern.

72. Drittens ist auf das Argument der Effizienz einzugehen. Ein System wie das bulgarische, dessen Liste der von der Kasse zu erbringenden Leistungen sehr fortschrittlich sein will, profitiert bereits durch seine Integration in die Union von den Kenntnissen und den Technologien derjenigen Mitgliedstaaten, die über die technischen Mittel verfügen, nach denen Bulgarien strebt. Will ein Mitgliedstaat medizinische Spitzenleistungen erbringen (was natürlich eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt), ermöglicht es das Recht der Union, dass seine Bürger in einem anderen Mitgliedstaat die Behandlungen in Anspruch nehmen, die er ihnen zwar intern zur Verfügung stellen will, aber gegenwärtig noch nicht kann. Sofern ein Staat eine bestimmte Behandlung in seinem innerstaatlichen Recht vorsieht, wäre sein Bestreben, zu verhindern, dass sie in einem anderen Mitgliedstaat erfolgt, darüber hinaus nicht nur mit den Vorschriften über den Binnenmarkt unvereinbar, sondern würde auch zur Fragmentierung eines Sektors wie des Gesundheitssektors beitragen, der auf Zusammenarbeit und das Teilen von Mitteln, Kenntnissen und beruflichen Fertigkeiten angewiesen ist. Bei einer Sichtweise, wie sie die bulgarische Regierung vertritt, würde nicht nur die Effizienz des Systems gegenüber dem Bürger innerhalb des betreffenden Mitgliedstaats leiden, sondern auch

58 — Vgl. u. a. die Urteile Vomcker, Randnrn. 21 bis 24, Kohll, Randnrn. 17 bis 20, Smits-Peerbooms, Randnrn. 53 bis 58, Vanbraekel, Randnrn. 40 bis 44, Müller-Fauré, Randnrn. 38 bis 43, Inizan, Randnrn. 16 bis 18, und Watts, Randnrn. 90 bis 92.

der gesamte europäische Gesundheitssektor, dessen Funktionieren darüber hinaus die Effektivität, die Qualität und die Kenntnisse der Gesundheitsdienste in allen Mitgliedstaaten potenziert.

73. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung 1408/71 dahin auszulegen, dass er einer Vermutung entgegensteht, nach der eine Behandlung, die in den nationalen Bestimmungen vorgesehen ist, aber nicht aus dem Haushalt finanziert wird, nicht von diesem System abgedeckt ist.

3. Zur Möglichkeit, eine alternative, aber ineffektivere und radikalere Behandlung im Wohnsitzstaat anzubieten (zweite Frage)

74. Mit seiner zweiten Frage ersucht das vorlegende Gericht um Antwort auf einen Auslegungszweifel hinsichtlich der zweiten Voraussetzung des Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71. Diese Bestimmung sieht vor, dass die zuständige Behörde die Genehmigung erteilen muss, wenn der Betroffene „in Anbetracht 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". Der Gerichtshof wird gefragt, ob diese Vorschrift es einem Mitgliedstaat gestattet, die Genehmigung zu versagen, wenn in seinem Gebiet gleichwertige, wenn auch ineffizientere und radikalere Behandlungen erbracht werden. Konkret ist zu untersuchen, ob die vollständige Entfernung des erkrankten Auges eine Behandlung darstellt, die der Protonentherapie gleichwertig ist.

75. Ein weiteres Mal gehen die Ansichten der Staaten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, auseinander. Auf der einen Seite sprechen sich die Tschechische Republik, Polen, Finnland, Griechenland sowie die Kommission für eine flexible Sichtweise aus, die fallweise auf die Umstände des Patienten bei der Beurteilung abstellt, ob im Wohnstaat alternative Mittel in einem angemessenen Zeitraum zur Verfügung stehen. Auf der anderen Seite vertreten Bulgarien, Spanien und das Vereinigte Königreich eine enge Auslegung des Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 und bringen vor, dass die Genehmigung nur dann erteilt werden müsse, wenn keine der zur Verfügung stehenden Behandlungen einschließlich der Alternativbehandlungen im Wohnsitzstaat in einer angemessenen Frist erbracht werden könne.

76. Einleitend ist daran zu erinnern, dass sich der Gerichtshof im Urteil Pierik zu dieser Frage bereits geäußert hat mit der Feststellung, dass die genannte Voraussetzung der Verordnung Nr. 1408/71 erfüllt ist, „wenn der zuständige Träger anerkennt, dass die betreffende Behandlung eine erforderliche und wirksame Behandlung der Krankheit oder

des Leidens … darstellt“ [59]. Zwar korrigierte der Gemeinschaftsgesetzgeber dieses Urteil später, indem er Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung eine zeitliche Dimension hinzufügte [60]. Der Gerichtshof hat aber insbesondere ausgehend von den Urteilen Smits-Peerbooms und Müller-Fauré wie bereits im Urteil Pierik die Reichweite des zeitlichen Elements reduziert.

77. Der Gerichtshof hat in diesen Entscheidungen, wenn auch in einem Fall, in dem nicht die Verordnung Nr. 1408/71, sondern Art. 56 AEUV unmittelbar Anwendung fand, festgestellt, dass eine nationale Behörde die Genehmigung für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nur versagen kann, „wenn die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangt werden kann, mit der die Krankenkasse des Versicherten eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat“ [61]. Diese Rechtsprechung wurde in den Urteilen Inizan [62] und Watts [63], in denen die Verordnung Nr. 1408/71 anzuwenden war, wiederholt, so dass es zu einer Gleichstellung der Auslegung des Vertrags und des abgeleiteten Rechts durch die Rechtsprechung kam. Die Schlussfolgerung besteht darin, dass nur nationale Behandlungen, die einen bedeutenden Grad an Gleichwertigkeit aufweisen, eine Verweigerung der Genehmigung, die Dienstleistung in einem anderen Mitgliedstaat zu empfangen, rechtfertigen können.

78. Um den Grad der Gleichwertigkeit beurteilen zu können, hat der Gerichtshof in diesen Urteilen auch die zu berücksichtigenden Kriterien zur Verfügung gestellt. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig im Wohnmitgliedstaat verfügbar ist, hat der zuständige Träger „sämtliche Umstände des konkreten Falles zu beachten und dabei nicht nur den 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“ [64].

79. An diesem Punkt ist es Sache des vorlegenden Gerichts, die dargelegten Kriterien auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Rekapituliert man die gesamten vorstehenden Ausführungen, muss das Gericht zunächst feststellen, ob die verordnete Behandlung im Wohnstaat rechtzeitig verfügbar ist. Ist dies nicht der Fall, muss es beurteilen, ob in diesem Staat parallele Behandlungen zur Verfügung stehen. Aus der Akte ergibt sich, dass sie sich im vorliegenden Fall auf eine beschränken: die vollständige Entfernung des erkrankten Auges. Sodann hat das vorlegende Gericht zu prüfen, ob die alternative Behandlung im Licht der Kriterien des Urteils

59 — Urteile Pierik II, Randnr. 13.

60 — Verordnung (EWG) Nr. 2793/81 des Rates vom 17. September 1981 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 275, S. 1).

61 — Urteile Smits-Peerbooms, Randnr. 103, und Müller-Fauré, Randnr. 89.

62 — Randnr. 45.

63 — Randnr. 61.

64 — Urteile Smits Peerbooms, Randnr. 104, Müller-Fauré, Randnr. 90, Inizan, Randnr. 46, und Watts, Randnr. 62.

Smits-Peerbooms und der übrigen angeführten Urteile gleichwertig ist.

80. Aufgrund des Vorstehenden schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage dahin zu beantworten, dass Art. 22 Abs. 2 Unterabs. 2 der Verordnung Nr. 1408/717 dahin auszulegen ist, dass die Genehmigung einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nur dann verweigert werden darf, wenn die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangt werden kann, mit der die Krankenkasse des Versicherten eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat.

83. Nach dieser ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs hat ein Sozialversicherter, wenn er einen Antrag auf Genehmigung gemäß Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 gestellt hat, dieser Antrag vom zuständigen Träger abgelehnt worden ist und die Unbegründetheit dieser Ablehnung später entweder vom zuständigen Träger selbst oder durch gerichtliche Entscheidung festgestellt wird, „einen unmittelbaren Anspruch gegen den zuständigen Träger auf eine Erstattung in der Höhe, wie sie normalerweise zu erbringen gewesen wäre, wenn die Genehmigung von Anfang an ordnungsgemäß erteilt worden wäre“ [65]. Demnach hat Herr Elchinov unter den bereits in den Nrn. 48 bis 52 dieser Schlussanträge dargestellten Voraussetzungen einen unmittelbaren Anspruch auf Erstattung, ohne dass er eine Genehmigung beantragen muss, sofern die Rechtmäßigkeit seines Begehrens von einer nationalen Behörde festgestellt worden ist.

C — *Zur Erstattung der Ausgaben des Versicherten (siebte Frage)*

81. Mit seiner siebten Frage fragt das vorlegende Gericht, wie die Ausgaben des Versicherten von der Krankenkasse zu erstatten sind, wenn die Verweigerung der Genehmigung als rechtswidrig beurteilt wird.

82. An diesem Punkt sind sich Herr Elchinov, die Staaten, die schriftliche Erklärungen eingereicht haben, und die Kommission darüber einig, dass die Urteile Vanbraekel, Inizan und Watts übertragbar sind.

84. Hinsichtlich des Betrags, auf den er Anspruch hat, hat der Gerichtshof ebenfalls wiederholt erklärt, dass Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 nicht die Erstattung der bei einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Kosten regeln soll [66]. Er hat aber ebenfalls festgestellt, dass die Höhe des zu erstattenden Betrags eine Frage ist, die in den Anwendungsbereich der Verträge und konkret von Art. 56 AEUV fällt. Dazu hat er im Urteil Vanbraekel ausgeführt, dass der Umstand, dass man eine weniger günstige Erstattung erhält, wenn man sich einer Krankenhausbehandlung in einem anderen

65 — Urteil Vanbraekel, Randnr. 34.
66 — Ebd., Randnr. 36.

Mitgliedstaat unterzieht, als wenn man 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]“ [67]. Folglich ist der Wohnstaat gemäß Art. 56 AEUV verpflichtet, die Kosten einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nach den geltenden Vorschriften und Sätzen (des Wohnstaats oder des Staates, in dem die Behandlung erfolgt) zu erstatten, die für den Versicherten am günstigsten sind [68].

85. Diese Ergebnis unterscheidet sich offenkundig von demjenigen, zu dem man kommt, wenn man sich außerhalb des in Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Verfahrens in einem Krankenhaus behandeln lässt. In diesen Fällen haben die Versicherten nur einen Anspruch im Umfang der vom Krankenversicherungssystem des Staates der Versicherungszugehörigkeit garantierten Deckung [69]. Dies ist bei Herrn Elchinov aber nicht der Fall, denn er nahm das Verfahren des Art. 22 in Anspruch und prozessiert nunmehr in dessen Rahmen vor den Gerichten seines Landes.

86. Deshalb schlage ich dem Gerichtshof, die siebte Vorlagefrage dahin zu beantworten, dass Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 nicht die Erstattung der bei einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Kosten regeln soll. Art. 56 AEUV ist jedoch dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat unter Umständen wie denen der vorliegenden Rechtssache verpflichtet ist, die Kosten einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nach den geltenden Vorschriften und Sätzen zu erstatten, die für den Versicherten am günstigsten sind.

D — *Zu den Befugnissen des nationalen Gerichts, die in Art. 22 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 1408/71 geregelten Rechte zu gewährleisten (sechste Frage)*

87. Abschließend fragt das vorlegende Gericht, wie es verfahren muss, wenn es feststellt, dass die Verweigerung der Genehmigung für

67 — Ebd., Randnr. 45.

68 — In den Worten des Gerichtshofs: „Zum anderen soll Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c Ziffer i der Verordnung Nr. 1408/71 einen Anspruch auf Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Aufenthaltsorts nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats der Leistungserbringung verleihen, als ob der Betroffene bei diesem Träger versichert wäre (vgl. Urteil Inizan, Randnr. 20). Die Anwendbarkeit des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 auf den in Rede stehenden Sachverhalt schließt nicht aus, dass der Betroffene parallel dazu gemäß Artikel 49 EG einen Anspruch auf Zugang zu Leistungen der Gesundheitspflege in einem anderen Mitgliedstaat unter Bedingungen der Kostenübernahme hat, die sich von denen des Artikels 22 unterscheiden“ (Urteil Watts, Randnr. 48).

69 — Urteil Müller-Fauré, Randnr. 106. Zu den Unterschieden der Erstattungsregelung nach Maßgabe der anzuwendenden Vorschrift vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt Tesauro in den Rechtssachen Decker und Kohll, Nrn. 26 bis 34.

Herrn Elchinov rechtswidrig ist. Genauer möchte es wissen, ob es, wenn es zugunsten des Klägers entscheidet, die Verwaltung zur Erteilung der Genehmigung verpflichten kann.

88. Vorab ist erneut daran zu erinnern, dass der Gerichtshof im Urteil Vanbraekel festgestellt hat, dass ein Versicherter, dessen Anspruch auf die Genehmigung nachträglich festgestellt wird, „einen unmittelbaren Anspruch gegen den zuständigen Träger auf eine Erstattung“ hat, die ihm zusteht [70]. Das heißt, Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 ermöglicht dem vorlegenden Gericht vor dem Hintergrund des Art. 56 AEUV nicht nur eine Verurteilung zur Erteilung der Genehmigung, sondern auch eine Verurteilung zur unmittelbaren Zahlung des geschuldeten Betrags, um den rechtmäßigen Zustand wieder herzustellen.

89. Wie die griechische Regierung und die Kommission hervorgehoben haben, ist diese Frage aber Sache des nationalen Gerichts und muss unter Anwendung des nationalen Verfahrensrechts beantwortet werden [71]. Wenn das Verfahren zur Vollstreckung des Urteils des vorlegenden Gerichts mit den Unionsgrundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz im Einklang steht, ist auf dieses Verfahren zu verweisen. Ist das Gericht nach innerstaatlichem Recht befugt, eine Verpflichtung zur Erteilung einer Genehmigung wie der hier in Rede stehenden auszusprechen, wäre es seltsam, wenn es keine Befugnisse hätte, zur Zahlung des von der Kasse zu tragenden Betrags zu verurteilen. In diesem Fall müsste das Gericht im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs prüfen, ob eine derartige Ungleichbehandlung mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar ist [72].

90. Infolgedessen schlage ich dem Gerichtshof vor, die sechste Frage gegebenenfalls dahin zu beantworten, dass es nach dem Unionsgrundsatz der institutionellen Selbständigkeit Sache des vorlegenden Gerichts ist, nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts das Verfahren zu bestimmen, das die Vollstreckung des Instanzurteils gewährleistet. Hierbei hat das vorlegende Gericht das nationale Recht im Einklang mit den Unionsgrundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz anzuwenden.

70 — Urteil Vanbraekel, Randnr. 34.

71 — Vgl. u. a. Urteile vom 21. Februar 1991, Zuckerfabrik Süderdithmarschen und Zuckerfabrik Soest (C-143/88 und C-92/89, Slg. 1991, I-415, Randnrn. 26 und 27), vom 9. November 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft u. a. (I) (C-465/93, Slg. 1995, I-3761, Randnr. 39), vom 6. Dezember 2005, ABNA u. a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, Slg. 2005, I-10423, Randnr. 104), vom 16. Mai 2000, Preston u. a. (C-78/98, Slg. 2000, I-3201, Randnr. 31), vom 7. Januar 2004, Wells (C-201/02, Slg. 2004, I-723, Randnr. 67), und vom 13. März 2007, Unibet (C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 79).

72 — Vgl. u. a. die Urteile vom 12. November 1981, Birke/Kommission und Rat (543/79, Slg. 1981, 2669, Randnr. 28), Bruckner/Kommission und Rat (799/79, Slg. 1981, 2697, Randnr. 19), vom 5. März 1996, Brasserie du pêcheur und Factortame (C-46/93 und C-48/93, Slg. 1996, I-1029, Randnr. 66), vom 14. September 1999, Kommission/Assi-Domän Kraft Products u. a. (C-310/97 P, Slg. 1999, I-5363, Randnr. 59), und Köbler, Randnr. 57.

VI — Ergebnis

91. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen und unter Einhaltung der in diesen Schlussanträgen gewählten Reihenfolge schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Administrativen sad Sofia grad wie folgt zu beantworten:

Das Recht der Union ist dahin auszulegen, dass es ihm nicht zuwiderläuft, dass ein erstinstanzliches Gericht wie im vorliegenden Fall der Administrativen sad Sofia grad im Verlauf eines Prozesses, in dem es bereits ein erstes Urteil erlassen hat, nach Zurückverweisung der Sache nach der innerstaatlichen Rechtsordnung verpflichtet ist, die Hinweise in einem Kassationsurteil eines übergeordneten Gerichts, das in demselben Prozess ergangen ist, zu berücksichtigen.

92. Sollte der Gerichtshof diesem Vorschlag zur Beantwortung der dritten Frage nicht folgen, schlage ich vor, die übrigen Fragen wie folgt zu beantworten:

1. Art. 56 AEUV und Art. 22 Abs. 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern sind dahin auszulegen, dass sie einer Bestimmung wie Art. 36 Abs. 1 des bulgarischen Gesetzes über die Krankenversicherung nicht entgegenstehen, soweit durch diese Bestimmung eine Vorabgenehmigungsregelung für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat eingeführt wird, immer vorausgesetzt, dass sie den Antragsteller nicht daran hindert, nachträglich die Erstattung zu beantragen, wenn die Unbegründetheit der Ablehnung seines Antrags vom Träger selbst oder durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt worden ist.

2. Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 ist dahin auszulegen, dass

— er einer Regelung wie in Anhang 5 der Verordnung Nr. 40 aus dem Jahr 2004 nicht entgegensteht, sofern diese auf der Grundlage objektiver, nicht diskriminierender und vorab bekannter Kriterien erkennen lässt, welche Behandlungen sie umfasst. Arbeitet das nationale Recht mit einem Listensystem und ist eine Behandlung allgemein unter Bezugnahme auf ‚hochtechnologische' Praktiken vorgesehen, muss das vorlegende Gericht, um zu vermeiden, dass das durch Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 begründete Recht ausgehöhlt wird, feststellen, ob die empfangene Behandlung im Licht der verfügbaren einschlägigen Gesichtspunkte, darunter insbesondere die vorhandenen wissenschaftlichen Veröffentlichungen und Untersuchungen und maßgebende Auffassungen von Sachverständigen, experimentellen Charakter hat;

— er einer Vermutung entgegensteht, nach der eine Behandlung, die in den nationalen Bestimmungen vorgesehen ist, aber nicht aus dem Haushalt finanziert wird, nicht von diesem System abgedeckt ist;

— die Genehmigung einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nur dann verweigert werden darf, wenn die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig in einer Einrichtung erlangt werden kann, mit der die Krankenkasse des Versicherten eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat.

3. Art. 22 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 soll nicht die Erstattung der bei einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat entstandenen Kosten regeln. Art. 56 AEUV ist jedoch dahin auszulegen, dass ein Mitgliedstaat unter Umständen wie denen der vorliegenden Rechtssache verpflichtet ist, die Kosten einer

Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nach den geltenden Vorschriften und Sätzen zu erstatten, die für den Versicherten am günstigsten sind.

4. In Übereinstimmung mit dem Unionsgrundsatz der institutionellen Selbständigkeit ist es Sache des vorlegenden Gerichts, nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts das Verfahren zu bestimmen, das die Vollstreckung des Instanzurteils gewährleistet. Hierbei hat das vorlegende Gericht das nationale Recht im Einklang mit den Unionsgrundsätzen der Effektivität und der Äquivalenz anzuwenden.