SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
L. A. GEELHOED
vom 15. Dezember 2005 [1]

I — Einführung

1. Im Anschluss an die Urteile des Gerichtshofes u. a. in den Rechtssachen Kohll, Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré [2] betrifft die vorliegende Rechtssache erneut eine Frage der Patientenmobilität innerhalb der Gemeinschaft. Während der Gerichtshof eine Reihe von Grundsätzen für die Voraussetzungen entwickelt hat, unter denen Patienten nach Artikel 49 EG einen Anspruch darauf haben, in anderen Mitgliedstaaten ärztlich behandelt zu werden und die Kosten dieser Behandlung von den staatlichen Krankenversicherungssystemen, denen sie angehören, erstattet zu erhalten, hat der Gerichtshof jetzt zu klären, inwieweit diese Grundsätze auf den United Kingdom National Health Service (im Folgenden: NHS) Anwendung finden, der anders als die Systeme, die bisher in der Rechtsprechung untersucht wurden, nach Ausgestaltung und Finanzierung einen ausschließlich staatlichen Charakter hat. Neben der Frage, ob Artikel 49 EG auf den NHS überhaupt anwendbar ist, befasst sich das Vorabentscheidungsersuchen mit der Frage der Wartelisten als Instrument zur Abstimmung von Angebot und Nachfrage bei Krankenhausleistungen sowie mit der Frage nach den haushaltsmäßigen Auswirkungen, die von einer etwaigen Entscheidung des Inhalts ausgingen, dass ein System nach der Art des NHS Vorkehrungen für die Erstattung der Kosten für Krankenhausleistungen zu treffen hat, die in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden. Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft in diesem Zusammenhang auch die Auslegung des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71.

II — Einschlägige Bestimmungen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Artikel 49 Absatz 1 EG bestimmt:

„Die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — Urteile vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96 (Kohll, Slg. 1998, I-1931), vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-157/99 (Smits und Peerbooms, Slg. 2001, I-5473) und vom 13. Mai 2003 in der Rechtssache C-385/99 (Müller-Fauré und van Riet, Slg. 2003, I-4509).

für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten."

3. Artikel 152 Absatz 5 Satz 1 EG lautet:

„Bei der Tätigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Gesundheit der Bevölkerung wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt."

4. Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt:

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

...

(2) ... 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. Section 1 des National Health Service Act (Gesetz über den staatlichen Gesundheitsdienst) 1977 bestimmt:

„(1) Der Gesundheitsminister ist verpflichtet, in England und Wales weiterhin einen umfassenden Gesundheitsdienst zu fördern, der die Verbesserung

a) der körperlichen und geistigen Gesundheit der Bevölkerung in diesen Landesteilen und

b) der Verhütung, Erkennung und Behandlung von Krankheiten gewährleisten und zu diesem Zweck effiziente Dienstleistungen gemäß diesem Gesetz erbringen oder sicherstellen soll.

(2) Die entsprechenden Dienstleistungen sind kostenfrei, soweit die Erhebung und Beitreibung von Gebühren nicht ausdrücklich durch oder aufgrund einer — wann immer erlassenen — gesetzlichen Regelung vorgesehen sind."

6. Section 3 des National Health Service Act 1977 bestimmt:

„[1] Der Gesundheitsminister ist verpflichtet, in ganz England und Wales in dem Umfang, den er für erforderlich hält, um allen vernünftigen Anforderungen gerecht zu werden, zu sorgen für

a) Krankenhausbetten;

b) andere Unterbringungsmöglichkeiten zur Erbringung aller Dienstleistungen, die nach diesem Gesetz vorgesehen sind;

c) die ärztliche und zahnärztliche Versorgung sowie Pflege- und Rettungsdienste;

d) diejenigen anderen Einrichtungen für die Versorgung von werdenden und stillenden Müttern und Kleinkindern, die er als geeigneten Bestandteil des Gesundheitswesens ansieht;

e) diejenigen Einrichtungen für die Verhütung von Krankheiten, die Versorgung von erkrankten Personen und die Nachsorge von solchen Personen, die er als geeigneten Bestandteil des Gesundheitswesens ansieht;

f) diejenigen anderen Dienste, die für die Erkennung und Behandlung von Krankheiten erforderlich sind."

C — *Wesentliche Merkmale des NHS*

7. Die wesentlichen Merkmale des NHS können aufgrund der Feststellungen des vorlegenden Gerichts im Vorabentscheidungsersuchen wie folgt zusammengefasst werden:

— NHS-Einrichtungen stellen allen Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Vereinigten Königreich Krankenhausbehandlung kostenfrei am Lieferort zur Verfügung.

— Krankenhauspflege wird unmittelbar durch den Staat nahezu vollständig über das allgemeine Steueraufkommen finanziert, das von der Zentralregierung auf die Primary Care Trusts (im Folgenden: PCT) entsprechend dem jeweiligen Bedarf der Bevölkerung aufgeteilt wird; es gibt weder ein System von Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberbeiträgen zur Krankenversicherung noch ein System von Patientenzuzahlungen für diese Behandlung; für den Betrag, der den PCTs für Krankenhausbehandlung zur Verfügung gestellt wird, gibt es eine Höchstgrenze.

— PCTs sind gesetzliche Körperschaften, die eingerichtet werden, um die Gesundheitsversorgung einschließlich aller allgemeinen medizinischen Dienstleistungen in bestimmten geografischen Bezirken zu planen und sicherzustellen [3]. In allen Gebieten Englands gibt es einen PCT.

— „NHS trusts" sind eigene gesetzliche Körperschaften, die durch den National Health Service and Community Care Act (Gesetz über den nationalen Gesundheitsdienst und die Pflege in der Gemeinschaft) 1990 errichtet wurden, um die Verantwortung für die Trägerschaft und Leitung von Krankenhäusern oder anderen Einrichtungen zu übernehmen. Nach Änderung sieht Section 5(1) des Gesetzes nunmehr vor, dass Trusts gebildet werden, um Güter und

3 — Section 16A des Gesetzes von 1977 in der durch Section 2 des Health Act 1999 eingefügten und durch den National Health Service Reform and Health Care Profession Act (Gesetz über die Reform des Gesundheitsdienstes und die Berufe des Gesundheitswesens) 2002 geänderten Fassung.

Dienstleistungen für die Gesundheitsversorgung bereitzustellen. Im Allgemeinen erhalten NHS-Trusts ihre Finanzmittel über Zahlungen der PCTs.

— Da NHS-Trusts die kostenfreie (Krankenhaus-)Behandlung der NHS-Patienten immer selbst oder — in einer kleinen Zahl von Fällen — nach entsprechender Vereinbarung durch andere Leistungserbringer vornehmen, stellt sich weder die Frage der Erstattung der Behandlungskosten an den Patienten, noch ist sie vorgesehen. NHS-Patienten haben keinen privatrechtlichen Anspruch auf Finanzierung medizinischer Behandlungen durch den NHS. Ebenso wenig haben sie nach öffentlichem Recht einen Anspruch auf eine bestimmte Behandlung zu einem bestimmten Zeitpunkt. Sie haben als solche keinen Anspruch darauf, auf Kosten des NHS eine Behandlung in einem privaten Krankenhaus in England oder Wales zu erhalten.

— Die Aufnahme in ein Krankenhaus hängt im Allgemeinen von einer Überweisung durch einen niedergelassenen Arzt ab. Es gibt keine landesweite Liste der zu erbringenden medizinischen Versorgungsleistungen.

— Die Art, der Ort und der Zeitpunkt der Krankenhausbehandlung werden auf der Basis der klinischen Prioritäten und der Verfügbarkeit der Mittel von der zuständigen NHS-Einrichtung und nicht nach dem Wunsch des Patienten bestimmt. Die Entscheidungen der Organe des NHS darüber, ob eine ärztliche Behandlung vorgenommen wird, können zwar gemäß den anerkannten Grundsätzen des innerstaatlichen öffentlichen Rechts gerichtlich angefochten werden, aber solche Klagen haben in der Regel keinen Erfolg.

— Das Budget, das dem NHS zugeteilt wird, ist nicht groß genug, um allen, die eine Behandlung wünschen, diese ungeachtet ihrer Dringlichkeit binnen kurzem zu ermöglichen. Dementsprechend setzt der NHS seine begrenzten Mittel so ein, dass er für verschiedene Behandlungen Prioritäten einräumt und dem Einzelfall Rechnung trägt. Dies führt zu Wartelisten für weniger dringliche Behandlungen.

— Es steht im freien Ermessen der NHS-Einrichtungen, die klinischen Prioritäten im Rahmen nationaler Richtlinien zu verteilen und zu gewichten. Durch die Führung von Wartelisten soll sichergestellt werden, dass eine Krankenhausversorgung gemäß geeigneten Prioritäten und den Entscheidungen, die von den zuständigen NHS-Einrichtungen über die Verwendung der Mittel getroffen werden, geleistet wird und Fairness zwischen den Patienten, die eine Krankenhausbehandlung für verschiedene Erkrankungen und mit verschiedener Dringlichkeit benötigen, gewahrt bleibt.

— Ein NHS-Patient mit gewöhnlichem Aufenthalt im Vereinigten Königreich hat die Möglichkeit, Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nach Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 (E-112-System) zu erhalten, wobei die Erstattung gemäß dieser Verordnung unmittelbar an die zuständige Einrichtung in dem Mitgliedstaat, in dem die Behandlung stattgefunden hat, zu dem normalerweise in diesem Mitgliedstaat geltenden Erstattungssatz erfolgt, und nicht an den Patienten. Es gibt im Vereinigten Königreich keine Gesetze, die Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 umsetzen.

— Ausländische Besucher, d. h. Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht im Vereinigten Königreich haben, können ebenfalls medizinische Versorgung im Rahmen des NHS erhalten, allerdings nicht kostenfrei. Die NHS (Charges to Overseas Visitors) Regulations 1989 in ihrer aktuellen Fassung enthalten Vorschriften über die Entstehung und Erstattung von Kosten für die Behandlung von ausländischen Besuchern durch den NHS. Die entsprechenden Kosten werden von der NHS-Einrichtung, die die Behandlung vornimmt, erhoben und einbehalten. Ein NHS-Trust, der eine Behandlung einem ausländischen Besucher gewährt, ist nicht befugt, auf die Erhebung von Kosten zu verzichten, es sei denn, der Patient erfüllt einen der in den Regulations vorgesehenen Befreiungstatbestände [4].

III — Sachverhalt und Verfahren vor dem nationalen Gericht

8. Im September 2002 stellte der Hausarzt bei der Klägerin Watts Arthrose in beiden Hüftgelenken fest. Am 1. Oktober 2002 wurde sie von einem Orthopäden untersucht, der zum Ergebnis kam, dass die Klägerin auf beiden Seiten ein künstliches Hüftgelenk benötige.

9. In der Zwischenzeit hatte die Tochter der Klägerin den Bedford PCT aufgefordert, einen Antrag ihrer Mutter auf Genehmigung einer Operation an beiden Hüftgelenken im Ausland nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 unter Verwendung des Vordrucks E 112 zu unterstützen. Der Facharzt der Klägerin schrieb an den PCT, dass deren Bewegungsfähigkeit erheblich eingeschränkt sei und dass sie chronische Schmerzen habe. Zur Frage der Klägerin, ob die Operation im Ausland auf Kosten des NHS durchgeführt werden könne, teilte er mit, dass diese ebenso wie jeder andere Patient auf seiner Liste mit schwerer Arthritis behandlungs-

4 — Die Regulations sehen Kostenbefreiungen für bestimmte Fälle vor, beispielsweise bei der Behandlung in Unfall- oder Notfallabteilungen von Krankenhäusern und in Bezug auf die Ansprüche von Personen, die in anderen Mitgliedstaaten versichert sind.

bedürftig sei. Da ihr Fall jedoch als „Routinefall" zu betrachten sei, müsse sie ungefähr ein Jahr auf die Operation im örtlichen Krankenhaus warten.

10. Mit Schreiben vom 21. November 2002 lehnte der PCT den Antrag der Klägerin auf Ausstellung eines Vordrucks E 112 mit der Begründung ab, dass ihr Fall vom Facharzt als „Routinefall" eingestuft worden sei und, da die Behandlung innerhalb der NHS-Zielvorgaben durchgeführt werden könne, die Voraussetzung des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71, dass die Klägerin die Behandlung in dem Staat, in dem sie ihren Wohnsitz habe, nicht „in einem Zeitraum erhalten kann, der ... normalerweise erforderlich ist", nicht erfüllt sei. Der PCT kam zum Schluss, dass sich die Frage der „Rechtzeitigkeit" nicht stelle, da die Behandlung innerhalb der Zielvorgabe von zwölf Monaten, wie sie im Regierungsplan für den NHS vorgesehen sei, örtlich durchgeführt werden könne. Am 12. Dezember 2002 erhob die Klägerin Anfechtungsklage gegen diese Entscheidung.

11. Im Januar 2003 reiste die Klägerin nach Frankreich, um den Rat eines Facharztes einzuholen. Der Facharzt kam zum Ergebnis, dass sich ihr Zustand verschlechtert habe und dass die künstlichen Hüftgelenke bis Mitte März 2003 eingesetzt werden sollten.

12. Bei der ersten Anhörung im Rahmen der Klage am 22. Januar 2003 schlug der Gesundheitsminister vor, die Klägerin solle im Hinblick auf eine Überprüfung der Entscheidung des PCT erneut untersucht werden. Die Klägerin wurde daher am 31. Januar von dem Facharzt, der sie bereits vorher untersucht hatte, erneut untersucht. Er berichtete, dass es der Klägerin etwas schlechter als einem durchschnittlichen Patienten gehe und dass er sie nun als jemanden betrachte, der „bald" eine Operation benötige. Dies bedeutete, dass sie innerhalb von drei bis vier Monaten operiert werden sollte, d. h. im April oder Mai 2003. Später bestätigte der PCT mit Schreiben vom 4. Februar 2003, dass er angesichts dieser Information dem Antrag der Klägerin, unter Verwendung des Vordrucks E 112 eine Behandlung im Ausland zu genehmigen, auch weiterhin nicht stattgeben könne, da sie nunmehr lediglich weitere drei oder vier Monate auf ihre Hüftgelenkoperation in Bedford warten müsse.

13. Die Klägerin wartete nicht bis April oder Mai, sondern ließ am 7. März 2003 in Abbeville (Frankreich) die Hüftoperation vornehmen.

14. Nach ihrer Rückkehr hielt sie ihre Klage gegen die Entscheidung des PCT, mit der dieser die Behandlung im Ausland versagt hatte, aufrecht und begehrte zugleich Erstattung der Kosten in Höhe von rund 3 900 GBP einschließlich der Kosten ihres Krankenhausaufenthalts.

15. Mit Urteil vom 1. Oktober 2003 [5] wies der High Court die Klage ab. Zwar seien die ablehnenden Entscheidungen des PCT rechtsfehlerhaft gewesen, weil der PCT nicht anerkannt habe, dass die von der Klägerin in Anspruch genommenen Leistungen in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fielen, und dass sich hieran nichts dadurch ändere, dass sich die Frage der Erstattung der Behandlungskosten im Rahmen des NHS stelle, jedoch sei die Klage aus tatsächlichen Gründen abzuweisen. Der High Court führte aus, dass „jede nationale Behörde, die sich an die vom [Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften] festgelegten Grundsätze, insbesondere in [Smits und Peerbooms] und Müller-Fauré, hielt, im Oktober/November 2002 hätte zu dem Schluss kommen müssen, dass eine Behandlung nach einer voraussichtlichen Wartezeit von ungefähr einem Jahr unter keinem Gesichtspunkt ‚rechtzeitig' gewesen wäre und dementsprechend einen Anspruch der Klägerin nach Artikel 49 [EG] auf Erstattung der Kosten für eine zeitigere Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat begründet hätte". Er kam jedoch zum Schluss, dass bei der Klägerin das Merkmal „nicht rechtzeitig" entfallen sei, nachdem ihr Fall Ende Januar 2003 noch einmal geprüft worden sei. Die Wartezeit von vier Monaten habe ihr zu dem Zeitpunkt nicht das Recht gegeben, sich einer Behandlung im Ausland zu unterziehen und Kostenerstattung vom NHS zu verlangen.

16. Sowohl der Gesundheitsminister als auch die Klägerin legten gegen die Entscheidung des High Court Rechtsmittel zum Court of Appeal ein. Die Klägerin stützte das Rechtsmittel auf die Abweisung ihrer Erstattungsklage sowie darauf, dass nach Auffassung des Gerichts bei der Anwendung des Artikels 49 EG und des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 die nationalen Wartelisten erheblich seien. Das Rechtsmittel des Gesundheitsministers stellte die Erheblichkeit des Artikels 49 EG für den Fall der Klägerin in den Vordergrund. Er machte geltend, dass NHS-Patienten keinen Anspruch auf Dienstleistungen im Sinne dieser Vorschrift hätten und dass der Fall der Klägerin daher ausschließlich durch Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 geregelt werde. Angesichts der Fragen, die sich aus der Anwendung der Grundsätze des Artikels 49 EG — in der Auslegung durch den Gerichtshof in den Urteilen Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré [6] — auf den NHS ergeben, hielt es der Court of Appeal für erforderlich, dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen vorzulegen.

IV — Vorabentscheidungsfragen und Verfahren vor dem Gerichtshof

17. Die Auslegungsprobleme, denen sich der Court of Appeal gegenübersieht, sind in den folgenden Vorabentscheidungsfragen dargestellt:

Frage 1

Ist im Hinblick auf den Charakter des NHS und seiner Stellung nach nationalem Recht

5 — Der High Court hatte seine Entscheidung ausgesetzt, um die Entscheidung über die Vorlage an den Gerichtshof in der Rechtssache Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2) berücksichtigen zu können.

6 — Zitiert in Fußnote 2.

Artikel 49 EG im Licht der Urteile Smits und Peerbooms, Müller-Fauré und Inizan so auszulegen, dass Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Vereinigten Königreich nach EU-Recht grundsätzlich Anspruch auf Krankenhausbehandlung in anderen Mitgliedstaaten auf Kosten des United Kingdom National Health Service (NHS) haben?

Insbesondere, bei zutreffender Auslegung von Artikel 49 EG:

a) Gibt es einen Unterschied zwischen einem staatlich finanzierten Gesundheitsdienst wie dem NHS und Versicherungskassen wie dem niederländischen ZFW-System, insbesondere wenn man berücksichtigt, dass der NHS keine Mittel hat, aus denen die Zahlung erfolgen muss?

b) Ist der NHS verpflichtet, eine solche Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu genehmigen und zu bezahlen, obgleich er nicht verpflichtet ist, eine solche Behandlung zu genehmigen und zu bezahlen, wenn sie privat von einem Dienstleister des Vereinigten Königreichs vorzunehmen ist?

c) Ist es von Bedeutung, wenn sich der Patient die Behandlung unabhängig von der zuständigen NHS-Einrichtung und ohne vorherige Genehmigung oder Anzeige verschafft?

Frage 2

Ist es für die Beantwortung von Frage 1 von Bedeutung, ob die vom NHS gewährte Krankenhausbehandlung selbst die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Artikel 49 EG ist?

Falls ja, sind dann unter den oben im Tatbestand geschilderten Umständen die Artikel 48 EG, 49 EG und 50 EG so auszulegen, dass grundsätzlich

1. die Vornahme der Krankenhausbehandlung durch die NHS-Einrichtungen die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Artikel 49 EG darstellt;

2. ein Patient, der eine Krankenhausbehandlung im Rahmen des NHS als solchem erhält, von seiner Freiheit, Dienstleistungen im Sinne von Artikel 49 EG in Anspruch zu nehmen, Gebrauch macht und

3. NHS-Einrichtungen, die eine Krankenhausbehandlung vornehmen, Erbringer von Dienstleistungen im Sinne der Artikel 48 EG und 50 EG sind?

Frage 3

Wenn Artikel 49 EG auf den NHS anwendbar ist, kann sich dann dieser oder der Secretary of State für die Verweigerung der vorherigen Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat als objektive Rechtfertigung berufen auf

a) die Tatsache, dass eine Genehmigung das NHS-System der Verwaltung ärztlicher Prioritäten über Wartelisten ernsthaft untergraben würde;

b) die Tatsache, dass eine Genehmigung Patienten mit weniger dringendem Behandlungsbedarf Vorrang gegenüber Patienten mit dringenderem Behandlungsbedarf einräumen würde;

c) die Tatsache, dass eine Genehmigung zur Folge hätte, dass Mittel verlagert würden, um weniger dringende Behandlungen für diejenigen zu finanzieren, die bereit sind, ins Ausland zu reisen, wodurch diejenigen, die nicht ins Ausland reisen können oder wollen, benachteiligt würden oder sich die Kosten der NHS-Einrichtungen erhöhen würden;

d) die Tatsache, dass eine Genehmigung möglicherweise zur Folge hätte, dass das Vereinigte Königreich zusätzliche Mittel für den NHS-Haushalt zur Verfügung stellen oder den Umfang der im Rahmen des NHS verfügbaren Behandlungen einschränken müsste;

e) die Vergleichskosten für die Behandlung und die damit verbundenen Nebenkosten in dem anderen Mitgliedstaat?

Frage 4

Inwieweit ist es für die Feststellung, ob eine Behandlung im Sinne von Artikel 49 EG rechtzeitig verfügbar ist, notwendig oder zulässig, insbesondere Folgendes zu berücksichtigen:

a) Wartezeiten;

b) die klinische Priorität, die die zuständige NHS-Einrichtung der Behandlung einräumt;

c) die Durchführung der Krankenhausversorgung im Einklang mit den Prioritäten, die darauf abzielen, begrenzte Mittel bestmöglich einzusetzen;

d) die Tatsache, dass die Behandlung im Rahmen des NHS am Lieferort kostenfrei gewährt wird;

e) den individuellen Gesundheitszustand des Patienten sowie die Vorgeschichte und den voraussichtlichen Verlauf der Krankheit, die dieser Patient behandeln lassen möchte?

Frage 5

Bei richtiger Auslegung des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 und insbesondere der Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlung normalerweise erforderlich ist":

a) Sind die anzuwendenden Kriterien mit denen identisch, die bei der Beantwortung von Fragen der „Rechtzeitigkeit" für die Zwecke des Artikels 49 EG anwendbar sind?

b) Falls nein, inwieweit ist es notwendig oder zulässig, die in Frage 4 erwähnten Umstände zu berücksichtigen?

Frage 6

Soweit ein Mitgliedstaat nach EU-Recht verpflichtet ist, Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat die Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu finanzieren, sind dann die Kosten für diese Behandlung nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 unter Bezugnahme auf die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Behandlung vorgenommen wird, oder nach Artikel 49 EG unter Bezugnahme auf die Rechtsvorschriften des Aufenthaltsmitgliedstaats zu berechnen?

In beiden Fällen:

a) Welchen genauen Umfang hat die Verpflichtung, die Kosten zu zahlen oder zu erstatten, insbesondere wenn, wie im Fall des Vereinigten Königreichs, die Krankenhausbehandlung den Patienten am Lieferort kostenfrei gewährt wird und es keinen landesweit festgesetzten Tarif für die Erstattung der Behandlungskosten an die Patienten gibt?

b) Ist die Verpflichtung auf die tatsächlichen Kosten für die gleiche oder gleichwertige Behandlung im erstgenannten Mitgliedstaat beschränkt?

c) Umfasst sie die Verpflichtung, die Reise- und Unterbringungskosten zu übernehmen?

Frage 7

Sind Artikel 49 EG und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 so auszulegen, dass sie den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegen, die Krankenhausbehandlung in anderen Mitgliedstaaten ohne Rücksicht auf Haushaltszwänge zu finanzieren und, wenn ja, sind diese Erfordernisse mit der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung, wie sie Artikel 152 Absatz 5 EG anerkennt, vereinbar?

18. Die Klägerin, die belgische, die finnische, die französische, die maltesische, die spanische und die schwedische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie Irland und die Kommission haben gemäß Artikel 23 der Satzung des Gerichtshofes schriftliche Erklärungen eingereicht. Die Klägerin, die spanische, die französische, die polnische [7], die finnische und die schwedische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs, Irland und die Kommission haben in der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 2005 weitere Ausführungen gemacht.

7 — Die polnische Regierung hat keine schriftlichen Erklärungen eingereicht.

V — Erörterung

A — *Allgemeine Vorbemerkungen*

19. Betrachtet man den vorliegenden Fall in seinem allgemeinen Kontext, so offenbart er in bezeichnender Weise eine Reihe grundsätzlicher Spannungen, die sich aus den abgeschotteten nationalen Gesundheits- und Krankenversicherungssystemen und der Art ergeben, wie diese im Rahmen eines aus 25 Mitgliedstaaten bestehenden Binnenmarktes funktionieren. Diese Spannungen ergeben sich aus einer Reihe von Faktoren, die bei der Beantwortung der dem Gerichtshof vorgelegten Vorabentscheidungsfragen nicht vergessen werden sollten.

20. Der erste Aspekt betrifft das Problem der beschränkten Leistungsfähigkeit kollektiv organisierter und finanzierter Systeme der ärztlichen Versorgung, wo Human-, Finanz- und Infrastruktur-Ressourcen definitionsgemäß begrenzt sind. In solchen Systemen wird die Nachfrage nach ärztlicher Versorgung stets das Angebot von ärztlichen Leistungen übersteigen, und anders als bei privaten Gesundheitssystemen funktioniert der Preismechanismus nicht als Korrektiv. Technische Entwicklungen und Innovationen schaffen oft neuen Bedarf, stärken aber nicht die Fähigkeit, dem bestehenden Bedarf gerecht zu werden. Investitionen im Bereich der ärztlichen Versorgung werden vorgenommen, um einer Nachfrage nach ärztlichen Dienstleistungen mittel- bis langfristig nachzukommen, und können nicht in Reaktion auf Nachfrageschwankungen kurzfristig angepasst werden. Bei dieser Sachlage kön-

nen Versicherte, die ärztliche Behandlung benötigen, die Behandlung in ihren nationalen Systemen nicht immer innerhalb eines annehmbaren zeitlichen Rahmens erhalten. Wartelisten sind die unvermeidbare Folge und dienen dann der Verwaltung im Gesundheitswesen als Instrument zur Abstimmung von Angebot und Nachfrage.

21. Der zweite Faktor von Bedeutung ist der, dass in der Gemeinschaft unterschiedliche Gesundheitssysteme und Krankenversicherungssysteme existieren. Nach einer groben Einteilung, die bereits Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Smits und Peerbooms [8] vorgenommen hat, gehören hierzu rein staatliche Systeme (wie das NHS im Vereinigten Königreich), Mischsysteme (wie das System der Ziekenfondswet in den Niederlanden, im Folgenden: ZFW) und private Krankenversicherungssysteme. Bei dem ersten System ist die Finanzierung ausschließlich staatlich, und die Versorgung erfolgt kostenfrei. Das zweite System wird aus staatlichen oder privaten Mitteln oder aus beiden finanziert, während die Versorgung in Form von Sachleistungen oder im Wege der Erstattung erbracht wird. Im dritten Modell wird die Versorgungsleistung unmittelbar vom Patienten bezahlt, der sodann die Kosten von seinem Krankenversicherer erstattet bekommt. Je nach Art ihrer Organisation werden diese Systeme entweder straff verwaltet und sind vergleichsweise geschlossen, oder ihre Verwaltung ist flexibler, und die Systeme sind vergleichsweise offen.

22. Die dritte Ursache für das Auftreten von Spannungen liegt im Binnenmarkt selbst, insbesondere in der Freiheit, Dienstleistungen in der Gemeinschaft zu erbringen und in Anspruch zu nehmen. Zweifellos durch die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes ermutigt, nehmen Patienten in wachsendem Maße aus unterschiedlichen Gründen Gesundheitsleistungen in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch, z. B. weil die Behandlungsmöglichkeit in einem anderen Mitgliedstaat früher zur Verfügung steht als in dem Aufenthaltsmitgliedstaat (die Klägerin), weil die Behandlungsmöglichkeit in dem Aufenthaltsmitgliedstaat (noch) nicht (Frau Keller) oder nur auf Versuchsbasis zur Verfügung steht (Herr Peerbooms) oder weil der Patient größeres Vertrauen in den Erbringer von Pflegeleistungen hat, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist [9]. Die Patientenmobilität wird auch dadurch gefördert, dass den Patienten mehr Informationen (Internet) über die Möglichkeit ärztlicher Behandlung in anderen Ländern zur Verfügung stehen und Mittelspersonen für Gesundheitsdienste tätig werden.

23. Bei dieser Sachlage bildet sich ein transnationaler Markt für Gesundheitsdienste heraus, der Probleme nicht so sehr im

8 — Schlussanträge in der Rechtssache C-157/99 (zitiert in Fußnote 2, Nr. 46).

9 — Siehe Urteile vom 12. April 2005 in der Rechtssache C-145/03 (Keller, Slg. 2005, I-2529) und in der Rechtssache C-157/99 (zitiert in Fußnote 2).

Hinblick auf das Recht verursacht, den Aufenthaltsmitgliedstaat zu verlassen oder sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine ärztliche Behandlung in Anspruch zu nehmen, als vielmehr im Hinblick auf die Finanzierung dieser Behandlung. Dieser Aspekt bereitet offensichtlich Probleme, wenn die Frage der Finanzierung der Gesundheitsversorgung streng nach Maßgabe eines ausgewogenen Verhältnisses von Angebot und Nachfrage innerhalb der Grenzen des nationalen Gesundheits- und Krankenversicherungssystems gelöst wird.

24. Streitigkeiten, in denen Versicherte ärztliche Versorgung außerhalb ihrer nationalen Krankenversicherungssysteme in Anspruch genommen hatten, haben während der letzten zehn Jahre Anlass zu einer Reihe von Urteilen des Gerichtshofes gegeben, in denen dieser eine Reihe von Grundsätzen zur Lösung der Frage der Finanzierung der grenzüberschreitenden ärztlichen Dienstleistungen aufgestellt hat. Nach einem Anfang in den Urteilen Decker und Kohll arbeitete der Gerichtshof diese Grundsätze, die er später im Urteil Müller-Fauré präzisierte [10], vor allem im Urteil Smits und Peerbooms heraus. Andere wichtige Fragen zum Verhältnis von Artikel 49 EG zu Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 wurden in den Urteilen Vanbraekel und Inizan [11] entschieden. Obwohl die vom Gerichtshof in diesen Urteilen entwickelten Grundsätze inzwischen ständige Rechtsprechung sind und die wesentliche Grundlage für die Beantwortung der vom Court of Appeal vorgelegten Fragen liefern, ist zu prüfen, ob in Anbetracht des besonderen Zusammenhangs, in dem sich diese Fragen stellen, einige weitere Präzisierungen erforderlich sind.

25. Zunächst ist jedoch für die Beantwortung dieser Fragen der rechtliche Kontext zu bestimmen.

B — *Anwendbares Recht*

26. Die vom Court of Appeal vorgelegten Fragen befassen sich in erster Linie mit der Anwendbarkeit des Artikels 49 EG auf den Fall der Klägerin, insbesondere aber mit der Frage, ob diese Bestimmung der Klägerin einen Anspruch auf Erstattung der Kosten für ihre Krankenhausbehandlung in Frankreich verleiht, auch wenn diese Behandlung weder vom NHS noch von einer anderen zuständigen Stelle im Vereinigten Königreich genehmigt worden war.

27. Die Klägerin hatte jedoch, wie die Kommission ausführt, mit dem Antrag auf Ausstellung des Vordrucks E 112 zunächst um eine Genehmigung für die Behandlung im Ausland nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 nachgesucht. Der PCT als zuständige Stelle wies ihren Antrag zweimal

10 — Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-120/95 (Decker, Slg. 1998, I-1831) sowie die in Fußnote 2 angeführten Urteile.

11 — Urteile vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-368/98 (Vanbraekel, Slg. 2001, I-5363) und vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache C-56/01 (Inizan, Slg. 2003, I-12403).

mit der Begründung zurück, dass sie in Anbetracht der Einstufung ihres Zustands in aufeinander folgende Dringlichkeitsstufen („Routinefall", dann „bald") innerhalb der für die Aufnahme in ein Krankenhaus geltenden NHS-Zielvorgaben von zwölf Monaten behandelt werden könne. Die Voraussetzungen des Artikels 22 der Verordnung lägen somit nicht vor.

28. Da sowohl Artikel 49 EG als auch Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 für die Rechtssache von Bedeutung sind, ist zu bestimmen, in welcher Beziehung diese Bestimmungen zueinander stehen und wie sie auf den Fall anzuwenden sind.

29. Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 sieht vor, dass demjenigen, dem die Genehmigung erteilt worden ist, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Behandlung zu erhalten, die in dem zuständigen Mitgliedstaat versichert ist (im Folgenden auch: Versicherungsmitgliedstaat), die Behandlung nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem die Behandlung erfolgt, zu gewähren ist, als ob er dort versichert wäre [12]. Die Behandlungskosten trägt der Versicherungsmitgliedstaat, der dem Träger des Mitgliedstaats, in dem die Behandlung stattgefunden hat, die Aufwendungen nach Artikel 36 der Verordnung unmittelbar erstattet.

30. Nach Artikel 22 Absatz 2 Satz 2 der Verordnung darf diese Genehmigung nicht verweigert werden, wenn zwei Voraussetzungen vorliegen: 1. Die Behandlung gehört zu den Leistungen, die im zuständigen Mitgliedstaat versichert sind; 2. die erforderliche Behandlung des Betreffenden kann „in Anbetracht seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit ... nicht in einem Zeitraum [erbracht werden], der für diese Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist".

31. Es liegt im Wesen des Koordinierungsziels der Verordnung Nr. 1408/71, dass der Gerichtshof den Geltungsbereich des Artikels 22 der Verordnung eng ausgelegt hat. So stellte er im Urteil Vanbraekel fest, dass Artikel 22 Absatz 2 der Verordnung nur festlegen solle, unter welchen Umständen der zuständige nationale Träger die gemäß Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c beantragte Genehmigung nicht versagen könne, nicht aber die Fälle begrenzen solle, in denen eine derartige Genehmigung erteilt werden könne [13].

32. Der Gerichtshof hat ferner entschieden, dass Artikel 22 nicht den Fall regele, dass die Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat erbrachte Behandlung zu den Sätzen erstattet würden, die im zuständigen Staat

12 — Urteil Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 32).

13 — Urteil Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 31).

gälten, und die Mitgliedstaaten daher nicht an einer solchen Erstattung hindere [14].

33. Artikel 22 überlässt es daher den Mitgliedstaaten zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Kosten für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat erstattet werden können. Sieht ein Mitgliedstaat eine Erstattungsmöglichkeit für Patienten vor, hindert Artikel 22 den Mitgliedstaat nicht daran, die Erstattung davon abhängig zu machen, dass der Patient von der zuständigen Stelle zuvor die Genehmigung für die Behandlung im Ausland erhalten hat.

34. Ein Patient, der keine Genehmigung erhalten hat, weil die Voraussetzungen des Artikels 22 Absatz 2 nicht erfüllt waren, hat dann keinen Anspruch auf Erstattung der Kosten für die Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat; auch ist der zuständige Träger nicht verpflichtet, dem Träger dieser Behandlung die Kosten nach Artikel 36 der Verordnung Nr. 1408/71 zu erstatten.

35. Anders verhält es sich jedoch, wenn ein Patient die Genehmigung für eine ärztliche Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat beantragt hat, diese Genehmigung jedoch zu Unrecht verweigert wurde. In diesem Fall hat der Gerichtshof entschieden, dass der Patient, der sich trotz fehlender Genehmigung für eine Behandlung in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, einen unmittelbaren Anspruch gegen den zuständigen Träger auf eine Erstattung in der Höhe hat, wie sie normalerweise zu erbringen gewesen wäre, wenn die Genehmigung von Anfang an ordnungsgemäß erteilt worden wäre [15].

36. Wiederum anders ist die Situation zu beurteilen, dass die Versagung der Genehmigung nicht ausdrücklich oder nicht ausschließlich auf die Kriterien des Artikels 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 gestützt ist, sondern (zusätzlich) unter Bezugnahme auf innerstaatliche Kriterien erfolgt. Begibt sich ein Patient gleichwohl in einen anderen Mitgliedstaat, um sich dort einer ärztlichen Behandlung zu unterziehen, die er unmittelbar an den Leistungsträger bezahlt, und beantragt er danach die Erstattung der Kosten im Versicherungsmitgliedstaat, ist die Ablehnung dieser Erstattung nach Artikel 49 EG zu prüfen. Die Frage, die dann beantwortet werden muss, ist mit anderen Worten die, ob die Ablehnung der Kostenerstattung in einem solchen Fall eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt und ob diese Beschränkung gegebenenfalls gerechtfertigt ist.

14 — Urteile Kohll (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 27) und Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 36).

15 — Urteil Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 34).

37. Der letztgenannte Fall ist angesichts des Umstands, dass sich die Entscheidung auf die NHS-Zielvorstellungen bezog, der Fall der Klägerin. Der Court of Appeal hat daher für die Entscheidung des Ausgangsverfahrens zu Recht in erster Linie auf die Auslegung des Artikels 49 EG abgestellt.

C — *Die ersten beiden Vorabentscheidungsfragen: der NHS und Artikel 49 EG*

1. Der Anwendungsbereich von Artikel 49 EG

38. Die ersten beiden Fragen sind darauf gerichtet, festzustellen, ob angesichts der besonderen Merkmale des NHS eine im Vereinigten Königreich ansässige Person nach Artikel 49 EG Anspruch auf Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat auf Kosten des NHS hat und ob es hierfür von Bedeutung ist, ob die Dienstleistungen des NHS selbst als Dienstleistungen im Sinne des Artikels 49 EG anzusehen sind.

39. Die Beteiligten, die Erklärungen abgegeben haben, vertreten zur Anwendbarkeit des Artikels 49 EG auf den Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten der Krankenhausbehandlung in Frankreich durch den NHS unterschiedliche Auffassungen.

40. Die Klägerin, die belgische und die französische Regierung tragen vor, Artikel 49 EG in der Auslegung durch den Gerichtshof insbesondere in den Urteilen Smits und Peerbooms, Müller-Fauré und Inizan [16] finde auf den NHS Anwendung, so dass Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Vereinigten Königreich Anspruch auf Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat auf Kosten des NHS hätten. Hierfür sei es irrelevant, ob die vom NHS bereitgestellten Behandlungen Dienstleistungen im Sinne des Artikels 49 EG seien, auch wenn sie selbst der Meinung seien, dass dies der Fall sei.

41. Da der Rechtsstreit nach Auffassung der Kommission in erster Linie auf der Grundlage des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 zu entscheiden ist, befasst sie sich mit der Frage, ob die Weigerung des PCT, der Klägerin die Operation in Frankreich zu genehmigen und die Kosten dieser Behandlung zu erstatten, mit Artikel 49 EG vereinbar ist, nur hilfsweise. Die Kommission ist dabei der Ansicht, dass zwar, ausgehend von den Urteilen Humbel sowie Poucet und Pistre [17], die Auffassung vertreten werden könne, dass die Dienstleistungen des NHS

16 — Urteile in den Rechtssachen C-157/99 und C-385/99 (zitiert in Fußnote 2) sowie in der Rechtssache C-56/01 (zitiert in Fußnote 11).

17 — Urteile vom 27. September 1988 in der Rechtssache 263/86 (Humbel, Slg. 1988, 5365) und vom 17. Februar 1993 in den Rechtssachen C-159/91 und C-160/91 (Poucet und Pistre, Slg. 1993, I-637).

nicht in den Geltungsbereich der Artikel 49 EG und 50 EG fielen, dass aber aus den Urteilen des Gerichtshofes Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré [18] eindeutig hervorgehe, dass ärztliche Leistungen, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht und vom Empfänger unmittelbar bezahlt würden, Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 EG seien, falls sich die Feststellungen des Gerichtshofes nicht auf den Sachverhalt dieser Rechtsstreitigkeiten beschränkten. Zum Vorliegen von Beschränkungen führt die Kommission aus, das NHS-System könne nicht als diskriminierend angesehen werden, da es keine spezifische Vorschrift gebe, die sich mit der Behandlung in anderen Mitgliedstaaten befasse. Der Umstand jedoch, dass es kein Verfahren für den Antrag eines Patienten auf Vornahme ärztlicher Leistungen in anderen Mitgliedstaaten und für die Erstattung der Kosten dieser Leistungen gebe, könne die Patienten davon abhalten oder daran hindern, sich im Ausland behandeln zu lassen, und stelle folglich eine Beschränkung im Sinne des Artikels 49 EG dar.

42. Die schwedische Regierung vertritt ebenfalls die Auffassung, dass angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Fall der Klägerin in den Anwendungsbereich des Artikels 49 EG falle. Sie weist jedoch darauf hin, dass die charakteristischen Eigenheiten eines staatlichen Gesundheitssystems zu berücksichtigen seien. Ein Versicherter, der sich ohne vorherige Genehmigung außerhalb dieses staatlichen Systems von einem privaten Leistungsträger behandeln lasse, müsse die Kosten dieser Behandlung selbst tragen.

43. Demgegenüber betont die Regierung des Vereinigten Königreichs, weitgehend unterstützt von der finnischen, der maltesischen und der spanischen Regierung sowie Irland, dass Personen, die im Vereinigten Königreich ansässig seien, im Rahmen des NHS keinen Anspruch darauf hätten, eine bestimmte Behandlung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder an einem bestimmten Ort zu erhalten, und dass ihnen insoweit auch keine Wahlfreiheit zustehe. Der Gerichtshof habe in seiner Rechtsprechung klargestellt, dass der Anspruch auf Behandlung nach dem Recht des Aufenthaltsstaats eine Vorbedingung für den Anspruch auf Erstattung der Behandlungskosten in einem anderen Mitgliedstaat nach Artikel 49 EG sei. Eine Verpflichtung des NHS, der Klägerin die Kosten zu erstatten, könne es nur geben, wenn die im Rahmen des NHS gewährte Krankenhausbehandlung als „Dienstleistung" im Sinne der Artikel 49 EG und 50 EG eingestuft werde. Da der NHS vollständig aus dem Steueraufkommen finanziert werde, werde eine solche Behandlung nicht gegen Entgelt erbracht, so dass es an dem Kriterium des Entgelts fehle, das für die Definition der „Dienstleistung" entscheidend sei. Wenn der Gerichtshof festgestellt habe, dass eine nationale Regelung, die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats erschwere, gegen Artikel 49 EG verstoße [19], so setze dieser Vergleich voraus, dass sowohl die innerstaatliche

18 — Urteile in der Rechtssache C-157/99 und in der Rechtssache C-385/99 (zitiert in Fußnote 2).

19 — Siehe Urteile Kohll (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 33), Vanbraekel (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 44), Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 61) und Urteil vom 18. März 2004 in der Rechtssache C-8/02 (Leichtle, Slg. 2004, I-2641).

als auch die zwischenstaatliche Leistung von Diensten in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fielen. Gesundheitsleistungen, die der NHS gewähre, fielen somit nicht in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG. Der NHS unterscheide sich grundlegend vom niederländischen System der Ziekenfondswet (im Folgenden: ZFW), das Gegenstand der Rechtssachen Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré [20] gewesen sei, und zwar nicht nur, weil die im Rahmen des NHS bereitgestellte Behandlung nicht gegen Entgelt erbracht werde, sondern auch, weil der NHS keine Mittel habe, um den Patienten die Kosten für Gesundheitsleistungen zu erstatten, die außerhalb des NHS-Systems erbracht würden.

44. Die erste zu entscheidende Frage ist, ob Artikel 49 EG auf den Sachverhalt des vorliegenden Falles anwendbar ist, insbesondere im Hinblick auf das Vorbringen mehrerer Regierungen, die Erklärungen abgegeben haben, dass der NHS wegen seines staatlichen Charakters nicht in den Geltungsbereich dieser Bestimmung falle.

45. Entscheidend dafür, ob Artikel 49 EG auf den Fall der Klägerin und auf ihren Erstattungsanspruch anwendbar ist, ist, dass diese sich selbst für ihre Hüftoperation nach Frankreich begeben hat und dass sie selbst den Betrag von 3 900 GBP unmittelbar an den behandelnden Träger gezahlt hat.

20 — Zitiert in Fußnote 2.

46. Erstens fallen nach ständiger Rechtsprechung ärztliche Tätigkeiten als solche in den Geltungsbereich des Artikels 50 EG, ohne dass danach zu unterscheiden wäre, ob die Versorgung in einer oder außerhalb einer Krankenanstalt erbracht wird [21]. Auch führen nach ständiger Rechtsprechung die Besonderheiten bestimmter Dienstleistungen nicht dazu, dass diese nicht unter den elementaren Grundsatz des freien Verkehrs fallen; ebenso wenig schließt der Umstand, dass die streitige Regelung zum Bereich der sozialen Sicherheit gehört, die Anwendung der Artikel 49 EG und 50 EG aus [22].

47. Zweitens ist das Erfordernis des Entgelts klar erfüllt, da die Klägerin ihre Krankenhausrechnung unmittelbar beglichen hat. Sie ist insoweit in derselben Lage wie u. a. Smits und Müller-Fauré. In den Fällen dieser beiden Patientinnen hob der Gerichtshof hervor, dass die ärztlichen Behandlungen, die in anderen Mitgliedstaaten als dem der Versicherungszugehörigkeit erfolgten, den Einrichtungen, die sie erbrachten, unmittelbar von den Patienten bezahlt wurden [23]. Der Gerichtshof fügte hinzu, dass eine in einem Mitgliedstaat erbrachte ärztliche Leistung, die vom Patienten vergütet werde, ihre Zugehörigkeit zum Bereich des vom EG-Vertrag gewährleisteten freien Dienstleis-

21 — Urteile vom 31. Januar 1984 in den Rechtssachen 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377, Randnr. 16), vom 4. Oktober 1991 in der Rechtssache C-159/90 (Society for the Protection of Unborn Children Ireland, Slg. 1991, I-4685, Randnr. 18), Kohll (zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 29 und 51), Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 53) und Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 38).

22 — Urteile Kohll (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 20) und Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 54).

23 — Urteile Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 55) und Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 39).

tungsverkehrs nicht schon allein deshalb verlieren könne, weil die Erstattung der Kosten für die in Rede stehende Behandlung nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats über die Krankenversicherung beantragt werde, die im Wesentlichen Sachleistungen vorsähen [24].

48. Es kann somit kein Zweifel daran bestehen, dass die Klägerin als die Empfängerin von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 49 EG zu betrachten ist.

49. Von der Regierung des Vereinigten Königreichs, von der maltesischen, der finnischen und der spanischen Regierung sowie von Irland ist indessen eingewandt worden, das Klagebegehren der Klägerin könne nicht nach Artikel 49 EG geprüft werden, da der NHS ein ausschließlich staatliches System sei.

50. Mit dieser Frage hat sich der Gerichtshof im Hinblick auf das in den Niederlanden im Rahmen der ZFW angewandte System eingehend befasst. Insbesondere im Urteil Müller-Fauré, in dem der Gerichtshof sich zunächst (in den Randnrn. 55 bis 59) nachdrücklich mit den Ausführungen der Regierung des Vereinigten Königreichs über den NHS auseinander setzte, stellte er fest, dass „eine medizinische Leistung ... nicht deshalb ihren Charakter als Dienstleistung [verliert], weil ihre Kosten von einem nationalen Gesundheitsdienst oder einem Sachleistungssystem übernommen werden. ... [E]ine in einem Mitgliedstaat erbrachte medizinische Leistung, die vom Patienten bezahlt wird, [fällt] nicht schon allein deshalb nicht mehr in den Geltungsbereich des vom Vertrag gewährleisteten freien Dienstleistungsverkehrs ..., weil die Erstattung der Kosten für die fragliche Versorgung nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats über die Krankenversicherung beantragt wird, die im Wesentlichen Sachleistungen vorsehen ... Unter dem Gesichtspunkt des freien Dienstleistungsverkehrs ist daher nicht danach zu unterscheiden, ob der Patient die angefallenen Kosten zahlt und später ihre Erstattung beantragt oder ob der Leistungserbringer die Zahlung direkt von der Krankenkasse oder aus dem Staatshaushalt erhält“ [25].

51. Gegenüber den entsprechenden Erwägungen im Urteil Smits und Peerbooms [26] war der ausdrückliche Hinweis auf die „nationalen Gesundheitsdienste“ in den Erwägungen des Urteils Müller-Fauré neu. Während das Wort „Sachleistungssystem“ sich nur auf die ZFW beziehen konnte, war dieser Hinweis daher offensichtlich eine unmittelbare Erwiderung auf das Vorbringen der Regierung des Vereinigten Königreichs in jener Rechtssache.

52. Zwar scheint die Frage damit erledigt zu sein, doch führt die Regierung des Vereinigten Königreichs aus, dass der Gerichtshof die Frage von neuem prüfen und dabei zwischen

24 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 55).

25 — Urteil Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 103).

26 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 55).

dem NHS und der ZFW unterscheiden müsse, da die besondere Lage des NHS im Urteil Müller-Fauré nicht als solche in Frage gestanden habe und der Hinweis des Gerichtshofes auf den „nationalen Gesundheitsdienst" zu indirekt sei, um auch den NHS zu erfassen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser Frage ist offensichtlich etwas näher zu verdeutlichen.

53. Genauer: Im Urteil Müller-Fauré entschied der Gerichtshof im Wesentlichen, dass Artikel 49 EG unabhängig von der Art der Krankenversicherung im Herkunftsmitgliedstaat einer Person auf diese Anwendung finde, wenn sie sich für eine ärztliche Behandlung in einen anderen Mitgliedstaat begeben habe und sie diese unmittelbar bezahlt habe. Unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit ist die Art der Finanzierung der Dienstleistung als solche für die Entscheidung, ob eine bestimmte Leistung in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fällt, in der Tat unerheblich. Der NHS wirkt ebenso wie die ZFW-Krankenkassen in den Rechtssachen Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré nur an der Haupttransaktion — im vorliegenden Fall zwischen der Klägerin und dem Krankenhaus, in dem sie in Abbeville (Frankreich) ärztlich behandelt wurde — mit.

54. Zwar prüfte der Gerichtshof im Urteil Smits und Peerbooms, nachdem er zunächst festgestellt hatte, dass die betreffenden Patienten ihre ärztliche Behandlung selbst bezahlt hatten, darüber hinaus, ob die Zahlungen der Krankenkassen im Rahmen der ZFW an die Krankenhäuser ein Entgelt darstellten, und kam zum Ergebnis, dass dies der Fall sei. Diese Erwägung hatte jedoch offensichtlich keine Bedeutung für die ursprüngliche Feststellung des Gerichtshofes, dass angesichts des Umstands, dass die betreffenden ärztlichen Leistungen von Smits bzw. von Peerbooms unmittelbar bezahlt worden seien, Artikel 49 EG anwendbar sei.

55. In diesem Licht ist es für die Anwendbarkeit des Artikels 49 EG auf einen Fall wie den vorliegenden irrelevant, ob der NHS selbst als ein Erbringer von Dienstleistungen im Sinne der genannten Bestimmung des EG-Vertrags anzusehen ist. Außer Frage steht, dass der NHS für die Klägerin keine Dienstleistung im Sinne des Artikels 49 EG erbringt. Die Rolle des NHS beschränkt sich auf den Aspekt der etwaigen Kostenerstattung für die Behandlung, die die Klägerin in einem anderen Mitgliedstaat erhielt. Seine mögliche Beteiligung an einer Transaktion, die in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fällt, hat nur dienende Funktion.

56. Zudem stellt sich bei den alltäglichen Geschäftsvorgängen, bei denen der NHS für im Vereinigten Königreich ansässige Personen ärztliche Leistungen erbringt, die Frage nicht, ob diese Tätigkeiten in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fallen. Es darf nicht vergessen werden, dass Artikel 49 EG keine Anwendung auf Sachverhalte findet,

die auf das Gebiet eines Mitgliedstaats beschränkt sind [27], und dass ein grenzüberschreitendes Element vorliegen muss. Das Letztere ist z. B. der Fall, wenn Personen, die in anderen Mitgliedstaaten als im Vereinigten Königreich ansässig sind, im Vereinigten Königreich eine Behandlung im Rahmen des NHS benötigen. In diesen Fällen müssen ausländische Besucher des Vereinigten Königreichs nach den NHS (Charges to Overseas Visitors) Regulations 1989 ärztliche Leistungen, die ihnen vom NHS gewährt werden, bezahlen, weshalb diese Leistungen in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fallen. Ebenso wäre ein grenzüberschreitendes Element gegeben, wenn der NHS Verträge über die Erbringung von Krankenhausleistungen in anderen Mitgliedstaaten schlösse, um die Behandlungskapazitäten zu erweitern.

57. Dem Vorbringen des Vereinigten Königreichs, wenn der Gerichtshof festgestellt habe, dass eine nationale Regelung gegen Artikel 49 EG verstoße, die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats erschwere, setze dieser Vergleich voraus, dass sowohl die innerstaatliche als auch die zwischenstaatliche Leistung von Diensten in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fielen, kann nicht gefolgt werden. Diese Feststellung des Gerichtshofes bezieht sich klar auf die beschränkenden Wirkungen einer nationalen Regelung auf die Leistung von Diensten aus anderen Mitgliedstaaten und bezweckt nicht die Eingrenzung der Anwendbarkeit des Artikels 49 EG auf Sachverhalte, in denen die Leistung der betreffenden Dienste innerhalb eines Mitgliedstaats Bedingungen unterliegt, die der grenzüberschreitenden Leistung dieser Dienste gleichen.

58. Wie bereits ausgeführt, hat der Gerichtshof festgestellt, dass Dienstleistungen nicht wegen ihrer Besonderheiten vom Geltungsbereich des Artikels 49 EG ausgeschlossen werden könnten. Selbst der Umstand, dass die streitige Regelung zum Bereich der sozialen Sicherheit gehört, schließt die Anwendung der Artikel 49 EG und 50 EG nicht aus [28]. Im Licht dieser Rechtsprechung ist es schwer vorstellbar, dass ärztliche Leistungen, die im Rahmen des NHS erbracht werden, vom Anwendungsbereich der Bestimmungen des EG-Vertrags über den freien Dienstleistungsverkehr entweder aufgrund ihres Charakters oder aufgrund des Umstands, dass sie in einem ausschließlich staatlichen Zusammenhang erbracht werden, ausgeschlossen werden könnten.

59. Im Hinblick auf diese Frage der Anwendbarkeit des Artikels 49 EG auf den NHS nehmen schließlich mehrere Regierungen, die Erklärungen abgegeben haben, Bezug auf das Urteil Humbel [29], in dem der Gerichtshof feststellte, dass ein Mitgliedstaat, der ein nationales Bildungssystem errichte und erhalte, das aus dem Staatshaushalt finanziert werde, keine gewinnbringende Tätigkeit aufnehmen wolle, vielmehr dadurch auf sozialem, kulturellem und bildungspolitischem Gebiet seine Aufgaben gegenüber seinen Bürgern erfülle. In einem solchen Fall fehle das konstituierende Merkmal des Entgelts,

27 — Siehe z. B. Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90 (Höfner, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 37).

28 — Urteile Kohll (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 20) und Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 54).

29 — Urteil Humbel (zitiert in Fußnote 17).

so dass Artikel 49 EG keine Anwendung finde[30]. Da der NHS mit einem solchen nationalen Bildungssystem verglichen werden könne und ebenfalls ausschließlich aus dem Steueraufkommen finanziert werde, seien die im Rahmen des NHS erbrachten Leistungen, so der Vortrag, ohne wirtschaftliche Gegenleistung erbracht worden und fielen nicht in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG.

60. Unabhängig davon, ob das Urteil Humbel noch Bestand haben kann, gilt auch hier, dass dieser Punkt dem Gerichtshof bereits vorgetragen und von ihm beantwortet wurde. Ohne dass die Erwägungen im Urteil Smits und Peerbooms, die oben dargelegt wurden, wiederholt werden müssten, genügt der Hinweis, dass der Gerichtshof in diesem Urteil hervorgehoben hat, dass ärztliche Leistungen ohne Rücksicht darauf in den Geltungsbereich des Artikels 49 EG fielen, ob sie in einer Krankenanstalt erbracht werden, und dass im Rahmen der ZFW Zahlungen, die die Krankenkassen an die Krankenhäuser leisteten, ein Entgelt für die Leistungen der Letzteren darstellten. Jedenfalls hat die Organisationsform des NHS, wie bereits festgestellt, im vorliegenden Fall keine Auswirkung auf die Anwendbarkeit des Artikels 49 EG, da es nicht um die vom NHS erbrachten Leistungen geht. Ferner müssen, wie ebenfalls oben ausgeführt wurde (in den Nrn. 7 letzter Gedankenstrich und 56), Personen aus dem Ausland die ärztliche Behandlung, die sie von NHS-Einrichtungen erhalten, bezahlen. In diesem Fall wird die Behandlung ganz offensichtlich gegen Entgelt erbracht, so dass der Anwendbarkeit des Artikels 49 EG kein Hindernis entgegensteht.

61. Das Grundproblem im vorliegenden Fall liegt darin, dass eine Person in der Lage der Klägerin über zwei verschiedene Eigenschaften verfügt, die in sich widersprüchlich sind. Auf nationaler Ebene wird ihr Status durch die Zugehörigkeit zu dem nationalen Sozialversicherungssystem bestimmt, nach dem ihr kein Anspruch darauf zusteht, zu einem bestimmten Zeitpunkt oder an einem bestimmten Ort behandelt zu werden. Unter dem Gesichtspunkt des Gemeinschaftsrechts ist sie andererseits Empfängerin ärztlicher Leistungen, die unter Berücksichtigung zu rechtfertigender Beschränkungen, die nach innerstaatlichem Recht bestehen, Wahlfreiheit bezüglich der benötigten Behandlung genießt. Die Auffassung, ihr Status nach innerstaatlichem Recht könne ihr Recht einschränken, sich für die Anfechtung der Entscheidung, mit der das System, dem sie angehört, es ablehnte, ihr die Kosten der in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommenen Leistungen zu erstatten, auf Artikel 49 EG zu berufen, wäre eine unzulässige Beschränkung der Möglichkeit, die Vereinbarkeit der Ablehnung mit dem Gemeinschaftsrecht einer Überprüfung zu unterziehen.

62. Aufgrund dieser Erwägungen komme ich zum Ergebnis, dass Artikel 49 EG auf den Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Kosten für die Krankenhausbehandlung in Frankreich Anwendung findet und dass das gegenteilige Vorbringen unbegründet ist. An dieser Stelle möchte ich darauf hin-

30 — In den Randnrn. 17 und 18 des Urteils.

weisen, dass dies nicht bedeutet, dass die berechtigten Bedenken der Mitgliedstaaten, die über staatliche Gesundheitssysteme verfügen, nicht anzuerkennen sind. Die Bedenken werden im Zusammenhang mit der dritten Vorabentscheidungsfrage erörtert werden.

2. Die Frage hinter den ersten beiden Vorabentscheidungsfragen

63. Da also Artikel 49 EG im vorliegenden Fall grundsätzlich anwendbar ist, stellt sich als nächste Frage zu dieser Bestimmung, ob die Weigerung des NHS, die Kosten der Behandlung zu erstatten, die die Klägerin in Frankreich in Anspruch genommen hat, eine Beschränkung der Freiheit darstellt, Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen.

64. Die Beantwortung dieser Frage macht es erforderlich, die vom Court of Appeal für die ersten beiden Fragen gewählte Perspektive anzupassen. So wie die Fragen gestellt sind, gehen sie dahin, ob einer Person in der Lage der Klägerin ein „Anspruch nach Gemeinschaftsrecht" auf die Inanspruchnahme von Dienstleistungen auf Kosten des NHS in Anbetracht des Umstands zusteht, dass der NHS ein ausschließlich staatlich organisiertes und finanziertes System ist. Da ein Anspruch nach den Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr nur dann vorliegt, wenn eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht gerechtfertigt ist, sollten die Fragen dahin verstanden werden, ob es eine Beschränkung des Rechts der im Vereinigten Königreich wohnhaften Personen darstellt, Dienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, dass im Rahmen des NHS die Kosten einer außerhalb des Vereinigten Königreichs in Anspruch genommenen ärztlichen Behandlung nicht erstattet werden können. Sollte dies der Fall sein, ist weiterhin zu prüfen, ob diese Beschränkung gerechtfertigt werden kann. Wie bereits ausgeführt, ist dies Gegenstand der dritten Vorabentscheidungsfrage.

65. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass eine nationale Regelung gegen Artikel 49 EG verstoße, die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats erschwere [31]. Er hat weiter entschieden, dass eine nationale Regelung, die die Sozialversicherten davon abzuhalten suche oder sie sogar daran hindere, sich an ärztliche Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit zu wenden, sowohl für die Versicherten als auch für die Leistungserbringer eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle [32].

66. Im vorliegenden Fall besteht die Beschränkung der Möglichkeit, ärztliche Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Vereinigten Königreich in Anspruch zu nehmen, für die im Rahmen des NHS Versicherten nicht so sehr in einer konkreten Bestimmung, die die Möglichkeit einer Behandlung im Ausland einschränkt, sondern

31 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 61).

32 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 69).

darin, dass ein klar definiertes Verfahren für die Prüfung der Anträge auf Genehmigung einer solchen Behandlung fehlt. Das Fehlen eines solchen Verfahrens kann in der Tat mit der Funktionsweise des NHS erklärt werden. Die Patienten haben keinen Anspruch auf eine Behandlung zu einer bestimmten Zeit oder an einem bestimmten Ort, sondern sind von der klinischen Beurteilung abhängig, die die Leistungsträger innerhalb des NHS vornehmen. Es sind die NHS-Einrichtungen, die darüber entscheiden, welche Behandlung wann und wo vorgenommen wird. Versicherte, die ärztliche Versorgung benötigen, werden diagnostiziert, sodann nach der Bedeutung ihrer Beschwerden eingestuft und entsprechend dieser Einstufung auf einen Platz in einer Warteliste gesetzt. Die NHS-Einrichtungen haben insoweit anscheinend unbeschränktes Ermessen.

67. Zwar mag es einem solchen staatlich finanzierten und betriebenen System wesensgemäß sein, dass alle Entscheidungen über die zu gewährende ärztliche Behandlung innerhalb des Systems getroffen werden, doch bedeutet dies schon für sich genommen, dass die im Rahmen dieses Systems Versicherten in ihren Möglichkeiten beschränkt sind, Behandlungen außerhalb des Systems in Anspruch zu nehmen, weil sie keine Sicherheit haben, dass die Kosten dieser Behandlung entweder unmittelbar an den Leistungsträger gezahlt oder ihnen erstattet werden. Soweit sie ärztliche Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch nehmen wollen, stellt dies eine Beschränkung ihrer Freiheit dar, Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen.

68. Dass sie auch in ihrer Freiheit beschränkt sind, private Dienstleistungen innerhalb des Vereinigten Königreichs in Anspruch zu nehmen, ist dabei irrelevant. Dies ist eine innere Angelegenheit des Vereinigten Königreichs und kann allenfalls als ein Beispiel für umgekehrte Diskriminierung gelten, die, wie die französische Regierung ausgeführt hat, vom EG-Vertrag nicht verboten ist.

69. Mit der Feststellung, dass die Funktionsweise des NHS die im Rahmen dieses Systems Versicherten in der Freiheit beschränkt, ärztliche Leistungen in anderen Mitgliedstaaten in Anspruch zu nehmen, ist noch nicht gesagt, dass diesen Personen nach Artikel 49 EG ein unbeschränkter Anspruch darauf zusteht, sich zu dem genannten Zweck in andere Mitgliedstaaten zu begeben. Wie der Gerichtshof festgestellt hat, kann ein Mitgliedstaat vorschreiben, dass eine vorherige Genehmigung erforderlich ist, bevor er die finanzielle Last einer Krankenhausversorgung übernimmt, die in anderen Mitgliedstaaten den im Rahmen von deren Sozialversicherungssystemen Versicherten gewährt wird. Ein solches Erfordernis wird als notwendig und angemessen angesehen, um im betreffenden Staat zu gewährleisten, dass ein ausgewogenes Angebot qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung ständig ausreichend zugänglich ist, und trägt dazu bei, die Kosten zu beherrschen und jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen auf einem Gebiet zu verhindern, in dem die finanziellen Mittel naturgemäß begrenzt sind [33]. Der Gerichtshof hat festgestellt, dass jede Planung innerhalb des Systems, die ein Angebot an

33 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 78 bis 80).

Krankenhauspflege gewährleisten solle, das rationell, stabil, ausgewogen und gut zugänglich sei, automatisch vereitelt würde, wenn es den Versicherten unter allen Umständen freistünde, das System, in dessen Rahmen sie versichert sind, zu verlassen [34].

70. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer vorherigen Genehmigung müssen jedoch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen. Hierzu hat der Gerichtshof klargestellt, dass „ein System vorheriger behördlicher Genehmigung keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen [kann], die geeignet ist, den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere wenn sie eine Grundfreiheit wie [die Dienstleistungsfreiheit] betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen. ... Daher ist ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen nur dann trotz des Eingriffs in eine Grundfreiheit gerechtfertigt, wenn es jedenfalls auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im Voraus bekannt sind, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern ... Ein derartiges System vorheriger behördlicher Genehmigungen muss sich auch auf eine leicht zugängliche Verfahrensregelung stützen und geeignet sein, den Betroffenen zu gewährleisten, dass ihr Antrag unverzüglich, objektiv und unparteiisch behandelt wird, und die Versagung von Genehmigungen muss ferner im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anfechtbar sein“ [35].

71. Zwar akzeptiert der Gerichtshof somit, dass die Mitgliedstaaten eine vorherige Genehmigung als Voraussetzung dafür verlangen können, dass eine im Rahmen eines staatlichen Krankenversicherungssystems versicherte Person eine Krankenhausversorgung außerhalb dieses Systems erhält und ihr die Kosten für diese Leistungen erstattet werden, doch gibt es in der Rechtsprechung auch Hinweise darauf, dass Mitgliedstaaten unter Umständen verpflichtet sind, Maßnahmen zu ergreifen, um grenzüberschreitende ärztliche Dienstleistungen zu erleichtern.

72. Bei der Prüfung, ob das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für Leistungen außerhalb eines Krankenhauses gerechtfertigt ist, traf der Gerichtshof im Urteil Müller-Fauré eine Reihe von Feststellungen über die Anpassung nationaler Sozialversicherungssysteme an gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen, die wohl so allgemeiner Art sind, dass sie nicht nur für die Leistungen außerhalb eines Krankenhauses gelten können.

73. Ausgehend von der Prämisse, dass das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt, auch wenn die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten müssen, hat der Gerichtshof festgestellt, dass „die Verwirklichung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten unvermeidlich [verpflichtet], einige Anpassungen in ihren nationalen Systemen der sozialen Sicherheit vorzunehmen“. Dies könne nicht als Eingriff in ihre souveräne Kompetenz in dem betreffenden Bereich angesehen werden. Der Gerichtshof fügte hinzu, dass „bereits im Rahmen der Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 diejenigen Mit-

34 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 81).

35 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 90).

gliedstaaten, die ein Sachleistungssystem oder sogar einen nationalen Gesundheitsdienst errichtet haben, Mechanismen der nachträglichen Erstattung der Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen durchgeführte Behandlung vorsehen [müssen]. Das gilt z. B. für den Fall, dass die Formvorschriften nicht während des Aufenthalts des Betroffenen im letztgenannten Mitgliedstaat eingehalten werden konnten [36] oder dass der zuständige Staat gemäß Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 die Behandlung im Ausland genehmigt hat". In diesem Zusammenhang entschied der Gerichtshof, dass ein Versicherter, wenn er in einem anderen Mitgliedstaat ohne vorherige Genehmigung eine Behandlung erhält, die Kostenerstattung nur insoweit verlangen kann, als das Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaats der Versicherungszugehörigkeit eine Deckung garantiert und sofern er bestimmte, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbare Voraussetzungen erfüllt. Schließlich wies der Gerichtshof darauf hin, dass „der zuständige Mitgliedstaat, der über ein Sachleistungssystem verfügt, durch nichts daran gehindert [ist], die Erstattungsbeträge festzusetzen, auf die die Patienten, die in einem anderen Mitgliedstaat versorgt wurden, Anspruch haben, soweit diese Beträge auf objektiven, nichtdiskriminierenden und transparenten Kriterien beruhen" [37].

74. Obwohl, wie dargelegt, diese Überlegungen in Bezug auf Leistungen außerhalb eines Krankenhauses angestellt wurden, gibt es keinen Grund, weshalb sie gerade auf diese beschränkt sein sollten. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass sie dem in Artikel 10 EG verankerten allgemeineren Grundsatz Ausdruck verleihen, dass die Mitgliedstaaten alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen des EG-Vertrags treffen und der Gemeinschaft die Erfüllung ihrer Aufgabe erleichtern. Dieser Grundsatz kann verlangen, dass ein Mitgliedstaat besondere Maßnahmen zur Erleichterung des freien Dienstleistungsverkehrs trifft, während umgekehrt das Unterlassen solcher Maßnahmen einen Sachverhalt herbeiführen kann, der im Widerspruch zu den Verpflichtungen des Mitgliedstaats nach — im vorliegenden Fall — Artikel 49 EG stünde.

75. Des Näheren verlangt diese Verpflichtung, dass Mitgliedstaaten nicht nur Vorschriften, die solche Probleme hervorrufen, aufheben, sondern im Gegenteil aktive Maßnahmen treffen, um das Entstehen von Hemmnissen für die Freizügigkeit in der Gemeinschaft zu verhindern. Hierzu gehören als Beispiele, die dem vergleichbaren Kontext des freien Warenverkehrs entnommen sind, die Verpflichtung, eine Bestimmung über die gegenseitige Anerkennung von Erzeugnissen im nationalen Lebensmittelrecht vorzusehen [38], sowie die Verpflichtung, gegen Hemmnisse für den freien Warenverkehr vorzugehen, die durch Handlungen von Privatpersonen geschaffen wurden [39]. Hierzu gehört auch die Verpflichtung, sicherzustel-

36 — Siehe Artikel 34 der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 74, S. 1).

37 — Urteil Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 100 bis 107).

38 — Urteil vom 22. Oktober 1998 in der Rechtssache C-184/96 (Kommission/Frankreich, Slg. 1998, I-6197, Randnr. 28) („Foie gras").

39 — Urteil vom 9. Dezember 1997 in der Rechtssache C-265/95 (Kommission/Frankreich, Slg. 1997, I-6959, Randnrn. 30 bis 32) („Spanische Erdbeeren").

len, dass dem Erfordernis einer vorherigen Genehmigung eine Verfahrensregelung zugrunde liegt, die die vom Gerichtshof bezeichneten und oben in Nummer 70 angeführten Kriterien erfüllt.

76. Auf der Grundlage dieser Erwägungen ist auf die ersten beiden Fragen zu antworten, dass Artikel 49 EG dahin auszulegen ist, dass Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, der einen nationalen Gesundheitsdienst wie den NHS im Vereinigten Königreich unterhält, grundsätzlich Anspruch auf Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat auf Kosten dieses nationalen Gesundheitsdienstes haben. Die Mitgliedstaaten können diesen Anspruch von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen, sofern diese Genehmigung auf objektiven, nichtdiskriminierenden und transparenten Kriterien beruht, die in einem Verfahren angewandt werden, das leicht zugänglich und sicherzustellen geeignet ist, dass Anträge auf Genehmigung objektiv, unparteiisch und binnen angemessener Zeit behandelt werden und die Ablehnung eines Antrags in gerichtlichen oder quasigerichtlichen Verfahren angefochten werden kann. Das Fehlen solcher Kriterien und eines solchen Verfahrens kann einer Person einen solchen Anspruch nicht nehmen. Es ist für die Anwendung des Artikels 49 EG unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens irrelevant, ob die vom NHS gewährte Krankenhausbehandlung selbst die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 49 EG ist.

D — *Die dritte Vorabentscheidungsfrage: Rechtfertigung der Versagung einer vorherigen Genehmigung*

77. Mit der dritten Vorabentscheidungsfrage fragt der Court of Appeal für den Fall, dass Artikel 49 EG auf den NHS anwendbar ist, ob die Versagung der vorherigen Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat aus einer Reihe unterschiedlicher Gründe objektiv gerechtfertigt sein kann. Zu diesen Gründen gehört a) die Tatsache, dass eine Genehmigung das NHS-System der Verwaltung ärztlicher Prioritäten über Wartelisten ernsthaft untergraben würde, b) die Tatsache, dass eine Genehmigung Patienten mit weniger dringendem Behandlungsbedarf Vorrang gegenüber Patienten mit dringenderem Behandlungsbedarf einräumen würde, c) die Tatsache, dass eine Genehmigung zur Folge hätte, dass Mittel verlagert würden, um weniger dringende Behandlungen für diejenigen zu finanzieren, die bereit sind, ins Ausland zu reisen, wodurch diejenigen, die nicht ins Ausland reisen können oder wollen, benachteiligt würden oder sich die Kosten der NHS-Einrichtungen erhöhen würden, d) die Tatsache, dass eine Genehmigung möglicherweise zur Folge hätte, dass das Vereinigte Königreich zusätzliche Mittel für den NHS-Haushalt zur Verfügung stellen oder den Umfang der im Rahmen des NHS verfügbaren Behandlungen einschränken müsste, und e) die Vergleichskosten für die Behandlung und die damit verbundenen Nebenkosten in dem anderen Mitgliedstaat.

78. Die Klägerin trägt vor, dass bei der Prüfung eines Antrags auf Genehmigung einer Behandlung im Ausland untersucht werde, ob die Behandlung im Vereinigten Königreich „rechtzeitig" erbracht werden könne, und dass dies anhand der NHS-

Wartelisten bestimmt werde. Das Verfahren, nach dem anhand der Wartelisten die Rangfolge festgelegt werde, berücksichtige nicht die Dringlichkeit der ärztlichen Versorgung des einzelnen Patienten unter Bezug auf seinen klinischen Zustand, seine Vorgeschichte und seine besonderen Umstände. Bei dieser Sachlage könne eine Versagung nicht einfach damit gerechtfertigt werden, dass es eine Warteliste gebe. Wartelisten und die Gründe für ihre Einführung seien sorgfältig unter Berücksichtigung des Umstands zu prüfen, dass eine zu lange oder unübliche Wartezeit den Zugang zu qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung wahrscheinlich beschränken, nicht aber verstärken werde. Es gebe keinen Beleg dafür, dass eine der vom vorlegenden Gericht in seiner dritten Vorabentscheidungsfrage genannten negativen Wirkungen eintreten würde.

79. Die französische Regierung unterstützt im Wesentlichen den Vortrag der Klägerin und trägt vor, die meisten der vom Court of Appeal angeführten negativen Wirkungen könnten keine Rechtfertigung darstellen, da sie finanzieller Art seien. Die belgische Regierung fügt hinzu, die Versagung der Genehmigung durch das Vereinigte Königreich könne gerechtfertigt sein, müsse jedoch auf objektiven, nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, die im Voraus bekannt seien und die den geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften nicht jede praktische Wirksamkeit nähmen.

80. Die Kommission führt aus, da es im Vereinigten Königreich für die Erstattung von Behandlungskosten außerhalb des Zusammenhangs der Verordnung Nr. 1408/71 kein Verfahren gebe, könnten zwingende Gründe zur Rechtfertigung dieser Beschränkung nicht geprüft werden.

81. Die spanische, die maltesische, die finnische, die schwedische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie Irland vertreten demgegenüber die Auffassung, dass selbst dann, wenn Artikel 49 EG auf den NHS Anwendung finden sollte, das Ziel, das finanzielle Gleichgewicht des NHS zu gewährleisten und eine ausgeglichene und allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertige. Die Wirkungen, die der Court of Appeal in seiner dritten Vorabentscheidungsfrage aufgeführt habe, könnten daher angesichts der Gefahren, die für das Gleichgewicht des NHS-Systems bestünden, wenn Patienten in großer Zahl Behandlungen im Ausland in Anspruch nehmen könnten, herangezogen werden, um die Versagung der Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu rechtfertigen. Die spanische und die schwedische sowie die Regierung des Vereinigten Königreichs betonen namentlich, dass die Verwendung von Wartelisten zu diesem Zweck berechtigt sei, vor allem da die Listen aufgrund ärztlicher Erwägungen erstellt würden.

82. Der Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage muss die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes zu den Zielen sein, die nationale Beschränkungen des Rechts eines Versicherten nach Artikel 49 EG auf Inanspruchnahme einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat rechtfertigen können. Insbesondere ist zu prüfen, ob die verschiedenen Auswirkungen, die vom Court of Appeal angeführt werden, unter diese Ziele fallen und ob sie andernfalls gleichwohl als Rechtfertigungsgründe für die Versagung von Genehmigungen und Kostenerstattungen anzuerkennen sind.

83. Die Rechtfertigungsgründe, die vom Gerichtshof anerkannt wurden, sind im Urteil Smits und Peerbooms sachdienlich zusammengefasst. Erstens hat der Gerichtshof entschieden, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen könne, der eine Beschränkung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertige. Zweitens hat der Gerichtshof festgestellt, dass das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, zwar eng mit der Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit verbunden sei, aber auch zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nach Artikel 46 EG zählen könne, soweit es zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzes beitrage. Drittens hat er klargestellt, dass es Artikel 46 EG den Mitgliedstaaten erlaube, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung einzuschränken, soweit die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der ärztlichen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland es für die Gesundheit oder gar das Überleben ihrer Bevölkerung erfordere. Können diese Rechtfertigungsgründe geltend gemacht werden, muss schließlich sichergestellt werden, dass die betreffende nationale Maßnahme nicht über dasjenige hinausgeht, was zu diesem Zweck objektiv notwendig ist, und dass das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden kann [40].

84. Was insbesondere die Wartelisten angeht, so hat der Gerichtshof im Urteil Müller-Fauré ausdrücklich entschieden, dass sich ein Mitgliedstaat nicht ausschließlich auf die Existenz von Wartelisten für die betreffende Krankenhausversorgung im Inland — im Gegensatz zur Besorgnis einer Verschwendung oder von Verlusten infolge einer Überkapazität von Krankenhäusern — stützen kann, ohne die konkreten Umstände des Gesundheitszustands des Patienten zu berücksichtigen. Er stellte fest, dass nicht dargetan sei, dass eine solche Wartezeit zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung erforderlich wäre [41]. Eine zu lange oder unübliche Wartezeit wäre im Gegenteil eher geeignet, den Zugang zu einem ausgewogenen Komplex von qualitativ hochwertigen Krankenhausbehandlungen einzuschränken. Wartelisten, führte der Gerichtshof aus, beruhten hauptsächlich auf rein wirtschaftlichen Erwägungen, die als solche eine Beschränkung des elementaren Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen könnten [42].

85. An sich ist anzuerkennen, dass Versicherte, die eine Behandlung benötigen, nicht in der Weise und zu dem Zeitpunkt, in der bzw. zu dem sie die Behandlung brauchen, oder auch nur innerhalb eines als annehmbar geltenden Zeitraums behandelt werden können, wenn die Nachfrage nach Krankenhausleistungen die Fähigkeit, solche Leistungen zu erbringen, übersteigt. Angesichts der Tatsache, dass die menschlichen, finanziellen und materiellen Ressourcen, die den Krankenhäusern zur Verfügung stehen, beschränkt sind, müssen Patienten unvermeidlich eine gewisse Zeit warten, bevor sie behandelt werden. Da die Nachfrage in diesem Bereich allgemein viel größer als das Angebot ist, fungieren Wartelisten als ein Instrument für die Ressourcenverwal-

40 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 72 bis 75).

41 — D. h. trotz des ausdrücklichen Vorbringens des Vereinigten Königreichs zu diesem Punkt. Siehe Urteil Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 58).

42 — Siehe Urteil Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 92).

tung, um die Krankenhauskapazitäten optimal zu nutzen. Dies ist unter dem Gesichtspunkt einer sachgerechten Bewirtschaftung der Ressourcen zwar durchaus sinnvoll, doch bestehen die Opportunitätskosten für eine derartige Verwendung von Wartelisten darin, dass der Zugang der Patienten zur Krankenhausversorgung verzögert wird. Diesen Aspekt hatte der Gerichtshof offensichtlich im Sinn, als er die bloße Existenz von Wartelisten als Rechtfertigungsgrund für die Versagung einer Genehmigung von Behandlungen im Ausland verneinte.

86. Es besteht daher eine inhärente Spannung zwischen einerseits der unvermeidlichen Existenz von Wartelisten und ihrer Rolle als Instrument der Bewirtschaftung und Verwaltung beschränkter Ressourcen und andererseits den Interessen der Patienten an einer angemessenen und rechtzeitigen Behandlung. Diese beiden widerstreitenden Interessen können nur dann im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes ausgeglichen werden, wenn für die Führung von Wartelisten eine Reihe von Bedingungen gilt. Insbesondere sollte in den Wartelisten nicht nur eingetragen sein, dass ein bestimmter Patient Anspruch auf eine bestimmte Art von Behandlung mit einem bestimmten Grad von Dringlichkeit hat. Die Wartelisten sollten aktiv als dynamische und flexible Instrumente geführt werden, die die Bedürfnisse der Patienten je nach Entwicklung ihres Gesundheitszustands berücksichtigen. Hierzu gehört, dass eine erneute Untersuchung des Krankheitszustands gegebenenfalls eine schnellere Behandlung erlauben muss. Darüber hinaus muss ein Sicherheitsventil vorgesehen sein, z. B. durch Festsetzung von Obergrenzen für Wartezeiten, die im Hinblick auf den Gesundheitszustand der betroffenen Person vertretbar sind und bei deren Überschreitung zusätzliche Anstrengungen unternommen werden müssen, um eine sofortige Behandlung zu gewährleisten. Ferner sollten im Interesse der Transparenz Entscheidungen über die Behandlung und deren wahrscheinlichen Zeitpunkt auf der Grundlage eindeutiger Kriterien getroffen werden, die das Ermessen der die Entscheidung treffenden Einrichtung eingrenzen.

87. Beantragt daher jemand die Genehmigung für eine Behandlung im Ausland, so genügt es nicht, dass die entscheidende Stelle diesen Antrag aus dem formalen Grund ablehnt, dass die Behandlung im Rahmen der Zielvorgaben des nationalen Systems erbracht werden kann. Eine solche Entscheidung hat zu berücksichtigen, ob die Anwendung der Zielvorgaben in dem betreffenden Fall angesichts des individuellen Krankheitszustands des betreffenden Patienten vertretbar ist. Um noch einmal den Gerichtshof zu zitieren: Beachtet werden müssen die Umstände des konkreten Falles. Darüber hinaus sind nicht nur der Gesundheitszustand des Patienten zum Zeitpunkt der Einreichung des Genehmigungsantrags und gegebenenfalls das Ausmaß seiner Schmerzen oder die Art seiner Behinderung zu berücksichtigen, die z. B. die Ausübung einer Berufstätigkeit unmöglich machen oder außerordentlich erschweren könnte, sondern auch die Vorgeschichte des Patienten [43].

88. Folglich kann die Zurückweisung eines Antrags auf Genehmigung einer Kranken-

43 — Urteile Smits und Peerbooms (Randnr. 104) und Müller-Fauré (Randnr. 90).

hausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat auf Kosten des NHS ausschließlich aus dem Grund, dass eine stattgebende Entscheidung das NHS-System der Verwaltung ärztlicher Prioritäten über Wartelisten ernsthaft untergraben würde, nicht als gerechtfertigt angesehen werden. Da der Entscheidung eine Untersuchung des Krankheitszustands des Antragstellers zugrunde liegen muss, können auch Erwägungen, die ihre Wurzel außerhalb einer solchen Untersuchung haben, wie die Auswirkungen auf die Wartelistenposition anderer Patienten oder die Verwendung von Ressourcen innerhalb des NHS, eine Versagung der beantragten Genehmigung nicht rechtfertigen. Was die erste dieser beiden Auswirkungen angeht, so wird jede positive Entscheidung der zuständigen NHS-Stelle darauf beruhen, dass der Antragsteller dringend eine Behandlung benötigt. Was die zweite dieser Auswirkungen angeht, so ist sie wirtschaftlicher Art, wie bereits oben in Nummer 73 ausgeführt; zudem verpflichtet das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten, Anpassungen ihrer Systeme der sozialen Sicherheit vorzunehmen, um die Verwirklichung der im EG-Vertrag verankerten Grundfreiheiten zu erleichtern. Hierzu dürfte eine ausreichende Flexibilität in der NHS-Planung gehören, um unter bestimmten Umständen Anträge auf Genehmigung einer Behandlung im Ausland zu berücksichtigen.

89. Dass es aufgrund von Genehmigungen erforderlich werden könnte, dem NHS-Haushalt zusätzliche Mittel zuzuweisen, darf ferner für sich allein bei der Entscheidung, ob ein einzelner Antragsteller im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand die Genehmigung für eine für notwendig gehaltene Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat auf Kosten des NHS erhält, nicht berücksichtigt werden. Diese Überlegung, die ebenfalls wirtschaftlicher Art ist, betrifft im Wesentlichen einen Sachverhalt, bei dem die NHS-Stellen sich angesichts der geltenden Kriterien genötigt sehen, Genehmigungen für die Behandlung im Ausland in größerem Umfang zu erteilen, was die finanzielle Stabilität des Systems gefährden könnte. Eine vorherige Genehmigung, die die Mitgliedstaaten vorschreiben können, soll es jedoch gerade erlauben, die Patientenströme zu kontrollieren, um die finanzielle Stabilität des Systems zu bewahren. Die Erteilung einer Genehmigung setzt voraus, dass die haushaltsmäßigen Folgen Berücksichtigung gefunden haben, so dass diese Folgen nicht als eigenständige Gründe für eine Ablehnung dienen können. Dabei ist das Interesse an der finanziellen Stabilität des Systems selbstverständlich langfristig orientiert; es bezieht sich nicht auf den jährlichen Abschluss der Bücher. Dies bedeutet, dass bei der Anwendung dieses Kriteriums nicht nur die finanzielle Belastung, die durch die Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat entsteht, sondern auch die längerfristig eingesparten Kosten für eine Behandlung berücksichtigt werden müssen, die sonst vom NHS erbracht worden wäre. Dies würde nicht nur längerfristig zu größerer Stabilität führen, sondern auch zu einer besseren Nutzung der Krankenhauskapazitäten beitragen.

90. Die Vereinbarkeit des Erfordernisses einer vorherigen Genehmigung mit dem Gemeinschaftsrecht hängt davon ab, ob die Kriterien für ihre Erteilung gerechtfertigt

sind. Da das einzige Kriterium, das der NHS derzeit anwendet, darauf abstellt, ob die Behandlung innerhalb der NHS-Zielvorstellungen erbracht werden kann, und diese Zielvorstellungen die individuellen Bedürfnisse der Patienten nicht ausreichend berücksichtigen, ist das Genehmigungsverfahren in seiner gegenwärtigen Form mit Artikel 49 EG nicht vereinbar.

91. Die letzte vom Court of Appeal angeführte Erwägung, ob die Versagung einer Genehmigung auf die Vergleichskosten für die Behandlung und die damit verbundenen Nebenkosten in einem anderen Mitgliedstaat gestützt werden könne, kann aus dem einleuchtenden Grund nicht berücksichtigt werden, dass sie ebenfalls wirtschaftlicher Art ist.

92. Ich komme somit zu dem Ergebnis, dass auf die dritte Frage zu antworten ist, dass Gesichtspunkte der Verwaltung von Wartelisten die Versagung der Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nur dann rechtfertigen können, wenn diese Wartelisten derart geführt werden, dass sie individuelle ärztliche Bedürfnisse von Patienten ausreichend berücksichtigen und in dringenden Fällen eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen. Soweit Voraussetzungen der Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat die finanzielle Stabilität des nationalen Gesundheitssystems gewährleisten sollen, können rein haushaltsmäßige oder wirtschaftliche Erwägungen eine Versagung der Genehmigung nicht rechtfertigen.

E — *Die vierte und die fünfte Vorabentscheidungsfrage: Wartezeiten*

93. Sowohl die vierte als auch die fünfte Frage befasst sich mit dem Thema der Wartezeiten, so dass sie zusammen zu erörtern sind. Im Einzelnen bezieht sich die vierte Frage auf Umstände, die für die Feststellung zu berücksichtigen sind, ob für die Anwendung des Artikels 49 EG eine Behandlung „rechtzeitig" verfügbar ist. Die aufgeführten Umstände sind folgende: a) Wartezeiten, b) die klinische Priorität, die die zuständige NHS-Einrichtung der Behandlung einräumt, c) die Durchführung der Krankenhausversorgung im Einklang mit den Prioritäten, die darauf abzielen, begrenzte Mittel bestmöglich einzusetzen, d) die Tatsache, dass die Behandlung im Rahmen des NHS am Lieferort kostenfrei gewährt wird, und e) der individuelle Gesundheitszustand des Patienten einschließlich der Vorgeschichte und des voraussichtlichen Verlaufs seiner Krankheit. Mit der fünften Frage wird im Wesentlichen gefragt, ob die Wendungen „rechtzeitig" und „in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen normalerweise erforderlich ist" in Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 nach denselben Kriterien zu prüfen sind und inwieweit andernfalls die in der vierten Frage genannten Umstände im Zusammenhang mit der letztgenannten Bestimmung angewandt werden können.

94. Während die Klägerin unter Berufung auf das Urteil Müller-Fauré ausführt, die Frage der „Rechtzeitigkeit" könne nur im Hinblick auf den Gesundheitszustand des antragstellenden Patienten geprüft werden,

vertreten die belgische und die französische Regierung die Auffassung, diese Prüfung könne nur auf eine Verbindung von Wartezeiten einerseits und Krankheitszustand des Patienten andererseits gestützt werden. Alle diese Beteiligten sind der Ansicht, dass im Licht des Urteils Inizan die Frage der Rechtzeitigkeit gemäß Artikel 49 EG und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 nach denselben Kriterien zu behandeln sei. Die Klägerin betont jedoch, dass die normalen Wartezeiten nach den nationalen Vorschriften im Rahmen des Artikels 22 unerheblich seien.

95. Die spanische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie Irland tragen vor, sämtliche Kriterien, die der Court of Appeal in seiner vierten Frage aufgeführt habe, könnten für die Feststellung berücksichtigt werden, ob die benötigte Behandlung rechtzeitig erfolge. Die beiden letztgenannten Mitgliedstaaten führen aus, dass sich einige dieser Kriterien nicht im Rahmen des Artikels 49 EG anwenden ließen, berühre in keiner Weise ihre Geltung im Rahmen des Artikels 22, da Artikel 49 EG (mit dem Ziel der Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit) und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 (Bestimmung der sozialen Sicherheit mit dem Ziel des Schutzes von Patienten) unterschiedliche Ziele verfolgten. Die Regierung des Vereinigten Königreichs betont, dass Artikel 22 der Verordnung bezüglich der Wartezeiten keinen einheitlichen Standard für die gesamte Gemeinschaft festlegen solle, sondern sich vielmehr zwangsläufig auf die für Wartezeiten geltenden nationalen Kriterien beziehe.

96. Die finnische und die schwedische Regierung tragen vor, zwar ergebe sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, dass die Versagung der Genehmigung einer Behandlung im Ausland nur auf den Gesundheitszustand des antragstellenden Patienten gestützt werden dürfe, doch hindere dies die Mitgliedstaaten nicht daran, Faktoren zu berücksichtigen, die für die Funktionsfähigkeit des nationalen Gesundheitssystems wesentlich seien, wie realistische Wartezeiten für die Behandlung im nationalen Hoheitsgebiet oder nationale ärztliche Praktiken. Die maltesische Regierung führt aus, die Möglichkeit, rechtzeitig eine Behandlung im Versicherungsmitgliedstaat zu erhalten, müsse unter einem streng medizinischen Gesichtspunkt unabhängig von den Wartezeiten für die Behandlung beurteilt werden, doch stehe diese Beurteilung im Ermessen der Einrichtung, die die aus der Behandlung folgende finanzielle Belastung zu tragen habe.

97. Die Kommission vertritt die Auffassung, Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71, insbesondere die Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen in dem Staat, in dem er seinen Wohnsitz hat, normalerweise erforderlich ist", hindere die nationalen Stellen nicht daran, nationale Wartezeiten zu beachten, sofern sie die Umstände jedes einzelnen Falles ausreichend berücksichtigten und die Wartezeiten selbst auf objektiv gerechtfertigte ärztliche Kriterien gestützt seien. Dies sei von dem nationalen Gericht zu entscheiden. Die Kommission wies unter Bezugnahme auf das Urteil Inizan[44] auch darauf hin, dass die Kriterien in Artikel 22 der Verordnung

44 — Zitiert in Fußnote 11.

Nr. 1408/71 für die Feststellung, ob die Behandlung „in einem Zeitraum, der ... normalerweise erforderlich ist", erbracht werden könne, dieselben wie die seien, die der Gerichtshof im Rahmen des Artikels 49 EG für die Feststellung angewandt habe, ob die Behandlung „rechtzeitig" erlangt werden könne.

98. Wie ausgeführt, hat der Gerichtshof bereits eine Antwort auf die Frage gegeben, wie zu entscheiden ist, ob die Behandlung zum Zwecke der Anwendung des Artikels 49 EG „rechtzeitig" im Aufenthaltsmitgliedstaat verfügbar ist. Im Urteil Müller-Fauré (das oben zitiert wurde, hier jedoch als Grundlage für die Beantwortung der vierten Frage erneut angeführt werden muss) stellte er fest, dass „die nationalen Behörden sämtliche Umstände jedes konkreten Falles beachten [müssen] 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 [haben]". [45]

99. Die Frage des Court of Appeal ist indessen, ob andere Faktoren in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden können, einschließlich der Wartezeiten und der von den NHS-Einrichtungen festgelegten klinischen Prioritäten. Die wichtigste Überlegung für die Feststellung, ob die Behandlung rechtzeitig erbracht werden kann, betrifft, wie der Gerichtshof hervorgehoben hat, die Frage, ob der Krankheitszustand des Patienten einen Aufschub der benötigten Behandlung für einen bestimmten Zeitraum angesichts seiner Schwere und seiner voraussehbaren Entwicklung vertretbar erscheinen lässt. Jede Wartezeit ist auf konkrete Angaben zu stützen, die sich auf den Zustand des Patienten im Zeitpunkt der Entscheidung beziehen. Zielvorgaben für die Behandlung unterschiedlicher Krankheiten entsprechen angesichts ihres abstrakten Charakters diesem Kriterium nicht. Soweit Wartezeiten und klinische Prioritäten aufgrund einer individuellen Untersuchung, wie sie beschrieben wurde, festgelegt werden, können sie als mit den vom Gerichtshof in den Urteilen Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré entwickelten Kriterien vereinbar angesehen werden. Unter dieser Voraussetzung können die in Buchstaben a und b der vierten Vorabentscheidungsfrage genannten Faktoren bei der Prüfung berücksichtigt werden, ob die Behandlung „rechtzeitig" erbracht werden kann. Dasselbe gilt für den in Buchstabe e dieser Frage genannten Faktor, da er sich unmittelbar auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu dieser Frage bezieht.

100. Dagegen haben die beiden anderen in der vierten Vorabentscheidungsfrage genannten Faktoren, nämlich die Durchführung der Krankenhausversorgung angesichts begrenzter Mittel und die Tatsache, dass die Behandlung am Lieferort kostenfrei gewährt wird, die wirtschaftliche Organisation des

45 — Urteil Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 90). Siehe auch Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 104).

NHS zum Gegenstand und können deswegen in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden.

101. Der Court of Appeal fragt sodann, ob diese Erwägungen auch für Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 gelten, insbesondere für die dortige Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen normalerweise erforderlich ist". Wiederum ist auf die Antworten zu verweisen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bereits gegeben hat. Im Urteil Inizan [46] nahm der Gerichtshof eine Auslegung dieser zweiten in Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c enthaltenen Voraussetzung vor, die, wenn sie erfüllt ist, einen Mitgliedstaat daran hindert, die Genehmigung der Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat zu versagen, und bezog sich hierbei unmittelbar auf seine Erwägungen zur „Rechtzeitigkeit" in den Urteilen Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré [47]. Obwohl der Gerichtshof nicht ausdrücklich feststellte, dass die beiden Begriffe identisch auszulegen sind, liegt es auf der Hand, dass er dies meinte. Es ergibt keinen Sinn, im Rahmen der beiden Bestimmungen unterschiedliche Kriterien anzuwenden, wenn die Grundfrage dieselbe ist, nämlich ob die Krankenhausbehandlung innerhalb eines vertretbaren zeitlichen Rahmens von Trägern im Versicherungsmitgliedstaat erbracht werden kann. Jede andere Auffassung würde neue Unsicherheiten schaffen und die Transparenz gefährden.

102. Es ist insbesondere von der Regierung des Vereinigten Königreichs und von Irland eingewandt worden, dass Artikel 49 EG und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 unterschiedlichen Zwecken dienten und dass dies in der Auslegung seinen Niederschlag finden müsse. Jedoch hat der Gerichtshof im Urteil Inizan festgestellt, dass Artikel 22 dazu beitrage, die Freizügigkeit der Sozialversicherten zu fördern und in gleichem Maße die Erbringung von grenzüberschreitenden ärztlichen Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern [48]. Grundprinzip der Verordnung Nr. 1408/71 ist es nämlich, ein ausreichendes Maß an Koordination zwischen den Systemen der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten herzustellen, damit die Versicherten nicht aus Angst vor dem Verlust ihrer Leistungsansprüche, die sie im Laufe der Zeit erworben haben, davon abgehalten werden, von ihrem Recht Gebrauch zu machen, sich in der Gemeinschaft frei zu bewegen. Artikel 22 der Verordnung soll gewährleisten, dass die Versicherten einen Anspruch darauf haben, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um ärztliche Behandlung zu erhalten, wenn die dort festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind, auch wenn, wie ausgeführt, die Bestimmung es dem Mitgliedstaat freistellt, eine liberalere Regelung zu treffen. Artikel 22 ist eine Mindestgarantie. Die Bestimmung verfolgt somit im Wesentlichen dasselbe Ziel, jedoch aus einer anderen Perspektive, nämlich aus der des Versicherten, nicht der der Leistung selbst.

103. Der Begriff „rechtzeitig", der im Rahmen des Artikels 49 EG angewandt wird, und

46 — Zitiert in Fußnote 11, Randnrn. 44 bis 46.

47 — Zitiert in Fußnote 2.

48 — Urteil Inizan (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 21). Siehe auch Urteil Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 32).

die in Artikel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 benutzte Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen normalerweise erforderlich ist" sind somit nach denselben Kriterien auszulegen.

104. Die vierte Frage sollte somit dahin gehend beantwortet werden, dass es für die Feststellung, ob eine Behandlung im Sinne des Artikels 49 EG rechtzeitig verfügbar ist, zulässig ist, Wartezeiten und die klinische Priorität, die die zuständige NHS-Einrichtung der Behandlung einräumt, zu berücksichtigen, sofern diese auf konkreten Angaben über den Krankheitszustand des Patienten im Zeitpunkt der Entscheidung, über seine Krankengeschichte und über den voraussichtlichen Verlauf der Krankheit, die dieser Patient behandeln lassen möchte, beruhen.

105. Die fünfte Frage sollte dahin gehend beantwortet werden, dass bei richtiger Auslegung des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 und insbesondere der Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen normalerweise erforderlich ist" die anzuwendenden Kriterien mit denen identisch sind, die bei der Beantwortung von Fragen der „Rechtzeitigkeit" für die Zwecke des Artikels 49 EG anwendbar sind.

F — *Die sechste Vorabentscheidungsfrage: Anknüpfungspunkt für die Berechnung des Erstattungsbetrags*

106. Die sechste Vorabentscheidungsfrage betrifft die Berechnung des Erstattungsbetrags. Unterstellend, dass der Gerichtshof entscheidet, dass das Vereinigte Königreich nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet ist, die Behandlungskosten von Personen, die im Rahmen des NHS versichert sind, zu erstatten, fragt der Court of Appeal, ob die Kosten für diese Behandlung nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem die Behandlung vorgenommen wird, oder nach Artikel 49 EG nach dem Recht des Aufenthaltsmitgliedstaats zu berechnen sind. Er fragt ferner für beide Fälle, welchen genauen Umfang die Verpflichtung hat, die Kosten zu zahlen oder zu erstatten, wenn es keinen landesweit festgesetzten Tarif für die Erstattung der Behandlungskosten an die Patienten gibt, ferner, ob die Verpflichtung auf die tatsächlichen Kosten für die gleiche oder gleichwertige Behandlung im Versicherungsmitgliedstaat beschränkt ist und schließlich ob auch eine Verpflichtung besteht, die Reise- und Unterbringungskosten zu übernehmen.

107. Die Klägerin führt aus, ein Versicherter, der einen Anspruch auf Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat entweder nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 oder nach Artikel 49 EG habe, könne sich für das günstigste Erstattungsverfahren entscheiden, das im vorliegenden Fall dasjenige sei, das auf Artikel 49 EG beruhe. Gebe es im Aufenthaltsmitgliedstaat keine Erstattungssätze, so seien die Behandlungskosten in

voller Höhe zu erstatten. Reise- und Unterbringungskosten seien nur erstattungsfähig, wenn die Genehmigung nach Artikel 22 der Verordnung rechtswidrig versagt worden sei und diese Kosten andernfalls von dem zuständigen Träger bezahlt worden wären.

108. Die belgische und die französische Regierung sind der Ansicht, dass die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats Anwendung fänden, in dem die Behandlung vorgenommen werde, wenn nicht die vom Versicherungsmitgliedstaat angewandten Tarife für den Antragsteller günstiger seien.

109. Die Regierung des Vereinigten Königreichs vertritt die Auffassung, dass, falls Artikel 49 EG auf den NHS Anwendung finde, der Umfang der einem Patienten gegenüber bestehenden Erstattungsverpflichtung sich nach dem Umfang des nach innerstaatlichem Recht bestehenden Anspruchs des Patienten richte. Bezüglich Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 sei die Haftung des Versicherungsmitgliedstaats darauf beschränkt, der zuständigen Stelle des Mitgliedstaats, in dem die Behandlung stattgefunden habe, den Teil der Behandlungskosten zu erstatten, den er trage. Diese Bestimmung verpflichte den Versicherungsmitgliedstaat nicht, Reisekosten oder andere Aufwendungen zu erstatten. Solche Kosten könnten im Rahmen des Artikels 49 EG nur insoweit erstattet verlangt werden, als ein Erstattungsanspruch nach innerstaatlichem Recht bestehe.

110. Die spanische und die finnische Regierung führen aus, der Erstattungsbetrag müsse nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 bestimmt werden, da Artikel 49 EG vorliegend keine Anwendung finde. Die finnische Regierung fügt hinzu, die genannte Bestimmung treffe keine Regelung bezüglich Reise- und Unterbringungskosten, so dass die Frage sich nach innerstaatlichem Recht richte. Irland trägt vor, dass eine Verpflichtung des NHS, die Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat vorgenommene Behandlung zu erstatten, möglichst umfassend sein sollte und dass sie keine zusätzlichen Aufwendungen erfasse. Die schwedische Regierung ist der Ansicht, die nationalen Stellen sollten berechtigt sein, eine Erstattung abzulehnen, wenn die Kosten übermäßig hoch seien.

111. Wie schon aus der sechsten Frage hervorgeht, unterscheiden sich die Bedingungen, denen die Erstattung der Kosten für eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat unterworfen ist, danach, ob die Behandlung im Rahmen des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 oder in dem des Artikels 49 EG erbracht wurde.

112. Im ersteren Fall erhält ein Patient regelmäßig die Genehmigung zur Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat, und die Kosten für diese Behandlung werden gemäß Artikel 36 der Verordnung Nr. 1408/71 der zuständigen Einrichtung im Mitgliedstaat, in dem die Behandlung stattfindet, unmittelbar erstattet. Da Artikel 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung bestimmt, dass Sachleistungen nach den für den Träger des Aufenthaltsmitgliedstaats geltenden Rechtsvor-

schriften erbracht werden, liegt es auf der Hand, dass die Erstattung nach den Vorschriften des Mitgliedstaats berechnet wird, der die Behandlung erbringt.

113. Wird eine aufgrund von Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 beantragte Genehmigung einer ärztlichen Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat rechtswidrig abgelehnt, so hat der Antragsteller einen unmittelbaren Anspruch gegen den zuständigen Träger im Versicherungsmitgliedstaat auf eine Erstattung in der Höhe, die normalerweise zu erbringen gewesen wäre [49], wenn die Genehmigung von Anfang an ordnungsgemäß erteilt worden wäre [50], d. h. in einer Höhe, die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats berechnet wird, in dem die Behandlung erfolgt.

114. Hat jedoch ein Sozialversicherter in dem zuständigen Mitgliedstaat Anspruch auf einen Betrag, der höher ist als der Betrag, auf den er in dem Mitgliedstaat der Behandlung Anspruch hätte, so hat der Versicherte, wie der Gerichtshof im Urteil Vanbraekel feststellte, Anspruch auf eine ergänzende Erstattung gemäß dem Unterschied zwischen den Beteiligungsregelungen beider Mitgliedstaaten [51].

115. Während Bezugspunkt für die Berechnung der Erstattung im Rahmen des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats sind, in dem die Behandlung stattfindet, verhält es sich anders, wenn Artikel 49 EG zur Anwendung kommt. Wie der Gerichtshof im Urteil Müller-Fauré feststellte, ist es allein Sache der Mitgliedstaaten, den Umfang des Krankenversicherungsschutzes der Versicherten zu bestimmen. Begibt sich ein Versicherter ohne vorherige Genehmigung zur ärztlichen Versorgung in einen anderen Mitgliedstaat, kann er die Übernahme der Kosten für seine Versorgung nur insoweit verlangen, als das Krankenversicherungssystem des Mitgliedstaats der Versicherungszugehörigkeit eine Deckung garantiert [52]. Findet Artikel 49 EG Anwendung, bestimmen die Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats die Höhe der Erstattung. Dies bedeutet, dass der Versicherte einen Anspruch nur in Höhe des Betrages hat, der ihm erstattet würde, wenn die Behandlung in dem zuständigen Mitgliedstaat erbracht worden wäre.

116. Diese Regelungen sind zwar in sich klar, doch stellt sich die Frage, wie sie in einem Fall wie dem des NHS des Vereinigten Königreichs anzuwenden sind, der Gesundheitsversorgung am Lieferort kostenfrei zur Verfügung stellt und kein Erstattungssystem vorsieht. Denn es wird ausgeführt, dass es in jenem System keine Erstattungssätze gebe.

49 — Ich weise darauf hin, dass sich sowohl in der Schlussfolgerung des Gerichtshofes zu diesem Punkt (Randnr. 53) als auch im Tenor des Urteils etwas verwirrend auf die „Höhe, wie sie *der Träger des Aufenthaltsorts* ... zu erbringen gehabt hätte", bezogen wird (Hervorhebung von mir).

50 — Urteil Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 34).

51 — Urteil Vanbraekel (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 53).

52 — Urteil Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 98). Siehe auch Randnr. 106 des Urteils.

117. Die Tatsache, dass ein Tarifsystem fehlt, schließt noch nicht aus, dass die genannten Regelungen auf die Berechnung der Kostenerstattung für eine im Ausland erbrachte ärztliche Behandlung Anwendung finden. Ich brauche nur an die Erwägungen des Gerichtshofes im Urteil Müller-Fauré, zitiert oben in Nummer 73, zu erinnern, wonach die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Mechanismen zur Anpassung ihres Sozialversicherungssystems an die Erfordernisse des Binnenmarktes und des Vollzugs der Verordnung Nr. 1408/71 einzuführen, und wonach zu diesen Mechanismen die Festsetzung von Erstattungssätzen gehören kann. Bezüglich des NHS muss es solche Sätze für die Feststellung der Kosten geben, die von ausländischen Besuchern im Rahmen der NHS (Charges to Overseas Visitors) Regulations 1989 zu zahlen sind. Wenn keine Tarife zur Verfügung stehen, anhand deren die Erstattungshöhe berechnet werden kann, bleiben als einziger Anknüpfungspunkt nur die tatsächlichen Kosten der Behandlung.

118. Das letzte mit der sechsten Vorabentscheidungsfrage aufgeworfene Problem betrifft die Frage, ob nach Artikel 49 EG und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 ein Anspruch auf Erstattung der Reise- und Unterbringungskosten im Zusammenhang mit einer in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommenen Krankenhausbehandlung besteht. Die Verordnung Nr. 1408/71 koordiniert die nationalen Systeme der sozialen Sicherheit nur insoweit, als dies für die Gewährleistung der Freizügigkeit der Sozialversicherten erforderlich ist; der Leistungsanspruch als solcher richtet sich jedoch nach innerstaatlichem Recht. In diesem System sehen die Artikel 22 und 36 der Verordnung nur vor, dass die Kosten der ärztlichen Behandlung unmittelbar zwischen den Trägern zu den Sätzen erstattet werden, die in dem Mitgliedstaat gelten, in dem die Behandlung stattfindet. Zwar kann das System auch die Kosten für den Krankenhausaufenthalt einschließen, doch kann es seiner Natur nach nicht die Reiseaufwendungen oder die Unterbringungskosten außerhalb der ärztlichen Einrichtung einschließen. Ansprüche auf Erstattung von Reise- oder Unterbringungskosten bezüglich einer ärztlichen Behandlung im Ausland werden somit in erster Linie nach innerstaatlichem Recht geregelt. Sieht folglich das innerstaatliche Recht die Erstattung dieser zusätzlichen Aufwendungen in Bezug auf Behandlungen vor, die im Staatsgebiet erbracht werden, so besteht nach Artikel 49 EG Anspruch auf die Erstattung mit denselben Beschränkungen und Voraussetzungen für Behandlungen, die in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommen werden [53].

119. Die sechste Frage sollte wie folgt beantwortet werden: Ist ein Mitgliedstaat nach Gemeinschaftsrecht verpflichtet, einer Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat eine Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat, die außerhalb des Rahmens des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 in Anspruch genommen wurde, zu finanzieren, so sind die Kosten dieser Behandlung nach dem Recht des Aufenthaltsmitgliedstaats zu berechnen. Sind Tarife für die Berechnung der Erstattung nicht vorhanden, ist die Erstattung nach den tatsächlichen Kosten der in Anspruch genommenen Behandlung zu berechnen. Die im Zusammenhang mit der in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommenen Krankenhausbehandlung angefallenen

53 — Urteil Leichtle (zitiert in Fußnote 19).

Reise- und Unterbringungskosten sind nur erstattungsfähig, wenn dies für die Behandlung im Staatsgebiet nach innerstaatlichem Recht vorgesehen ist.

G — Die siebte Vorabentscheidungsfrage: Haushaltszwänge und Artikel 152 Absatz 5 EG

120. Die letzte Vorabentscheidungsfrage geht dahin, ob Mitgliedstaaten nach Artikel 49 EG und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 verpflichtet sind, die Krankenhausbehandlung in anderen Mitgliedstaaten ohne Rücksicht auf Haushaltszwänge zu finanzieren und ob dies gegebenenfalls mit Artikel 152 Absatz 5 EG vereinbar ist, der die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die ärztliche Versorgung anerkennt.

121. Die Klägerin trägt vor, eine Entscheidung, dass Haushaltszwänge für die Beurteilung der Frage der „Rechtzeitigkeit" unerheblich seien, sei weder mit Artikel 152 Absatz 5 EG vereinbar noch ein Eingriff in die in diesem Bereich bestehende souveräne Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Wirtschaftliche Erwägungen könnten Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen. Die französische Regierung ist der Auffassung, solange die Anzahl der erteilten Genehmigungen relativ klein sei und die finanzielle Belastung sich in vertretbaren Grenzen halte, seien die Verpflichtungen aus Artikel 49 EG und Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 mit Artikel 152 Absatz 5 EG vereinbar. Die belgische Regierung weist darauf hin, dass diese Verpflichtungen zwar Kosten für die Mitgliedstaaten versursachten, die über die Kosten hinausgingen, die für die Organisation des Gesundheitswesens und die ärztliche Versorgung auf ihrem Gebiet vorgesehen seien, doch gebe es bislang keine Anzeichen dafür, dass die zusätzlichen Kosten ein nationales System aus dem finanziellen Gleichgewicht bringen könnten.

122. Die finnische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie Irland vertreten die gegenteilige Auffassung, dass die Verpflichtung, die in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommene Krankenhausbehandlung ohne Rücksicht auf Haushaltszwänge zu finanzieren, gegen die in Artikel 152 Absatz 5 EG anerkannte Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die ärztliche Versorgung verstoße. Diese Verpflichtung habe grundlegende Auswirkungen auf nationale Systeme, die rein staatlich auf der Grundlage von Sachleistungen organisiert seien und die unmittelbar aus dem Steueraufkommen finanziert würden.

123. Bei einer Gesamtschau des Artikels 152 EG hat Absatz 5, erstens, die Funktion, den Maßnahmen und Politiken, die die Gemeinschaft auf diesem Gebiet einführen kann,

Grenzen zu setzen. Er ist nicht als allgemeine Ausnahme von den Verpflichtungen aus dem EG-Vertrag zu verstehen, die auf der Verantwortung der Mitgliedstaaten im Bereich der ärztlichen Versorgung beruhte. Er ist vielmehr im Zusammenhang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zu sehen, nach der die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit für die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit behalten, sie aber bei der Ausübung dieser Befugnis ihre gemeinschaftlichen Verpflichtungen beachten müssen, insbesondere jene, die sich auf die vom EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten beziehen.

124. Zweitens darf nicht übersehen werden, dass der Gerichtshof zwar rein wirtschaftliche Erwägungen nicht als Rechtfertigungsgründe für Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit anerkennt, jedoch im Rahmen des Artikels 49 EG entschieden hat, dass die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit eine solche Beschränkung rechtfertigen könne, soweit Auswirkungen auf das Gesamtniveau des Schutzes der öffentlichen Gesundheit möglich seien [54]. Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof eine vorherige Genehmigung als eine notwendige und angemessene Maßnahme anerkannt, um die Patientenströme aus dem nationalen Krankenversicherungssystem zu den Krankenhäusern in anderen Mitgliedstaaten zu kontrollieren, sofern die Voraussetzungen, unter denen die Genehmigung erteilt wird, mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang steht.

125. Der Gerichtshof hat somit die grundsätzliche Freiheit der Patienten, Krankenhausleistungen in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch zu nehmen, gegen haushaltsmäßige Bedenken der Mitgliedstaaten abgewogen, die sich daraus ergeben, dass sich Sozialversicherte außerhalb des nationalen Gesundheits- und Krankenversicherungssystems begeben. Er hat die Grenzen bestimmt, innerhalb deren die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit kontrollieren dürfen, um das finanzielle Gleichgewicht der nationalen Systeme zu bewahren. Kann ein Mitgliedstaat belegen, dass die Belastung aus der Verpflichtung, Krankenhausbehandlungen zu finanzieren, die den Versicherten in einem anderen Mitgliedstaat gewährt werden, einen Stand erreicht hat, der die Lebensfähigkeit des nationalen Systems unmittelbar bedroht und damit Qualität und Kontinuität der ärztlichen Versorgung in seinem Gebiet gefährden kann, sind Maßnahmen gerechtfertigt, die die Patientenströme auf ein vertretbares Maß beschränken sollen. Losgelöst von einer allgemeinen, auf die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems ausgerichteten Politik können Haushaltszwänge allein jedoch die Beschränkung des Anspruchs eines Versicherten, in einem anderen Mitgliedstaat behandelt zu werden, nicht rechtfertigen.

126. Indem der Gerichtshof die Erfordernisse der Dienstleistungsfreiheit im Bereich von Krankenhausleistungen mit den grundlegenden Interessen der Mitgliedstaaten an einer gesicherten Stabilität ihrer nationalen Gesundheitssysteme in Einklang brachte, hat er aufgezeigt, innerhalb welcher Grenzen haushaltsmäßige Beschränkungen berücksichtigt werden dürfen. Diese Auslegung achtet die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheits-

54 — Urteile Kohll (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 41), Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 2, Randnr. 72), und Müller-Fauré (zitiert in Fußnote 2, Randnrn. 72 und 73).

wesens und die ärztliche Versorgung im Sinne des Artikels 152 Absatz 5 EG.

127. Was Artikel 22 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1408/71 angeht, so besteht sein Zweck darin, die Voraussetzungen zu bestimmen, bei deren Vorliegen die Genehmigung einer ärztlichen Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat nicht versagt werden darf. Während die Vorschrift die Umstände, unter denen die Genehmigung erteilt werden kann, nicht einschränken soll, erlaubt sie den Mitgliedstaaten nicht, weitere Kriterien für die Versagung der Genehmigung einzuführen. Soweit Haushaltsüberlegungen zu dem in Bezug gesetzt werden, was in einem Mitgliedstaat als „normale" Wartezeit gelten kann, habe ich entsprechend der einschlägigen Rechtsprechung des Gerichtshofes bereits dargelegt, dass dieses Kriterium nur unter Berücksichtigung des Krankheitszustands des Patienten, der die Genehmigung beantragt hat, angewandt werden kann.

128. Artikel 49 EG erlaubt es daher nicht, Haushaltsüberlegungen bei der Entscheidung, ob ein Mitgliedstaat zur Finanzierung der Kosten der Krankenhausbehandlung verpflichtet ist, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird, gesondert zu berücksichtigen, sofern nicht dargetan ist, dass die Erfüllung dieser Verpflichtung in einem umfassenderen Rahmen das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Gesundheitssystems gefährden würde. Haushaltsüberlegungen dürfen in Entscheidungen, mit denen eine Genehmigung nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 versagt wird, nicht berücksichtigt werden. Diese Auslegung ist in vollem Umfang mit Artikel 152 Absatz 5 EG vereinbar.

VI — Ergebnis

129. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Vorabentscheidungsfragen des Court of Appeal wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 49 EG ist dahin auszulegen, dass Personen mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, der einen nationalen Gesundheitsdienst

wie den NHS im Vereinigten Königreich unterhält, grundsätzlich Anspruch auf Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat auf Kosten dieses nationalen Gesundheitsdienstes haben. Die Mitgliedstaaten können diesen Anspruch von einer vorherigen Genehmigung abhängig machen, sofern diese Genehmigung auf objektiven, nichtdiskriminierenden und transparenten Kriterien beruht, die in einem Verfahren angewandt werden, das leicht zugänglich und sicherzustellen geeignet ist, dass Anträge auf Genehmigung objektiv, unparteiisch und binnen angemessener Zeit behandelt werden und die Ablehnung eines Antrags in gerichtlichen oder quasigerichtlichen Verfahren angefochten werden kann. Das Fehlen solcher Kriterien und eines solchen Verfahrens kann einer Person einen solchen Anspruch nicht nehmen. Es ist für die Anwendung des Artikels 49 EG unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens irrelevant, ob die vom NHS gewährte Krankenhausbehandlung selbst die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 49 EG ist.

2. Gesichtspunkte der Verwaltung von Wartelisten können die Versagung der Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat nur dann rechtfertigen, wenn diese Wartelisten derart geführt werden, dass sie individuelle ärztliche Bedürfnisse von Patienten ausreichend berücksichtigen und in dringenden Fällen eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen. Soweit Voraussetzungen der Genehmigung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat die finanzielle Stabilität des nationalen Gesundheitssystems gewährleisten sollen, können rein haushaltsmäßige oder wirtschaftliche Erwägungen eine Versagung der Genehmigung nicht rechtfertigen.

3. Für die Feststellung, ob eine Behandlung im Sinne des Artikels 49 EG rechtzeitig verfügbar ist, ist es zulässig, Wartezeiten und die klinische Priorität, die die zuständige NHS-Einrichtung der Behandlung einräumt, zu berücksichtigen, sofern diese auf konkreten Angaben über den Krankheitszustand des Patienten im Zeitpunkt der Entscheidung, über seine Krankengeschichte und

über den voraussichtlichen Verlauf der Krankheit, die dieser Patient behandeln lassen möchte, beruhen.

4. Bei richtiger Auslegung des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung Nr. 1408/71 und insbesondere der Wendung „in einem Zeitraum, der für diese Behandlungen normalerweise erforderlich ist" sind die anzuwendenden Kriterien mit denen identisch, die bei der Beantwortung von Fragen der „Rechtzeitigkeit" für die Zwecke des Artikels 49 EG anwendbar sind.

5. Ist ein Mitgliedstaat nach dem Gemeinschaftsrecht verpflichtet, einer Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat die Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat, die außerhalb des Rahmens des Artikels 22 der Verordnung Nr. 1408/71 in Anspruch genommen wurde, zu finanzieren, so sind die Kosten dieser Behandlung nach dem Recht des Aufenthaltsmitgliedstaats zu berechnen. Sind Tarife für die Berechnung der Erstattung nicht vorhanden, ist die Erstattung nach den tatsächlichen Kosten der in Anspruch genommenen Behandlung zu berechnen. Die im Zusammenhang mit der in einem anderen Mitgliedstaat in Anspruch genommenen Krankenhausbehandlung angefallenen Reise- und Unterbringungskosten sind nur erstattungsfähig, wenn dies für die Behandlung im Staatsgebiet nach innerstaatlichem Recht vorgesehen ist.

6. Artikel 49 EG erlaubt es nicht, Haushaltsüberlegungen bei der Entscheidung, ob ein Mitgliedstaat zur Finanzierung der Kosten der Krankenhausbehandlung verpflichtet ist, die in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird, gesondert zu berücksichtigen, sofern nicht dargetan ist, dass die Erfüllung dieser Verpflichtung in einem umfassenderen Rahmen das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Gesundheitssystems gefährden würde. Haushaltsüberlegungen dürfen in Entscheidungen, mit denen eine Genehmigung nach Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 versagt wird, nicht berücksichtigt werden. Diese Auslegung ist in vollem Umfang mit Artikel 152 Absatz 5 EG vereinbar.