SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 14. April 2011[1]

Inhaltsverzeichnis

I — Einleitung ..... I - 10553

II — Normativer Rahmen ..... I - 10555

A — Unionsrecht ..... I - 10555

B — Nationales Recht ..... I - 10556

III — Vorgerichtliches Verfahren ..... I - 10557

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien ..... I - 10559

V — Wesentliche Argumente der Parteien ..... I - 10560

A — Zu den portugiesischen Rechtsvorschriften ..... I - 10560

B — Zum Unionsrecht ..... I - 10562

VI — Rechtliche Würdigung ..... I - 10565

A — Anwendbarkeit von Art. 49 EG ..... I - 10565

1. Zeitlich anwendbares Recht ..... I - 10566

2. Sachlicher Anwendungsbereich ..... I - 10567

a) Die Kompetenzen der Union und ihrer Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitspolitik ..... I - 10567

b) Erfassung der streitgegenständlichen nationalen Regelung ..... I - 10569

B — Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ..... I - 10571

1. Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat ..... I - 10572

1 — Originalsprache der Schlussanträge: Deutsch.

2. Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für „hochspezialisierte“ medizinische Behandlungen ..... I - 10574

3. Fehlende Erstattungsfähigkeit bei „sonstigen“ medizinischen Behandlungen ..... I - 10576

C — Rechtfertigung der Beschränkung ..... I - 10578

1. Rechtfertigung im Fall der „hochspezialisierten“ medizinischen Behandlungen ..... I - 10578

a) Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit ..... I - 10580

i) Legitimer Rechtfertigungsgrund ..... I - 10580

ii) Anforderungen an ein unionsrechtskonformes Genehmigungsverfahren ..... I - 10584

— Allgemeines ..... I - 10584

— Spezifische Anforderungen der Rechtsprechung ..... I - 10584

— Verhältnismäßigkeit ..... I - 10586

b) Kontrolle der Qualität der im Ausland erbrachten Gesundheitsdienstleistungen ..... I - 10588

c) Zwischenergebnis ..... I - 10589

2. Rechtfertigung im Fall der „sonstigen“ medizinischen Behandlungen .... I - 10591

a) Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit ..... I - 10591

i) Legitimer Rechtfertigungsgrund ..... I - 10591

ii) Verhältnismäßigkeit ..... I - 10591

b) Kontrolle der Qualität der im Ausland erbrachten Gesundheitsdienstleistungen ..... I - 10593

c) Zwischenergebnis ..... I - 10593

D — Abschließende Schlussfolgerung ..... I - 10593

VII — Zu den Kosten ..... I - 10594

VIII — Ergebnis ..... I - 10594

I — Einleitung

1. Die vorliegende Rechtssache knüpft an eine lange Reihe von Rechtssachen an, in denen der Gerichtshof die unionsrechtlichen Grenzen mitgliedstaatlicher Beschränkungen der grenzüberschreitenden Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt aufgezeigt hat. In Wahrnehmung der ihm übertragenen Befugnisse zur Auslegung des Unionsrechts, in diesem Fall der primärrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit, hat der Gerichtshof im Laufe der Zeit eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, die mit jedem ihm von Seiten der Gerichte der Mitgliedstaaten gestellten Ersuchen um Vorabentscheidung weiter verfeinert worden ist. Nicht zuletzt dank der umfangreichen Rechtsprechung auf diesem Gebiet konnte das Recht der Unionsbürger auf eine weitestgehend ungehinderte Inanspruchnahme von grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen, das allgemein unter dem Begriff der „Patientenmobilität“ [2] bekannt ist, klare Konturen gewinnen. Der Gerichtshof hat bisher in gewisser Hinsicht eine Vorreiterrolle bei der Verwirklichung des nunmehr in Art. 35 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [3] anerkannten Rechts jeder Person auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung gespielt. Die Rechtsprechung nämlich hat bewirkt, dass Beschränkungen in Gestalt von einzelstaatlichen Regelungen, die der Errichtung eines Binnenmarkts für Gesundheitsdienstleistungen im Wege standen, ungeachtet der Untätigkeit des Unionsgesetzgebers abgebaut werden konnten. Entstanden sind dabei einige wichtige Grundsätze für die Voraussetzungen, unter denen Patienten nach den Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit 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.

2. Die in dieser Rechtsprechung entwickelten Grundsätze können mittlerweile als Teil des unionsrechtlichen Besitzstands angesehen werden, den der Unionsgesetzgeber bei der Ausarbeitung einer zukünftigen „Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden

2 — Vgl. Schlussanträge von Generalanwalt Geelhoed vom 15. Dezember 2005, Watts (C-372/04, Slg. 2006, I-4325, Nr. 1).

3 — Art. 35 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union bestimmt: „Jede Person hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Festlegung und Durchführung aller Politiken und Maßnahmen der Union wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.“

Gesundheitsversorgung“ wird berücksichtigen müssen [4]. Die Vertragsverletzungsklagen, die die Kommission gegen eine Reihe von Mitgliedstaaten erhoben hat und die bisher in die Urteile vom 15. Juni 2010 (Kommission/Spanien), vom 5. Oktober 2010 (Kommission/Frankreich) und vom 27. Januar 2011 (Kommission/Luxemburg) gemündet haben, legen Zeugnis ab vom Bestreben der Union um konsequente Durchsetzung des Rechts im Interesse der Unionsbürger.

3. In der vorliegenden Rechtssache erhebt die Europäische Kommission gemäß Art. 226 EG [5] Klage auf Feststellung, dass die Portugiesische Republik gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, indem sie in ihrem nationalen Recht nicht die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [6] vorgesehenen Voraussetzungen vorsieht bzw. die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht.

4. Im Mittelpunkt der vorliegenden Rechtssache steht die Frage, ob die von der Kommission beanstandete Regelung im Decreto-Lei Nr. 177/92, deren Inhalt im Einzelnen zu untersuchen ist, rechtlich insofern als eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 49 EG eingestuft werden kann, als sie das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung seitens der zuständigen Behörden für die Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen im Ausland aufstellt. Falls dies im Licht der Rechtsprechung des Gerichtshofs bejaht werden sollte, stellt sich die weitere Frage, ob diese Beschränkung unter Umständen aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls

4 — Dies scheint bisher der Fall zu sein. In ihrem Vorschlag vom 2. Juli 2008 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung, KOM(2008) 414 endg. äußert die Kommission die Absicht, mit der geplanten Richtlinie eine Regelung einzuführen, „die auf den Grundsätzen der Freizügigkeit und den Grundsätzen der Entscheidungen des Gerichtshofs beruht“. Ein entsprechender Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist im sechsten Erwägungsgrund zu diesem Richtlinienvorschlag zu finden. Dort heißt es, dass der Gerichtshof sich bereits mit einigen Aspekten der grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen, insbesondere mit der Kostenerstattung für eine Gesundheitsdienstleistung, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen, in dem der Empfänger der Behandlungsleistung seinen Wohnsitz hat, erbracht wurde, befasst hat. Da Gesundheitsdienstleistungen vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376, S. 36) ausgeschlossen seien, sei es wichtig, „diese Aspekte in einem eigenen Rechtsinstrument der Gemeinschaft zu behandeln, um eine allgemeinere, wirksame Anwendung der Grundsätze zu erreichen, die der Gerichtshof in Einzelfällen niedergelegt hat“. Der am 13. September 2010 in erster Lesung angenommene Standpunkt Nr. 14/2010 des Rates im Hinblick auf die Annahme einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (2010/C 275 E/01) (ABl. C 275 E, S. 1) enthält zahlreiche Verweise auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs. Gemäß dem achten Erwägungsgrund zielt diese Richtlinie u. a. darauf ab, „Regeln zu schaffen, die den Zugang zu einer sicheren und hochwertigen grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung in der Union erleichtern und die Patientenmobilität im Einklang mit den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätzen gewährleisten und die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Gesundheitsversorgung fördern“.

5 — Da die Klage der Kommission auf Art. 226 EG gestützt ist und dem beklagten Mitgliedstaat die Verletzung der Bestimmungen des EG-Vertrags vorgeworfen wird, beziehen sich die Schlussanträge auf den unionsrechtlichen Rahmen vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon.

6 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149, S. 2).

gerechtfertigt werden kann, wobei für die rechtliche Beurteilung von Bedeutung ist, dass es im Ausgangsfall ausschließlich um ambulante Behandlungen geht.

II — Normativer Rahmen

A — *Unionsrecht*[7]

5. Art. 49 Abs. 1 EG bestimmt:

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

6. Art. 152 Abs. 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."

7. Art. 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

7 — In Anlehnung an die im EUV und im AEUV verwendeten Bezeichnungen wird der Begriff „Unionsrecht" als Gesamtbegriff für Gemeinschafts- und Unionsrecht verwendet. Soweit es im Folgenden auf einzelne primärrechtliche Bestimmungen ankommt, werden die *ratione temporis* geltenden Vorschriften angeführt.

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*

8. Das Decreto-Lei Nr. 177/92 vom 13. August 1992 regelt einzelne Aspekte im Zusammenhang mit der Gesundheitsversorgung der Versicherten des nationalen Gesundheitssystems Portugals (SNS) im Ausland. Gemäß den Bestimmungen des Decreto-Lei obliegt es der für die Krankenhäuser zuständigen Generaldirektion, jede Überweisung zur ärztlichen Behandlung ins Ausland zu koordinieren.

9. Art. 1 definiert den Anwendungsbereich des Decreto-Lei, indem er Folgendes bestimmt:

„(1) Das vorliegende Decreto-Lei regelt die hochspezialisierte medizinische Pflege im Ausland, die mangels technischer oder personeller Mittel nicht im Inland erteilt werden kann.

(2) Nutznießer dieser Pflege sind die Versicherten des nationalen Gesundheitssystems.

(3) Ersuchen um Überweisungen ins Ausland seitens privater Einrichtungen fallen nicht in den Anwendungsbereich dieses Decreto-Lei.“

10. Art. 2 des Decreto-Lei legt die Voraussetzungen für eine vollständige Erstattung von Krankheitskosten (in Art. 6 festgelegt) fest:

„Die folgenden Voraussetzungen sind notwendig für die Zuteilung der in Art. 6 vorgesehenen Vorteile:

a) Das Vorliegen eines ausführlichen positiven ärztlichen Berichts, der vom behandelnden Arzt verfasst und vom zuständigen Dienststellenleiter bestätigt werden muss;

b) die Bestätigung jenes Berichts durch den medizinischen Direktor des Krankenhauses, in dem der Patient behandelt worden ist;

c) die Zustimmung des Generaldirektors für Krankenhäuser, auf der Grundlage einer Stellungnahme des technischen Dienstes."

11. Art. 4 bestimmt in Bezug auf die Entscheidungsbefugnis des Generaldirektors für Krankenhäuser Folgendes:

„Dem Generaldirektor für Krankenhäuser obliegt es, sich über die von den Interessierten gemäß den in Art. 2 festgelegten Voraussetzungen beantragte medizinische Pflege im Ausland auszusprechen."

III — Vorgerichtliches Verfahren

12. Am 12. Juli 2002 übermittelte die Generaldirektion Binnenmarkt der Kommission den Mitgliedstaaten einen Fragebogen, der die Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften und Praktiken mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendbarkeit der Binnenmarktregeln auf dem Gebiet der Gesundheitsleistungen zum Gegenstand hatte. Die portugiesischen Behörden beantworteten das Auskunftsersuchen der Kommission bezüglich der portugiesischen Gesetzgebung mit Schreiben vom 17. Januar 2003.

13. Am 28. Juli 2003 veröffentlichte die Kommission einen „Bericht betreffend die Anwendung der Binnenmarktvorschriften im Bereich der Gesundheitsdienste — Durchführung der Rechtsprechung des Gerichtshofs durch die Mitgliedstaaten" [8].

8 — SEC(2003) 900.

14. Auf der Grundlage der ihr zur Verfügung stehenden Informationen richtete die Kommission am 18. Oktober 2006 ein Mahnschreiben an die Portugiesische Republik, in dem sie die Auffassung vertrat, dass diese dadurch ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG in der Auslegung durch den Gerichtshof verletzt habe, dass sie gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 vom 13. August 1992 die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig mache, die nur unter sehr restriktiven Bedingungen erteilt werde. Ferner forderte die Kommission die portugiesischen Behörden darin auf, sich gegebenenfalls binnen einer Frist von zwei Monaten gemäß Art. 226 EG hierzu zu äußern.

15. In ihrem Antwortschreiben vom 12. Januar 2007 erklärten die portugiesischen Behörden, es sei „schwer vorstellbar, dass Gesundheitsleistungen den Regeln des Binnenmarkts unterliegen könnten", und ein Mitgliedstaat sei befugt, gesetzlich festzulegen, dass die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werde.

16. Am 29. Juni 2007 richtete die Kommission eine mit Gründen versehene Stellungnahme an die portugiesischen Behörden, in der sie ihnen mitteilte, dass das Antwortschreiben vom 12. Januar 2007 keine neuen Aspekte enthalte, die geeignet wären, die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs insgesamt in Frage zu stellen. Die Kommission vertrat erneut die Auffassung, dass die Portugiesische Republik dadurch ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG nach der Auslegung des

Gerichtshofs verletzt habe, dass sie jene Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 vom 13. August 1992 in Kraft belassen habe, welche die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig machten. Die Kommission forderte die portugiesischen Behörden auf, binnen einer Frist von zwei Monaten die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um der mit Gründen versehenen Stellungnahme nachzukommen.

17. Mit Schreiben vom 4. September 2007 antworteten die portugiesischen Behörden, dass das Decreto-Lei Nr. 177/92 einer Anwendung der Unionsgesetzgebung betreffend den Zugang der portugiesischen Staatsangehörigen zu Gesundheitsleistungen innerhalb der Europäischen Union oder gar der Grundfreiheiten der Unionsbürger, wie sie im Vertrag zur Gründung der Europäischen Union verankert seien, nicht entgegenstehe.

18. Am 12. Februar 2008 teilten die portugiesischen Behörden der Kommission ihre Absicht mit, die finanziellen Auswirkungen auf das Gesundheitssystem zu untersuchen, was mindestens einen Monat Zeit erfordere, zumal sich die Zusammensetzung der Regierung geändert habe.

19. Am 18. Juni 2008 forderte die Kommission die portugiesischen Behörden auf, ihr Auskunft über die geplanten Änderungen am Decreto-Lei Nr. 177/92 im Hinblick auf eine baldige Beendigung des unionsrechtswidrigen Zustands zu geben.

20. Mit Schreiben vom 24. Juli 2008 bekräftigten die portugiesischen Behörden ihre bereits in ihrem Antwortschreiben vom 4. September 2007 vertretene Auffassung, dass das Decreto-Lei Nr. 177/92 nicht im Widerspruch zum Unionsrecht stehe.

21. Am 15. April 2009 richtete die Kommission eine zusätzliche mit Gründen versehene Stellungnahme an die portugiesischen Behörden, um im Interesse der Transparenz und der Rechtssicherheit die Tragweite der von ihr beanstandeten Verletzung des Unionsrechts näher darzulegen. Darin wies die Kommission darauf hin, dass ihrer Ansicht nach die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG nach der Auslegung des Gerichtshofs verstoßen habe, dass sie weder im Decreto-Lei Nr. 177/92 noch in einem anderen innerstaatlichen Rechtsakt die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen im Ausland, mit Ausnahme der in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Umstände, geregelt habe.

22. Mit Schreiben vom 15. Mai 2009 antworteten die portugiesischen Behörden auf die zusätzliche mit Gründen versehene Stellungnahme, dass die Erstattung von Krankheitskosten für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat im Decreto-Lei Nr. 177/92 vorgesehen sei. Ferner erklärten sie, dass die portugiesischen Rechtsvorschriften die Erstattung von Krankheitskosten auch dann nicht ausschlössen, wenn es sich um eine fachärztliche Behandlung handle, sofern das Verfahren der vorherigen Bescheinigung der

medizinischen Notwendigkeit für eine Behandlung im Ausland beachtet werde.

IV — Verfahren vor dem Gerichtshof und Anträge der Parteien

23. Mit Klageschrift, die am 9. Juli 2009 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat die Kommission die vorliegende Klage erhoben, mit der sie beantragt,

— festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, dass sie im Decreto-Lei Nr. 177/92 vom 13. August 1992 zur Festsetzung der Bedingungen für die Erstattung im Ausland angefallener Krankheitskosten oder in einer anderen Maßnahme des nationalen Rechts nicht die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen vorgesehen hat oder auch, falls das angeführte Decreto-Lei die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat vorsieht, diese Erstattung von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht;

— der Portugiesischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

24. Die portugiesische Regierung beantragt in ihrer am 2. Oktober 2009 eingegangenen Klagebeantwortung, die Klage als unbegründet abzuweisen und der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

25. Mit der Erwiderung vom 16. November 2009 und der Gegenerwiderung vom 4. Februar 2010 ist das schriftliche Verfahren abgeschlossen worden.

26. Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 17. November 2009 ist das Königreich Spanien als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge der Portugiesischen Republik zugelassen worden.

27. Die Vertreter der Parteien sowie der Regierung des Königreichs Spanien haben in der Sitzung vom 9. Februar 2011 mündlich verhandelt.

28. Mit Schriftsatz vom 24. März 2011 hat die Kommission ihre Klage teilweise zurückgenommen und ihre Anträge so umformuliert, dass sie nunmehr begehrt,

— festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, dass sie im Decreto-Lei Nr. 177/92 vom 13. August 1992 zur Festsetzung der Bedingungen für die Erstattung im Ausland angefallener Krankheitskosten oder in einer anderen Maßnahme des nationalen Rechts nicht die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante

Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen vorgesehen hat oder auch, falls das angeführte Decreto-Lei eine solche Erstattungsmöglichkeit vorsieht, diese Erstattung von einer vorherigen Genehmigung abhängig macht (mit Ausnahme der Erstattung von Kosten für einige ärztliche Behandlungen, die, obwohl sie in einer Arztpraxis erbracht werden, den Einsatz von Großgeräten notwendig machen, die vom Versicherungsmitgliedstaat aufgestellt und von diesem subventioniert werden und die in der nationalen Gesetzgebung abschließend aufgezählt sind, wie z. B. Szintillationskamera mit oder ohne Positronen-Emissions-Koinzidenz-Detektor, Emissions-Tomograf, Positronen-Kamera, Kernspintomografiegerät oder Kernspinresonanzspektrometer für den klinischen Gebrauch, Scanner für den medizinischen Gebrauch, Überdruckkammer, Zyklotron für den medizinischen Gebrauch);

— der Portugiesischen Republik die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

29. Mit Schriftsatz vom 6. April 2011 hat die portugiesische Regierung ihre Anträge so umformuliert, dass sie nunmehr begehrt,

— die Klage als unbegründet abzuweisen;

— sofern die Klage als begründet angesehen werden sollte, jedenfalls die teilweise Klagerücknahme seitens der Kommission festzustellen;

— der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

V — Wesentliche Argumente der Parteien

A — *Zu den portugiesischen Rechtsvorschriften*

30. Die *Kommission* äußert gewisse Schwierigkeiten, den Standpunkt der portugiesischen Regierung zu verstehen, zumal die Informationen bezüglich der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen mehrdeutig oder gar widersprüchlich gewesen seien.

31. Aus der Antwort der portugiesischen Regierung auf den Fragebogen der Generaldirektion Binnenmarkt bezüglich der Vereinbarkeit der nationalen Rechtsvorschriften mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs habe die Kommission geschlossen, dass das Decreto-Lei Nr. 177/92 der nationale Gesetzgebungsakt sei, der die anwendbaren Bestimmungen zur Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen im Ausland enthalte.

32. Die Kommission weist allerdings darauf hin, dass die portugiesischen Behörden in ihrem Antwortschreiben auf die mit Gründen versehene Stellungnahme erklärt hätten, dass zu den Regelungszielen des Decreto-Lei Nr. 177/92 nicht etwa gehöre, die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen im Ausland von einer vorherigen Genehmigung abhängig zu machen, und dass es keine andere Vorschrift im portugiesischen Recht gebe, die dies vorsehe. Die Kommission erklärt, sie habe daraus den Schluss gezogen, dass die portugiesische Rechtsordnung nicht die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen vorsehe.

33. Die Kommission weist darauf hin, dass die portugiesischen Behörden in ihrem Antwortschreiben auf die zusätzliche mit Gründen versehene Stellungnahme jedoch erklärt hätten, dass der Zugang zu Gesundheitsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat einem Verfahren unterliege, in dem die klinische Notwendigkeit bescheinigt werden müsse, was darauf hindeute, dass es in Portugal ein System der vorherigen Genehmigung für die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat gebe.

34. Schließlich erklärt die Kommission, dass die portugiesischen Behörden in ihrer Klagebeantwortung ausdrücklich eingeräumt hätten, dass es keine Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen gebe.

35. Die *portugiesische Regierung* bestreitet angebliche Mehrdeutigkeiten bzw. Widersprüche in der Erläuterung der in Portugal geltenden Regelungen.

36. Die portugiesische Regierung erklärt, dass es in der portugiesischen Rechtsordnung zwei Möglichkeiten für den Zugang zu Gesundheitsleistungen im Ausland gebe, die einerseits durch die Verordnung Nr. 1408/71, vor allem ihren Art. 22, und andererseits das Decreto-Lei Nr. 177/92, das „die hochspezialisierte medizinische Pflege im Ausland, die nicht im Inland erteilt werden kann", geregelt seien.

37. Die portugiesische Regierung erklärt, dass das Decreto-Lei Nr. 177/92 als ein Instrument der Krankenhauspflege gedacht sei. Eine ärztliche Behandlung im Ausland sei demnach möglich, sofern das portugiesische Gesundheitssystem nicht über die nötigen Mittel verfüge, um die diesem System angeschlossenen Personen zu behandeln. Diese Lösung ziele darauf ab, dem Kranken die Gesundheitsversorgung zur Verfügung zu stellen, die er benötige, mit einer Garantie für Qualität und medizinische Effizienz.

38. Eine Behandlung im Ausland unterliege bestimmten Voraussetzungen, die im Decreto-Lei Nr. 177/92 festgelegt seien. Demnach müssten die Anträge auf hochspezialisierte medizinische Pflege von den Krankenhäusern des nationalen Gesundheitssystems gestellt werden, wobei den Anträgen ein ausführlicher ärztlicher Bericht beigefügt werden müsse, der vom jeweiligen Dienststellenleiter sowie vom medizinischen Direktor bestätigt werden müsse (Art. 2 Abs. 1 und 2).

Die endgültige Entscheidung obliege dem Gesundheitsdirektor. Ferner müsse der medizinische Bericht eine Reihe von Angaben betreffend den Gesundheitszustand des Patienten und die Behandlung darlegen sowie die Orte im Ausland, in denen der Patient operiert bzw. behandelt werden solle. Sofern die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien, habe der Patient Anspruch auf volle Erstattung der Kosten, einschließlich derjenigen für die Hinfahrt und den Aufenthalt des Patienten sowie eines Begleiters. Die Auszahlung erfolge über die jeweilige klinische Einheit, die für das Verfahren der vorherigen Bescheinigung zuständig sei (Art. 6).

39. Die portugiesische Regierung ist der Ansicht, dass kein Unterschied zwischen Kosten für Behandlungen innerhalb und außerhalb von Krankenhäusern gemacht werden sollte. Die hochspezialisierte medizinische Pflege im Ausland in Gestalt einer institutionellen Zusammenarbeit könnte nämlich beide Arten von Behandlungen erfassen. Zudem zieht die portugiesische Regierung eine Parallele zwischen dem Verfahren der Bescheinigung der klinischen Notwendigkeit einer Behandlung im Ausland und dem Verfahren der Überweisung an einen Facharzt.

40. Ferner weist sie darauf hin, dass die im Decreto-Lei Nr. 177/92 vorgesehene medizinische Zusammenarbeit den Anforderungen des nationalen Gesundheitssystems entspreche, das sich entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben durch seinen universellen, allgemeinen und autarken Charakter auszeichne und zudem staatlich finanziert sei.

B — *Zum Unionsrecht*

41. Die *Kommission* ist der Ansicht, dass die Portugiesische Republik ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG in der Auslegung durch den Gerichtshof nicht erfüllt habe. Nach dieser Rechtsprechung finde Art. 49 EG Anwendung auf den Sachverhalt, dass ein Patient entgeltliche medizinische Leistungen in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Wohnort erhalte. In Portugal sehe jedoch das Decreto-Lei Nr. 177/92, das die Voraussetzungen für die Erstattung im Ausland getätigter Krankheitskosten festlege, nicht ausdrücklich die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen vor, oder diese Regelung mache nach der von den portugiesischen Behörden vertretenen Auslegung die Erstattung dieser Krankheitskosten für ambulante Behandlung von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung unter beschränkenden Voraussetzungen abhängig.

42. Die Kommission ist der Ansicht, auch wenn man einräume, dass ein System, das die Erstattung von Krankenkosten von der vorherigen Genehmigung abhängig mache, trotz der Rechtsprechung des Gerichtshofs gerechtfertigt werden könne, seien die Bedingungen für die Erteilung einer solchen Genehmigung restriktiv und stünden damit im Widerspruch zum Unionsrecht.

43. Zu den von der portugiesischen Regierung vorgebrachten Argumenten zugunsten einer Rechtfertigung durch zwingende Gründe, nämlich die Finanzierbarkeit des nationalen Gesundheitssystems und die Gewährleistung des Zugangs zur allgemeinen

Gesundheitsversorgung, trägt die Kommission vor, dass das Erfordernis der vorherigen Genehmigung weder aus Gründen der öffentlichen Gesundheit noch aufgrund einer schweren Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht der Systeme der sozialen Sicherheit gerechtfertigt werden könne. Darüber hinaus rügt die Kommission, dass die portugiesischen Behörden die Existenz eines realen Risikos der Störung des finanziellen Gleichgewichts des portugiesischen Gesundheitssystems bedingt durch die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen im Ausland weder dargelegt noch bewiesen hätten.

44. Die *portugiesische Regierung* trägt vor, es gebe keine Vertragsbestimmung, die den Unionsbürgern das Recht einräume, die Erstattung von Krankheitskosten für Behandlungen im Ausland zu verlangen, oder ihnen die uneingeschränkte Ausübung eines solchen Rechts gestatte, ohne dass es durch einen Mechanismus der vorherigen Genehmigung geregelt werde.

45. Die portugiesische Regierung sieht in der vorliegenden Vertragsverletzungsklage einen Versuch der Kommission, auf rechtlicher Ebene eine Lösung zu erzwingen, die nicht nur jeglicher rechtlicher Grundlage entbehre, sondern auch von den Mitgliedstaaten, den Trägern der Kompetenz zur Gestaltung der sozialen Sicherungssysteme und des Gesundheitssystems, abgelehnt worden sei. Sie zeigt sich verwundert über das Vorgehen der Kommission angesichts der Tatsache, dass gegenwärtig ein Rechtsetzungsverfahren im Gang sei, das darauf abziele, die Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet festzulegen. Aus dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/123 ergebe sich, dass nur eine gesetzgeberische Lösung, die hinreichend klare Vorgaben enthalte, eine richterliche Entscheidung rechtfertigen könne. Überzeugt davon, dass ein Urteil des Gerichtshofs eine unerwünschte Überlagerung von richterlichen und politischen Entscheidungsprozessen zur Folge hätte, beantragt sie beim Gerichtshof, das Verfahren gemäß Art. 82a Abs. 1 Buchst. a der Verfahrensordnung auszusetzen.

46. Nach Auffassung der portugiesischen Regierung zeichnet sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Anwendbarkeit von Art. 49 EG auf grenzüberschreitende Gesundheitsleistungen durch zwei Elemente aus, nämlich den spezifischen prozessualen Rahmen und ihren Mangel an Rechtssicherheit und -klarheit. Alle Urteile des Gerichtshofs seien im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG ergangen, was verhindere, dass die in jenen Rechtssachen gefundenen Lösungen auf den Ausgangsfall übertragen werden könnten.

47. Auch wenn eine vorherige Genehmigung unter Umständen eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen könne, stehe Art. 49 EG nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs einer solchen Genehmigung nicht entgegen, sofern sie von objektiven Kriterien abhänge, die ebenfalls als Voraussetzungen für die Erstattung von Krankheitskosten für im Inland vorgenommene Behandlungen erfüllt sein müssten.

48. Darüber hinaus mache auch Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 die Erbringung von grenzüberschreitenden Gesundheitsleistungen von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig. Im Übrigen müsse

Art. 49 EG in Einklang mit den anderen Vertragsbestimmungen gebracht werden. Dazu verweist die portugiesische Regierung auf Art. 152 Abs. 5 EG, der einen Kompetenzvorbehalt zugunsten der Mitgliedstaaten enthalte und dessen wirksame Anwendung jegliche Anwendung sonstiger Vertragsbestimmungen ausschließe, die die Befugnisse des nationalen Entscheidungsträgers in Bezug auf die Organisation, die Finanzierung und die Ausgestaltung des Modells des nationalen Gesundheitssystems aushöhlten.

49. Die portugiesische Regierung schlägt keine Änderung der Rechtsprechung vor, sondern fordert den Gerichtshof auf, eine praktische Konkordanz zwischen Art. 49 EG und Art. 152 Abs. 5 EG dergestalt herzustellen, dass Art. 49 EG aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zurücktreten müsse. Sie beruft sich auf mehrere Gründe, die in der Rechtsprechung des Gerichtshofs als legitim angesehen worden seien, darunter die Notwendigkeit, das finanzielle Gleichgewicht der Systeme der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsversorgung zu gewährleisten.

50. Die *spanische Regierung* trägt in erster Linie vor, dass Art. 49 EG den Mitgliedstaaten keine Verpflichtung auferlege, positive Umsetzungsakte zu erlassen, zumal die Richtlinie das im Unionsrecht ausdrücklich vorgesehene Rechtsinstrument sei, um solche positiven Umsetzungsakte innerhalb der nationalen Rechtsordnungen zu schaffen. Sie weist darauf hin, dass Art. 52 EG ausdrücklich die Richtlinie als Mittel zur Liberalisierung des Binnenmarkts für Dienstleistungen vorsehe. Eben das sehe die Kommission gegenwärtig mit ihrem Richtlinienvorschlag [9] vor. Darin, dass Portugal kein zusätzliches Verfahren zur Erstattung von Krankheitskosten neben dem in der Verordnung Nr. 1408/71 geschaffen habe, dürfte keine Verletzung der Verpflichtungen aus Art. 49 EG liegen.

51. Des Weiteren habe die Kommission nicht bewiesen, dass die portugiesischen Behörden ihre Rechtsvorschriften unter Verletzung der Verpflichtungen aus Art. 49 EG anwenden, etwa indem sie systematisch die im System vorgesehene Genehmigung für die Behandlung im Ausland verweigern.

52. Was die Vereinbarkeit der portugiesischen Rechtsvorschriften mit Art. 49 EG betrifft, weist die spanische Regierung darauf hin, dass ein System, das eine vorherige Genehmigung vorsehe, nicht zwangsläufig eine ungerechtfertigte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle. Es gebe zwingende Gründe des Allgemeinwohls, die ein solches System rechtfertigten, insbesondere im Rahmen von Gesundheitsleistungen innerhalb von Krankenhäusern. Es sei falsch, die Rechtsprechung des Gerichtshofs in den Urteilen Kohll sowie Müller-Fauré und van Riet bezüglich zahnärztlicher Dienstleistungen auf jegliche Gesundheitsleistung außerhalb von Krankenhäusern zu übertragen. Vorsorglich erinnert die spanische Regierung daran, dass der Gerichtshof im Urteil Kohll festgestellt

9 — Angeführt in Fn. 4.

habe, dass „Artikel 56 EG-Vertrag den Mitgliedstaaten [erlaubt], den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung einzuschränken, soweit die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland für die Gesundheit oder selbst das Überleben ihrer Bevölkerung erforderlich ist".

53. In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit der streitgegenständlichen Regelung weist die spanische Regierung darauf hin, dass es zu prüfen gelte, ob das portugiesische System ein administratives Genehmigungsverfahren einführe, das auf objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien beruhe, die den Betroffenen von vornherein bekannt seien und die erkennen ließen, wo die Grenzen des Beurteilungsspielraums der nationalen Behörden lägen.

VI — Rechtliche Würdigung

A — *Anwendbarkeit von Art. 49 EG*

54. Nach ständiger Rechtsprechung und entsprechend den Regeln, die das Prozessrecht der Union bestimmen, ist es im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens Sache der Kommission, das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nachzuweisen. Sie muss dem Gerichtshof die erforderlichen Anhaltspunkte liefern, anhand deren er das Vorliegen dieser Vertragsverletzung prüfen kann, wobei sie sich nicht auf bloße Vermutungen stützen darf [10]. Zu einer Umkehr der prozessualen Beweislast kommt es erst dann, wenn die Kommission genügend Tatsachen vorgetragen hat, die den Vertragsverstoß erkennen lassen. Dem Mitgliedstaat obliegt es in einem solchen Fall, sich substantiiert und ausführlich zu verteidigen, um seinerseits die Beachtung des Unionsrechts zu beweisen [11].

55. Mit ihrer Klage wirft die Kommission der Portugiesischen Republik vor, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen zu haben. Die portugiesische Regierung tritt dem entgegen, indem sie erstens auf das derzeitige auf den Erlass einer Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung gerichtete Rechtsetzungsverfahren — vor allem auf die im Rat zurzeit stattfindenden Konsultationen — verweist und zweitens

10 — Vgl. u. a. Urteile vom 25. Mai 1982, Kommission/Niederlande (96/81, Slg. 1982, 1791, Randnr. 6), vom 22. September 1988, Kommission/Griechenland (272/86, Slg. 1988, 4875, Randnr. 17), vom 26. Juni 2003, Kommission/Spanien (C-404/00, Slg. 2003, I-6695, Randnr. 26), vom 6. November 2003, Kommission/Vereinigtes Königreich (C-434/01, Slg. 2003, I-13239, Randnr. 21), vom 29. April 2004, Kommission/Österreich (C-194/01, Slg. 2004, I-4579, Randnr. 34), vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnr. 33), vom 6. Oktober 2009, Kommission/Schweden (C-438/07, 2009, I-9517, Randnr. 49), und vom 29. Oktober 2009, Kommission/Finnland (C-246/08, Slg. 2009, I-10605, Randnr. 52).

11 — Vgl. Urteile vom 12. Dezember 1996, Kommission/Deutschland (C-298/95, Slg. 1996, I-6747, Randnr. 17), und Kommission/Griechenland (oben in Fn. 10 angeführt, Randnr. 21). In diesem Sinne Burgi, M., in: *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union* (hrsg. von H.-W. Rengeling/A. Middeke/M. Gellermann), München 2003, § 6, Randnr. 45, S. 79, und Schwarze, J., *EU-Kommentar* (hrsg. von Jürgen Schwarze), 2. Aufl., 2009, Art. 226 EGV, Randnr. 27, S. 1755.

die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr, insbesondere Art. 49 EG, auf den Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsleistungen in Frage stellt. Beide Argumente betreffen in rechtlicher Hinsicht sowohl die zeitliche als auch die sachliche Anwendbarkeit von Art. 49 EG auf den vorliegenden Rechtsstreit, die im Folgenden zu untersuchen ist.

1. Zeitlich anwendbares Recht

56. Was den erstgenannten Einwand der portugiesischen Regierung gegen die vorliegende Klage angeht, ist zunächst anzumerken, dass ein Mitgliedstaat sich nicht mit Erfolg auf einen Rechtsakt berufen kann, der noch gar nicht in Kraft ist und dementsprechend noch keine Rechtswirkungen innerhalb der Unionsrechtsordnung entfaltet. Das Vertrauen auf den unveränderten Bestand eines bestimmten Vorschlags der Kommission für einen Rechtsakt kann objektiv betrachtet nicht als schutzwürdig angesehen werden, zumal solche Vorschläge im Verlauf des Rechtsetzungsverfahrens zahlreichen Änderungen durch Rat und Parlament unterliegen können. Dies ist auch der Grund, warum sie nur bedingt als Auslegungshilfe herangezogen werden können.

57. Davon abgesehen ist daran zu erinnern, dass Zweck des Verfahrens nach Art. 226 EG ist, Verstöße der Mitgliedstaaten gegen das Unionsrecht festzustellen, die sich zu einem bestimmten, relevanten Zeitpunkt ereignet haben. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs ist das Vorliegen einer Vertragsverletzung anhand der Lage zu beurteilen, in der sich der Mitgliedstaat bei Ablauf der Frist befand, die ihm in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde. Dieser ist der für die Beurteilung einer Vertragsverletzung allein maßgebliche Zeitpunkt [12]. Spätere Änderungen des Unionsrechts werden deshalb ebenso wenig berücksichtigt wie nachfolgende Regularisierungen durch den betreffenden Mitgliedstaat [13]. Die nicht auszuschließende Wahrscheinlichkeit, dass das Rechtsetzungsverfahren in absehbarer Zeit erfolgreich abgeschlossen und eine Richtlinie erlassen wird, welche die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung genau regelt, ändert daher nichts am Gegenstand der Klage und hat deshalb keinerlei Auswirkungen auf das vorliegende Vertragsverletzungsverfahren.

58. Demzufolge ist der Einwand der portugiesischen Regierung gegen die Anwendbarkeit von Art. 49 EG für die Zwecke der Prüfung eines eventuellen Verstoßes gegen das Unionsrecht zurückzuweisen.

12 — Vgl. Urteile vom 1. Juni 1995, Kommission/Italien (C-182/94, Slg. 1995, I-1465), vom 10. September 1996, Kommission/Deutschland (C-61/94, Slg. 1996, I-3989), vom 16. Dezember 1997, Kommission/Italien (C-316/96, Slg. 1997, I-7231, Randnr. 14), vom 11. Juni 1998, Kommission/Griechenland (C-232/95 und C-233/95, Slg. 1998, I-3343, Randnr. 38), vom 9. März 2000, Kommission/Belgien (C-355/98, Slg. 2000, I-1221, Randnr. 22), vom 3. Oktober 2002, Kommission/Spanien (C-47/01, Slg. 2002, I-8231, Randnr. 15), und vom 14. April 2005, Kommission/Luxemburg (C-519/03, Slg. 2005, I-3067, Randnr. 18).

13 — Vgl. auch Burgi, M., a. a. O. (Fn. 11), Randnr. 38, S. 75; Cremer, W., *EUV/EGV- Kommentar* (hrsg. von Christian Calliess/Matthias Ruffert), 3. Aufl., München 2007, Art. 226 EGV, Randnr. 33, S. 1991.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

59. Der zweite Einwand der portugiesischen Regierung ist so zu verstehen, dass damit im Grunde die sachliche Anwendbarkeit der primärrechtlichen Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr als solche in Frage gestellt wird. Sie verweist zur Stützung ihrer Rechtsauffassung auf Art. 152 Abs. 5 EG, eine Bestimmung, die den Mitgliedstaaten die Verantwortung für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung übertrage. Des Weiteren weist die portugiesische Regierung auf die Notwendigkeit einer sekundärrechtlichen Regelung in diesem Bereich hin.

a) Die Kompetenzen der Union und ihrer Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitspolitik

60. Den Ausführungen der portugiesischen Regierung ist zuzustimmen, sofern sie die grundsätzliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Gesundheitsversorgung zum Gegenstand haben. In der Tat bleiben die Mitgliedstaaten, vereinfacht formuliert, grundsätzlich „Herren der Gesundheitspolitik“ [14], was bedeutet, dass die Union ihrer Politik nicht zuwiderhandeln darf. In dem durch Art. 152 EG umrissenen Betätigungsfeld sind die Kompetenzen der Union weniger ausgeprägt als in anderen Bereichen. Inhaltlich sind sie laut Abs. 1 Unterabs. 2 und 3 auf die „Ergänzung“ der mitgliedstaatlichen Politiken und in organisatorischer Hinsicht laut Abs. 2 Unterabs. 1 auf die „Förderung“ ihrer Zusammenarbeit beschränkt. Dieses grundsätzliche Zurücktreten der Tätigkeit der Union auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes hinter die mitgliedstaatlichen Politiken ist als eine Ausprägung des in Art. 5 EG verankerten Subsidiaritätsgrundsatzes anzusehen. Davon unberührt bleibt aber die Befugnis der Union, bei der auf Art. 95 EG gestützten Harmonisierung der nationalen Gesundheitsschutzpolitiken unionsweite Schutzstandards zu schaffen, um Beschränkungen der Grundfreiheiten auszuräumen. Der Richtlinienvorschlag der Kommission, der laut seinem achten Erwägungsgrund u. a. die Patientenmobilität und die Freizügigkeit von Gesundheitsdienstleistungen

14 — Der achte Erwägungsgrund des Vorschlags der Kommission für eine „Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsvorsorge“ (oben in Fn. 4 angeführt) lautet: „Mit dieser Richtlinie soll ein allgemeiner Rahmen für eine sichere, hochwertige und effiziente grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung in der Gemeinschaft geschaffen, Patientenmobilität und die Freizügigkeit von Gesundheitsdienstleistungen sowie ein hohes Gesundheitsschutzniveau gewährleistet werden, wobei gleichzeitig die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Festlegung der gesundheitsbezogenen Sozialversicherungsleistungen und die Organisation und Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen und medizinischer Versorgung sowie insbesondere der Sozialversicherungsleistungen im Krankheitsfall unberührt bleiben soll.“

gewährleisten will, beruht auf eben dieser Ermächtigungsgrundlage.

61. Der Gerichtshof ist sich der komplexen Aufgabenverteilung zwischen der Union und ihren Mitgliedstaaten bewusst. Wie er nämlich in ständiger Rechtsprechung erklärt hat, lässt das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt [15]. Dies bedeutet wiederum, dass in Ermangelung einer Harmonisierung auf der Ebene der Europäischen Union das Recht jedes Mitgliedstaats bestimmt, unter welchen Voraussetzungen Leistungen der sozialen Sicherheit gewährt werden [16]. In diesem Zusammenhang ist auf das Urteil Watts [17] zu verweisen, in dem der Gerichtshof in aller Deutlichkeit daran erinnert hat, dass nach Art. 152 Abs. 5 EG bei der Tätigkeit der Union die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung in vollem Umfang gewahrt wird.

62. Wie der Gerichtshof allerdings in demselben Urteil erklärt hat, schließt diese Bestimmung wiederum nicht aus, dass die Mitgliedstaaten nach anderen Vertragsbestimmungen wie Art. 49 EG oder nach auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassenen Unionsmaßnahmen wie Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 verpflichtet sind, ihre einzelstaatlichen Systeme der Gesundheitsversorgung und Sozialversicherung anzupassen [18]. Bereits in früheren Urteilen hatte der Gerichtshof betont, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung der ihnen in Art. 152 Abs. 5 EG eingeräumten Befugnis das Unionsrecht, insbesondere die Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr, beachten müssen [19]. Diese Bestimmungen untersagen es den Mitgliedstaaten nämlich, ungerechtfertigte Beschränkungen der Ausübung dieser Freiheit im Bereich der Gesundheitsversorgung einzuführen oder beizubehalten [20]. Des Weiteren ist der Umstand hervorzuheben, dass der Gerichtshof ausdrücklich angemahnt hat, dass die Mitgliedstaaten die unvermeidlichen Anpassungen, die sie im Interesse der Verwirklichung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten in den nationalen Systemen der sozialen Sicherheit vornehmen müssen, nicht etwa als Eingriff

15 — Urteile vom 7. Februar 1984, Duphar u. a. (238/82, Slg. 1984, 523, Randnr. 16), vom 17. Juni 1997, Sodermare u. a. (C-70/95, Slg. 1997, I-3395, Randnr. 27), vom 28. April 1998, Kohll (C-158/96, Slg. 1998, I-1931, Randnr. 17), vom 18. März 2004, Leichtle (C-8/02, Slg. 2004, I-12641, Randnr. 29), vom 16. Mai 2006, Watts (C-372/04, Slg. 2006, I-4325, Randnr. 92), und vom 15. Juni 2010, Kommission/Spanien (C-211/08, Slg. 2010, I-5267, Randnr. 53).

16 — Urteile vom 24. April 1980, Coonan (110/79, Slg. 1980, 1445, Randnr. 12), vom 4. Oktober 1991, Paraschi (C-349/87, Slg. 1991, I-4501, Randnr. 15), vom 30. Januar 1997, Stöber und Piosa Pereira (C-4/95 und C-5/95, Slg. 1997, I-511, Randnr. 36), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 92), vom 13. Mai 2003, Müller-Fauré und van Riet (C-385/99, Slg. 2003, I-4509, Randnr. 100), Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 53), und vom 27. Januar 2011, Kommission/Luxemburg (C-490/09, Slg. 2011, I-247, Randnr. 32).

17 — Urteil Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 146). Vgl. auch Urteil Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 75).

18 — Urteil Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 147).

19 — Urteile vom 28. April 1998, Decker (C-120/95, Slg. 1998, I-1831, Randnr. 19), vom 12. Juli 2001, Smits und Peerbooms (C-157/99, Slg. 2001, I-5473, Randnrn. 44 bis 46), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 100), vom 23. Oktober 2003, Inizan (C-56/01, Slg. 2003, I-12403, Randnr. 17), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 92), und Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 53).

20 — Urteile vom 5. Oktober 2010, Elchinov (C-173/09, Slg. 2010, I-8889, Randnr. 40), Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 23), vom 19. April 2007, Stamatelaki (C-444/05, Slg. 2007, I-3185, Randnr. 23), und Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 92).

in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich ansehen dürfen [21]. Nicht unerwähnt bleiben darf schließlich, dass die Europäische Union durch Maßnahmen, die z. B. der Durchsetzung der Grundfreiheiten dienen, erheblichen Einfluss auf die Gesundheitssysteme der Mitgliedstaaten ausüben kann [22].

63. Im Bereich der grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen kommt es sozusagen zu einer Verschränkung zwischen Unionsrecht und nationalem Recht, und zwar dergestalt, dass das Unionsrecht sich, wie so oft, im Wesentlichen darauf beschränkt, ein verbindliches Ziel vorzugeben — nämlich die Verwirklichung der Personenverkehrsfreiheit für Patienten sowie ihrer Gleichbehandlung gegenüber nationalen Behörden, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit —, während die Kompetenzen der Mitgliedstaaten weiterhin bestehen bleiben, wobei diese sich insofern in jenen normativen Rahmen, den das Primär- und Sekundärrecht festlegt, fügen müssen, als die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Kompetenzen gegen das Unionsrecht nicht verstoßen dürfen [23]. Wie weit sich der unionsrechtliche Rahmen erstreckt, den Art. 49 EG der Kompetenzausübung der Mitgliedstaaten setzt, ermittelt der Gerichtshof. Ihm kommt nämlich die in den Gründungsverträgen zugewiesene Aufgabe zu, im Wege der Auslegung zu erläutern und zu verdeutlichen, in welchem Sinn und mit welcher Tragweite eine Vorschrift des Unionsrechts seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden ist [24].

64. Folgerichtig kann sich die Portugiesische Republik auch nicht mit Erfolg auf ihre originäre Zuständigkeit für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung innerhalb ihres Staatsgebiets berufen, um sich den Verpflichtungen zu entziehen, die ihr das sonstige Primärrecht der Union, vor allem die Bestimmungen über die Grundfreiheiten, auferlegt.

b) Erfassung der streitgegenständlichen nationalen Regelung

65. Was die weitere Frage angeht, ob die streitgegenständliche nationale Regelung in den sachlichen Anwendungsbereich von

21 — Urteile Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 45), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 147) sowie Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 102).

22 — Vgl. beispielsweise die Urteile vom 11. Dezember 2003, DocMorris (C-322/01, Slg. 2003, I-14887) — nationales Verbot des Versandhandels mit Arzneimitteln, vom 9. September 2003, Jaeger (C-151/02, Slg. 2003, I-8389) — Bereitschaftsdienst eines Arztes in einem Krankenhaus im Zusammenhang mit dem Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer, Leichtle (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 51) — Voraussetzungen für die Kostenübernahme einer Heilkur in einem anderen Mitgliedstaat, und vom 3. Oktober 2000, Ferlini (C-411/98, Slg. 2000, I-8081, Randnrn. 47 f.).

23 — In diesem Sinne Van Raepenbusch, S., „Dossier: l'Europe de la santé — L'état de la jurisprudence de la CJCE relative au libre accès aux soins de santé à l'intérieur de l'Union européenne après l'arrêt du 16 mai 2006, Watts, C-372/04", *Gazette du Palais*, Dezember 2006, S. 8.

24 — Vgl. Urteil vom 19. November 2009, Kommission/Italien (C-540/07, Slg. 2009, I-10983, Randnr. 63).

Art. 49 EG fällt, ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung entgeltliche medizinische Leistungen in den Anwendungsbereich der Bestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr fallen [25], ohne dass danach zu unterscheiden wäre, ob die Versorgung in einem Krankenhaus oder außerhalb eines solchen erbracht wird [26]. Auch ist entschieden worden, dass der freie Dienstleistungsverkehr die Freiheit der Leistungsempfänger, insbesondere der Personen, die eine medizinische Behandlung benötigen, einschließt, sich zur Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, ohne durch Beschränkungen beeinträchtigt zu werden [27]. Ferner hat der Gerichtshof entschieden, dass eine medizinische Leistung nicht deshalb ihren Charakter als Dienstleistung im Sinne von Art. 49 EG verliert, weil der Patient, nachdem er den ausländischen Dienstleistungserbringer für die erhaltene Behandlung bezahlt hat, später die Übernahme der Kosten dieser Behandlung durch einen nationalen Gesundheitsdienst beantragt [28].

66. Nationale Bestimmungen wie die im Decreto-Lei Nr. 177/92 enthaltenen, welche die Bedingungen sowohl für die Inanspruchnahme von grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen durch einen Patienten als auch für die Erstattung von Krankheitskosten seitens der Behörden eines nationalen Systems der Gesundheitsvorsorge festlegen, fallen daher in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 49 EG [29].

67. Im Übrigen steht — anders als von der portugiesischen Regierung vertreten, die insoweit dieses Argument gegen eine Übertragbarkeit der vom Gerichtshof entwickelten Grundsätze auf die vorliegende Rechtssache mehrmals vorgebracht hat — der Umstand, dass das nationale Gesundheitssystem Portugals im Unterschied zu den Gesundheitssystemen mancher anderer Mitgliedstaaten nicht durch Beiträge der Versicherten, sondern ausschließlich durch Steuern und sonstige Haushaltsmittel des Staates finanziert wird, einer Überprüfung der Vereinbarkeit der

25 — Urteile Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 34), Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 47), Stamatelaki (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 19), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 86), vom 4. Oktober 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Slg. 1991, I-4685, Randnr. 18), und Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 29).

26 — Urteile Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 34), vom 5. Oktober 2010, Kommission/Frankreich (C-512/08, Slg. 2010, I-8833, Randnr. 30), Leichtle (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 28), Stamatelaki (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 19), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 86), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 103), vom 12. Juli 2001, Vanbraekel u. a. (C-368/98, Slg. 2001, I-5363, Randnr. 41), sowie Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 53).

27 — Urteile Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 35), Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 31), Elchinov (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 37), Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 49), Stamatelaki (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 20) und Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 87).

28 — Urteile Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt., Randnr. 47), Stamatelaki (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 21) sowie Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 103).

29 — Vgl. Urteil Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnrn. 60 bis 69) und Urteil des EFTA-Gerichtshofs, Rinsal und Slinning (E-11/07 und C-1/08, Randnr. 44), wobei dort nicht nur die sachliche Anwendbarkeit der primärrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit im EG- und EWR-Vertrag, sondern darüber hinaus auch der Beschränkungscharakter der betreffenden nationalen Bestimmungen bejaht wird. Art. 49 Abs. 1 EG entspricht inhaltlich Art. 36 Abs. 1 EWR-Abkommen, für dessen Auslegung der EFTA-Gerichtshof (im Hinblick auf die EFTA/EWR-Staaten) zuständig ist. Entsprechend dem Gebot einer homogenen Rechtsprechung innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums hat der EFTA-Gerichtshof die oben genannte Rechtsprechung des Gerichtshofs auf diese Abkommensbestimmung angewandt.

Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 mit Art. 49 EG in der Auslegung durch den Gerichtshof keinesfalls entgegen, denn wie der Gerichtshof im Urteil Watts [30] speziell in Bezug auf ein steuerfinanziertes nationales Gesundheitssystem wie den National Health Service (NHS) des Vereinigten Königreichs unmissverständlich erklärt hat, ist die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Bestimmungen zur Dienstleistungsfreiheit „von der Funktionsweise des [jeweiligen] nationalen Systems unabhängig". Ich möchte darauf hinweisen, dass die Neuerung, die das Urteil Watts brachte, nicht zuletzt in der Übertragung der bisherigen Rechtsprechung zur Freizügigkeit im Rahmen einer primär beitragsfinanzierten gesetzlichen Krankenversicherung auf steuerfinanzierte nationale Gesundheitssysteme bestand [31]. Des Weiteren sei in diesem Zusammenhang auf das Urteil Müller-Fauré und van Riet [32] verwiesen, in dem der Gerichtshof ausdrücklich erklärt hat, dass unter dem Gesichtspunkt des freien Dienstleistungsverkehrs nicht danach zu unterscheiden ist, ob „der Leistungserbringer die Zahlung direkt von der Krankenkasse oder aus dem Staatshaushalt erhält". Demnach muss das gegenteilige Vorbringen der portugiesischen Regierung zurückgewiesen werden.

68. Der Anwendungsbereich von Art. 49 EG ist somit eröffnet.

B — *Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit*

69. Des Weiteren ist zu prüfen, ob die im Decreto-Lei Nr. 177/92 enthaltenen Regelungen, wie von der Kommission gerügt, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne von Art. 49 EG darstellen. Nach gefestigter Rechtsprechung verstößt jede nationale Regelung gegen Art. 49 EG, die die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats erschwert [33].

70. Die Feststellung einer ungerechtfertigten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und damit eines Verstoßes gegen das Unionsrecht kann aber erst dann erfolgen, wenn der Gegenstand des Rechtsstreits hinreichend geklärt ist. Zu diesem Zweck muss untersucht werden, worauf die Anträge der Kommission, die den Gegenstand des Rechtsstreits festlegen, eigentlich gerichtet sind.

71. Dazu ist festzustellen, dass die Kommission ihre Klage auf zwei alternative Verstöße stützt. Die Kommission wirft in ihrer Klage der Portugiesischen Republik im Einzelnen vor, in ihren Rechtsvorschriften nicht die Möglichkeit der Erstattung von

30 — Oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 90.

31 — In diesem Sinne Schneider, U., „Patientenmobilität und Wartelistenmedizin in der EG", *European Law Reporter*, 9/2006, S. 348; Schiano, R., „Arrêt ‚Yvonne Watts'", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2/2006, S. 461.

32 — Oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 103.

33 — Urteile Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 33), Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 55), Stamatelaki (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 25), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 94), Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 61), Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 33) und vom 5. Oktober 1994, Kommission/Frankreich (C-381/93, Slg. 1994, I-5145, Randnr. 17).

Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen vorzusehen. Hilfsweise wirft sie ihr vor, ein System eingeführt zu haben, das die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig mache.

1. Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat

72. Aus der Formulierung des ersten Klageantrags geht hervor, dass dessen zweiter Teil („oder auch, falls das angeführte Decreto-Lei die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat vorsieht“) als ein Hilfsantrag der Kommission zu verstehen ist für den Fall, dass der Gerichtshof feststellen sollte, dass die relevanten portugiesischen Rechtsvorschriften — entgegen dem Verdacht der Kommission — die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat durchaus vorschreiben sollten, also auch unter den Voraussetzungen, die nicht in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehen sind.

73. Es ist also zunächst anhand der dem Gerichtshof von den Parteien zur Verfügung gestellten Informationen zu prüfen, ob die streitgegenständliche nationale Regelung die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat überhaupt vorschreibt.

74. In ihrer Klageschrift [34] weist die Kommission darauf hin, dass sie aufgrund der Informationen, die ihr im Rahmen des Vorverfahrens von den portugiesischen Behörden übermittelt worden seien, zu der Annahme gelangt sei, dass die portugiesischen Rechtsvorschriften die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat außer unter den in der Verordnung Nr. 1408/71 vorgesehenen Voraussetzungen nicht vorsähen. Die Kommission verweist dabei auf das Antwortschreiben der portugiesischen Behörden vom 4. September 2007 auf die mit Gründen versehene Stellungnahme [35], in dem diese erklärten, dass es in der portugiesischen Rechtsordnung keine Bestimmung gebe, die das Recht auf Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat regele. Außerdem räumten die portugiesischen Behörden darin ein, dass in einer solchen Fallkonstellation eine Erstattung von Krankheitskosten nicht stattfinde.

75. Darüber hinaus beanstandet die Kommission in ihrer Klageschrift [36] die ungenauen Angaben der portugiesischen Behörden zum Regelungszweck des Decreto-Lei Nr. 177/92 und zur Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf ambulante Behandlungen, die in einem

34 — Vgl. Randnrn. 32 und 33 der Klageschrift.

35 — Vgl. S. 15 des Antwortschreibens der portugiesischen Behörden vom 4. September 2007 auf die mit Gründen versehene Stellungnahme.

36 — Vgl. Randnr. 38 der Klageschrift.

anderen Mitgliedstaat vorgenommen würden. In diesem Zusammenhang hätten die portugiesischen Behörden in ihrem Antwortschreiben vom 15. Mai 2009 auf die zusätzliche mit Gründen versehene Stellungnahme erklärt, dass die Erstattung von Krankheitskosten für eine Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat im Decreto-Lei Nr. 177/92 von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig sei. Die Kommission schließt daraus, dass das Decreto-Lei Nr. 177/92 jedenfalls auch auf ambulante Behandlungen Anwendung finden müsse.

76. Das vorliegende Vertragsverletzungsverfahren offenbart eine gewisse Unsicherheit seitens der Kommission, den normativen Inhalt der streitgegenständlichen Regelungen sowie die Aspekte, die geeignet wären, eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheiten zu begründen, möglichst detailliert wiederzugeben. Dies überrascht, bedenkt man doch, dass das Vorverfahren bereits im Jahr 2006 begann und dass die Korrespondenz zwischen ihr und den portugiesischen Behörden, in deren Rahmen die Frage der Vereinbarkeit der portugiesischen Gesetzgebung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs erörtert wurde, bereits auf das Jahr 2003 zurückgeht. Missverständnisse und widersprüchliche Angaben, die die Lektüre der Schriftsätze offenbart, hätten vermieden werden können, wenn bestimmte relevante Aspekte, etwa zur Anwendbarkeit der Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 auf ambulante Behandlungen, bereits im Vorverfahren eingehend erörtert worden wären. Ich erlaube mir, in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 10 EG verpflichtet sind, der Kommission die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern, die gemäß Art. 211 EG insbesondere darin bestehen, für die Anwendung der von den Organen auf der Grundlage des Vertrags getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen [37]. Wie der Gerichtshof bereits festgestellt hat, schließt diese Verpflichtung ein, nach Treu und Glauben an jeder von der Kommission gemäß Art. 226 EG durchgeführten Untersuchung mitzuwirken und der Kommission die zu diesem Zweck angeforderten Auskünfte zu erteilen [38].

77. Aus dem Decreto-Lei Nr. 177/92 geht hervor, dass dieses Gesetz jedenfalls die Bedingungen für die Erstattung im Ausland angefallener Krankheitskosten festlegt, wobei nichts in ihm darauf hindeutet, dass das Gesetz zwischen ambulanten Behandlungen und Krankenhausbehandlungen unterschiede. Von diesem Verständnis scheint offenbar auch die portugiesische Regierung auszugehen, da sie in ihrer Klagebeantwortung zum einen den Sinn dieser grundsätzlichen Abgrenzung zwischen Behandlungsarten in Frage stellt und zum anderen unmissverständlich erklärt, dass die portugiesischen Rechtsvorschriften — womit das Decreto-Lei Nr. 177/92 ausdrücklich gemeint ist — die vollständige Erstattung der im Ausland angefallenen Krankheitskosten für Krankenhausbehandlungen sowie ambulante

37 — Vgl. u. a. Urteil vom 13. Dezember 1991, Kommission/Italien (C-33/90, Slg. 1991, I-5987, Randnr. 18), und vom 26. April 2005, Kommission/Irland (C-494/01, Slg. 2005, I-3331, Randnr. 197).

38 — Vgl. u. a. Urteile vom 11. Dezember 1985, Kommission/Griechenland (192/84, Slg. 1985, 3967, Randnr. 19), vom 6. März 2003, Kommission/Luxemburg (C-478/01, Slg. 2003, I-2351, Randnr. 24), vom 13. Juli 2004, Kommission/Italien (C-82/03, Slg. 2004, I-6635, Randnr. 15), und Kommission/Irland (oben in Fn. 37 angeführt, Randnr. 198). In diesem Sinne auch Lenaerts, K./Arts, D./Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2. Aufl., London 2006, Randnr. 5-057, S. 163.

Behandlungen ermögliche, sofern sie in medizinischer Hinsicht begründet seien [39].

78. Demzufolge ist festzuhalten, dass, anders als von der Kommission angenommen, das Decreto-Lei Nr. 177/92 als das einschlägige nationale Gesetz durchaus die grundsätzliche Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat vorsieht.

2. Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für „hochspezialisierte" medizinische Behandlungen

79. Hilfsweise wirft die Kommission der Portugiesischen Republik vor, ein System eingeführt zu haben, das die Erstattung von Krankheitskosten für ambulante Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig mache. Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof bereits das bloße Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für die Erstattung von Kosten als eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs sowohl für die Patienten als auch für die Leistungserbringer angesehen hat [40], wenn sich zeigte, dass ein solches System die Patienten davon abschreckte oder sie sogar daran hinderte, sich an Erbringer medizinischer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, um die fraglichen Behandlungen zu erhalten [41].

80. Im Einzelnen beanstandet die Kommission die Aufrechterhaltung innerhalb der portugiesischen Rechtsordnung einer unionsrechtswidrigen gesetzlichen Regelung. Anders als von der portugiesischen und der spanischen Regierung [42] vertreten, ist es zwecks Beurteilung der Beschränkungswirkung einer nationalen Regelung keinesfalls zwingend erforderlich, das Vorliegen einer konkreten unionsrechtswidrigen Verwaltungspraxis, d. h. im vorliegenden Fall einer eventuell restriktiven Praxis der portugiesischen Behörden bei der Erteilung von Genehmigungen, festzustellen. Wie der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 49 EG zu entnehmen ist, wird die Tragweite der Dienstleistungsfreiheit so weit ausgelegt, dass es zur Bejahung der Beschränkungswirkung einer nationalen Regelung bereits ausreicht, wenn Letztere geeignet ist, die Inanspruchnahme einer in einem anderen Mitgliedstaat angebotenen Leistung durch den Leistungsempfänger zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen [43]. Dementsprechend genügt es für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens, allein der Frage nachzugehen, ob die streitgegenständlichen nationalen Regelungen auf potenzielle Dienstleistungsempfänger abschreckend wirken könnten.

39 — Vgl. Randnrn. 16, 24 und 58 der Klagebeantwortung.

40 — Urteile vom 31. Januar 1984, 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377, Randnr. 16), vom 28. Januar 1992, Bachmann (C-204/90, Slg. 1992, I-249, Randnr. 31), und Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 35). Vgl. Urteil des EFTA-Gerichtshofs Rinsal und Slinning (oben in Fn. 29 angeführt, Randnrn. 44 und 45).

41 — Urteile Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 32), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 98), Leichtle (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 30), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 41 und 44) sowie Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnrn. 69).

42 — Vgl. Randnr. 21 des Schriftsatzes der spanischen Regierung.

43 — Vgl. Urteil vom 8. September 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International (C-42/09, Slg. 2007, I-7633, Randnr. 51).

81. Ob die im Decreto-Lei Nr. 177/92 enthaltenen Regelungen eine derartige Abschreckungswirkung auf potenzielle Patienten entfalten, um den Anforderungen des Beschränkungsbegriffs zu genügen, kann allein im Wege einer Untersuchung der relevanten nationalen Bestimmungen festgestellt werden.

82. Das Decreto-Lei Nr. 177/92 legt, wie bereits ausgeführt, die Bedingungen für die Erstattung im Ausland angefallener Krankheitskosten fest. Es unterwirft die Erstattung im Ausland angefallener Krankheitskosten einem Genehmigungsvorbehalt, wobei es zu diesem Zweck ein spezielles Verwaltungsverfahren schafft, das die Mitwirkung verschiedener Krankenhausstellen vorschreibt. Danach muss der Patient, der eine hochspezialisierte Behandlung im Ausland benötigt, bevor er sich im Ausland behandeln lässt, gemäß Art. 2 des Decreto-Lei die Genehmigung dreier verschiedener Stellen einholen. Sowohl den Erwägungsgründen als auch Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 Buchst. a des Decreto-Lei lässt sich entnehmen, dass mit der Genehmigung im Wesentlichen bescheinigt wird, dass die Vornahme der benötigten Behandlung im Rahmen der ärztlichen Zusammenarbeit im Ausland notwendig ist, weil sie mangels technischer oder personeller Mittel nicht im Inland vorgenommen werden kann. Die Anträge auf Durchführung der hochspezialisierten medizinischen Pflege müssen von den Krankenhäusern des nationalen Gesundheitssystems gestellt werden, wobei den Anträgen ein ausführlicher Bericht des Arztes beigefügt werden muss, der sowohl vom jeweiligen Dienststellenleiter als auch vom medizinischen Direktor bestätigt werden muss.

83. Das Decreto-Lei Nr. 177/92 macht also die Erstattung im Ausland angefallener Krankheitskosten von einer vorherigen Genehmigung abhängig, wobei dies im Versagungsfall dazu führt, dass der Patient letztlich seine Krankheitskosten allein tragen muss. Zwar hindert die streitgegenständliche Regelung die Patienten nicht unmittelbar daran, sich an einen Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden. Gleichwohl ist die Aussicht auf eine finanzielle Einbuße im Fall einer mit einer negativen Verwaltungsentscheidung einhergehenden Nichtübernahme der Krankheitskosten durch das nationale Gesundheitssystem für sich allein bereits objektiv geeignet, potenzielle Patienten, die eine ärztliche Behandlung im Ausland wünschen, abzuschrecken. Bestätigung findet diese Auffassung in den Urteilen Kohll, Smits und Peerbooms sowie Müller-Fauré und van Riet [44], in denen der Gerichtshof u. a. die abschreckende Wirkung solcher Genehmigungserfordernisse, die bezwecken, die medizinische Notwendigkeit einer Auslandsbehandlung zu bescheinigen, bestätigt hat. Als weiterer abschreckender Faktor für die Inanspruchnahme grenzüberschreitender Gesundheitsleistungen lässt sich die Komplexität dieses Genehmigungsverfahrens anführen, die besonders in seiner dreistufigen Ausgestaltung zum Tragen kommt. Die Möglichkeit abweichender Stellungnahmen der einzelnen Stellen im Hinblick auf die medizinische Notwendigkeit einer Auslandsbehandlung ist nicht auszuschließen.

84. Im schriftlichen Verfahren hat die portugiesische Regierung zwar geltend gemacht, das im Decreto-Lei Nr. 177/92 vorgeschriebene Verfahren der „vorherigen Bescheinigung

44 — Vgl. Urteile Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnrn. 33 bis 36), Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnrn. 62 und 64) sowie Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 41 und 42).

der klinischen Notwendigkeit“ („referenciação prévia da necessidade clínica“) einer Auslandsbehandlung sei einer Überweisung an einen Facharzt im Inland vergleichbar [45]. Dieses Argument zielt offensichtlich darauf ab, die Annahme zu entkräften, die streitgegenständliche Regelung könnte die Leistung von Diensten zwischen der Portugiesischen Republik und anderen Mitgliedstaaten der Union gegenüber der Leistung von Diensten innerhalb eines Mitgliedstaats erschweren. Ich halte die Richtigkeit dieses Arguments für zweifelhaft, zumal die portugiesische Regierung nichts vorgetragen hat, was diese Behauptung stützen könnte. Es fehlen beispielsweise Beweise dafür, dass die Überweisung an einen Facharzt in Portugal der Einholung der Genehmigung dreier verschiedener Stellen bedarf. Es ist daher anzunehmen, dass eine Überweisung an einen Facharzt im Inland mit weit weniger Verwaltungsaufwand verbunden ist als eine Zuweisung ins Ausland im Rahmen des streitgegenständlichen Genehmigungsverfahrens. Ungeachtet dieser Erwägungen ist darauf hinzuweisen, dass diese Regelung ausdrücklich an grenzüberschreitende Sachverhalte anknüpft und offenkundig darauf abzielt, die Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im Ausland für in Portugal lebende Bürger zu erschweren.

85. Somit ist festzustellen, dass das streitgegenständliche System der vorherigen Genehmigung geeignet ist, potenzielle Patienten davon abzuschrecken und damit auch daran zu hindern, sich an Erbringer von Gesundheitsleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden. Damit erschwert die streitgegenständliche nationale Regelung im Ergebnis die Leistung von Diensten zwischen Mitgliedstaaten gegenüber der Leistung von Diensten im Inneren eines Mitgliedstaats. Folglich stellt sie sowohl für diese Patienten als auch für die Leistungserbringer eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar.

3. Fehlende Erstattungsfähigkeit bei „sonstigen“ medizinischen Behandlungen

86. Berechtigt erscheint der bereits oben angesprochene Verdacht der Kommission hinsichtlich einer möglicherweise fehlenden Erstattungsfähigkeit von Krankheitskosten [46] nach portugiesischem Recht wiederum in einem anderen Zusammenhang. Wie bereits im Rahmen der Darstellung dieses Gesetzes festgestellt, erfasst das Decreto-Lei Nr. 177/92 nicht alle Arten von ärztlichen Behandlungen. Vielmehr beschränkt es sich ausschließlich auf sogenannte „hochspezialisierte“ medizinische Behandlungen im Ausland. Folglich wird allein für diese Art von Behandlungen — die Erteilung einer entsprechenden Genehmigung vorausgesetzt — eine Kostenerstattung in Aussicht gestellt. Vor dem Hintergrund, dass es mangels gegenteiliger Auskünfte seitens der portugiesischen Regierung keine Vorschrift in der Rechtsordnung der Portugiesischen Republik gibt, die ausdrücklich einen Anspruch auf Erstattung von Krankheitskosten einräumt, die im Rahmen von „sonstigen“ ambulanten Behandlungen im Ausland anfallen, ist davon auszugehen, dass diese Möglichkeit im portugiesischen Recht auch nicht vorgesehen ist.

45 — Vgl. Randnrn. 22 und 23 der Klagebeantwortung.

46 — Siehe Nr. 74 dieser Schlussanträge.

87. Für diese Annahme sprechen neben dem Regelungszweck, der Systematik und dem Wortlaut des Decreto-Lei Nr. 177/92 auch die Ausführungen der portugiesischen Regierung zu den wesentlichen Grundzügen des portugiesischen Systems der Gesundheitsvorsorge, das sich im Wesentlichen durch seine Autonomie auszeichnet und offenbar deswegen eine medizinische Behandlung im Ausland als nicht im gleichen Maße förderungswürdig wie entsprechende Behandlungen im Inland ansieht. Als weiterer Hinweis lässt sich die Erklärung der portugiesischen Regierung anführen, dass die Portugiesische Republik nicht die Kostenerstattung für Behandlungen im Ausland gleich welcher Art gewährleisten könne [47]. Der Umstand, dass die portugiesische Regierung die Behauptung der Kommission, es gebe keine Rechtsvorschrift in der portugiesischen Rechtsordnung, die eine entsprechende Erstattung von Krankheitskosten vorsehe, unter Verweis auf das Decreto-Lei Nr. 177/92 anficht, lässt sich auch nicht als Argument gegen das in diesen Schlussanträgen wiedergegebene Verständnis des nationalen Rechtsrahmens anführen, denn das Decreto-Lei Nr. 177/92, wie bereits dargelegt, regelt gerade nicht die Erstattung von Krankheitskosten, die im Rahmen von „sonstigen" ambulanten Behandlungen anfallen.

88. Aufgrund ihres Charakters als Gesundheitsdienstleistungen sind „sonstige" ambulante medizinische Behandlungen im Ausland ebenfalls von der Dienstleistungsfreiheit geschützt. Die kategorische Nichtanerkennung eines Anspruchs auf Erstattung von Krankheitskosten, die im Rahmen solcher Behandlungen im Ausland anfallen, stellt eindeutig eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Sinne der oben genannten Definition [48] dar, da sie für die in Portugal ansässigen Patienten die Inanspruchnahme von Gesundheitsdienstleistungen in anderen Mitgliedstaaten schwieriger gestaltet, als wenn sie dieselben Gesundheitsdienstleistungen im Inland in Anspruch nehmen würden. Denn sie hätten nur dann, wenn sie sich im Inland behandeln ließen, auch Anspruch auf eine Kostenerstattung seitens des nationalen Gesundheitsdienstes. Wie bereits im Zusammenhang mit dem Genehmigungserfordernis nach den Bestimmungen des Decreto-Lei ausgeführt [49], hindert eine Nichtübernahme der Krankheitskosten die Patienten zwar nicht unmittelbar daran, sich an einen Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden. Dennoch ist die Aussicht auf eine finanzielle Einbuße für sich allein bereits objektiv geeignet, potenzielle Patienten, die eine ärztliche Behandlung im Ausland wünschen, abzuschrecken [50]. Der Beschränkungscharakter dieser Regelung kommt letztlich in ihrer Wirkung zum Ausdruck.

89. Dementsprechend ist in der fehlenden Erstattungsfähigkeit von Krankheitskosten im Fall von „sonstigen" medizinischen Behandlungen ebenfalls eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zu sehen.

47 — Vgl. Randnr. 54 der Klagebeantwortung.

48 — Siehe Nr. 69 dieser Schlussanträge.

49 — Siehe Nr. 83 dieser Schlussanträge.

50 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 41).

C — *Rechtfertigung der Beschränkung*

90. Nachdem für „hochspezialisierte“ und „sonstige“ medizinische Behandlungen jeweils eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs festgestellt worden ist, gilt es im Folgenden zu prüfen, ob die Beschränkung jeweils objektiv gerechtfertigt sein kann.

91. Zu diesem Zweck müssen beide Fallkonstellationen streng voneinander abgegrenzt werden. Im Fall der „hochspezialisierten“ Behandlungen stellt sich die Frage der Rechtfertigung der Beschränkung, die aus dem Genehmigungserfordernis resultiert [51]. Im Fall der „sonstigen“ medizinischen Behandlungen steht wiederum die Rechtfertigung der Beschränkung, die sich aus der fehlenden Erstattungsfähigkeit von Krankheitskosten ergibt [52], auf dem Prüfstand. Für eine getrennte Prüfung der Rechtfertigung spricht erstens die unterschiedliche Intensität, mit der jede der streitgegenständlichen nationalen Regelungen die Dienstleistungsfreiheit beschränkt, und zweitens der Umstand, dass die rechtlichen Anforderungen an eine unionsrechtliche Rechtfertigung teilweise verschieden sind.

1. Rechtfertigung im Fall der „hochspezialisierten“ medizinischen Behandlungen

92. Wie der Gerichtshof mehrfach erklärt hat, steht das Unionsrecht einem System der vorherigen Genehmigung nicht grundsätzlich entgegen, doch müssen die Voraussetzungen für die Erteilung einer derartigen Genehmigung gerechtfertigt sein und dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen [53]. Dazu ist es nach der ständigen Rechtsprechung erforderlich, dass die Beschränkung nicht über dasjenige hinausgeht, was zu diesem Zweck objektiv notwendig ist, und dass das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden kann [54]. Ferner muss ein solches System auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, so dass dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern [55].

93. Die Rechtfertigungsebene ist in rechtsmethodischer Hinsicht der Prüfungspunkt, an dem die von der portugiesischen Regierung geforderte „praktische Konkordanz“ zwischen der Organisations- und Regelungshoheit der Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitsvorsorge einerseits und den Regeln des Binnenmarkts andererseits herzustellen ist [56]. Dem Gerichtshof kommt dabei die Aufgabe zu, das Interesse der Versicherten eines nationalen Gesundheitsdienstes daran, die Vorteile des Binnenmarkts aus dem Blickwinkel des freien Verkehrs für Gesundheitsdienstleistungen für sich zu nutzen, und den Willen der Mitgliedstaaten, die

51 — Siehe Nr. 85 dieser Schlussanträge.

52 — Siehe Nr. 89 dieser Schlussanträge.

53 — Urteile Elchinov (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44) sowie Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 82).

54 — Urteil Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 106).

55 — Vgl. Urteile Elchinov (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 83 bis 85) sowie Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnrn. 82 und 90).

56 — Vgl. Cousins, M., „Patient Mobility and National Health Systems“, *Kluwer Law International*, 2007, S. 190.

finanzielle Stabilität ihrer Gesundheitsdienste zu erhalten, um den Versicherten weiterhin hochqualitative Gesundheitsdienstleistungen gewährleisten zu können, möglichst miteinander in Einklang zu bringen [57].

94. Eine Beschränkung der Grundfreiheiten kann indes erst dann gerechtfertigt werden, wenn hierfür ein legitimer Rechtfertigungsgrund besteht. Der Gerichtshof erkennt in seiner Rechtsprechung zu den grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistungen eine Reihe von geschriebenen sowie richterrechtlich entwickelten Rechtfertigungsgründen an. Ausgeblieben ist aber bislang eine Stellungnahme des Gerichtshofs zu der Frage, ob in einer Konstellation wie der hier vorliegenden, in der die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit die Folge der Anwendung einer — insoweit, als sie ausschließlich für ärztliche Behandlungen im Ausland ein Genehmigungserfordernis aufstellt — diskriminierenden nationalen Regelung ist, überhaupt gerechtfertigt werden kann. Erinnert sei in diesem Zusammenhang daran, dass nach traditioneller Rechtsprechung zwingende Gründe des Allgemeinwohls nicht zur Rechtfertigung diskriminierend angewandter Beschränkungen von Grundfreiheiten ins Feld geführt werden können [58]. Es ist daher fraglich, ob der Gerichtshof sich mit den Rechtfertigungsgründen, auf die sich die portugiesische Regierung zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit beruft, überhaupt befassen darf. Andererseits gibt es in der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs eindeutige Indizien dafür, dass zwingende Gründe des Allgemeinwohls in bestimmten Bereichen auch zur Rechtfertigung diskriminierender Beschränkungen der Grundfreiheiten herangezogen werden können, wobei natürlich stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist [59]. Im vorliegenden Verfahren braucht die Frage, ob die vorliegend in Rede stehende diskriminierende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit einer Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses grundsätzlich zugänglich ist, meines Erachtens jedoch nicht abschließend beantwortet zu werden, zumal eine solche Rechtfertigung stets voraussetzt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt. Wie

57 — Vgl. Schiano, R., a. a. O. (Fn. 31), nach dessen Ansicht der Gerichtshof bei jeder Rechtssache zur Herstellung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen den beiden widerstreitenden Interessen aufgerufen ist. Ähnlich auch Van Raepenbusch, S., a. a. O. (Fn. 23), S. 8, dem zufolge dem Gericht die schwierige Aufgabe zukommt, zum einen die Erfordernisse der Personenverkehrsfreiheit und zum anderen die Notwendigkeit, das finanzielle Gleichgewicht der nationalen Gesundheitsdienste im Interesse der allgemeinen Gesundheitsversorgung zu erhalten, miteinander in Einklang zu bringen.

58 — Grundlegend Urteil vom 30. November 1995, Gebhard (C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Randnr. 37). Vgl. zu diskriminierenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit: Urteile vom 6. Oktober 2009, Kommission/Spanien (C-153/08, Slg. 2009, I-9735, Randnr. 36), vom 30. März 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Randnrn. 36 f.), und vom 16. Januar 2003, Kommission/Italien (C-388/01, Slg. 2003, I-721, Randnr. 19). Zum Grundsatz, dass auf die Staatsangehörigkeit gestützte Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit keiner Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zugänglich sind, vgl. Urteile vom 16. Dezember 2010, Kommission/Frankreich (C-89/09, Slg. 2010, I-12941, Randnrn. 50 f.), vom 1. Juni 2010, Blanco Pérez und Chao Gómez (C-570/07 und C-571/07, Slg. 2010, I-4629, Randnrn. 61 f.), vom 19. Mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes u. a. (C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171, Randnrn. 25 f.), und vom 10. März 2009 (Hartlauer, C-169/07, Slg. 2009, I-1721, Randnrn. 44 f.).

59 — Dies ist beispielsweise im Bereich nationaler Umweltschutzmaßnahmen mit diskriminierendem Charakter der Fall. Vgl. dazu meine Schlussanträge vom 16. Dezember 2010 in der noch anhängigen Rechtssache Kommission/Österreich (C-28/09, Randnrn. 82 ff.).

ich im Rahmen meiner Untersuchung nachweisen werde, ist diese Voraussetzung hier nicht erfüllt.

a) Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit

i) Legitimer Rechtfertigungsgrund

95. Die portugiesische Regierung trägt zur Rechtfertigung einer Beschränkung dieser Grundfreiheit in erster Linie die Notwendigkeit vor, das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit aufrechtzuerhalten. Sie macht geltend, Art. 64 Abs. 2 Buchst. c der portugiesischen Verfassung verpflichte den Staat dazu, ein nationales System der Gesundheitsvorsorge aufzubauen, das der Bevölkerung weitgehend unentgeltliche Dienstleistungen anbiete. Die Unentgeltlichkeit des Systems mache dessen Finanzierung aus den Steuereinnahmen und dem Staatshaushalt erforderlich. Die Finanzierung des nationalen Systems der Gesundheitsvorsorge sei die wichtigste und zugleich die kostspieligste Aufgabe des Staates. Nach Auffassung der portugiesischen Regierung [60] verbietet die Finanzierung des nationalen Systems der Gesundheitsvorsorge über öffentliche Mittel eine Übernahme von Krankheitskosten, die infolge von Behandlungen im Ausland entstanden seien. Des Weiteren zeichne sich dieses System durch seinen autonomen Charakter und seinen umfassenden Versicherungsschutz aus. Die im portugiesischen Verfassungsrecht vorgeschriebene Struktur dieses Systems setze dem Zugang der Patienten zu ärztlicher Versorgung im Ausland sowie einer Erstattung von Krankheitskosten zwangsläufig Schranken.

96. Dem Vorbringen der portugiesischen Regierung ist entgegenzuhalten, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs rein wirtschaftliche Gründe eine Beschränkung des elementaren Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen können. Andererseits lässt sich dieses Vorbringen nicht ohne Weiteres mit dieser Begründung zurückweisen, zumal der Gerichtshof nicht ausgeschlossen hat, dass eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen kann, der eine solche Beschränkung unter Umständen rechtfertigen kann [61]. So hat der Gerichtshof unlängst in seinem Urteil vom 5. Oktober 2010, Kommission/Frankreich, an seine bisherige Rechtsprechung erinnert, wonach Planungszwänge es rechtfertigen können, die Kostenübernahme für in einem anderen Mitgliedstaat vorgesehene Behandlungen durch den zuständigen Träger dem Erfordernis einer vorherigen Genehmigung zu unterwerfen [62].

60 — Vgl. Randnr. 20 der Klagebeantwortung.

61 — Vgl. Urteile Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 41), Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 72), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 73) sowie Stamatelaki (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 30).

62 — Urteil Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 33), unter Verweis auf die Urteile Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnrn. 76 bis 81), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 76 bis 81) sowie Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnrn. 108 bis 110).

97. Allerdings können diese Überlegungen, die sich auf in Krankenhäusern erbrachte medizinische Leistungen beziehen, nicht auf die Fallkonstellation, die im Mittelpunkt des vorliegenden Rechtsstreits steht, übertragen werden. Eine Analyse der Rechtsprechung offenbart nämlich, dass der Gerichtshof eine Berufung auf diesen zwingenden Grund ausschließlich in jenen Fallgestaltungen zugelassen hat, in denen es um Gesundheitsdienstleistungen im stationären, jedoch nicht im ambulanten Sektor ging [63]. Ich werde diesen Aspekt im Folgenden näher erläutern.

98. Der Gerichtshof unterscheidet bei der Prüfung dieses Rechtfertigungsgrundes nämlich stets zwischen stationären und ambulanten medizinischen Leistungen, wobei er allein für Erstere einen Bedarf an mitgliedstaatlicher Planung anerkennt. Nach Auffassung des Gerichtshofs beruht diese Planung im Allgemeinen auf verschiedenen Bestrebungen. Zum einen bezweckt sie, im betreffenden Staat zu gewährleisten, dass ein ausgewogenes Angebot qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung ständig ausreichend zugänglich ist. Zum anderen soll sie dazu beitragen, die Kosten zu beherrschen und, soweit wie möglich, jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern [64]. Diese mitgliedstaatliche Planung bezieht sich auf diverse Aspekte, etwa die Zahl der Krankenanstalten, ihre geografische Verteilung, ihren Ausbau, die Einrichtungen, über die sie verfügen, sowie die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können. Der Gerichtshof ist der Auffassung, dass sich unter diesem doppelten Blickwinkel das Erfordernis, die Kostenübernahme für in einem anderen Mitgliedstaat gewährte Krankenhausversorgung durch das nationale System der sozialen Sicherheit einer vorherigen Genehmigung zu unterwerfen, als sowohl notwendig als auch angemessen erweisen kann [65].

99. Allerdings ist es offensichtlich, dass diese Erwägungen auf Behandlungen außerhalb von Krankenhäusern nicht übertragen

63 — Vgl. Urteil Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 72 bis 92), in dem der Gerichtshof eine unterschiedliche Prüfung in Bezug auf Krankenhausleistungen und Leistungen außerhalb eines Krankenhauses vornimmt. Vgl. Urteil Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 34), in dem der Gerichtshof klargestellt hat, dass Planungszwänge, um jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern, Rechtfertigungsgründe darstellen können, sofern es dabei um in Krankenhäusern erbrachte medizinische Leistungen geht. Vgl. Nr. 94 der Schlussanträge von Generalanwalt Mengozzi vom 25. Februar 2010 in der Rechtssache Kommission/Spanien (Urteil oben in Fn. 15 angeführt).

64 — Urteile Elchinov (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 43) sowie Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 80). Becker, U./Walser, C., „Stationäre und ambulante Krankenhausleistungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr — von Entgrenzungen und neuen Grenzen in der EU“, *Neue Zeitschrift für Sozialrecht*, 2005, S. 450, folgern daraus, dass eine Inanspruchnahme ambulanter Leistungen grundsätzlich nicht mehr von einer vorherigen Genehmigung abhängig gemacht werden dürfe. Bieback, K.-J., „Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen — zugleich eine Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rs. C-372/04“, *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 7/2006, S. 242, versteht die Rechtsprechung des Gerichtshofs so, dass eine vorherige Genehmigung der grenzüberschreitenden Leistungsbeanspruchung eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 EG darstelle, die bei der Beanspruchung ambulanter Leistungen nicht zulässig sei, wohl aber bei der Beanspruchung stationärer Leistungen, da bei stationären Leistungen die Versorgungsplanung und Versorgungssicherheit zu schützen sei.

65 — Vgl. Urteil Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnrn. 62 und 64).

werden können, zumal diese Art von Gesundheitsdienstleitungen vom niedergelassenen Arzt in seiner Praxis selbst erbracht werden, so dass sich die Frage nach staatlicher Planung in der Regel nicht stellt.

100. Den Bedenken der portugiesischen Regierung im Hinblick auf die Schwierigkeit einer eindeutigen Abgrenzung zwischen Krankenhausleistungen und Leistungen außerhalb eines Krankenhauses [66] ist zwar im Grundsatz zuzustimmen, hat der Gerichtshof doch selbst in seiner Rechtsprechung auf diese Schwierigkeit hingewiesen [67]. In der Tat kann nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte medizinische Leistungen, die in einem Krankenhaus erbracht werden, auch in einer Klinik, einem Gesundheitszentrum oder in der Praxis eines Allgemeinarztes erbracht werden können, mit der Folge, dass eine Abgrenzung sich im Einzelfall als schwierig erweisen kann [68]. Für die Zwecke des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens ist die Abgrenzungsfrage jedoch völlig unerheblich, da es erstens — anders als in anderen vom Gerichtshof entschiedenen Rechtssachen — nicht auf eine einzelfallbezogene Abgrenzung ankommt und zweitens die Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 ausweislich der Angaben der portugiesischen Regierung unterschiedslos auf beide Arten von Behandlungen Anwendung finden.

101. Dementsprechend braucht der Gerichtshof — anders als im Urteil Kommission/Frankreich, in dem es um die Planungszwänge ging, die aus dem Einsatz medizinischer Großgeräte resultierten [69] — sich nicht auf eine Untersuchung der Frage einzulassen, ob bestimmte ambulante Behandlungen aufgrund ihrer Aufwendigkeit möglicherweise in Krankenhäusern erbrachten medizinischen Leistungen gleichgestellt werden könnten. Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens genügt es, in Erinnerung zu rufen, dass in jenem Urteil der Gerichtshof aufgrund der besonderen Umstände, die mit dem Einsatz von medizinischen Großgeräten einhergehen, letztlich auf eine Abgrenzung zwischen beiden Arten von medizinischen Behandlungen verzichtet hat. Der Gerichtshof ist dabei der Auffassung der französischen Regierung gefolgt, die sich auf die hohen Kosten dieser Geräte und damit auf Planungszwänge berufen hatte. Wie der Gerichtshof zutreffend erkannt hat, kann der Einsatz von abschließend aufgezählten medizinischen Großgeräten — unabhängig von der Umgebung, in der sie aufgestellt oder benutzt werden können, ob innerhalb oder außerhalb von Krankenhäusern — Gegenstand einer Planungspolitik des Staates sein. Der Gerichtshof hat dabei die Auffassung vertreten, dass diese Planungspolitik sowohl die Zahl und die geografische Verteilung solcher Geräte betreffe und notwendig sei, um sowohl im gesamten Staatsgebiet ein Angebot an Spitzenbehandlungsleistungen zu gewährleisten als auch jede Verschwendung von Ressourcen so weit wie möglich zu verhindern. So richtig diese Erwägungen in der oben genannten Rechtssache gewesen sein mögen, eine vergleichbare Fallkonstellation liegt in der vorliegenden Rechtssache mangels dafür sprechender Anhaltspunkte nicht vor. Dies bedeutet zwar nicht, dass manche der vom Anwendungsbereich des Decreto-Lei erfassten ambulanten Behandlungen unter Umständen die

66 — Vgl. Randnr. 34 der Klagebeantwortung.

67 — Vgl. Urteil Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 76 bis 80).

68 — Vgl. Urteil Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 75) sowie Nr. 67 der Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston vom 15. Juli 2010 in der Rechtssache Kommission/Frankreich (Urteil oben in Fn. 26 angeführt).

69 — Vgl. Urteil Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnrn. 34 bis 37).

Voraussetzungen für eine Gleichstellung im oben genannten Sinne erfüllen können. Allerdings gestattet der Sachverhalt, wie er dem Gerichtshof vorgetragen worden ist, keine entsprechende Schlussfolgerung.

102. In Anbetracht der Tatsache, dass Gegenstand der Vertragsverletzungsklage einzig und allein jene ambulanten Behandlungen sind, die im Ausland erbracht werden, kann sich die Portugiesische Republik nicht mit Erfolg auf etwaige Planungszwänge oder gar auf eine Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der Gesundheitsvorsorge berufen, um den freien Dienstleistungsverkehr dadurch zu beschränken, dass sie die Erstattung von Krankheitskosten von der Einholung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht.

103. Davon abgesehen ist die portugiesische Regierung, wie die Kommission zu Recht rügt [70], bis heute den Beweis schuldig geblieben, dass eine solche Gefahr tatsächlich besteht. Wie bereits eingangs erwähnt [71], trägt sie im Rahmen des vorliegenden Vertragsverletzungsverfahrens die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Rechtfertigung. Dieser Darlegungs- und Beweislast hat die portugiesische Regierung nicht genügt. Die von ihr angegebene Zahl von Versicherten, die in der jüngsten Vergangenheit eine Erstattung ihrer Krankheitskosten erhalten haben [72], erscheint objektiv betrachtet weder übermäßig hoch, noch ist von ihr etwa behauptet worden, die Zahl der Versicherten, die sich ins Ausland begäben und eine Erstattung beantragten, sei so beträchtlich, dass dadurch das finanzielle Gleichgewicht des portugiesischen Systems der Gesundheitsvorsorge gestört werden könnte, womit das Gesamtniveau des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gefährdet wäre.

104. Meines Erachtens vernachlässigt die portugiesische Regierung in ihren Ausführungen zur vermeintlichen Gefahr für die Finanzierbarkeit ihres nationales Systems der Gesundheitsvorsorge ferner einige Gesichtspunkte im Zusammenhang mit der Patientenmobilität, auf die der Gerichtshof im Urteil Müller-Fauré und van Riet [73] zutreffend hingewiesen hat und die als bedeutsam anzusehen sind, da sie unabhängig von einer eventuellen Erstattungsfähigkeit von Krankheitskosten die Entscheidung des Patienten, sich im Ausland behandeln zu lassen, mitbeeinflussen. Sie sprechen gegen die unterschwellig zum Ausdruck gebrachte Sorge, Patienten würden Gesundheitsdienstleistungen in erster Linie im Ausland in Anspruch nehmen. Diese Gesichtspunkte betreffen zum einen die Art der Versorgung selbst. Im Allgemeinen erfolgt die ambulante Versorgung in der Nähe des Wohnorts des Patienten in einer kulturellen Umgebung, die ihm vertraut ist und es ihm erlaubt, ein Vertrauensverhältnis zum behandelnden Arzt aufzubauen. Dies hat notwendigerweise zur Folge, dass Patienten — von Notfällen abgesehen — sich vor allem in den Grenzgebieten oder zur Behandlung

70 — Vgl. Randnr. 21 der Erwiderung.

71 — Siehe Nr. 54 dieser Schlussanträge.

72 — In Randnr. 16 ihrer Gegenerwiderung beziffert die portugiesische Regierung die Zahl der Versicherten, die in den Jahren 2006 bis 2008 eine medizinische Behandlung im europäischen Ausland und eine Erstattung ihrer Krankheitskosten erhalten haben auf 1 275, wobei diese Behandlungen vorwiegend in Spanien, Deutschland, Frankreich, dem Vereinigten Königreich und der Schweiz stattgefunden haben.

73 — Oben in Fn. 16 angeführt, Randnrn. 95 und 96.

spezieller Erkrankungen ins Ausland begeben. Zum anderen dürfen jene Aspekte nicht außer Acht gelassen werden, die sich in der Regel hinderlich auf die Patientenmobilität auswirken, wie z. B. die unvermeidlichen Sprachbarrieren, die räumliche Entfernung, die Kosten des Auslandsaufenthalts sowie der Mangel an Informationen über die Art der im Ausland geleisteten Versorgung. Der portugiesischen Regierung hätte oblegen, diese Aspekte im Rahmen einer Risikoanalyse mitzuberücksichtigen. Stattdessen scheint sie von nicht näher belegten Vermutungen auszugehen.

105. Aus den vorgenannten Gründen bin ich der Auffassung, dass die von der portugiesischen Regierung geäußerte Sorge um die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit keinen legitimen Rechtfertigungsgrund darstellt.

ii) Anforderungen an ein unionsrechtskonformes Genehmigungsverfahren

— Allgemeines

106. Sollte der Gerichtshof entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung sowie trotz der aus meiner Sicht unzureichenden Beweise für die von der portugiesischen Regierung behauptete Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht des portugiesischen Systems der sozialen Sicherheit zu der Schlussfolgerung kommen, dass ein legitimer Rechtfertigungsgrund vorliegt, so müsste die streitgegenständliche nationale Regelung zusätzlich sowohl den Anforderungen, die der Gerichtshof an ein unionsrechtskonformes Genehmigungsverfahren aufgestellt hat, als auch dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen, auf das in Nr. 92 dieser Schlussanträge hingewiesen worden ist.

107. Die Kommission bezweifelt, dass das im Decreto-Lei Nr. 177/92 vorgesehene Genehmigungsverfahren diesen Anforderungen genügt. Außerdem hält sie die Bedingungen, die dieses Gesetz an die Erteilung einer Genehmigung knüpft, für übermäßig streng und unverhältnismäßig gegenüber dem angestrebten Zweck [74].

— Spezifische Anforderungen der Rechtsprechung

108. Der Gerichtshof hat spezifische Kriterien entwickelt, die eine Beurteilung der Frage ermöglichen, ob nationalrechtliche Voraussetzungen für die Erteilung einer Genehmigung für eine Behandlung im Ausland, von der letztlich die Erstattung von Krankheitskosten abhängt, im Einklang mit Unionsrecht stehen. Im Hinblick auf die Prüfungssystematik ist der Rechtsprechung zu entnehmen, dass diese Anforderungen an ein unionsrechtskonformes Genehmigungsverfahren

74 — Vgl. Randnr. 13 der Erwiderung.

zwar in engem Zusammenhang mit der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer nationalen Maßnahme stehen, gleichwohl aber einen eigenständigen Prüfungspunkt im Rahmen der Beurteilung der Rechtfertigung einer Grundfreiheitsbeschränkung darstellen [75]. Die Prüfung der Einhaltung dieser Anforderungen ersetzt somit die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht, sondern ergänzt sie. Aus diesem Grund werde ich im Folgenden beide Prüfungspunkte einzeln behandeln.

109. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein System der vorherigen Genehmigung nur dann trotz des Eingriffs in den freien Dienstleistungsverkehr gerechtfertigt, wenn es 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 Genehmigungssystem muss außerdem auf einem leicht zugänglichen Verfahren beruhen und geeignet sein, den Betroffenen zu garantieren, dass ihr Antrag innerhalb angemessener Frist sowie objektiv und unparteiisch behandelt wird, wobei eine Versagung der Genehmigung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens anfechtbar sein muss [76].

110. Das Decreto-Lei Nr. 177/92 räumt den zuständigen Stellen die Befugnis ein, über die „klinische Notwendigkeit" einer medizinischen Pflege im Ausland zu entscheiden. Das Gesetz bezweckt eine zügige Entscheidung der zuständigen Behörden, was daran zu erkennen ist, dass Art. 4 Abs. 3 vorschreibt, dass die Interessierten von der Entscheidung und den angeordneten Maßnahmen unverzüglich unterrichtet werden müssen. Die Unterrichtungsfrist beträgt gemäß Art. 4 Abs. 4 im Regelfall fünfzehn Tage, die in dringenden Fällen gemäß Art. 5 Abs. 1 auf fünf Tage verkürzt wird. Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit der Fristen für die Bearbeitung eines Antrags auf Überweisung ins Ausland bestehen somit nicht. Die Möglichkeit einer Überprüfung der behördlichen Entscheidung durch das portugiesische Gesundheitsministerium ist in Art. 4 Abs. 5 vorgesehen, was grundsätzlich unbedenklich ist, sofern dem Antragsteller die Möglichkeit einer gerichtlichen Anfechtung gegen diese Entscheidung offenbleiben sollte.

111. Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 bestehen allerdings insofern, als nicht eindeutig aus den Bestimmungen dieses Gesetzes hervorgeht, auf welche Kriterien die zuständigen Stellen ihre Entscheidung über den Antrag des Patienten auf Überweisung ins Ausland stützen dürfen. Kriterien für die Erteilung oder Versagung der vorherigen Genehmigung sind offensichtlich nicht vorhanden. Es fehlt also an objektiven Maßstäben, die dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen setzen und eine missbräuchliche Ausübung dieser Entscheidungsbefugnis verhindern könnten. Mangels klarer Kriterien dürfte es einem Patienten unmöglich sein, die Entscheidung der entscheidungsbefugten nationalen Stellen vorauszusehen. Dieses Fehlen einer rechtlichen Eingrenzung dürfte zudem

75 — Vgl. Urteile Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 85), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 116), Kommission/Spanien (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 43) und Elchinov (oben in Fn. 20 angeführt, Randnr. 44).

76 — Urteile vom 20. Februar 2001, Analir (C-205/99, Slg. 2001, I-1271, Randnr. 38), Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 90), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 85), Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 116) und Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 43). Vgl. Urteil des EFTA-Gerichtshofs, Rinsal und Slinning (oben in Fn. 29 angeführt, Randnr. 48).

die gerichtliche Kontrolle der Entscheidungen, mit denen eine Genehmigung versagt wird, erschweren [77].

112. Es ist beispielsweise fraglich, ob die mangels technischer oder personeller Mittel fehlende Möglichkeit, eine hochspezialisierte medizinische Pflege im Inland zu leisten, überhaupt als eine gesetzliche Voraussetzung für eine Überweisung ins Ausland anzusehen ist, zumal dieses Merkmal, wie bereits dargelegt, regelungstechnisch den Anwendungsbereich des Gesetzes überhaupt erst eröffnet. Sollte es sich dabei tatsächlich um eine Voraussetzung handeln, bleibt dennoch offen, welchen Entscheidungsspielraum die jeweilige Stelle besitzt und ob sie bei ihrer Entscheidung eventuell an bestimmte Vorgaben (z. B. Kostengünstigkeit, Qualität der Behandlung usw.) gebunden ist. Das Gesetz enthält keine Angaben dazu.

113. Im Übrigen hat die portugiesische Regierung nichts vorgetragen, was die hier geäußerten Zweifel an der Transparenz der im Decreto-Lei Nr. 177/92 vorgesehenen Entscheidungsprozesse und an der gerichtlichen Überprüfbarkeit der daraus folgenden Stellungnahmen entkräften könnte. Die portugiesische Regierung beschränkt sich in ihren Ausführungen darauf, den Inhalt der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen wiederzugeben, ohne den Prozess des Zustandekommens dieser Entscheidungen näher zu erläutern.

114. Meines Erachtens genügen die streitgegenständlichen Bestimmungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 nicht den oben genannten Anforderungen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung an ein unionsrechtskonformes Genehmigungsverfahren gestellt hat.

— Verhältnismäßigkeit

115. Die Legitimität eines solchen Rechtfertigungsgrundes unterstellt, müsste weiter geprüft werden, ob das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für eine Überweisung ins Ausland zwecks ärztlicher Behandlung *geeignet* und *erforderlich* ist, um das finanzielle Gleichgewicht des portugiesischen Systems der Gesundheitsvorsorge zu wahren. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist eine Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen [78]. Eine Maßnahme ist ferner erforderlich, wenn sie unter mehreren für die Erreichung des verfolgten

77 — Vgl. die Parallelen zum Urteil Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 118), in dem der Gerichtshof gerügt hatte, dass die streitgegenständliche Regelung nicht die Kriterien für die Erteilung oder Versagung der vorherigen Genehmigung festlegte, die für die Übernahme der Kosten von Behandlungen in einem Krankenhaus in einem anderen Mitgliedstaat erforderlich war.

78 — Vgl. Urteile vom 11. März 2010, Attanasio Group (C-384/08, Slg. 2010, I-2055, Randnr. 51), und vom 17. November 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, Slg. 2009, I-10821, Randnr. 42).

Ziels geeigneten Maßnahmen diejenige ist, die am wenigsten belastend für das betroffene Interesse oder das betroffene Rechtsgut ist [79]. Schließlich müsste eine solche Maßnahme *angemessen* sein, d. h., sie darf nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Eine unangemessene Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs liegt folglich dann vor, wenn die betreffende nationale Maßnahme trotz ihres Beitrags zur Erreichung des im Allgemeininteresse liegenden Ziels zu einem übermäßig starken Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr führt.

116. Anders als von der spanischen Regierung vertreten [80], obliegt es nicht etwa der Kommission, sondern dem verklagten Mitgliedstaat, darzulegen und zu beweisen, dass die beanstandete Maßnahme im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz steht [81].

117. Dazu ist festzustellen, dass die portugiesische Regierung bisher eine Begründung darüber schuldig geblieben ist, inwiefern eine staatliche Prüfung der einzelnen Anträge darauf, ob die beantragte hochspezialisierte ärztliche Behandlung auch im Inland durchgeführt werden kann, geeignet ist, das finanzielle Gleichgewicht des portugiesischen Systems der Gesundheitsvorsorge zu wahren. Unklar ist insbesondere, woher eine solche Gefahr für dieses System rühren könnte. Die portugiesische Regierung hat nicht erläutert, ob diese Gefahr in höheren Behandlungskosten oder in einer eventuellen Missbrauchsgefahr durch nicht anerkannte Behandlungszentren liegt. Erst recht hat sich die portugiesische Regierung nicht zu alternativen Maßnahmen zur Abwehr solcher Risiken geäußert.

118. Doch auch wenn das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung geeignet und erforderlich wäre, um das finanzielle Gleichgewicht des portugiesischen Systems der Gesundheitsvorsorge zu wahren, wäre es zweifelhaft, ob es in seiner konkreten gesetzlichen Ausgestaltung noch als angemessen angesehen werden könnte, zumal das im Decreto-Lei Nr. 177/92 vorgesehene Verwaltungsverfahren die Einholung der Genehmigung dreier verschiedener Stellen vorschreibt. Damit vervielfacht sich die Ungewissheit des Antragstellers über den Ausgang des Verfahrens, die bereits daher rührt, dass das Decreto-Lei Nr. 177/92 nicht die Entscheidungskriterien für die Erteilung bzw. Verweigerung der einzelnen Genehmigungen festlegt. Unklar ist insbesondere, inwiefern die beteiligten Stellen an eine positive Stellungnahme des behandelnden Arztes gebunden sind und unter welchen Umständen sie von ihr abweichen dürfen. Meiner Ansicht nach geht das vorgesehene Genehmigungsverfahren daher über das hinaus, was notwendig ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen.

119. Folglich steht die streitgegenständliche Regelung nicht im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

79 — Urteil vom 11. Juli 1989, Schräder (265/87, Slg. 1989, 2237, Randnr. 21).

80 — Vgl. Randnr. 34 des Schriftsatzes der spanischen Regierung.

81 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 44).

b) Kontrolle der Qualität der im Ausland erbrachten Gesundheitsdienstleistungen

120. Die portugiesische Regierung macht ferner geltend, das Erfordernis der vorherigen Genehmigung sei notwendig, um die Qualität der durch das nationale System der Gesundheitsvorsorge oder in dessen Namen erbrachten Leistungen zu gewährleisten. Dieses Vorbringen ist rechtlich dahin gehend zu verstehen, dass die portugiesische Regierung sich damit auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit im Sinne von Art. 55 EG in Verbindung mit Art. 46 Abs. 1 EG beruft.

121. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Versagung einer Erstattung von Krankheitskosten mit der Begründung, dass die in einem anderen Mitgliedstaat erbrachten Gesundheitsdienstleistungen nicht dieselbe Qualität wie die in Portugal erbrachten aufwiesen, auf einem subjektiven, offensichtlich unangemessenen und diskriminierenden Kriterium beruhen würde.

122. Auf das Vorbringen der portugiesischen Regierung ist zunächst zu erwidern, dass die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit zwar beschränken können. Das erlaubt ihnen jedoch nicht, den Gesundheitssektor als Wirtschaftssektor hinsichtlich des freien Dienstleistungsverkehrs vom elementaren Grundsatz des freien Verkehrs auszunehmen [82].

123. Des Weiteren möchte ich darauf aufmerksam machen, dass dieses Argument bereits in der Rechtssache Kohll vorgebracht und vom Gerichtshof unter Verweis auf die Qualifikationsanforderungen für Ärzte in anderen Mitgliedstaaten — die bedingt durch die Harmonisierungsbemühungen innerhalb der Europäischen Union als vergleichbar hoch anzusehen sind — zu Recht zurückgewiesen worden ist. So hatte die luxemburgische Regierung in jener Rechtssache vorgebracht, dass das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für die Erstattung von Krankheitskosten erforderlich sei, um die Qualität der ärztlichen Leistungen zu gewährleisten, die bei denjenigen, die sich in einen anderen Mitgliedstaat begäben, nur im Zeitpunkt des Antrags auf Genehmigung überprüft werden könne [83]. Der Gerichtshof ließ dieses Argument allerdings nicht gelten, da, wie er darlegte, die Bedingungen für den Zugang und die Ausübung der Tätigkeiten des Arztes und des Zahnarztes Gegenstand mehrerer Koordinierungs- oder Harmonisierungsrichtlinien gewesen waren, was zur Folge hatte, dass in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Ärzte und Zahnärzte für die Zwecke des Dienstleistungsverkehrs als ebenso qualifiziert angesehen werden mussten. Folgerichtig entschied der Gerichtshof, dass eine Regelung wie die in Luxemburg geltende, die das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für die Erstattung von Krankheitskosten aufstellte, nicht unter Berufung auf Gründe des Gesundheitsschutzes damit gerechtfertigt

82 — Vgl. Urteile vom 7. Mai 1986, Gül (131/85, Slg. 1986, 1573, Randnr. 17), und Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 46).

83 — Urteil Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 43).

werden konnte, dass die Qualität in anderen Mitgliedstaaten erbrachter Leistungen gewährleistet werden müsse [84].

124. Dieselben Erwägungen müssten für die vorliegende Rechtssache gelten. Als wichtigster Rechtsakt auf dem Gebiet der gegenseitigen Anerkennung der Berufsqualifikationen für Ärzte lässt sich die Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen [85] anführen, welche die bisherige Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5. April 1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise [86] ersetzt hat. Diese Richtlinie zielt gemäß ihrem 19. Erwägungsgrund darauf ab, die Freizügigkeit und die gegenseitige Anerkennung der Ausbildungsnachweise für eine Reihe von Berufsgruppen (darunter medizinische Berufsgruppen wie Ärzte, Krankenschwestern und Krankenpfleger, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, Zahnärzte, Tierärzte, Hebammen, Apotheker) dadurch zu erleichtern, dass ein Mechanismus der automatischen Anerkennung der Ausbildungsnachweise im Zuge der Koordinierung der Mindestanforderungen eingeführt wird. Die Bedenken, die die portugiesische Regierung in Bezug auf etwaige Qualitätsunterschiede von ärztlichen Dienstleistungen in einzelnen Mitgliedstaaten äußert, müssen angesichts vergleichbarer Ausbildungsbedingungen für Mitglieder medizinischer Berufsgruppen als unbegründet zurückgewiesen werden.

125. Mithin kann das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für die Erstattung von Krankheitskosten nicht unter Berufung auf Gründe des Gesundheitsschutzes damit gerechtfertigt werden, dass es einer Kontrolle der Qualität der im Ausland erbrachten Gesundheitsdienstleistungen bedarf.

c) Zwischenergebnis

126. Nach alledem komme ich zu der Schlussfolgerung, dass vorliegend in Bezug auf „hochspezialisierte“ medizinische Behandlungen eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs gegeben ist, die nicht objektiv zu rechtfertigen ist. Die portugiesische Regierung hat weder legitime Rechtfertigungsgründe dafür vorgetragen, noch hat sie den Nachweis dafür erbracht, dass eine konkrete Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht ihres nationalen Systems der sozialen Sicherheit bestünde. Damit erübrigt sich im Prinzip eine Prüfung der Vereinbarkeit der streitgegenständlichen Maßnahme mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Doch auch wenn der Gerichtshof darin einen legitimen Rechtfertigungsgrund sähe, entsprächen die Regelungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 nicht den Anforderungen, die der Gerichtshof an ein unionsrechtskonformes Genehmigungsverfahren gestellt hat.

84 — Urteil Kohll (oben in Fn. 15 angeführt, Randnrn. 47 bis 49).
85 — ABl. L 255, S. 22.
86 — ABl. L 165, S. 1.

127. Der Vollständigkeit halber möchte ich in diesem Zusammenhang noch kurz auf die von der portugiesischen Regierung gezogene Parallele zu den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 eingehen. Meines Erachtens kann sie sich nicht mit Erfolg auf den Umstand berufen, dass die in Art. 22 Abs. 1 Buchst. c der Verordnung Nr. 1408/71 bestehende Regelung ein Genehmigungserfordernis vorsieht, um für Gesundheitsdienstleistungen, die in den Anwendungsbereich von Art. 49 EG fallen, ebenfalls ein Genehmigungserfordernis aufzustellen. Wie im Rahmen der mündlichen Verhandlung deutlich geworden, übersieht sie bei ihren Überlegungen nämlich, dass Art. 22 der Verordnung Nr. 1408/71 einen anderen Regelungsgegenstand hat. Letzterer verleiht dem Versicherten einen Anspruch auf Sachleistungen für Rechnung des zuständigen Trägers vom Träger des Aufenthaltsorts nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats der Leistungserbringung, als ob der Betroffene bei diesem Träger versichert wäre [87]. Dabei ist die im Mitgliedstaat der Leistungserbringung geltende Deckungsregelung maßgeblich [88]. Die möglichen Kostenunterschiede von einem Mitgliedstaat zum anderen sowie die sich daraus ergebenden finanziellen Folgen für den zuständigen Kostenträger rechtfertigen im Prinzip das Erfordernis einer Vorabgenehmigung. Dies gilt im Fall des Art. 49 EG jedoch gerade nicht, da diese Bestimmung einen Anspruch auf Kostenerstattung allein nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats gewährt, in dem der Patient seinen Wohnsitz hat [89]. Hat der Versicherte also im Mitgliedstaat der Leistungserbringung höhere Kosten zu tragen gehabt, kann er sie nach dieser Bestimmung nur zu den Sätzen des zuständigen Kostenträgers im Staat der Versicherung ersetzt verlangen [90]. Davon abgesehen ist in Erinnerung zu rufen, dass der Gerichtshof im Urteil Müller-Fauré und van Riet [91] und zuletzt im Urteil Kommission/Luxemburg [92] erklärt hat, dass bereits im Rahmen der Anwendung der Verordnung Nr. 1408/71 diejenigen Mitgliedstaaten, 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. Folglich ist das gegenteilige Vorbringen der portugiesischen Regierung zurückzuweisen.

128. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, dass sie im Decreto-Lei Nr. 177/92 die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für sogenannte „hochspezialisierte“ ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht.

87 — Urteile Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 48) und Inizan (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 19).

88 — Urteil Kommission/Frankreich (oben in Fn. 26 angeführt, Randnr. 27).

89 — Vgl. Urteil Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 48). In diesem Sinne Schneider, U. (a.a.O. Fn. 31), S. 349.

90 — In diesem Sinne Bieback, K. J., (a.a.O. Fn. 64, S. 245).

91 — Urteil Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 105).

92 — Urteil Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 46).

2. Rechtfertigung im Fall der „sonstigen“ medizinischen Behandlungen

129. Die portugiesische Regierung nimmt nicht ausdrücklich zu der Beschränkung Stellung, die sich aus der fehlenden Erstattungsfähigkeit von Krankheitskosten ergibt, die bei „sonstigen“ medizinischen Behandlungen anfallen. Ihre Ausführungen betreffen im Wesentlichen den Regelungszweck des Decreto-Lei Nr. 177/92 sowie einige wesentliche Grundzüge des portugiesischen Systems der Gesundheitsvorsorge. Gleichwohl lässt sich den Erklärungen der portugiesischen Regierung entnehmen, dass die Portugiesische Republik nicht bereit ist, allgemein für die Kosten von Behandlungen im Ausland aufzukommen [93]. Sie begründet ihre Haltung mit denselben Argumenten, die hinter den Regelungen des Decreto-Lei Nr. 177/92 stehen. Daraus ist zu folgern, dass auch im Zusammenhang mit den „sonstigen“ medizinischen Behandlungen die oben genannten Rechtfertigungsgründe vorgebracht werden.

a) Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit

i) Legitimer Rechtfertigungsgrund

130. Meine Ausführungen zu der Frage, ob die Sorge um die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden ambulanten Gesundheitsdienstleistungen überhaupt einen legitimen Rechtfertigungsgrund darstellen kann [94], gelten hier entsprechend. Auch im Hinblick auf „sonstige“ ambulante Behandlungen ist nämlich kein Bedarf an mitgliedstaatlicher Planung zu erkennen, um — wie der Gerichtshof es in seiner Rechtsprechung ausdrückt — „jede Verschwendung finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern“. Zudem ist die portugiesische Regierung bis heute den Beweis schuldig geblieben, dass eine Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht des Systems der sozialen Sicherheit tatsächlich besteht. Auch in diesem Kontext bin ich der Auffassung, dass die von der portugiesischen Regierung geäußerte Sorge um die Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit nicht als ein legitimer Rechtfertigungsgrund angesehen werden kann.

ii) Verhältnismäßigkeit

131. Hilfsweise, sofern der Gerichtshof entgegen seiner bisherigen Rechtsprechung und der Beweislage einen legitimen Rechtfertigungsgrund annehmen sollte, müsste auch die kategorische Nichterstattbarkeit von Krankheitskosten, die im Rahmen von „sonstigen“ ambulanten Behandlungen anfallen, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemessen werden, auf dessen Voraussetzungen ich in Nr. 115 dieser Schlussanträge verwiesen habe.

93 — Siehe Nr. 87 dieser Schlussanträge.

94 — Siehe Nrn. 95 bis 105 dieser Schlussanträge.

132. Die portugiesische Regierung hat nichts zur Stützung der These vorgetragen, dass die Nichterstattbarkeit der fraglichen Krankheitskosten geeignet sei, zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des nationalen Systems der sozialen Sicherheit beizutragen. Der bloße Hinweis auf die Autonomie und die Finanzierung dieses Systems durch Steuern sowie auf die Gefahr, auch für die Kosten aufkommen zu müssen, die im Rahmen von Behandlungen in privaten Einrichtungen entstehen, kann eine sachbezogene Argumentation zur Geeignetheit dieser Regelung nicht ersetzen.

133. Aber auch wenn man davon ausginge, dass die Verweigerung jeglicher Erstattung von Krankheitskosten zu Kosteneinsparungen beitragen könnte und damit grundsätzlich geeignet wäre, das finanzielle Gleichgewicht des nationalen Systems der sozialen Sicherheit zu wahren, wäre es zweifelhaft, ob eine solche Maßnahme den Anforderungen der Erforderlichkeit und der Angemessenheit genügen würde. Nach ständiger Rechtsprechung „[kann] ein System der vorherigen Genehmigung keine Ermessensausübung der nationalen Behörden rechtfertigen, die geeignet ist, den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere wenn sie eine Grundfreiheit wie die in Rede stehende betreffen, ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen“ [95]. Für Krankheitskosten, die im Rahmen von „sonstigen“ ambulanten Behandlungen anfallen, gibt es jedoch, anders als für „hochspezialisierte“ Behandlungen, nicht einmal die Aussicht auf eine Erstattung. Die Portugiesische Republik bedient sich letztlich einer der einschneidendsten Maßnahmen überhaupt, die die Dienstleistungsfreiheit noch stärker einschränkt als das gesetzliche Erfordernis einer Vorabgenehmigung. Diese Maßnahme nimmt der Grundfreiheit ihre praktische Wirksamkeit insofern, als Versicherte des portugiesischen Gesundheitssystems voraussichtlich kaum Gesundheitsdienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten in Anspruch nehmen werden, da ihnen bewusst sein wird, dass sie die Gesamtheit der Kosten selbst tragen müssen. In Abhängigkeit von der Höhe dieser Kosten und der Finanzkraft der Versicherten dürfte eine Wahrnehmung der Dienstleistungsfreiheit unter derartigen Umständen geradezu illusorisch werden [96]. Angesichts der Tatsache, dass es weniger einschneidende Maßnahmen gibt, die geeignet sind, das angestrebte Ziel der Wahrung des finanziellen Gleichgewichts des nationalen Systems der sozialen Sicherheit zu erreichen, muss die kategorische Versagung der Kostenerstattung als nicht erforderlich angesehen werden. Sie ist auch nicht angemessen, da sie die Dienstleistungsfreiheit geradezu untergräbt, um das nationale System der sozialen Sicherheit vor einer nicht näher belegten Gefahr zu schützen.

134. Somit steht die streitgegenständliche Regelung nicht im Einklang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

95 — Vgl. Urteile Smits und Peerbooms (oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 90), Müller-Fauré und van Riet (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 84) sowie Watts (oben in Fn. 15 angeführt, Randnr. 132).

96 — Vgl. Urteil Kommission/Luxemburg (oben in Fn. 16 angeführt, Randnr. 41), in dem der Gerichtshof zutreffend festgestellt hat, dass die Aussicht auf eine fehlende Kostenerstattung von der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit die Versicherten abschreckt oder sogar die Ausübung dieser Grundfreiheit verhindert.

b) Kontrolle der Qualität der im Ausland erbrachten Gesundheitsdienstleistungen

135. Im Hinblick auf den Rechtfertigungsgrund betreffend die Notwendigkeit, die Qualität der durch das nationale System der Gesundheitsvorsorge oder in dessen Namen erbrachten Leistungen zu gewährleisten, verweise ich auf die vorstehenden Ausführungen [97], die insoweit entsprechend gelten. Angesichts der klaren Rechtsprechung des Gerichtshofs, die insoweit von vergleichbaren Ausbildungsbedingungen für Mitglieder medizinischer Berufsgruppen und damit letztlich von vergleichbaren Qualitätsstandards in der Behandlung von Patienten ausgeht, kann in der zum Ausdruck gebrachten Sorge um die Qualität der Behandlung von in Portugal ansässigen Patienten kein legitimer Grund gesehen werden, der eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigt.

c) Zwischenergebnis

136. Ich komme daher auch in Bezug auf jene „sonstigen" medizinischen Behandlungen, die nicht vom Anwendungsbereich des Decreto-Lei Nr. 177/92 erfasst sind, zu dem Ergebnis, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliegt, die nicht objektiv zu rechtfertigen ist. Es ist also festzustellen, dass die Portugiesische Republik dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen hat, dass sie in ihrer Rechtsordnung die Möglichkeit der Erstattung von Krankheitskosten für „sonstige" ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat nicht vorsieht.

D — *Abschließende Schlussfolgerung*

137. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen bin ich der Ansicht, dass die Klage der Kommission begründet ist. Die Portugiesische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen, dass sie nach den Bestimmungen ihrer nationalen Rechtsordnung die Erstattung von Krankheitskosten für „hochspezialisierte" ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht [98], während sie die Möglichkeit einer solchen Kostenerstattung für „sonstige" ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat erst gar nicht vorsieht [99].

97 — Siehe Nrn. 120 bis 125 dieser Schlussanträge.

98 — Siehe Nr. 128 dieser Schlussanträge.

99 — Siehe Nr. 136 dieser Schlussanträge.

VII — Zu den Kosten

138. Die unterliegende Partei ist nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung im Verfahren wegen Vertragsverletzung auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da die Kommission einen entsprechenden Antrag gestellt hat und die Portugiesische Republik mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, sind ihr die Kosten aufzuerlegen.

VIII — Ergebnis

139. Auf der Grundlage der vorstehenden Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Die Portugiesische Republik hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 49 EG verstoßen, dass sie nach den Bestimmungen ihrer nationalen Rechtsordnung die Erstattung von Krankheitskosten für „hochspezialisierte“ ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat von der Erteilung einer vorherigen Genehmigung abhängig macht und die Möglichkeit einer solchen Kostenerstattung für „sonstige“ ambulante Behandlungen in einem anderen Mitgliedstaat erst gar nicht vorsieht.

2. Die Portugiesische Republik trägt die Kosten des Verfahrens.