SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

vom 22. Oktober 2002 [1]

1. Der Centrale Raad van Beroep (Niederlande) möchte mit drei gemäß Artikel 234 EG vorgelegten Fragen im Wesentlichen wissen, ob Artikel 59 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 49 EG) und Artikel 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 50 EG) einer von einem Mitgliedstaat auf dem Gebiet der nach dem Sachleistungssystem organisierten Pflichtkrankenversicherung erlassenen Regelung entgegenstehen, wonach eine vorherige Genehmigung der Krankenkasse für die Übernahme der Kosten für eine medizinische Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat durch einen Arzt oder ein Krankenhaus, mit denen sie keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat, erforderlich ist, wenn die Behandlung notwendig ist.

I — Sachverhalt der beiden Ausgangsverfahren

A — *Der Rechtsstreit Müller-Fauré*

2. Da sie mit den niederländischen Zahnärzten unzufrieden war, nutzte Frau Müller-Fauré ihren Urlaub in Deutschland, um zum Zahnarzt zu gehen, ohne zuvor eine Genehmigung ihrer Krankenkasse eingeholt zu haben. Zwischen dem 20. Oktober 1994 und dem 18. November 1994 wurden ihr sechs Kronen und eine Rahmenprothese mit Präzisionsverankerung eingesetzt. Zudem wurden ihr Füllungen, Röntgenaufnahmen und Betäubung in Rechnung gestellt. Nach der Rückkehr in die Niederlande beantragte sie bei ihrer Krankenkasse, der Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen U. A. (im Folgenden: OZ Verzekeringen), die Erstattung der Behandlungskosten von insgesamt 7 444,59 DM (3 806,35 Euro). Da der Großteil der in Deutschland vorgenommenen Eingriffe nicht von der Pflichtkrankenversicherung umfasst und daher nicht erstattungsfähig ist, geht es bei diesem Rechtsstreit im Grunde nur um 465,05 NLG (211,03 Euro). Die Kasse wies den Antrag aufgrund des Gutachtens ihres Vertrauenszahnarztes im Mai 1995 zurück.

3. Der Beschwerdeausschuss des Krankenkassen-Aufsichtsamtes (Commissie voor beroepszaken van de Ziekenfondsraad) kam im Februar 1996 zu dem Ergebnis, dass die Ablehnung zu Recht erfolgt sei. Er führte aus, die Pflichtkrankenversicherung sei durch das Sachleistungsprinzip gekennzeichnet. Dies bedeute, dass die Versicherten lediglich einen Anspruch auf die

1 — Originalsprache: Spanisch.

Hilfe selbst hätten. Nur in Ausnahmefällen bestehe ein Anspruch auf Kostenerstattung. Im Falle von Frau Müller-Fauré habe dieser Sachverhalt nicht vorgelegen, da es sich nicht um eine dringende Behandlung im Sinne von Artikel 22 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 [2] gehandelt habe. Darüber hinaus sei die Behandlung der Patientin durch einen Zahnarzt, der mit OZ Verzekeringen keine vertragliche Vereinbarung geschlossen habe, nicht erforderlich gewesen.

4. Das Gericht, das mit dem Rechtsstreit in erster Instanz befasst war, schloss sich dieser Auffassung an und kam zu dem Ergebnis, dass der Umfang der Behandlung und die Tatsache, dass sie sich über mehrere Wochen erstreckt habe, das Fehlen der Dringlichkeit bestätigten.

B — *Der Rechtsstreit Van Riet*

5. Am 5. April 1993 beantragte der Hausarzt von Frau van Riet im Namen seiner Patientin beim ärztlichen Berater ihrer Versicherungsgesellschaft Onderlinge Waarborgmaatschappij Z.A.O. Zorgverzekeringen (im Folgenden: Z.A.O. Zorgverzekeringen) die Übernahme der Kosten für eine Arthroskopie in Belgien, da dieser Eingriff dort zu einem früheren Termin erfolgen könne als in den Niederlanden. Mit Schreiben vom 24. Juni 1993 und vom 5. Juli 1993 wurde der Antrag zurückgewiesen, da die Behandlung auch in den Niederlanden durchgeführt werden könne.

Ohne die Antwort abzuwarten, unterzog sich die Beteiligte im Mai 1993 der Arthroskopie und einer Ellenverkürzung in einer Klinik für Sportmedizin in Belgien. Die Versicherung weigerte sich, die Kosten von insgesamt 93 792 BEF (2 325,04 Euro) zu erstatten.

6. Der Beschwerdeausschuss des Krankenkassen-Aufsichtsamtes (Commissie voor beroepszaken van de Ziekenfondsraad) kam am 23. September 1994 zu dem Ergebnis, dass die Ablehnung der Erstattung der Behandlungskosten zu Recht erfolgt sei. Die erforderliche und geeignete ärztliche Behandlung sei in den Niederlanden in einem angemessenen Zeitraum verfügbar gewesen, so dass von einer dringenden Behandlung im Sinne von Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 nicht die Rede sein könne.

Die Rechtbank erklärte die Klage der Antragstellerin für unbegründet, da die Be-

2 — Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (ABl. L 149, S. 2) in der Fassung durch die Verordnung (EWG) Nr. 2001/83 des Rates vom 2. Juni 1983 zur Änderung und Aktualisierung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 (ABl. L 230, S. 6).

handlung ihrer Beschwerden in Belgien nicht erforderlich gewesen sei.

Die Krankenkassen hätten die Genehmigung auch dann nicht erteilt, wenn Frau Müller-Fauré die Genehmigung beantragt oder Frau Van Riet die Antwort abgewartet hätte, da nicht erkennbar gewesen sei, dass die Behandlungen im Ausland erforderlich gewesen seien. Weder sei das fehlende Vertrauen in die inländische Ärzteschaft ein ausreichender Grund, noch erscheine die Wartezeit für eine Arthroskopie in den Niederlanden als unannehmbar lang.

II — Die Vorlagefragen

7. Der Centrale Raad van Beroep führt in dem Vorlagebeschluss aus, dass fast die gesamte Frau Van Riet in Belgien gewährte Heilbehandlung von der Pflichtkrankenversicherung umfasst sei. Diese Feststellung treffe nur auf einen begrenzten Teil der Frau Müller-Fauré in Deutschland erbrachten zahnärztlichen Leistungen zu; der übrige Teil sei nicht erstattungsfähig.

Nach seiner eigenen Rechtsprechung müsse der Versicherte vor Beginn der Behandlung eine Genehmigung der Krankenkasse erhalten haben. Die Kosten einer ärztlichen Behandlung im Ausland könnten nicht erstattet werden, es sei denn, dass die Weigerung der Krankenkasse gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz verstoße. Dieser Sachverhalt habe aber weder im Fall von Frau Müller-Fauré, die ihren Urlaub genutzt habe, um einen Zahnarzt aufzusuchen, noch im Fall von Frau Van Riet vorgelegen, die die Entscheidung der Kasse über ihren Antrag nicht abgewartet habe, ohne dass medizinische oder andere Gründe dafür erkennbar gewesen seien, dass sie eine Entscheidung über ihren Antrag zumutbarerweise nicht hätte abwarten können.

8. Der Centrale Raad van Beroep fragt sich, ob die angefochtenen ablehnenden Entscheidungen gegen Artikel 49 EG und 50 EG verstoßen, und hat deshalb beide Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof drei Fragen mit folgendem Wortlaut zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Sind die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag (jetzt Artikel 49 EG und 50 EG) dahin auszulegen, dass eine Vorschrift wie Artikel 9 Absatz 4 ZfW (Ziekenfondswet; Krankenkassengesetz) in Verbindung mit Artikel 1 der Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering grundsätzlich mit ihnen unvereinbar ist, soweit sie bestimmt, dass ein Krankenversicherter zur Geltendmachung seines Leistungsbezugsrechts die vorherige Genehmigung der Krankenkasse benötigt, um sich an eine Person oder Einrichtung außerhalb der Niederlande wenden zu können, mit der die Krankenkasse keine Vereinbarung geschlossen hat?

2. Wenn die erste Frage bejaht wird, stellen dann die Zielsetzungen des niederländischen Sachleistungssystems (die Garantie einer ausgewogenen und allen zugänglichen Arzt- und Krankenhausversorgung, das Fortbestehen des Sachleistungssystems und die Kontrolle des finanziellen Gleichgewichts im Wege der Kostenkontrolle) einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses dar, der eine Beschränkung des elementaren Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen kann?

3. Kommt es für diese Fragen darauf an, ob es sich bei der Behandlung ganz oder teilweise um eine stationäre Behandlung handelt?

III — Die innerstaatlichen Rechtsvorschriften zur Pflichtkrankenversicherung [3]

9. In den Niederlanden sind Arbeitnehmer, deren Einkünfte eine bestimmte Höhe nicht überschreiten, und die ihnen gleichgestellten Personen nach dem Gesetz zur Regelung der Krankenversicherung, das die gewöhnliche medizinische Versorgung betrifft, gegen Krankheit pflichtversichert.

10. Nach Artikel 5 Absatz 1 dieses Gesetzes sind die Kassen verpflichtet, sicherzustellen, dass die Krankenversicherten ihr Leistungsbezugsrecht ausüben können. Es handelt sich um ein System, das lediglich die Erbringung medizinischer Sachleistungen vorsieht; die Versicherten haben somit keinen Anspruch auf Erstattung der ihnen entstehenden Krankheitskosten, sondern lediglich auf kostenlose Fürsorge [4].

11. Nach Artikel 3 der durch Königliche Verordnung vom 16. Dezember 1997 geänderten Königlichen Verordnung vom 4. Januar 1966 über Leistungen (Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering) umfasst die medizinische Versorgung u. a. Leistungen von Haus- und Facharzt „in dem Umfang, der in den bestroffenen beruflichen Kreisen üblich ist". Entscheidend ist hierbei, was in ärztlichen Kreisen der Niederlande als üblich angesehen wird. Im Allgemeinen wird eine Behandlung nicht als üblich anerkannt, wenn sie nicht angewandt oder empfohlen wird, weil sie nicht hinreichend durch internationale oder nationale wissenschaftliche Forschung untermauert ist. Es kommt darauf an, inwieweit eine Behandlung als fachlich angemessenes Vorgehen angesehen und, wenn sie auf ei-

3 — Der Centrale Raad van Beroep verweist nach einer sehr knappen Darstellung des niederländischen Pflichtkrankenversicherungssystems wegen weiterer Einzelheiten auf Absatz II.1 des Vorabentscheidungsersuchens der Arrondissementsrechtbank Roermond in der Rechtssache C-157/99 (Smits und Peerbooms), in der am 12. Juli 2001 ein Urteil erging (Slg. I-5473). Ich habe meine Darstellung der einschlägigen niederländischen Gesetzgebung in Kapitel I aus meinen in jener Rechtssache am 18. Mai 2000 gehaltenen Schlussanträgen übernommen.

4 — In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof haben beide Krankenkassen betont, dass diese Regelung den Versicherten kein Recht auf Erstattung ihrer Arztkosten gewähre.

ner gediegenen wissenschaftlichen Grundlage beruht, als Leistung im Sinne der Ziekenfondswet anerkannt wird [5].

Zahnbehandlungsleistungen, auf die die Versicherten Anspruch haben, sind in Artikel 7 Absatz 2 geregelt. 1994 beschloss die Regierung, den Anspruch auf Zahnbehandlung für über 18-Jährige im Rahmen der Pflichtkrankenversicherung fast vollständig abzuschaffen [6]. Offenbar sind derzeit nur eine jährliche Vorsorgeuntersuchung und die dazu notwendigen Röntgenaufnahmen von der Krankenversicherung umfasst.

12. Artikel 9 dieses Gesetzes regelt den Anspruch auf Leistungen; soweit hier von Interesse bestimmt er Folgendes:

„1. Ein Versicherter, der seinen Anspruch auf eine Leistung geltend machen will, hat sich dafür... an eine Person oder Einrichtung zu wenden, mit der die Krankenkasse, der er angehört, zu diesem Zweck einen Vertrag geschlossen hat ...

2. Vorbehaltlich der Regelung in Absatz 5 und der Vorschriften über den Krankentransport... kann der Versicherte zwischen den in Absatz 1 genannten Personen und Einrichtungen wählen.

...

4. Die Krankenkasse kann dem Versicherten abweichend von den Absätzen 1 und 2 die Genehmigung erteilen, sich für die Geltendmachung seines Anspruchs an eine andere Person oder Einrichtung in den Niederlanden zu wenden, wenn dies für seine medizinische Versorgung notwendig ist. In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen dem Versicherten die Genehmigung erteilt werden kann, sich für die Geltendmachung seines Leistungsanspruchs an eine Person oder Einrichtung außerhalb der Niederlande zu wenden, kann unser Minister bestimmen."

13. Das Erfordernis, eine solche Genehmigung zu erwirken, ist in Artikel 1 der Regeling hulp in het buitenland ziekenfondsverzekering (Regelung über von der Krankenversicherung gedeckte Versorgung im Ausland) vom 30. Juni 1988 [7] niedergelegt; dort heißt es:

„Als Fälle, in denen eine Krankenkasse einem Versicherten die Genehmigung erteilen kann, sich für die Geltendmachung seines

5 — In dem Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 3) legte der Gerichtshof anhand des Antrags eines Versicherten, der eine Behandlung in einem Krankenhaus in einem anderen Mitgliedstaat, mit dem kein Versorgungsvertrag bestand, dar, wie diese Voraussetzung auszulegen ist.

6 — Ein Jahr später führte die niederländische Regierung die teilweise Finanzierung von Gebissprothesen wieder ein, da einige ältere Menschen sie sich nicht leisten konnten.

7 — *Staatscourant* 1988, Nr. 123.

Leistungsanspruchs an Personen oder Einrichtungen außerhalb der Niederlande zu wenden, gelten diejenigen Fälle, in denen nachgewiesen ist, dass dies für die medizinische Versorgung des Versicherten notwendig ist."

Es wurden keine besonderen Bedingungen für die Behandlung der Krankenversicherten durch Ärzte oder medizinische Einrichtungen im Ausland, mit denen die Kassen keine vertraglichen Vereinbarungen über die Erbringung von Leistungen geschlossen haben, aufgestellt, so dass die Versicherten eine vorherige Genehmigung ihrer Krankenkasse einholen müssen, die der entspricht, die sie für eine Behandlung durch einen Arzt oder eine medizinische Einrichtung mit Sitz in den Niederlanden benötigen, mit denen die Kasse ebenfalls keine vertragliche Vereinbarung über die Erbringung von Leistungen geschlossen hat. [8]

14. Um den Versicherten Sachleistungen anbieten zu können, müssen die Krankenkassen nach Artikel 44 Absatz 1 der Ziekenfondswet Verträge mit Personen und Einrichtungen schließen, die eine oder mehrere Arten von Versorgungsleistungen erbringen. Artikel 44 Absatz 3 bestimmt teilweise den Inhalt der Verträge; dazu gehören Art und Umfang der Pflichten und Rechte der Parteien, Form, Qualität, Wirksamkeit und Kosten der zu gewährenden Leistungen sowie die Kontrolle der Einhaltung der Abmachungen. Erfüllt der Arzt oder die Einrichtung nicht die vereinbarten Bedingungen, so kann die Kasse den Vertrag kündigen.

8 — Der Vertreter der niederländischen Regierung hat dies in seinen Ausführungen in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

IV — Die Vertragsbestimmungen über den freien Dienstleistungsverkehr

15. Artikel 49 EG lautet:

„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.

..."

Artikel 50 EG bestimmt:

„Dienstleistungen im Sinne dieses Vertrags sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

...

d) freiberufliche Tätigkeiten.

..."

V — Das Verfahren vor dem Gerichtshof

16. Zunächst reichten Frau Müller-Fauré, OZ Zorgverzekeringen, die belgische, die dänische, die deutsche, die spanische, die irische, die italienische, die niederländische, die schwedische, die isländische und die norwegische Regierung, die Regierung des Vereinigten Königreichs sowie die Kommission innerhalb der Frist des Artikels 20 des Statuts des Gerichtshofes schriftliche Erklärungen ein.

17. Am 12. Juli 2001, an dem der Gerichtshof das Urteil Smits und Peerbooms erließ, richtete die Kanzlei des Gerichtshofes ein Schreiben an den Centrale Raad van Beroep und fragte an, ob er angesichts der Antwort in diesem Verfahren seine Fragen aufrechterhalten wolle. Nachdem dieser in beiden Verfahren die Parteien angehört hatte, antwortete er am 25. Oktober 2001, dass er seine Fragen nicht zurücknehme.

18. Nachdem der Gerichtshof den Schluss des schriftlichen Verfahrens in dieser Rechtssache im Februar festgestellt hatte, entschied er im März 2002, die Parteien der Ausgangsverfahren, die Regierungen der Mitgliedstaaten, die Kommission und die weiteren Beteiligten aufzufordern, zu den Auswirkungen des Urteils Smits und Peerbooms Stellung zu nehmen und dabei die Überlegungen des Centrale Raad van Beroep in seinem Schreiben vom 25. Oktober 2001 zu berücksichtigen.

Von dieser Möglichkeit machten Frau Van Riet, OZ Zorgverzekeringen, Z.A.O. Zorgverzekeringen, die Regierungen Irlands, der Niederlande, Schwedens, des Vereinigten Königreichs und Norwegens sowie die Kommission Gebrauch. Da die an die spanische Regierung gerichtete Benachrichtigung nicht an die von ihr angegebene Zustellungsadresse gesandt worden war, wurde ihr gestattet, nach Fristablauf einen Schriftsatz einzureichen, was am 1. August 2002 erfolgte.

19. In der mündlichen Verhandlung vom 10. September 2002 haben die Vertreter der OZ Zorgverzekeringen und der Z.A.O. Zorgverzekeringen sowie die Bevollmächtigten Dänemarks, Spaniens, Irlands, der Niederlande, Finnlands, des Ver-

einigten Königreichs und der Kommission Ausführungen gemacht.

VI — Die Standpunkte der an diesem Verfahren Beteiligten

20. Die Überlegungen derjenigen Beteiligten, die Stellung genommen haben, stimmen — mit einigen Besonderheiten, die ich später hervorheben werde — weitgehend überein; dies gilt nicht für die Berufungsklägerinnen der beiden Ausgangsverfahren, Belgien und die Kommission.

21. Frau Müller-Fauré ist der Ansicht, dass die vorherige Genehmigung gegen die Artikel 49 EG und 50 EG verstoße und nicht damit gerechtfertigt werden könne, dass die Leistungen in den Niederlanden und in Deutschland identisch und Kosten und Qualität gleich seien. Frau Van Riet führte aus, dass sie zehn bis vierzehn Wochen darauf hätte warten müssen, dass die Diagnose, dass sie eine Ellenverkürzung benötige, durch eine Arthroskopie bestätigt werde. Die Operation hätte sich um weitere sechs bis acht Monate verzögert. Um diese Unannehmlichkeiten zu vermeiden, habe sie eine Klinik in Belgien aufgesucht, wo sie nur vier Wochen auf die Untersuchung und eine weitere Woche auf den chirurgischen Eingriff habe warten müssen und sich die Kosten insgesamt auf weniger als zwei Drittel der Kosten beliefen, die in den Niederlanden angefallen wären.

22. OZ Zorgverzekeringen vertritt die Auffassung, die Notwendigkeit einer vorherigen Genehmigung für die Inanspruchnahme eines Dienstleistungserbringers in den Niederlanden oder im Ausland, der mit der Krankenkasse keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat, wohne dem Sachleistungssystem inne. Sollte sie als ein Hindernis für die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs betrachtet werden, sei sie jedenfalls wegen der Notwendigkeit, eine qualitativ hochwertige medizinische Versorgung zu vertretbaren Kosten zu gewährleisten und wegen der Gleichheit der Versicherten in Ausübung des Leistungsanspruchs gerechtfertigt, ohne dass danach unterschieden werden dürfe, ob die Dienstleistungen von einem Arzt oder einem Krankenhaus erbracht würden.

23. Nach Ansicht der belgischen Regierung verstößt das Genehmigungserfordernis gegen die Artikel 49 EG und 50 EG. Darüber hinaus beinhalte die Annahme, dass die Behandlung im Ausland nicht erforderlich sei, wenn sie von einem Freiberufler im Inland erbracht werden könne, eine Diskriminierung. Die Besonderheit des betroffenen Krankenversicherungssystems, die darin liege, dass nur Sachleistungen gewährt würden, sei kein zwingender Grund des Allgemeininteresses, da sie nicht schwerwiegend genug sei, um die Behinderung zu rechtfertigen.

24. Die Standpunkte der anderen elf Mitgliedstaaten lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Für die der ersten Gruppe, zu der Dänemark, Deutschland, Irland, Schweden, das Vereinigte Königreich, Norwegen und Irland gehören, sind die öffentlichen Gesundheitsleistungen, die für die Betroffenen kostenlos sind, keine Dienstleistung im Sinne des Artikels 50 EG, weil sie entweder kein Vergütungselement enthielten [9] oder weil die Beteiligten, d. h. Arzt und Patient, nicht den Inhalt und den Preis der Leistung vereinbaren könnten.

Die Staaten der zweiten Gruppe, die aus Spanien, Finnland, Italien und den Niederlanden besteht, vertreten die Ansicht, die Rechtsprechung des Gerichtshofes im Urteil Kohll [10], das sich auf ein Krankenversicherungssystem beziehe, in dem ein Teil der Behandlungskosten erstattet werde, lasse sich nicht auf diejenigen anwenden, bei denen lediglich Sachleistungen gewährt werden, ohne dass hierbei zwischen der Behandlung durch einen Arzt in einer Praxis oder in einem Krankenhaus unterschieden werden könne.

Selbst für den Fall, dass es sich um Dienstleistungen handele und diese Rechtsprechung auch auf ein Krankenversicherungssystem wie das niederländische anwendbar sei, sind all diese Staaten ausnahmslos der Meinung, dass das Erfordernis der vorherigen Genehmigung nicht gegen Artikel 49 EG und 50 EG verstoße, da es gerechtfertigt sei.

25. Die Kommission legte in ihren ersten Erklärungen dar, dass ärztliche und Krankenhausleistungen Dienstleistungen im Sinne des Vertrages seien. Dies sei sogar in den Mitgliedstaaten der Fall, in denen vollständig getrennt voneinander einerseits ein öffentliches Gesundheitssystem [11] und andererseits niedergelassene Ärzte und privat finanzierte Krankenhäuser funktionieren. Im Krankenversicherungssystem der Niederlande bildeten die Sachleistungen, die Verträge und das Erfordernis der vorherigen Genehmigung eine untrennbare Einheit. Jedoch stelle das Kriterium der Notwendigkeit der Leistung für den Patienten, dass also eine Einrichtung, mit der eine vertragliche Vereinbarung bestehe, ihn nicht in angemessener Zeit behandeln könne, als Voraussetzung für die Erteilung der Genehmigung eine unmittelbare Diskriminierung wegen des Ortes dar, an dem sich die Einrichtung befindet, da es

9 — Ich teile diese Auffassung, wie ich in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-157/99 (Smits und Peerbooms),deutlich machte. Vgl. insbesondere die Nrn. 35 bis 49, in denen ich detailliert die Besonderheiten des Pflichtkrankenversicherungssystems in den Niederlanden untersuche und zu dem Ergebnis komme, dass die medizinischen Behandlungsleistungen in Form von Sachleistungen, die es den Versicherten gewährt, kein Vergütungselement aufweisen und deshalb keine Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 EG sind.

10 — Urteil vom 28. April 1998 in der Rechtssache C-158/96 (Kohll, Slg. 1998, I-1931).

11 — Sie erkennt an, dass es in einigen Mitgliedstaaten öffentliche Gesundheitssysteme gibt, in denen die Erbringer ärztlicher Leistungen nicht im Rahmen der Ausübung eines freien Berufes handeln und nicht für jede Behandlung gesondert vergütet werden und in denen die Krankenhäuser nicht kaufmännisch tätig sind. In der mündlichen Verhandlung nannte sie Dänemark, Spanien, Irland und das Vereinigte Königreich.

die niederländischen Dienstleistungserbringer, mit denen keine vertragliche Vereinbarung bestehe, zu Lasten der in den anderen Mitgliedstaaten ansässigen bevorzuge.

Die Kommission weist darauf hin, dass weder der Schutz der Qualität der medizinischen Versorgung noch die Kostenkontrolle durch die Krankenkassen ein ausreichendes Gewicht hätten, um die Behinderung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs zu rechtfertigen, die die vorherige Genehmigung darstelle. Sie unterscheidet innerhalb der Behandlungen, die in einer Krankenhausinfrastruktur erbracht werden, zwischen stationären und ambulanten Behandlungen und stellt Letztere denen gleich, die in der Praxis eines Arztes erbracht werden. Ausgehend davon hält sie es für wenig wahrscheinlich, dass sich so viele Patienten zur ambulanten Behandlung in andere Mitgliedstaaten begeben, dass ein auf Sachleistungen basierendes nationales Krankenversicherungssystem ernsthaft gefährdet wäre.

26. In ihren auf Aufforderung des Gerichtshofes nach Erlass des Urteils Smits und Peerbooms eingereichten Erklärungen räumt die Kommission ein, dass es bestimmte zahnärztliche Leistungen gebe, deren Besonderheiten es ratsam erscheinen lassen könnten, die in dem zitierten Urteil untersuchten zwingenden Gründe in Bezug auf in einem Krankenhaus erbrachte Leistungen zu bejahen und bittet deshalb den Gerichtshof, seine Rechtsprechung in dieser Hinsicht zu konkretisieren.

VII — Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Freiheit des Dienstleistungsverkehrs in Bezug auf das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung für Behandlungsleistungen in einem Mitgliedstaat durch die Krankenkasse

A — *Das Aufsuchen eines Arztes in seiner Praxis und das Erfordernis der vorherigen Genehmigung in einem nach dem Kostenerstattungsprinzip ausgestalteten Krankenversicherungssystem*

27. Am 28. April 1998 erließ der Gerichtshof das Urteil Kohll [12]. Die Vorlagefragen hatte die luxemburgische Cour de cassation gestellt, um über die Klage des Herrn Kohll gegen eine Entscheidung seiner Krankenkasse entscheiden zu können, mit der diese es abgelehnt hatte, seiner Tochter den Besuch eines Zahnarztes in Deutschland zu gestatten, da die Behandlung nicht eilig sei und in Luxemburg erfolgen könne.

28. Zur Anwendung des Grundsatzes des freien Dienstleistungsverkehrs auf eine außerhalb einer Krankenhausinfrastruktur vorgenommene Behandlung durch einen in einem anderen Mitgliedstaat nieder-

12 — Zitiert in Nr. 24 und in Fußnote 10. Am selben Tag erließ er das Urteil in der Rechtssache C-120/95 (Decker, Slg. 1998, I-1831), zu dem ich keine Ausführungen machen werde, da der Sachverhalt den Kauf einer Brille betraf und sich daher auf den Bereich der Freiheit des Warenverkehrs beschränkte. Vgl. die Meinungen zahlreicher Autoren, die diese beiden Urteile kommentiert haben, in meinen am 18. Mai 2000 in der Rechtssache Smits und Peerbooms gehaltenen Schlussanträgen.

gelassenen Zahnarzt führte der Gerichtshof aus, da diese Leistung entgeltlich erfolgt sei, handle es sich um eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 50 EG.

29. Hinsichtlich der beschränkenden Wirkungen der luxemburgischen Regelung führte er aus, diese hindere zwar die Versicherten nicht daran, sich an einen Dienstleistungserbringer in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, mache aber die Erstattung der Kosten von einer vorherigen Genehmigung abhängig, während es für die Erstattung der im Versicherungsstaat entstandenen Kosten keiner Genehmigung bedürfe. Daher halte eine solche Regelung die Sozialversicherten davon ab, sich an Erbringer ärztlicher Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zu wenden, und stelle sowohl für diese wie für ihre Patienten eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar [13].

30. Es wurden mehrere Gründe zur Rechtfertigung dieser Regelung vorgebracht: die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit, der Schutz der öffentlichen Gesundheit, der die Notwendigkeit umfasse, die Qualität der ärztlichen Leistungen und eine allen Versicherten offen stehende ärztliche und klinische Versorgung zu gewährleisten.

31. Zu dem ersten Grund stellte der Gerichtshof fest, die Erstattung der Kosten einer in einem anderen Mitgliedstaat erfolgten Zahnbehandlung zu den Tarifen des Versicherungsstaats habe keine wesentlichen Auswirkungen auf die Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit, da der luxemburgische Träger jeweils die gleichen finanziellen Belastungen zu tragen habe, ob der Versicherte nun einen luxemburgischen oder einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Zahnarzt aufsuche.

32. Was den Schutz der öffentlichen Gesundheit angeht, so erinnerte der Gerichtshof in den Randnummern 45 und 46 des Urteils Kohll daran, dass die Mitgliedstaaten zwar den freien Dienstleistungsverkehr aus Gründen der öffentlichen Gesundheit einschränken könnten, dies ihnen jedoch nicht erlaube, den Gesundheitssektor als Wirtschaftssektor hinsichtlich des freien Dienstleistungsverkehrs vom elementaren Grundsatz des freien Verkehrs auszunehmen [14]. Da die Bedingungen für den Zugang zur ärztlichen und zahnärztlichen Tätigkeit und ihre Ausübung Gegenstand einer Reihe von Koordinierungs- oder Harmonisierungsrichtlinien gewesen seien [15], müssten in anderen Mitglied-

13 — Urteile vom 31. Januar 1984 in den Rechtssachen 286/82 und 26/83 (Luisi und Carbone, Slg. 1984, 377, Randnr. 16) und vom 28. Januar 1992 in der Rechtssache C-204/90 (Bachmann, Slg. 1992, I-249, Randnr. 31).

14 — Urteil vom 7. Mai 1986 in der Rechtssache 131/85 (Gül, Slg. 1986, 1573, Randnr. 17).

15 — Er zitiert die Richtlinie 78/686/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (ABl. L 233, S. 1), die Richtlinie 78/687/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Zahnarztes (ABl. L 233, S. 10) und die 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 (ABl. L 165, S. 1).

staaten niedergelassene Ärzte und Zahnärzte für die Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs als ebenso qualifiziert angesehen werden wie im Inland niedergelassene; eine Regelung wie die luxemburgische könne daher nicht unter Berufung auf Gründe des Gesundheitsschutzes damit gerechtfertigt werden, dass die Qualität in anderen Mitgliedstaaten erbrachter ärztlicher Leistungen gewährleistet werden müsse.

In dem Urteil wurde anerkannt, dass das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, zwar eng mit der Finanzierung des Systems der sozialen Sicherheit verbunden sei, aber auch zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nach Artikel 56 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Artikel 46 EG) zählen könne, soweit es zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus beitrage. Zu diesem Zweck erlaube dieser Artikel den Mitgliedstaaten, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung insoweit einzuschränken, als die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland für die Gesundheit oder gar das Überleben ihrer Bevölkerung erforderlich sei.

Da nicht nachgewiesen sei, dass die luxemburgische Regelung zur Erreichung der beiden genannten Ziele erforderlich gewesen sei, kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass sie nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes gerechtfertigt werden könne.

B — *Die in einem Krankenhaus erbrachten medizinischen Leistungen und das Erfordernis einer vorherigen Genehmigung in einem nach dem Sachleistungsprinzip ausgestalteten Krankenversicherungssystem*

33. Am 12. Juli 2001 erließ der Gerichtshof das Urteil Smits und Peerbooms [16], in dem er auf Ersuchen eines niederländischen Gerichts, der Arrondissementsrechtbank Roermond, dieselbe Regelung untersuchte, die den Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet, nämlich Artikel 9 Absatz 4 des Krankenkassengesetzes in Verbindung mit Artikel 1 der Verordnung über von der Krankenversicherung gedeckte Versorgung im Ausland.

34. In dem einen der bei der Rechtbank anhängigen Verfahren hatte die Krankenkasse der an der parkinsonschen Krankheit leidenden Frau Smits die Erstattung der Kosten einer kategorialen und multidisziplinären Behandlung verweigert, der sie sich ohne Genehmigung in einer deutschen Klinik unterzogen hatte. Diese Ablehnung wurde damit begründet, dass die kategoriale klinische Behandlung in ärztlichen Kreisen nicht als üblich angesehen werde. Zudem sei die Behandlung in Deutschland nicht notwendig gewesen, da eine ausreichende und angemessene Behandlung rechtzeitig bei einer Einrichtung in den Niederlanden verfügbar gewesen sei, mit der eine vertragliche Vereinbarung bestehe.

16 — Zitiert in Fußnote 3.

In dem anderen Verfahren hatte die Krankenkasse von Herrn Peerbooms, der infolge eines Verkehrsunfalls ins Koma gefallen war, die Zahlung der Behandlung in einem österreichischen Krankenhaus verweigert, die in einer speziellen intensiven Neurostimulationstherapie bestand. In den Niederlanden wurde diese Technik nur auf Versuchsbasis in zwei medizinischen Zentren bei Patienten, die jünger als 25 Jahre sind, angewandt, während Herr Peerbooms dieses Alter bereits überschritten hatte. Die Ablehnung wurde damit begründet, dass wegen des Versuchscharakters der Neurostimulationstherapie und des Fehlens eines wissenschaftlichen Nachweises ihrer Wirksamkeit diese Art Behandlung nicht als in ärztlichen Kreisen üblich und daher nicht als erstattungsfähige Leistung betrachtet werden könne. Zudem sei die Behandlung in Österreich nicht notwendig gewesen, da eine ausreichende und angemessene Behandlung rechtzeitig bei einer Einrichtung in den Niederlanden verfügbar gewesen sei, mit der eine vertragliche Vereinbarung bestehe.

35. Der Gerichtshof lehnte die Auffassung der Mehrheit der Mitgliedstaaten ab, die die Meinung vertraten, dass Krankenversicherungssysteme, die lediglich Sachleistungen gewährten, dem Anwendungsbereich der Artikel 49 EG und 50 EG entzogen seien. Er kam zu dem Ergebnis, dass der Umstand, dass eine medizinische Krankenhausbehandlung auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen und im Voraus festgelegter Sätze unmittelbar von den Krankenkassen finanziert werde, nicht geeignet sei, diese Behandlung dem Bereich der Dienstleistungen zu entziehen.

36. Sodann führte er aus, dass die niederländische Regelung die Sozialversicherten davon abschrecke, sich an Erbringer medizinischer Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit zu wenden, und daher sowohl für die Versicherten als auch für die Leistungserbringer eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle.

37. Unter den Randnummern 76 ff. des Urteils untersuchte der Gerichtshof das Erfordernis der vorherigen Genehmigung, von der die niederländische Regelung jede Übernahme der Kosten einer Behandlung in einem anderen Mitgliedstaat durch ein Krankenhaus abhängig macht, mit dem keine vertragliche Vereinbarung besteht, und stellte fest, dass es sich um eine aus verschiedenen Gründen angemessene und vernünftige Maßnahme handele. Erstens müssten die Zahl der Krankenanstalten, ihre geografische Verteilung, ihr Ausbau und die Einrichtungen, über die sie verfügten, oder auch die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten könnten, planbar sein. Zweitens verfolge diese Planung in einem System der vertraglichen Vereinbarungen, wie es in den Niederlanden bestehe, das Ziel, im Staatsgebiet einen ausreichenden und ständigen Zugang zu einem ausgewogenen Angebot qualitativ hochwertiger Krankenhausversorgung zu gewährleisten, und solle gleichzeitig dazu beitragen, die Kosten zu beherrschen und, soweit wie möglich, jede Verschwendung

finanzieller, technischer und menschlicher Ressourcen zu verhindern, die umso schädlicher sei, als der Sektor der Krankenhausversorgung erhebliche Kosten verursache und wachsenden Bedürfnissen entsprechen müsse, während die finanziellen Mittel, die für die Gesundheitspflege bereitgestellt werden könnten, unabhängig von der Art und Weise ihrer Finanzierung nicht unbegrenzt seien [17].

VIII — Untersuchung der Vorlagefragen

38. Wie ich bereits dargelegte, kam der Gerichtshof in dem Urteil Kohll zu dem Ergebnis, dass bei der Behandlung durch einen Arzt in seiner Praxis zu Lasten eines auf Kostenerstattung beruhenden Systems die im Erfordernis der vorherigen Genehmigung durch die Krankenkasse bestehende Behinderung der Dienstleistungsfreiheit nicht gerechtfertigt sei. Im Urteil Smits und Peerbooms, in dem die in einem Krankenhaus erbrachten Pflegeleistungen zu Lasten eines auf Sachleistungen basierenden Systems untersucht wurden, kam er hingegen zu dem Ergebnis, dass die Behinderung einer der Grundfreiheiten des Vertrages durch zwingende Interessen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könne, ohne danach zu unterscheiden, ob es sich um ein Kostenerstattungs- oder um ein Sachleistungssystem handelte.

Nun muss untersucht werden, ob die vorherige Genehmigung zulässig ist, wenn der in einem auf Sachleistungen basierenden System Versicherte lediglich eine ärztliche Behandlung ohne Krankenhausaufenthalt benötigt [18].

39. Zu diesem Ergebnis kam auch der Centrale Raad van Beroep in seinem an den Gerichtshof gerichteten Schreiben, in dem er einerseits mitteilte, dass ihm das Urteil Smits und Peerbooms, in dem es um eine Krankenhausbehandlung ging, nicht ermögliche, die Vorabentscheidungsfragen zu beantworten, die sich in dem Verfahren von Frau Müller-Fauré stellten, deren Behandlung in der Praxis eines Facharztes erfolgt sei. Andererseits räumt das niederländische Gericht ein, dass angesichts des zitierten Urteils keine Notwendigkeit für ihre Beantwortung mehr bestehe, wenngleich Frau Van Riet sich dafür ausgesprochen habe, sie aufrechtzuerhalten; dennoch bittet er den Gerichtshof, den in Randnummer 103 des Urteils verwendeten Begriff „rechtzeitig" klarzustellen.

A — *Die ersten beiden Fragen*

40. Diese Fragen sind mit denen, die die Arrondissementsrechtbank Roermond in der Rechtssache Smits und Peerbooms, konkret mit den Fragen 1a und 1b, vor-

17 — A. Bonomo, Programmazione della spesa sanitaria e libertà di cura: un delicato dilemma, *Il Foro Amministrativo*, 2001, S. 1870 bis 1880, insbesondere S. 1880: „Equilibrio finanziario e programmazione della spesa sanitaria sembrano dunque prevalere sulla libertà di prestare servizi all'interno del territorio comunitario, e, quindi, sulla libertà di scelta del luogo di cura."

18 — E. Steyger, National Health Care Systems Under Fire (but not too heavily), *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, 29 (1), S. 97 bis 107, insbesondere S. 99: „Since the Kohll and Decker cases concerned a system of reimbursement, the question remained whether the same approach should be applied to national health security schemes which offered benefits in kind."

legte, praktisch identisch. Angesichts dessen, dass der Gerichtshof dort zu dem Erfordernis der vorherigen Genehmigung für eine Krankenhausbehandlung Stellung genommen hat, erscheint es jedoch ratsam, sie neu zu formulieren.

Deshalb ist davon auszugehen, dass das nationale Gericht nunmehr wissen möchte, ob die Artikel 49 EG und 50 EG der Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, mit der ein auf dem Sachleistungsprinzip beruhendes Sozialversicherungssystem eingerichtet wird, in dem die Versicherten eine vorherigen Genehmigung ihrer Kasse einholen müssen, um sich zur Behandlung durch einen Arzt, der mit der Kasse keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat, in einen anderen Mitgliedstaat begeben zu können, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Genehmigung nur erteilt wird, wenn die Behandlung für den Betroffenen notwendig ist, was wiederum voraussetzt, dass in seinem Land keine geeignete Behandlung zur Verfügung steht, die rechtzeitig von einem Arzt vorgenommen werden kann, mit dem die Kasse eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat.

41. Der Gerichtshof hat im Urteil Smits und Peerbooms bereits dargelegt, dass das Erfordernis, dass die Versicherten eine Genehmigung der Krankenkasse einholen müssen, um ihr Leistungsbezugsrecht in einem Krankenhaus in einem anderen Mitgliedstaat ausüben zu können, ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr darstellt. Ich bin der Ansicht, dass dieses Erfordernis für Versicherte, die einen Arzt aufsuchen, dieselbe einschränkende Wirkung hat.

42. Jede nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen zwischen Mitgliedstaaten im Ergebnis gegenüber der im Inneren eines Mitgliedstaats erschwert, verstößt gegen Artikel 59 EG-Vertrag [19]. Zwar nimmt die streitige niederländische Regelung den Versicherten nicht die Möglichkeit, sich an einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer zu wenden, doch macht sie die Erstattung der dadurch verursachten Kosten davon abhängig, dass zuvor eine Genehmigung eingeholt wurde, und sieht ferner vor, dass eine derartige Genehmigung zu versagen ist, wenn die oben dargestellten Erfordernisse nicht erfüllt sind.

Im Urteil Smits und Peerbooms hat der Gerichtshof in den Randnummern 67 ff. für die Krankenhausversorgung ausgeführt, dass in den meisten Fällen die Übernahme der Kosten für die Behandlung durch einen in einem anderen Mitgliedstaat als dem Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit niedergelassenen Arzt von einer vorherigen Genehmigung abhängig bleiben und diese Genehmigung versagt werden wird, wenn das beschriebene Erfordernis nicht erfüllt ist, da es nur sehr wenige in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Ärzte gibt, die mit niederländischen Krankenkassen eine vertragliche Vereinbarung geschlossen haben. Im Gegensatz dazu unterliegt der Besuch eines im Inland niedergelassenen Arztes, mit dem vertragliche Vereinbarungen bestehen, also der größte Teil der medizinischen Versorgung, die den nach dem niederländischen Krankenkas-

19 — Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-381/93, (Kommission/Frankreich, Slg. 1994, I-5145, Randnr. 17) und Urteile Kohll, Randnr. 33, sowie Smits und Peerbooms, Randnr. 61.

sengesetz Versicherten gewährt wird, nicht der Genehmigung und ist überdies für die Patienten kostenlos.

43. Wie der Gerichtshof in dem zitierten Urteil feststellte, übt die streitige niederländische Regelung nicht nur eine abschreckende Wirkung auf die Versicherten aus, sondern hindert sie sogar daran, sich an in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Ärzte zu wenden, und stellt daher sowohl für die einen als auch die anderen eine Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs dar [20].

44. Der Gerichtshof hat anerkannt, dass im Bereich der grenzüberschreitenden ärztlichen Behandlung zwingende, die Behinderung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen können. Dies gilt sowohl für eine ambulante Behandlung auf Kosten eines Krankenversicherungssystems, bei dem ein Teil der Kosten der Leistungen erstattet wird [21], als auch für eine in Krankenhäusern zu Lasten eines auf Sachleistungen basierenden Systems vorgenommene Behandlung [22].

Die Untersuchung der Rechtsprechung lässt drei verschiedene Gründe erkennen: erstens die Vermeidung einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit, zweitens das Ziel, eine ausgewogene, allen zugängliche ärztliche und klinische Versorgung aufrechtzuerhalten, das zu den Ausnahmen aus Gründen der öffentlichen Gesundheit nach Artikel 46 EG zählt, soweit es zur Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus beiträgt, und drittens die für die Gesundheit oder gar das Überleben der Bevölkerung wesentliche Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland.

45. Daher ist zu prüfen, ob das Hindernis für den freien Verkehr medizinischer Dienstleistungen, das in dem Erfordernis der vorherigen Genehmigung durch die niederländischen Pflichtkrankenkassen für das Aufsuchen eines Arztes, mit dem keine vertragliche Vereinbarung besteht, auf einen dieser drei Gründe gestützt werden kann, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Rechtsprechung festgestellt hat, dass die nationale Regelung nicht über dasjenige hinausgehen darf, was zur Erreichung des angestrebten Zweckes objektiv notwendig ist, und dass das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen zu erreichen sein darf [23]. Darüber hinaus kann eine Diskriminierung nur aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, die in Artikel 46 Absatz 1 EG genannt

20 — Urteile Kohll, Randnr. 35, sowie Smits und Peerbooms, Randnr. 69.

21 — Urteil Kohll (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 37 ff.)

22 — Urteil Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 3, Randnrn. 72 bis 75).

23 — Urteile vom 4. Dezember 1986 in der Rechtssache 205/84 (Kommission/Deutschland, Slg. 1986, 3755, Randnrn. 27 und 29), vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-180/89 (Kommission/Italien, Slg. 1991, I-709, Randnrn. 17 und 18), vom 20. Mai 1992 in der Rechtssache C-106/91 (Ramrath, Slg. 1992, I-3351, Randnrn. 30 und 31) und in der Rechtssache Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 75).

sind, auf den Artikel 55 EG verweist; wirtschaftliche Ziele gehören nicht zu diesen Gründen [24].

46. Wie ich in meinen Schlussanträgen in der Rechtssache Smits und Peerbooms bereits dargelegt habe, zeichnet sich das System der Pflichtkrankenversicherung in den Niederlanden einerseits dadurch aus, dass die ärztliche Versorgung für die Versicherten kostenlos ist. Diese müssen sich jedoch, um die von ihnen benötigten medizinischen Leistungen erhalten zu können, an einen der niedergelassenen Ärzte oder eine der medizinischen Einrichtungen wenden, mit denen ihre Kasse eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat; wenn sie sich für eine Behandlung durch Stellen entscheiden, mit denen keine vertragliche Vereinbarung geschlossen wurde, haben sie folglich die ihnen entstehenden Kosten ohne Anspruch auf Erstattung zu begleichen. Zum anderen schließen die Kassen aufgrund ihrer gesetzlichen Verpflichtung, ihren Versicherten die geeignete Behandlung zu gewährleisten, mit medizinischen Einrichtungen und niedergelassenen Ärzten vertragliche Vereinbarungen, in denen sie im Voraus Inhalt und Qualität der Leistungen sowie die finanzielle Gegenleistung vereinbaren; diese besteht im Fall der Ärzte aus der Entrichtung eines festen Pauschalbetrags und bei den einzelnen Krankenhäusern in der Zahlung eines Zuschusstarifs, der dazu bestimmt ist, die Anstalt finanziell zu stützen, nicht aber dazu, die tatsächlichen Kosten der Aufnahme abzudecken.

Das vorlegende nationale Gericht räumt ein, dass das Sachleistungssystem, das die niederländischen Krankenkassen auf der Grundlage von Versorgungsverträgen organisiert haben, geeignet sei, sowohl den Versicherten die Qualität der medizinischen Versorgung zu gewährleisten als auch die Kosten zu kontrollieren.

47. In Randnummer 76 des Urteils Smits und Peerbooms wurde darauf hingewiesen, dass die medizinischen Leistungen, die in einer Krankenanstalt erbracht werden, im Gegensatz zu denen, die die frei praktizierenden Ärzte in ihrer Praxis oder in der Wohnung des Patienten erbringen, unbestreitbar Besonderheiten aufwiesen, denn die Zahl der Krankenanstalten, ihre geografische Verteilung, ihr Ausbau und die Einrichtungen, über die sie verfügen, oder auch die Art der medizinischen Leistungen, die sie anbieten können, müssten geplant werden.

Ich bin hingegen der Ansicht, dass der Unterschied zwischen der Behandlung durch Ärzte in ihren Praxen und einer stationären Behandlung in Krankenhäusern schwindet, wenn es sich um ein Krankenversicherungssystem handelt, das nach seiner Struktur auf die Erbringung von Sachleistungen ausgerichtet ist, ob diese nun in eigenen Einrichtungen und mit angestelltem Personal oder, wie in den Niederlanden, aufgrund vertraglicher Vereinbarungen von niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern erbracht werden.

24 — Urteile vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-288/89 (Collectieve Antennevoorziening Gouda u. a., Slg. 1991, I-7, Randnr. 1), vom 25. Juli 1991 in der Rechtssache C-353/89 (Kommission/Niederlande, Slg. 1991, I-4069, Randnr. 15), vom 14. November 1995 in der Rechtssache C-484/93 (Svensson und Gustavsson, Slg. 1995, I-3955, Randnr. 15) und vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C-398/95 (Settg, Slg. 1997, I-3091, Randnr. 23).

48. In den Niederlanden gibt es dreißig Krankenkassen mit festgelegter territorialer Zuständigkeit. Die Versicherungspflichtigen müssen der Kasse beitreten, die an ihrem Wohnort tätig ist. Die Zahl der vertraglichen Vereinbarungen, die die Kasse regulär mit den Haus- und Fachärzten schließen, ist unterschiedlich und hängt von dem Behandlungsbedarf, der für das Gebiet, in dem sie tätig sind, berechnet wurde und der Zahl ihrer Mitglieder in einem bestimmten Zeitraum ab.

49. Die Tarife, die die Krankenkassen jedes Jahr mit den niedergelassenen Ärzten aushandeln, sind je nach Fachrichtung unterschiedlich; sie hängen in hohem Maße von der Zahl der Mitglieder ab, für die sie zuständig sind. Die Tarife werden mittels folgender Formel errechnet: Ein Betrag, der die durchschnittlichen Einnahmen darstellt[25], wird einem anderen hinzugerechnet, der die — ebenfalls durchschnittlichen Kosten — des Betriebes einer Praxis ausdrückt[26]; das Ergebnis wird durch eine Zahl geteilt, die die Arbeitsbelastung wiedergibt (so wird z. B. davon ausgegangen, dass ein Hausarzt 2 350 Patienten pro Jahr behandelt). Diese Berechnung führt dazu, dass ein Hausarzt von der Krankenkasse, mit der er eine vertragliche Vereinbarung über ärztliche Leistungen abgeschlossen hat, im Jahr 2000 für jeden Versicherten, der sich für eine Behandlung in seiner Praxis entschieden hat, 133 NLG — den so genannten Pauschaltarif[27] — erhält, und zwar unabhängig davon, wie viele Patienten er tatsächlich behandelt, und ohne Rücksicht darauf, dass manche Patienten öfter behandelt werden müssen als andere und dass einige Patienten das ganze Jahr über keiner Behandlung bedürfen[28]. Zahnärzte, mit denen eine vertragliche Vereinbarung geschlossen wurde, erhalten offenbar ebenfalls einen Pauschalbetrag von der Krankenkasse[29].

Hierdurch wird im Voraus die Finanzierung der gesamten medizinischen Versorgung gesichert, die die Versicherten in Praxen von Allgemeinärzten, Fachärzten und Zahnärzten im Laufe eines Jahres benötigen, so dass die Kassen grundsätzlich keine zusätzlichen Zahlungen leisten müssen. Unter diesen Bedingungen bringt es für die Kasse in allen Fällen eine zusätzliche finanzielle Belastung mit sich, wenn die Versicherten Leistungen in Anspruch nehmen, die nicht durch eine vertragliche Vereinbarung erfasst sind, und dadurch das finanzielle Gleichgewicht des Systems gefährdet wird.

25 — Der Betrag umfasst Honorar, Feriengeld, Versicherungen, Zulagen, Prämien und Rentenpläne. Das Honorar wird auf der Basis der für Beamte geltenden Gehaltstabellen festgesetzt und jährlich angepasst.

26 — Es bestehen allgemeine Richtlinien für die Berechnung der Betriebskosten der für die jeweilige ärztliche Fachrichtung erforderlichen Einrichtungen. Berücksichtigt werden die Kosten für Praxisräume, Auto, Assistenten, Telefon und Instrumente, räumliches Tätigkeitsgebiet, Instrumente usw. Die Kosten werden nach Maßgabe eines etwa neu auftretenden Bedarfs, wie z. B. der Ausrüstung der Praxis mit einem Computer, angepasst.

27 — Dieser Tarif erhöht sich für jeden Versicherten, der älter als 64 Jahre ist, auf 157 NLG.

28 — Das System der Vergütung der unter Vertrag stehenden Ärzte, die im Rahmen der Pflichtkrankenversicherung Behandlungen vornehmen, unterscheidet sich deutlich von dem System, das für Privatpersonen gilt; hier gibt es keinen Pauschaltarif, vielmehr zahlt der Patient für jede Konsultation.

29 — Vgl. Kapitel 5 der Veröffentlichung des Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn, Sport-NL vom Mai 2001 mit dem Titel *Health Care, Health Policies and Health Care Reforms in the Nederlands*: „General practitioners and dentists receive capitation payments for their sickness fund insured, but usually fee for services from their private insured clients."

50. Natürlich ist der Nachweis schwierig, dass die Erstattung von Kosten bedeutende Auswirkungen auf die Etatverwaltung der Krankenkassen haben kann, wenn sich nur einige wenige Patienten im Jahr so verhalten wie Frau Müller-Fauré.

Die Kommission ist der Ansicht, dass von einem schweren Schaden für das finanzielle Gleichgewicht des Sozialversicherungssystems nicht die Rede sein könne, da sich wegen der Sprachhürde und der mit der Reise verbundenen Unannehmlichkeiten letztlich nur wenige Patienten in andere Mitgliedstaaten begäben, um einen Arzt aufzusuchen [30].

51. Ich kann dieser Auffassung nicht zustimmen. Die Kommission weiß sehr wohl, dass es relativ viele Ärzte gibt, die das Recht auf Niederlassung in Anspruch nehmen, um in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem eigenen tätig zu sein. Wenn der Patient einen dieser Ärzte aufsucht, der seine Sprache spricht, gibt es keine Sprachbarriere. Die Sprachgrenzen in Europa stimmen keineswegs mit den geografischen Grenzen der Staaten überein, und in ausgedehnten Grenzregionen spricht die Bevölkerung häufig die Sprache des Nachbarlandes. Man denke beispielsweise an Belgien und die Niederlande, an Luxemburg und Deutschland, an Italien und Österreich, an Schweden und Finnland, an Spanien und Portugal oder an Länder mit derselben Sprache wie Irland und das Vereinigte Königreich oder Österreich und Deutschland.

Auch die Entfernung ist kein abschreckender Faktor, insbesondere angesichts der Verbesserungen der Verkehrsverbindungen in Europa, der Tendenz zu einem Zweitwohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat und der Tatsache, dass ein großer Teil der Bevölkerung immer problemloser und öfter in andere Länder reist, um dort die Ferien zu verbringen.

52. Es gibt einen weiteren Grund, weshalb ich glaube, dass relativ viele Patienten sich dafür entscheiden würden, in einen anderen Mitgliedstaat zu reisen, um einen Facharzt aufzusuchen, wenn sie die Gewissheit hätten, dass ihnen die Kosten erstattet würden; es handelt sich um diejenigen, die über die dafür erforderlichen Mittel verfügen und nicht bereit sind, mehr oder weniger lange auf eine Behandlung zu warten. Ein Kranker verfolgt ein legitimes Interesse, wenn er alles unternimmt, um seine Leiden zu lindern. Molière war sich schon im 17. Jahrhundert dieser menschlichen Neigung bewusst, als er Argan, die Hauptperson seiner Komödie „Der eingebildete Kranke", schuf, der seine Tochter Angélique ohne Rücksicht auf ihre Gefühle einem Arzt zur

30 — Die Regierung der Niederlande teilte in der mündlichen Verhandlung mit, dass trotz all der von der Kommission genannten Unannehmlichkeiten und des Erfordernisses der vorherigen Genehmigung für die Inanspruchnahme nicht vertraglich gebundener Mittel im Jahr 2001 ungefähr 14 000 Versicherte eine Behandlung im Ausland in Anspruch genommen hätten.

Frau geben wollte, um so die Behandlung all seiner Leiden sicherzustellen [31].

53. Was die Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts des Systems angeht, darf nicht übersehen werden, dass sich das Funktionieren eines auf Sachleistungen beruhenden Systems auch durch die Rolle des Hausarztes auszeichnet, der die Aufgabe hat, den Patienten die Grundversorgung zu gewähren und sie, wenn er es für erforderlich hält, an einen geeigneten Facharzt zu überweisen, den der Kranke nicht von sich aus aufsuchen kann. Wenn die Versicherten den Hausarztbesuch vermeiden und sich von sich aus direkt an einen Facharzt in einem Mitgliedstaat wenden könnten, ginge ein großer Teil der Effizienz verloren, die diese Methode, die unnötige Inanspruchnahme medizinischer Leistungen zu kontrollieren und insbesondere zu verhindern, dass sich die Facharztpraxen mit Patienten füllen, die sich den Besuch selbst verordnet haben, ohne überhaupt zu wissen, von welcher Fachrichtung ihr Leiden behandelt werden muss, zu dem System beiträgt. Damit erfüllt dieser Aspekt der Tätigkeit des Allgemeinarztes, der den Zweck hat, die Kosten zu beschränken und die korrekte Zuweisung der Mittel nach Maßgabe des Bedarfs zu überwachen, innerhalb der vertraglichen Leistungen eine ähnliche Funktion wie die vorherige Genehmigung der Kasse für das Aufsuchen eines nicht vertraglich gebundenen Arztes.

54. Da andererseits der Wille besteht, eine möglichst umfassende, ausgewogene und allen zugängliche Versorgung aufrechtzuerhalten, ist offenkundig, dass das Interesse der Ärzte am Abschluss vertraglicher Vereinbarungen mit den Krankenkassen in direkter Verbindung mit der Zahl der ihnen dadurch zugeführten Patienten steht, da sie für jeden von ihnen den jährlichen Pauschalbetrag erhalten. Würden sich die Versicherten an nicht vertraglich gebundene Ärzte im In- oder Ausland wenden, statt die Praxen der vertraglich gebundenen Ärzte aufzusuchen, könnten die Kassen keine Mindestzahl von Versicherten pro Arzt garantieren. Es bestünde dann die Gefahr, dass viele dieser niedergelassenen Ärzte das Interesse daran verlören, sich zu einer bestimmten Verfügbarkeit zu verpflichten und Qualität und Preis der Dienstleistungen zu garantieren, indem sie vertragliche Vereinbarungen mit den Kassen, die die Pflichtkrankenversicherung verwalten, schließen. Sie zögen es vor, Privatpatienten zu betreuen, die sicher weniger zahlreich sind, von denen sie aber höhere Honorare erhielten. Auf diese Weise würde trotz der Planungsanstrengungen der Kassen in Bezug auf das medizinische Angebot an personellen und finanziellen Mitteln nicht mehr erreicht, dass ein dauerhafter und allgemeiner Zugang der Versicherten zu den Praxen mit Einschluss eine breiten Palette von Fachärzten zu einem vertretbaren Preis gewährleistet ist, und dadurch würde der Fortbestand des Sachleistungssystems in seiner derzeitigen Form ernsthaft gefährdet. Es darf auch nicht übersehen werden, dass das Gemeinschaftsrecht nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten

31 — Vgl. Molière, Le Malade Imaginaire, und insbesondere die 5. Szene des Ersten Akts, Ed. Larousse, petits classiques, Paris 1998, S. 61. Es ist amüsant, wie die Dienerin Toinette in der 10. Szene des Dritten Akts vor ihrem Herrn vorgibt, Arzt zu sein, und das Thema der grenzüberschreitenden ärztlichen Behandlung vorwegnimmt, als sie erklärt, reisender Arzt zu sein und von Stadt zu Stadt, Provinz zu Provinz und Königreich zu Königreich zu ziehen (S. 167).

zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt lässt [32], weshalb sich in Ermangelung einer Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene nach dem Recht eines jeden Mitgliedstaats bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Leistung besteht [33].

55. Es trifft zu, dass die auf dem Sachleistungsprinzip beruhenden Sozialversicherungssysteme unter dem Problem der Wartelisten leiden, das seine Ursache im immer ausgeprägteren Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage im Bereich der ärztlichen Versorgung hat. Dies gilt sowohl für den Zugang zu den Krankenhäusern wie für den zu den Arztpraxen [34]. Angesichts dieser Situation stellt die vorherige Genehmigung durch die Kassen für das Aufsuchen nicht vertraglich gebundener Ärzte im Inland wie im Ausland einen Mechanismus zur Bestimmung der Prioritäten für die verschiedenen Behandlungen, zur Verwaltung der verfügbaren Mittel und zur Gewährleistung einer medizinischen Versorgung in Übereinstimmung mit den jeweiligen Bedürfnissen der Praxis dar. Wenn die Patienten auf der Warteliste freien Zugang zum Markt der nicht auf vertraglicher Grundlage erbrachten Dienstleistungen mit dem Anspruch auf Kostenerstattung hätten, würde der Grundsatz der Gleichheit der Versicherten beim Zugang zur ärztlichen Versorgung zu Lasten derjenigen aufgegeben, die aus Mittellosigkeit oder im Vertrauen auf die Qualität des Systems darauf warten, dass sie an der Reihe sind. Dies würde dazu führen, dass das auf dem Sachleistungsprinzip basierende Sozialversicherungssystem seine Grundlage verlieren und sich in der Praxis in ein Erstattungssystem umwandeln würde.

In diesem Zusammenhang ist es irrelevant, dass die Kosten für den konkreten Eingriff, der an einem Versicherten wie Frau Van Riet vorgenommen wurde, die Kosten unterschreitet, die die Kasse in dem Staat der Versicherungszugehörigkeit hätte zahlen müssen, denn die negativen Auswirkungen dieses Verhaltens auf das System können nicht nur anhand einer einzelnen Behandlung beurteilt werden [35].

56. Vor allem für kleine Länder würde fortwährendes und systematisches Reisen von Kranken in andere Mitgliedstaaten, um dort medizinische Hilfe in Anspruch zu nehmen, die Gefahr hervorrufen, dass die Kassen nicht mehr in der Lage sind, ein akzeptables Niveau ärztlicher Kompetenz für die Behandlung wenig verbreiteter Krankheiten aufrechtzuerhalten.

32 — Urteile vom 7. Februar 1984 in der Rechtssache 238/82 (Duphar u. a., Slg. 1984, 523, Randnr. 16), vom 17. Juni 1997 in der Rechtssache C-70/95 (Sodemare u. a., Slg. 1997, I-3395, Randnr. 27), Kohll (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 17) und Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 44).

33 — Urteile vom 30. Januar 1997 in den Rechtssachen C-4/95 und C-5/95 (Stöber und Piosa Pereira, Slg. 1997, I-511, Randnr. 36), Kohll (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 18) und Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 45).

34 — Es handelt sich dabei nicht um ein Problem, das nur die auf Sachleistungen basierenden Krankenversicherungssysteme betrifft. Man muss sich nur einmal vor Augen führen, wie viele Tage man in Luxemburg, wo nur die Erstattung eines Teils der von den Versicherten bezahlten Leistungen gewährt wird, auf einen Termin bei einem Allgemeinmediziner warten muss oder wie viele Wochen vergehen, bevor man einen Termin bei einem Facharzt bekommt.

35 — L. Dubois, La libre circulation des patients hospitaliers, une petite liberté sous conditions, *Revue de droit sanitaire et social*, 37(4) 2001, S. 721 bis 726, insbesondere S. 726: „On peut se demander s'il est pleinement légitime d'accorder au patient qui se déplace le droit de choisir entre le régime de son État d'origine et celui de l'État dans lequel il se fait soigner les éléments qui lui sont les plus favorables."

57. Da sie untrennbar mit dem Sachleistungsprinzip verbunden ist, stellt die vorherige Genehmigung zudem eine geeignete Maßnahme dar, durch die die Versicherten rechtzeitig im Voraus erfahren können, ob die Kosten der von ihnen beantragten Behandlungsmaßnahmen erstattet werden, und durch die den Kassen die Kontrolle ihrer Ausgaben und des Verbrauchs ihrer Mittel ermöglicht wird.

Wenn Frau Müller-Fauré eine vorherige Genehmigung beantragt hätte, hätte sie erfahren, dass nur ein ganz geringer Teil der Leistungen, die sie bei dem deutschen Zahnarzt in Anspruch nehmen wollte, von ihrem niederländischen Sozialversicherungssystem umfasst war. Gleichzeitig hätte die Kasse entscheiden können, ob der Zustand des Gebisses der Antragstellerin eine zahnärztliche Behandlung erforderlich machte oder ob es, unter Berücksichtigung dessen, dass sie die von ihrem Leistungsumfang gedeckte Zahnbehandlung in Form einer Pauschalzahlung für jeden Versicherten bereitstellt, vorzuziehen war, dass sich die Patientin an einen Zahnarzt wendet, mit dem die Kasse eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat.

58. Belgien, dessen Krankenkassen den Versicherten einen Teil der Behandlungskosten erstatten, widerspricht der Auffassung, die vorherige Genehmigung der Kassen, die in dem Urteil Kohll vorgeschrieben war, sei in den Sachleistungssystemen gerechtfertigt, da die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nicht von der Beschaffenheit des Sozialversicherungssystems abhängen könne. Ich verstehe diesen Standpunkt, teile ihn aber nicht. Ich bin mir der Schwierigkeit bewusst, diese Grundfreiheit des Vertrages mit den Besonderheiten der Krankenversicherungssysteme der fünfzehn Staaten in Einklang zu bringen, von denen die Mehrheit auf der Gewährung von Sachleistungen aufgebaut sind. Aber es darf nicht aus den Augen verloren werden, dass die Mitgliedstaaten nie die Absicht hatten, ihre Gesetzgebungen in diesem Bereich zu harmonisieren, sondern sich darauf beschränkt haben, sie durch die Verordnung Nr. 1408/71 zu koordinieren, um die ihnen von Artikel 42 EG auferlegten Ziele zu erfüllen. Es trifft zu, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Sozialversicherungssysteme das Gemeinschaftsrecht beachten müssen [36], doch kann diese Verpflichtung ihnen weder die Abkehr von den Prinzipien und Grundgedanken, die ihren Krankenversicherungen traditionell zugrunde liegen, noch eine Neustrukturierung in einem Umfang auferlegen, der es ihnen ermöglicht, die Kosten der Behandlung von Versicherten zu erstatten, die sich für eine Behandlung durch einen Arzt im Ausland entscheiden [37].

59. Die Notwendigkeit der von dem Patienten angestrebten Behandlung durch Ärzte, mit denen keine vertragliche Vereinbarung geschlossen wurde, als Voraussetzung für die vorherige Genehmigung durch die Krankenkasse hat der Gerichtshof in den Randnummern 103 bis 107 des Urteils Smits und Peerbooms eingehend untersucht. Nach meiner Einschätzung

36 — Urteile Kohll und Smits und Peerbooms (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 19 bzw. in Fußnote 3, Randnr. 46).

37 — Die Reaktion der Versicherten bleibt abzuwarten, denn statt kostenlose Versorgungsleistungen in Anspruch zu nehmen, müssten sie diese zunächst selbst bezahlen und dann warten, bis ihnen ein Teil davon erstattet wird.

muss im vorliegenden Fall ebenso argumentiert werden, nämlich dahin, dass sich diese Voraussetzung im Hinblick auf Artikel 49 EG rechtfertigen lässt, wenn sie so ausgelegt wird, dass die Genehmigung nur dann versagt werden kann, wenn die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig bei einem Arzt erhältlich ist, mit dem die Krankenkasse des Versicherten eine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat [38].

So ausgelegt trägt diese Voraussetzung im Kontext der vorherigen Genehmigung dazu bei, im Inland ein ausreichendes, ausgewogenes und ständiges Angebot einer qualitativ hochwertigen ambulanten Versorgung aufrechtzuerhalten, und gibt dem Krankenversicherungssystem finanzielle Stabilität.

60. Wie bei der Krankenhausversorgung würden, wenn sich zahlreiche Versicherte eines Sachleistungssystems in andere Staaten begäben, um einen Arzt aufzusuchen, während im Inland ein ausreichendes Angebot von angemessenen, gleichen oder gleichwertigen Dienstleistungen auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen vorhanden ist, derartige Patientenströme den Grundsatz des Abschlusses vertraglicher Vereinbarungen, die Planungs- und Rationalisierungsanstrengungen der Kassen, das Gleichgewicht im Angebot an medizinischer Versorgung und die an den Prioritäten ausgerichtete Verwaltung der Mittel gefährden [39].

Steht jedoch fest, dass eine vom inländischen Krankenversicherungssystem gedeckte Leistung nicht von einem Arzt erbracht werden kann, mit dem eine vertragliche Vereinbarung geschlossen wurde, so kann nicht zugelassen werden, dass zum Nachteil von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Ärzten den inländischen Ärzten Vorrang eingeräumt wird, denn sobald solche Leistungen außerhalb des von der inländischen Regelung eingeführten Planungsrahmens erbracht werden, würde ein derartiger Vorrang über das hinausgehen, was notwendig ist, um die Wahrung

38 — Zu diesem Ergebnis ist im Hinblick auf Krankenhausleistungen die Arrondissementsrechtbank Roermond gekommen, die die Vorlagefrage in dieser Sache stellte, als sie in den beiden Ausgangsverfahren am 3. Oktober 2001 in der Hauptsache entschied, also nur rund zweieinhalb Monate, nachdem sie die Antwort des Gerichtshofs erhalten hatte. Sie wies die Klage von Frau Geraets-Smits ab, da weder medizinisch noch wissenschaftlich nachgewiesen sei, dass die kategoriale und multidisziplinäre Behandlung in Deutschland besser sei als die in den Niederlanden erhältlichen Behandlungen, und weil die Patientin in ihrem Land in einer Einrichtung hätte behandelt werden können, mit der ihre Krankenkasse eine vertraglich Vereinbarung geschlossen hatte. Die Klage von Herrn Peerbooms führte zu demselben Ergebnis, da das Gericht die Auffassung vertrat, dass die spezielle intensive Neurostimulationstherapie in ärztlichen Kreisen nicht für üblich gehalten werde, weil sie nicht hinreichend durch die internationale medizinische Forschung untersucht und anerkannt sei. Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, stützt sich das Gericht auf ein Gutachten aus dem Jahre 1994 über Stimulationsprogramme, auf einen Bericht des Gesundheitsrats und eine Pilotstudie. Vgl. die Urteile in der Datenbank Nationale Entscheidungen des Gerichtshofs, Referenz QP/03935-P1-A und QP/03935-P1-B.

39 — L. Dubois, a. a. O., S. 726 führt zur Krankenhausbehandlung aus: „Il reste que les incidences pratiques à moyen ou long terme de cette jurisprudence paraisses difficiles à évaluer. Ne risque-t-elle pas d'induire un afflux excessif de candidats à l'admission dans les établissements ‚en pointe', d'aggraver les difficultés des systèmes de soins moins performants? Il apparaît souhaitable que nos systèmes hospitaliers s'ouvrent aux vents de l'Europe. Pour autant, on ne saurait oublier combien ils diffèrent les uns des autres, combien chacun est complexe et repose sur des fragiles équilibres, financiers notamment."

der zwingenden Erfordernisse, die eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen, zu gewährleisten.

61. Ich bin mir dessen bewusst, dass die von mir vorgeschlagene Auslegung nicht nur dem Standpunkt der Staaten, deren Krankenversicherungssysteme einen Teil der von den Versicherten bezahlten Kosten erstatten und von denen in diesem Verfahren einzig Belgien eine Stellungnahme abgegeben hat, zuwiderläuft, sondern auch den Nachteil hat, dass sie der Position der radikalen Befürworter der Liberalisierung der Gesundheitsdienstleistungen in den Mitgliedstaaten widerspricht. Aber sie hat zumindest den Vorteil, eine klare und eindeutige Lösung für das aufgeworfene Problem anzubieten und dabei ein Dilemma wie das zu vermeiden, in dem sich die Kommission befindet, nach deren Auffassung die Besonderheiten bestimmter Zahnarztleistungen die Berücksichtigung der zwingenden Gründe, die im Urteil Smits und Peerbooms untersucht wurden, zulassen.

In ihrer Antwort auf meine hierzu formulierte Frage stellte die Kommission klar, dass sie sich auf sehr kostspielige Zahnbehandlungen bezogen habe, für die auf hoch spezialisierte Ärzte zurückgegriffen werden müsse, denn die Verfügbarkeit dieser Dienstleistungen müsse geplant werden. Darüber hinaus erkannte sie an, dass es keine absoluten Kriterien für die Unterscheidung zwischen Krankenhausbehandlung und ambulanter Behandlung gebe; bei einer Krankenhausunterbringung sei das Erfordernis der Genehmigung gerechtfertigt, während bei der Erbringung der Leistungen in Arztpraxen der Einzelfall geprüft werden müsse.

Ich bin nicht der Einzige, der die Auffassung vertritt, dass dieser Vorschlag der Kommission — so angemessen er im Licht des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch erscheinen mag — in der Praxis nicht funktionieren würde [40], denn einerseits würde er bei den Versicherten zu Unsicherheit führen und dadurch gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstoßen, und andererseits halte ich es, wenn die vorherige Genehmigung mit der Notwendigkeit der Krankenkassen, ihr Angebot an medizinischen Leistungen zu planen, gerechtfertigt werden kann, für offenkundig, dass alle Leistungen und nicht nur die teuersten und umfassendsten der Planung bedürfen [41]. Es darf auch nicht übersehen werden, dass die Kassen bei jeder einzelnen ambulanten Dienstleistung vorab prüfen müssen, ob ihre Besonderheiten eine vorherige Genehmigung erforderlich machen, was zu einem zusätzlichen Hindernis bei der Erlangung medizinischer Behandlung führt.

62. Aus den dargelegten Gründen komme ich zu dem Ergebnis, dass die Artikel 49 EG und 50 EG der Regelung eines Mitgliedstaats, mit der ein auf dem Sachleistungsprinzip beruhendes Sozialversicherungs-

40 — Die Mitgliedstaaten, die an der mündlichen Verhandlung teilgenommen haben, haben hierauf geantwortet und diese Möglichkeit abgelehnt.

41 — Die Möglichkeiten beschränken sich nicht nur auf zahnärztliche Leistungen. Es gibt Dienstleistungen wie den Scanner oder die Magnetresonanz, die normalerweise von Röntgenärzten erbracht werden, die keiner Krankenhausunterbringung bedürfen und deren noch beschränkte Verfügbarkeit zweifellos der Planung der Einrichtungen, die die Krankenkassen verwalten, unterliegt.

system eingerichtet wird, in dem die Versicherten eine vorherige Genehmigung ihrer Krankenkasse einholen müssen, wenn sie sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben und sich dort von einem Arzt behandeln lassen wollen, mit dem die Kasse keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat, und die die Erteilung dieser Genehmigung von der Voraussetzung abhängig macht, dass die Behandlung für den Betroffenen notwendig ist, nicht entgegenstehen, sofern diese Regelung so ausgelegt wird, dass die Genehmigung nur versagt werden kann, wenn rechtzeitig eine identische oder gleich wirksame Behandlung durch einen Arzt erlangt werden kann, der eine vertragliche Vereinbarung mit der Krankenkasse geschlossen hat, der der Versicherte angehört.

B — *Zur dritten Frage*

63. Im Urteil Smits und Peerbooms wurde das Erfordernis der vorherigen Genehmigung für die Erlangung von Dienstleistungen in einer Krankenanstalt ausführlich untersucht. Deshalb ist es nicht erforderlich, die dritte Vorlagefrage zu beantworten, mit der gefragt wird, ob es für die Antwort auf die beiden vorhergehenden Fragen darauf ankommt, ob es sich bei der Behandlung ganz oder teilweise um eine stationäre ärztliche Behandlung handelt.

C — *Zu der vom Centrale Raad van Beroep erbetenen Klarstellung des Begriffes „rechtzeitig" in Randnummer 103 des Urteils Smits und Peerbooms*

64. In seinem Schreiben vom 25. Oktober 2001 stellt das nationale Gericht dem Gerichtshof folgende Frage nach der Bedeutung dieses ihm unklar erscheinenden Begriffes:

Bedeutet der Begriff „rechtzeitig" in Randnummer 103 des Urteils Smits und Peerbooms, dass dieser Begriff keine Anwendung findet, wenn die Behandlung nicht dringend oder medizinisch notwendig ist, unabhängig von der Dauer der Wartezeit?

65. Insoweit teile ich die Ansicht der Kommission, die hervorhebt, dass dieser Begriff aus dem niederländischen Recht stamme, und zwar aus dem Beschluss, mit dem die Arrondissementsrechtbank Roermond die Vorlagefragen in der Rechtssache Smits und Peerbooms stellte. In der Tat findet sich in der vorletzten Zeile des vorletzten Absatzes von Abschnitt II des Beschlusses der Begriff „tijdig".

Es handelt sich um eine Bedingung, die an eine der beiden Voraussetzungen, von denen die Krankenkassen die vorherige Genehmigung abhängig machen, geknüpft ist, nämlich die Notwendigkeit der vorgesehenen Behandlung für den Patienten.

66. Im Urteil Smits und Peerbooms hat der Gerichtshof zudem in Randnummer 104 definiert, wie zu beurteilen ist, ob eine Behandlung, die die gleiche Wirksamkeit für den Patienten aufweist, rechtzeitig in einer Einrichtung verfügbar ist, die eine vertragliche Vereinbarung mit einer Krankenkasse geschlossen hat, der der Versicherte angehört, und er hat ausgeführt, dass die nationalen Behörden dabei sämtliche Umstände beachten müssten, die den jeweiligen konkreten Fall kennzeichneten, und dabei nicht nur den Gesundheitszustand des Patienten zum Zeitpunkt der Stellung des Genehmigungsantrags, sondern auch die Vorgeschichte des Patienten zu berücksichtigen hätten.

Ersichtlich hat der Gerichtshof demnach ausschließlich medizinische Gründe genannt.

67. Meiner Ansicht nach ist gegenüber dem nationalen Gericht klarzustellen, dass die Beurteilung der Bedingung „rechtzeitig" (tijdig) aus streng medizinischer Sicht, unabhängig von der Dauer der Wartezeit für die erforderliche Behandlung vorgenommen werden muss.

IX — Ergebnis

68. Nach allem schlage ich dem Gerichtshof vor, dem Centrale Raad van Beroep wie folgt zu antworten:

1. Die Artikel 49 EG und 50 EG stehen der Regelung eines Mitgliedstaats, mit der ein auf dem Sachleistungsprinzip beruhendes Sozialversicherungssystem

eingerichtet wird, in dem die Versicherten eine vorherige Genehmigung ihrer Krankenkasse einholen müssen, wenn sie sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben und sich dort von einem Arzt behandeln lassen wollen, mit dem die Kasse keine vertragliche Vereinbarung geschlossen hat, und die die Erteilung dieser Genehmigung von der Voraussetzung abhängig macht, dass die Behandlung für den Betroffenen notwendig ist, nicht entgegen, sofern diese Regelung so ausgelegt wird, dass die Genehmigung nur versagt werden kann, wenn rechtzeitig eine identische oder gleich wirksame Behandlung durch einen Arzt erlangt werden kann, der eine vertragliche Vereinbarung mit der Krankenkasse geschlossen hat, der der Versicherte angehört.

2. Die Beurteilung der Bedingung „rechtzeitig" (tijdig) muss aus streng medizinischer Sicht, unabhängig von der Dauer der Wartezeit für die erforderliche Behandlung vorgenommen werden.