

Hamburger Studien
zum Europäischen und Internationalen Recht

Band 58

**Die Liberalisierung
von Gesundheitsdienstleistungen nach
dem Weltdienstleistungshandelsabkommen
GATS**

Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitssystem

Von

Juliane Hernekamp



Duncker & Humblot · Berlin

JULIANE HERNEKAMP

Die Liberalisierung von Gesundheitsdienstleistungen nach
dem Weltdienstleistungshandelsabkommen GATS

Hamburger Studien
zum Europäischen und Internationalen Recht

Herausgegeben von

Thomas Bruha, Armin Hatje, Meinhard Hilf, Hans Peter Ipsen †,
Rainer Lagoni, Gert Nicolaysen, Stefan Oeter

Band 58

Die Liberalisierung
von Gesundheitsdienstleistungen nach
dem Weltdienstleistungshandelsabkommen
GATS

Auswirkungen auf das deutsche Gesundheitssystem

Von

Juliane Hernekamp



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg
hat diese Arbeit im Jahre 2011 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Tritsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0945-2435

ISBN 978-3-428-13862-3 (Print)

ISBN 978-3-428-53862-1 (E-Book)

ISBN 978-3-428-83862-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

«[...] l'état doit à tous les citoyens une subsistance assurée,
la nourriture, un vêtement convenable, et un genre de vie
qui ne soit point contraire à la santé».

Montesquieu, De l'esprit des lois, Quatrième Partie :
Livre XXIII, Chapitre XXIX. Des hôpitaux

Vorwort

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation angenommen.

Viele haben dazu beigetragen, dass sie entstehen konnte. Zunächst möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Stefan Oeter, für die Betreuung der Arbeit und die Gelegenheit zur Mitarbeit an dem von ihm und Herrn Prof. Dr. Meinhard Hilf herausgegebenen Lehrbuch zum WTO-Recht danken, die wesentliche Impulse zur Themenfindung dieser Arbeit gegeben hat. Herrn Prof. Dr. Thomas Bruha danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, dem Verlag und den Herausgebern für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Der Hans-Neuffer-Stiftung danke ich für die finanzielle Unterstützung der Drucklegung.

Darüber hinaus möchte ich an alle, die mich während dieser Zeit begleitet haben, meinen Dank richten. Besonders gilt dies für meine Kolleginnen und Kollegen im Bundesministerium für Gesundheit. Ohne ihre Unterstützung wäre das Gelingen dieser Arbeit um ein Vielfaches schwieriger gewesen. Auch verdanke ich Herrn Prof. Borgetto und seinen Kolleginnen und Kollegen sowie dem Jahrgang 2006/2007 des Masterstudienganges Droit Sanitaire et Sociale der Universität Panthéon-Assas (Paris II) wertvolle Impulse für diese Arbeit.

Ganz besonders dankbar bin ich meiner Familie und Dr. Nicolas Gauß für den motivierenden Zuspruch und die unermüdliche Geduld, mit der sie es möglich gemacht haben, dass ich diese Arbeit fertigstellen konnte.

Die Arbeit befindet sich auf dem Stand von Oktober 2012. Sie ist zu weiten Teilen neben meiner Tätigkeit im Bundesministerium für Gesundheit entstanden und gibt ausschließlich meine persönliche Beurteilung wieder und nicht den Standpunkt des Ministeriums.

Brüssel, im Oktober 2012

Juliane Hernekamp

Inhaltsverzeichnis

Einführung: Perspektiven internationaler Marktöffnung	23
I. Marktöffnung <i>bottom up</i>	25
II. Marktöffnung <i>top down</i>	28
III. Weltdienstleistungshandelsrecht als multilateraler Rahmen für Reformen der GKV	31
Gang der Untersuchung	32

Teil 1

Begriff der Gesundheitsdienstleistungen im GATS	35
A. Begriffsvielfalt im Mehrebenensystem	35
B. Begriffsbestimmung im EU-Recht	38
C. Enumerative Begriffsbestimmung im GATS	41
I. Gesundheitsdienstleistungen im GATS	42
1. Gesundheitsbezogene Sektoren der SSC-Liste	43
2. Abgrenzungsfragen	47
a) Wellness-Leistungen und Schönheitsoperationen	48
b) Rehabilitations- und Pflegeleistungen	48
c) Ambulante und Krankenhausdienstleistungen	49
d) Zusammenfassung	51
3. Zwischenergebnis	52
II. Die vier Modi der Dienstleistungserbringung	52
1. Modus 1: E-health	53
2. Modus 2: Patientenmobilität	54
3. Modus 3: Niederlassung und Direktinvestitionen	55
4. Modus 4: Arbeitsmigration	56

5. Zwischenergebnis	57
III. Würdigung des Ansatzes im GATS und im EU-Recht	58
D. Ergebnis zu Teil 1	60

Teil 2

GATS-handelsrelevante Regulierung von Gesundheitsdienstleistungen	62
A. Regulierungsbegriff und verwandte Konzepte	63
I. Regulierungsbegriff: US- und europäischer Ansatz	63
II. Liberalisierung	64
III. De- und Reregulierung	66
IV. Privatisierung	67
B. Regulierungsziele	70
I. Ökonomische Motivation: Marktfehler und Marktversagen	70
1. Charakteristika von Gesundheitsdienstleistungen	70
a) Fehlender „Marktpreis“ der Gesundheit	71
b) Lokaler, regionaler Versorgungscharakter	72
c) Informationsasymmetrien	72
d) Angebotsinduzierte Nachfrage, geringe Preiselastizität	74
e) Externalitäten	76
f) Moral hazard	76
g) Adverse Selektion	77
h) Optionsgutcharakter von Gesundheitsdienstleistungen	78
i) Zwischenergebnis	78
2. Würdigung	79
II. Sozialpolitische Motivation: Recht auf Gesundheit	80
1. Der Begriff: Recht auf Gesundheit	80
2. Kodifikation des Rechts auf Gesundheit	83
3. Schutzbereich des Rechts auf Gesundheit	87
a) Umfang des Anspruchs auf ärztliche Versorgung	89

b) Zugang zu medizinischen Einrichtungen u. a.	90
c) Qualität der Gesundheitsversorgung	91
d) Zusammenfassung	91
4. Zentrale Gewährleistungsgehalte des Rechts auf Gesundheit	94
a) Solidarität	94
b) Prinzip der Versicherungspflicht und Pflichtversicherung	97
c) Allgemeine Zugänglichkeit zur Gesundheitsversorgung	99
d) Präventiver Gesundheitsschutz	101
e) Gesundheitliche Eigenverantwortung und Selbstbestimmung	102
f) Zwischenergebnis	103
5. Beschränkung und Verletzung des Rechts auf Gesundheit	104
a) Nachhaltige Finanzierung und Organisation der Gesundheitssysteme	106
b) Gleichberechtigter Zugang zu hochwertigen Einrichtungen u. a.	106
6. Zusammenfassung	107
III. Zwischenergebnis	108
C. Regulierungsinstrumente	109
I. Überblick: Entwicklung westlicher Gesundheitssysteme	109
1. Ursprünge	109
2. Grundtypen moderner Gesundheitssysteme	110
II. Organisationsstruktur des deutschen Gesundheitssystems	113
1. Organisationsstruktur und Akteure	114
a) Bundesebene	114
b) Länder	115
c) Selbstverwaltungsorgane	115
d) Weitere zentrale Akteure	119
e) Zwischenergebnis	120
2. Grundlegende Regulierungsinstrumente	121
III. Zwischenergebnis	123
D. Ergebnis zu Teil 2	123

*Teil 3***Anwendung und Auswirkungen des GATS
auf die gesetzliche Krankenversicherung**

125

A. Auslegung des GATS im internationalen Mehrebenensystem	125
I. Flexibilität des GATS und Souveränität der WTO-Mitglieder	126
II. Völkervertrags- und völkergewohnheitsrechtliche Auslegung	129
III. Auslegung im Lichte der Menschenrechte	130
1. Menschenrechtliche Dimension der WTO	131
a) Bindung der WTO an nationale Menschen- und Grundrechte	133
b) Bindung der WTO an internationale Menschen- und Grundrechte	135
2. Auslegung im Lichte des Rechts auf Gesundheit	137
3. Würdigung	139
IV. Zwischenergebnis	139
B. Anwendungsbereich des GATS	140
I. Maßnahmen der Mitglieder	141
1. Institutionelle Dimension des Maßnahmenbegriffs des GATS	141
2. Formelle Dimension des Maßnahmebegriffs des GATS	143
3. Zwischenergebnis	144
II. Handelsbeeinträchtigung durch die Maßnahme	144
1. „Handel mit Dienstleistungen“ im Sinne des GATS	145
2. „Beeinträchtigung“ im Sinne des GATS	145
3. Zwischenergebnis	147
III. Ausnahme vom Anwendungsbereich des GATS	147
1. In Ausübung hoheitlicher Gewalt erbrachte Dienstleistungen	147
a) Hintergrund der Diskussion um GATS und die Daseinsvorsorge	148
b) Verhältnis von Art. I Abs. 3 b) zu c) GATS	152
c) Tatbestandsmerkmale der Bereichsausnahme	153
aa) Kommerzialität	153
(1) Objektives Kriterium: Entgelt	154
(2) Subjektive Kriterien	155

(3) Verobjektivierte Gewinnerzielungsabsicht	156
(4) Grundsätze des EU-Vergaberechts	157
(5) Diskriminierungsfreie Staatenpraxis	157
(6) Würdigung	158
bb) Wettbewerb	159
(1) Markt(ähnliche) Situation oder Monopol	160
(2) Substituierbarkeit aus Endverbrauchersicht und Anbieterwettbewerb	160
(a) Wettbewerb um Versorgungsverträge und „GKV-Zulassung“	162
(b) Wettbewerb der Leistungsanbieter um Patienten	164
(c) Wettbewerb zwischen den Versorgungsbereichen „ambulant“ und „stationär“	164
(d) Wettbewerb im Bereich von Wellness- und Schönheitsleistungen	166
(e) Zwischenergebnis	166
(3) Rückgriff auf die Grundsätze des EU-Vergaberechts	166
(4) Konzept des one way-Wettbewerbs	167
(5) Würdigung	167
cc) Hoheitlicher Bezug der Dienstleistungserbringung	168
dd) Sonstige Anhaltspunkte für die Auslegung der Bereichsausnahme	170
(1) Die Anlage zu Finanzdienstleistungen	171
(2) Daseinsvorbehalte in Verpflichtungslisten verschiedener WTO-Mitglieder	171
(3) Referenzpapier zu Regulierungsprinzipien im Bereich der Basistelekommunikationsdienste	173
(4) Zwischenergebnis	173
ee) Beweislastverteilung unter Art. I Abs. 3 b), c) GATS	173
ff) Zwischenergebnis	176
d) Zwischenergebnis zur Reichweite der Bereichsausnahme	177
2. <i>Lex specialis</i> Bereichsausnahme	178
a) Anwendungsbereich der Anlage zu Finanzdienstleistungen	179
b) Tätigkeiten i.R. eines gesetzlichen Systems sozialer Sicherheit	181
c) Rückausnahme: Erbringung der Tätigkeit im Wettbewerb	182
aa) Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs des EuGH	184
bb) Krankheitsvollversicherung gesetzlich Pflichtversicherter	187
cc) Wahltarife	188
dd) Private Zusatzversicherung	192
ee) Freiwillige Versicherung bei einer gesetzlichen Krankenkasse	194

ff) Zwischenergebnis zur Anwendbarkeit der Rückausnahme	194
d) Zwischenergebnis zur Reichweite der Bereichsausnahme	195
3. Partielle Bereichsausnahme i.R. öffentlicher Beschaffungsvorgänge	195
IV. Ergebnis zum Anwendungsbereich des GATS	195
C. Pflichten des GATS als Rahmen nationaler Gesundheitsregulierung	197
I. Allgemeine Pflichten und Disziplinen des GATS	201
1. Allgemeine verfahrensrechtliche Pflichten	202
a) Veröffentlichungs-, Auskunfts- und Unterrichtungspflichten u. a.	203
b) Verhandlungs- und Konsultationspflichten	207
c) Würdigung	210
2. Allgemeine materiell-rechtliche Pflichten	211
a) Meistbegünstigungsprinzip gem. Art. II GATS und Ausnahmen	211
aa) Anwendungsbereich des Meistbegünstigungsprinzips	212
bb) Ausnahmen vom Meistbegünstigungsprinzip mit Gesundheitsbezug	215
(1) Ausnahme gem. Art. II Abs. 2 GATS	216
(2) Anerkennung ausländischer Berufsqualifikationen, Art. VII Abs. 1 GATS	218
(3) Horizontale Ausnahmen vom Meistbegünstigungsprinzip im Gesundheitsbereich	219
cc) Würdigung	220
b) Nichtdiskriminierende Ausgestaltung der Anerkennungsverfahren von Qualifikationsnachweisen	221
c) Monopolkontrolle, Art. VIII Abs. 1, 5 GATS	222
aa) Begriff: Monopole u. a.	223
bb) Umfang der Missbrauchsaufsicht	225
d) Einrichtungen von Kontrollverfahren	226
e) Zusammenfassung	228
3. Ergebnis	229
II. Die spezifischen Verpflichtungen der nationalen Listen (<i>schedules</i>)	230
1. Spezifische Verpflichtungen: Marktzugang, Inländerbehandlung u. a.	231
a) Marktöffnungsverpflichtungen im Gesundheitsbereich	233
aa) Modus 1	234

- bb) Modus 2 235
- cc) Modus 3 236
- dd) Modus 4 236
- b) Deutscher Marktöffnungsstand im Gesundheitswesen 237
 - aa) Horizontale Verpflichtungen 237
 - bb) Marktzugangsverpflichtung, Art. XVI GATS 241
 - (1) Reichweite des Art. XVI GATS 243
 - (2) Beispiele für listungspflichtige Marktzugangsbeschränkungen ... 248
 - (3) Stand deutscher Marktzugangsverpflichtungen 249
 - (a) Sektor 1.A.h 250
 - (b) Sektor 1.A.j 252
 - (c) Sektor 1.A.k 252
 - (d) Sektor 1.F.k) 253
 - (e) Sektor 7.A.a 253
 - (f) Sektor 8.A. und B. 254
 - (g) Sektor 8.C.D. und 12 255
 - (h) Sektor 12 255
 - (4) Würdigung 256
 - a) Krankenhausplanung 256
 - (b) Bedarfsplanung für Vertragsärzte 260
 - (c) Genehmigungserfordernis von Drittstaatsbehandlungen 261
 - (d) Grenzverschiebung zwischen GKV und PKV 263
 - (e) Sonstige Regulierungsinstrumente 264
 - (5) Zwischenergebnis 265
 - cc) Grundsatz der Inländerbehandlung, Art. XVII GATS 265
 - (1) Stand deutscher Inländerbehandlungsverpflichtung 269
 - (2) Anlage zu Telekommunikationsdienstleistungen 273
 - (3) Zwischenergebnis 275
 - dd) Zusätzliche Verpflichtungen nach Art. XVIII GATS 276
 - ee) Sog. Vorverpflichtungen 277
 - ff) Zwischenergebnis 278
- 2. Annexpflichten 279
 - a) Materielle rechtliche Annexpflichten 279
 - aa) Grenzen innerstaatlicher Regulierung 279
 - (1) Beschränkung nationaler Regulierung nach Art. VI Abs. 4 GATS .. 282
 - (a) Reichweite evtl. zukünftiger Disziplinen 282

(b) Umfang des Kriterienkatalogs in Art. VI Abs. 4 GATS	283
(c) Qualitätszielbestimmung i.R. der Erforderlichkeitsprüfung	284
(d) Anforderungen an eine „mildere“ Alternativmaßnahme	287
(2) Nationale Regulierung nach Art. VI Abs. 5 GATS	291
(a) Temporäre Verpflichtungen nach Abs. 5 a) GATS	291
(b) Berücksichtigung internationaler Standards	293
(3) Würdigung	294
bb) Monopolkontrolle nach Art. VIII GATS	295
(1) Kontrolle bestehender Monopole	296
(2) Kontrolle der Errichtung neuer Monopole	297
(3) Würdigung	299
cc) Zahlungen und Übertragungen im Rahmen laufender Geschäfte	300
dd) Bewertung und Zwischenergebnis	301
b) Verfahrensrechtliche Annexpflichten	302
aa) Qualifikationskontrollverfahren	303
bb) Transparente Verfahrensgestaltung	303
cc) Unterrichts- und andere Pflichten	304
dd) Zusammenfassung zu den verfahrensrechtlichen Annexpflichten	307
c) Zwischenergebnis zu den spezifischen Annexpflichten	308
3. Zusammenfassung	308
III. Ausnahmen von den GATS-Pflichten	309
1. Allgemeine Ausnahmen aus Gesundheitsschutzgründen	309
a) Schutz des menschlichen Lebens und der Gesundheit	310
b) Einhaltung von Gesetzen oder sonstigen Vorschriften	311
c) Öffentliche Moral, öffentliche Ordnung	312
d) Chapeau	312
2. Sonstige allgemeine Ausnahmen mit Gesundheitsrelevanz	313
3. Würdigung und Zwischenergebnis	314
IV. Built-in agenda	314
1. GATS 2000 und Gesundheitsdienstleistungen	315
2. Änderung der Verpflichtungslisten	317
V. Institutioneller Rahmen	320

VI. Ergebnis zu Teil 3	321
D. Würdigung der Ergebnisse im Lichte des Rechts auf Gesundheit	324
Thesen und Zusammenfassung	327
Anhang 1: Erbringungsformen von Gesundheitsdienstleistungen nach Art. 57 AEUV	336
Anhang 2: Volkswirtschaftliche Klassifikation von Gesundheitsdienstleistungen ...	337
Anhang 3: Gesundheitsdienstleistungen nach den vier Erbringungsmodi	344
Anhang 4: Listenauszug – Stand der deutschen Marktzugangsverpflichtungen ...	345
Anhang 5: Listenauszug – Stand der deutschen Verpflichtungen zur Inländerbehandlung	349
Literaturverzeichnis	352
Stichwortverzeichnis	379

Tabellen-, Abbildungs- und Anhangsverzeichnis

Tabelle 1: Versorgungsdefizite und Marktöffnungspotential.	27
Tabelle 2: Merkmale von „Gesundheitsdienstleistungen“.	60
Tabelle 3: Formen der Privatisierung.	67
Tabelle 4: Kodifikationen und Gewährleistungsgehalte des Rechts auf Gesundheit	84
Tabelle 5: Schutzbereichsausprägungen: Gesundheitsvorsorge und –versorgung	91
Tabelle 6: Sonderregelungen mit Relevanz für Gesundheitsdienstleistungen	199
Abbildung 1: Schutzbereichsabgrenzung: Recht auf Gesundheit – Recht auf soziale Sicherheit	89
Abbildung 2: Einwirkungsmöglichkeiten der Menschenrechte auf das WTO-Rechtssystem	133
Anhang 1: Erbringungsformen von Gesundheitsdienstleistungen nach Art. 57 AEUV.	336
Anhang 2: Volkswirtschaftliche Klassifikation von Gesundheitsdienstleistungen	337
Anhang 3: Gesundheitsdienstleistungen nach den vier Erbringungsmodi.	344
Anhang 4: Listenauszug – Stand der deutschen Marktzugangspflichten	345
Anhang 5: Listenauszug – Stand der deutschen Verpflichtungen zur Inländerbehandlung	349

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AB	Appellate Body
Abs.	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJIL	American Journal of International Law
Am. Int'l.L.Rev.	American International Law Review
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
BÄO	Bundesärzteordnung
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMZ	Bundesministerium für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
BPfIVO	Bundespflegeverordnung
BSG	Bundessozialgericht
Bull. W.H.O.	Bulletin of the World Health Organization
CTS	Council for Trade in Services
DAWI	Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse
DIW	Deutsches Institut für Wirtschaft
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRG	Diagnosis Related Group
DStR	Deutsches Steuerrecht
EAS	Europäisches Arbeits- und Sozialrecht
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EC	European Community
ECOSOC	(United Nations) Economic and Social Council
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHIC	European Health Insurance Card
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
EOSS (rev.)	Europäische Ordnung der sozialen Sicherheit (in revidierter Fassung v. 6. 11. 1990)
ESC (rev.)	Europäische Sozialcharta (in revidierter Fassung v. 3. 5. 1996)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
Eu-GRC	Europäische Charta der Grundrechte
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift

EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GA	Generalanwalt
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
G-BA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GesR	Zeitschrift für Gesundheitsrecht
GG	Grundgesetz
GGW	Gesundheit und Gesellschaft/Wissenschaft
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GNS	Group of Negotiations of Services
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GSP	Gesundheitspolitik
HAWE	Health Affairs Web Exclusive
HRQ	Human Rights Quarterly
HWWI	Hamburgisches Weltwirtschaftsinstitut
IAO/ILO	Internationale Arbeitsorganisation/International Labour Organisation
INWISO	Institut für empirische Wirtschafts- und Sozialforschung
IPwskR	Internationaler Pakt für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
IRSS	Internationale Revue für Soziale Sicherheit
JIEL	Journal of International Economic Law
JWT	Journal of World Trade
JWTL	Journal of World Trade Law
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
KommJur	Kommunaljurist
KrV	Die Krankenversicherung
KV	Kassenärztliche Vereinigung
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OHCHR	Office of the High Commissioner for Human Rights
PKV	Private Krankenversicherung
RWI	Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
s.	siehe
SPS-Übereinkommen	Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen
TBT-Übereinkommen	Übereinkommen über technische Handelshemmnisse
TK	Techniker Krankenkasse
TNC	Trade Negotiations Committee
u. a.	und andere(s)
UNHCHR	United Nations High Commissioner for Human Rights

UNSD	United Nations Statistics Division
v.	versus
vgl.	vergleiche
VN	Vereinte Nationen
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
WHO	World Health Organisation
WTO	World Trade Organisation
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZIAS	Zeitschrift für internationales und ausländisches Arbeits- und Sozialrecht
ZRS	Zeitschrift für Sozialreform
ZVersWiss	Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswissenschaft

Einführung: Perspektiven internationaler Marktöffnung

Anders als in der medizinischen Forschung, die bereits seit langer Zeit die Synergieeffekte internationaler Zusammenarbeit im Interesse der Patienten angesichts grenzüberschreitender Krankheiten nutzt, vollzieht sich die Gesundheitsversorgung nach wie vor vorrangig innerhalb nationalstaatlicher Grenzen. Dem zentrifugalen Ansatz in der Forschung scheint in der Gesundheitsversorgung insoweit eine beinahe zentripetale Ausrichtung gegenüber zu stehen.

Unionsrechtliche oder gar welthandelsrechtliche Perspektiven im Gesundheitswesen werden vielfach immer noch eher gefürchtet denn begrüßt. Diskussionen münden hier schnell in die allgemeine Globalisierungsdebatte um den „Ausverkauf öffentlicher Dienstleistungen“, da das GATS den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffne, sich über Privatisierungsprozesse „der Verantwortung zur Daseinsvorsorge zu entziehen“.¹ Einer (Grenz-)Öffnung wird entgegen gehalten, sie verstärke den „Globalisierungsdruck“ auf den Umfang des Leistungsangebots der Daseinsvorsorge.² Infolge vielfacher Privatisierung komme dann nur noch derjenige in den Genuss hochwertiger Gesundheitsversorgung, der sie sich leisten könne. Dies sei unvereinbar mit dem viele Gesundheitssysteme prägenden Solidaritätsprinzip, das seine gemeinwohlorientierte und integrationsfördernde Wirkung bereits auf EU-Ebene nur schwer und auf multilateraler Ebene gar nicht entfalten könne. Bemüht wird an dieser Stelle oft die rein handelsrechtliche Zwecksetzung der WTO. Denn im Gegensatz zum Binnenmarkt – der als primär wirtschaftliche Integration gestartet ist, inzwischen aber auch eine sozialpolitische und grundrechtliche Dimension erhalten hat –, ist das Welthandelsregime der 1995 gegründeten Welthandelsorganisation (*World Trade Organisation* – WTO)³ und sein Dienstleistungsregime (*General Agreement of Trade in Services* – GATS)⁴ eine reine Handelsorganisation. Mit der Globalisierung der Gesundheitsmärkte drohe mithin angesichts vorrangiger Handelsinteressen der „Ausverkauf der Gesundheitsdienstleistungen“ durch Sozial- und Lohndumping von ausländischen Leistungsanbietern. Massive Qualitätseinbrüche, Verdrängungswettbewerbe und die Unterschreitung arbeitsrechtlicher Standards seien ebenso zu befürchten wie eine Zwei-Klassen-Medizin mit eingeschränktem Zugang zur medizinischen Versorgung benachteiligter Bevölkerungsgruppen.

¹ Koivusalo, S. 441; *Attac*, Positionspapier v. 30. Februar 2002; siehe auch *Sklair*, S. 5 ff.

² *Cornia*, S. 9 ff.

³ Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II S. 1625; ABl. 1994 L 336/3, in Kraft getreten am 1. Januar 1995.

⁴ Übereinkommen vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II S. 1643, ABl. 1994 L 336/190.

Die Gegenstimmen betonen vor allem die wirtschaftlichen „Synergieeffekte“, die eine inhaltlich eng an die Binnenmarktstrategie geknüpfte Verhandlung des GATS mit sich brächten⁵ – nicht zuletzt in Gestalt von niedrigeren Verbraucherpreisen und einer größeren Bandbreite von Angeboten.⁶ „Eine entschiedene, ökologische und soziale Aspekte berücksichtigende Marktöffnungspolitik“ könne einen entscheidenden Beitrag zur „nachhaltigen weltwirtschaftlichen Entwicklung“⁷ und zur Bekämpfung von Armut und Verbesserung der Gesundheitsversorgung⁸ leisten.

Die fortlaufenden Gesundheitsreformdiskussionen um eine nachhaltige Finanzierung, effiziente Ressourcenallokation und gerechte Redistribution innerhalb des deutschen Gesundheitssystems streifen zunehmend auch die EU-weite grenzüberschreitende Perspektive, insbesondere der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit für Patienten und Angehörige der Gesundheitsberufe sowie EU-wettbewerbsrechtliche Implikationen.

Bei der weltdienstleistungshandelsrechtlichen Dimension steht man hier allerdings erst am Anfang. Der Handel mit Gesundheitsdienstleistungen nimmt weltweit, aber auch EU-weit im Vergleich zu den übrigen Sektoren tatsächlich nur einen verschwindend geringen Anteil ein.⁹ Dabei kann neben dem Unionsrecht auch dem Welthandelsrecht grundsätzlich rechtliche Bedeutung bei der Ausgestaltung des Gesundheitssystems zukommen.¹⁰ Einerseits können multilaterale Liberalisierungsverpflichtungen nationalen Reformen gewisse Grenzen setzen, wenn etwa dem Marktwettbewerb bereits geöffnete Bereiche wieder „verstaatlicht“ werden sollen. Diese Problematik stellt sich beispielsweise, wenn der Leistungsbereich der GKV in den Geschäftsbereich der PKV ausgeweitet wird, beispielsweise in Gestalt einer dreijährigen Wartezeit für einen Wechsel in die PKV.¹¹ Andererseits gibt das nationale Recht – und ggf. die Binnenmarktharmonisierung – den Inhalt der multilateralen Liberalisierungsverpflichtungen entscheidend vor. Denn die Mitgliedstaaten tragen souverän in die dem GATS angehängten Verpflichtungslisten nicht nur die Dienstleistungssektoren und Erbringungsmodi ein, die beispielsweise aus versor-

⁵ Rat der Europäischen Union, Punkt 8, S. 10.

⁶ WTO, Health and Social Services, S. 1 ff.

⁷ Bundesregierung, Punkt 7; diese Chancen aber auch Risiken betonend WHO/WTO, Rn. 27 ff.; für eine offensivere Handelspolitik der Industriestaaten in Entwicklungsländern im Gesundheitsbereich, *Mutchnick/Stern/Moyer*, S. 42 ff.

⁸ *Dollar*, S. 827 ff.; den Diskussionsstand zu den Auswirkungen für Entwicklungsländer im Bereich sozialer Dienstleistungen zusammenfassend, *Kulkarni*, S. 247 ff.

⁹ Die EU-Kommission schätzt den im Binnenmarkt auf die grenzüberschreitende Gesundheitsversorgung entfallenden Anteil an den Gesamtausgaben der Mitgliedstaaten für Gesundheit auf ca. 1 %, siehe Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Community action on health services, S. 8. In WHO und WTO schätzt man den Anteil, der weltweit auf gesundheitsbezogene Reisen – d. h. Reisen zum Zwecke einer Gesundheitsbehandlung – entfallenden Kosten an dem weltweiten Gesamtumsatz für Reisen auf ca. 1,3 %, siehe *Karsenty*, S. 1 ff.

¹⁰ Teilweise wird die WTO sogar als einer der größten internationalen Einflussfaktoren auf die Gesundheit gesehen, *Sexton*, S. 29.

¹¹ Siehe dazu Teil 3 unter C.II.1.b), bb), (4), (d).

gungs- oder wirtschaftspolitischen Erwägungen, geöffnet werden sollen, sondern auch die konkreten Voraussetzungen bzw. Vorbehalte der Marktöffnung.

Es findet also eine wechselseitige Einflussnahme im internationalen Mehrebenensystem statt. Derartige Liberalisierungsimpulse können nationalstaatlich *bottom up* angestoßen werden, um Wohlfahrtsgewinne zu generieren oder *top down* gesetzt werden, d.h. durch unionsrechtliche oder internationale Marktöffnungsverpflichtungen generiert werden.

I. Marktöffnung *bottom up*

Eine nachhaltige Finanzierung stellt in vielen Gesundheitssystemen eine Herausforderung da angesichts einer Reihe von Faktoren, die durchaus auch grenzüberschreitende Lösungsimpulse zulassen: Grundsätzlich stehen steigenden öffentlichen Gesundheitsausgaben¹² sinkende Sozialversicherungseinnahmen gegenüber.¹³ Der Grund für die Ausgabensteigerung wird vor allem der Entwicklung neuer Technologien und Arzneimittel sowie dem durch den demographischen Wandel bedingten kostenträchtigen und steigenden Behandlungsbedarf im Gesundheitswesen zugeschrieben.¹⁴

Die Einnahmen der deutschen GKV werden aus laufenden Sozialabgaben und Steuermitteln bestritten, ohne dass grundsätzlich Rücklagen gebildet werden dürfen wie in der PKV, die auf das sog. Kapitaldeckungsprinzip gegründet ist.¹⁵ In Ländern, in denen die Beiträge zur Sozialversicherung einkommensabhängig sind und die Zahl abhängiger Beschäftigungsverhältnisse sinkt, wird insofern eine „wachsende Kluft zwischen den medizinischen Möglichkeiten und dem, was in einem System der Zwangsabgaben nachhaltig finanzierbar ist“, ausgemacht.¹⁶

¹² Die Gesundheitsausgaben pro Kopf, umgerechnet in Kaufkraftparitäten in US-Dollar, lagen in Deutschland 2010 bei 4.338 \$, der Durchschnitt der OECD-Länder lag hingegen bei 3.268 \$ pro Kopf. Der Anteil öffentlicher Ausgaben lag 2010 bei 76,8 %, der Gesamtumfang der Ausgaben Deutschlands für Gesundheit wiederum bei 11,6 % des BIP; der OECD-Durchschnittswert lag hingegen bei 9,5 %. Zwischen 2000 und 2010 war ein realer Anstieg der Gesundheitsausgaben von 2 % pro Jahr zu verzeichnen, siehe OECD, Gesundheitsdaten 2012; siehe dazu auch RWI, S. 11 ff. Der größte Anteil der Gesundheitskosten entfiel mit ca. 40 % bis 50 % der gesamten Gesundheitsausgaben in den meisten OECD-Staaten auf den Krankenhaussektor, gefolgt vom Arzneimittelmarkt mit einem Kostenanteil von ca. 30 % bis 40 % und weit abgeschlagen schließlich die Kosten ambulanter und paramedizinischer Versorgung, siehe die auf den Daten des Statistischen Bundesamtes von 2008 beruhende Analyse des RWI, S. 11.

¹³ Henke/Schreyögg, S. 33 f.

¹⁴ Schmacke, S. 2 ff.

¹⁵ Grundlage ist das Kapitaldeckungsverfahren: Die Leistungen werden aus dem Deckungskapital erbracht, das aus den am Kapitalmarkt angelegten Sparanteilen der Beiträge der Versicherten gebildet wird, siehe näher dazu Bibliographisches Institut & F.A. Brockhaus, Lexikon der Wirtschaft; siehe auch Borchardt/Farhauer, Kapitaldeckung, S. 11.

¹⁶ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Rn. 2; ebenso AOK-Bundesverband u. a., S. 3.