

und Erwachsenenbildung (*higher education services, adult education services*) eingetragen hat. Der Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung und erstreckt sich sowohl auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung als auch auf Investitionen.

Einerseits behält sich Österreich das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von privat finanzierten höheren Bildungsdienstleistungen zu erlassen oder beizubehalten (CPC 923). Andererseits behält sich Österreich das Recht vor, die grenzüberschreitende Erbringung privat finanzierter Erwachsenenbildung durch Hörfunk oder Fernsehen zu verbieten. Eine Erbringung über das Internet ist hingegen nicht ausgeschlossen.

d. Gesundheit

Hinsichtlich des Bereichs Gesundheit hat die EU in Annex II eine Reihe von Vorbehalten eingetragen: Zwei Vorbehalte beziehen sich auf Humangesundheitsdienstleistungen (CPC 931) mit Ausnahme näher genannter gesundheitsbezogener beruflicher Dienstleistungen, für die ein eigener Vorbehalt verankert wurde.²⁸¹

In der Folge sind insb die beiden Vorbehalte hinsichtlich der Erbringung von Humangesundheitsdienstleistungen von besonderem Interesse.

Der Geltungsbereich der Vorbehalte erstreckt sich insb auf **Krankenanstalten, Rettungsdienstleistungen sowie sonstige Gesundheitsdienstleistungen durch andere Gesundheitseinrichtungen** (zu denken ist etwa an Heilbäder, Kurhotels etc).

Der erste diesbezügliche Vorbehalt bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich auf Teile des Kapitels über Investitionen.²⁸²

Inhaltlich deckt dieser Vorbehalt unterschiedliche Bereiche ab, wobei jeweils zu differenzieren ist, welche Dienstleistungen von welchem Teil des Vorbehalts erfasst sind:

- Öffentlich finanzierte Gesundheitsdienstleistungen

Zunächst behält die EU sich (und den Mitgliedstaaten) das Recht vor, **jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von öffentlich finanzierten Dienstleistungen** in den erfassten Bereichen zu erlassen oder beizubehalten.²⁸³

Im österreichischen Kontext kategorisiert das KAKuG²⁸⁴ die in seinen Anwendungsbereich fallenden Krankenanstalten nach der Art ihrer Finanzierung wie folgt:

²⁸¹ CPC 931 except for 9312 Medical and Dental Services and part of 93191 relating to Midwife Services and Services provided by Nurses, Physiotherapeutic and Para-medical services, Psychologist Services, vgl CETA 2014, 1509 ff. S dazu weiter unten. Weiters wurden zwei Vorbehalte hinsichtlich Maßnahmen bezüglich des Einzelhandels mit pharmazeutischen, medizinischen und orthopädischen Produkten verankert, die im Rahmen der vorliegenden Studie jedoch nicht näher behandelt werden. Vgl CETA 2014, 1503 f.

²⁸² CETA 2014, 1510.

²⁸³ Ausführlich zur Abgrenzung öffentlich und privat finanzierter Dienstleistungen s oben III.G.3.b.

²⁸⁴ Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetz BGBl I/1957 idF BGBl I 32/2014.

- Fonds-Krankenanstalten: alle öffentlichen Krankenanstalten und jene privaten gemeinnützigen Krankenanstalten, die aus den sog Länderfonds finanziert werden;
- Private gemeinnützige Krankenanstalten, die nicht über die Länderfonds öffentlich finanziert werden, sondern auf Grundlage individueller Verträge mit den jeweiligen Sozialversicherungsträgern;
- Private gewinnorientierte Krankenanstalten, die für medizinische Leistungen, die als Versicherungsleistungen gelten, ebenfalls eine öffentliche Finanzierung erhalten (entweder auf Grundlage des PRIKRAF-G²⁸⁵, oder – wenn sie nicht unter das PRIKRAF-G fallen – aufgrund individueller Verträge mit den Sozialversicherungsträgern, oder mittelbar, indem die Patienten einen Kostenersatz bei den jeweiligen Sozialversicherungsträgern geltend machen können).²⁸⁶

Aus dem Vorbehalt in Annex II, wonach die Mitgliedstaaten jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von öffentlich finanzierten Dienstleistungen in den erfassten Bereichen erlassen oder beibehalten dürfen, folgt zunächst, dass der Zugang kanadischer Krankenanstalten als öffentliche Krankenanstalten und als private gemeinnützige Krankenanstalten nach dem KAKuG eingeschränkt bzw reguliert werden kann, weil diese ganz überwiegend öffentlich finanzierte Gesundheitsdienstleistungen erbringen.²⁸⁷

Hinsichtlich der Reichweite des Vorbehalts ist auf die allgemeinen Ausführungen zur Frage, was unter öffentlich finanzierten Dienstleistungen zu verstehen ist, zu verweisen.²⁸⁸

Nach der hier vertretenen Ansicht kann davon ausgegangen werden, dass der Vorbehalt auch Beschränkungen hinsichtlich des Marktzugangs von kanadischen Unternehmen als private gewinnorientierte Krankenanstalten deckt, sofern die Leistungen, die sie erbringen sollen, öffentlich (mit-)finanziert werden, etwa über das PRIKRAF-System. Eine Ungleichbehandlung mit anderen privaten gewinnorientierten Krankenanstalten in Österreich wäre in diesem Umfang vom Vorbehalt gedeckt. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn sich kanadische Unternehmen als rein privat finanzierte Krankenanstalten (zB Schönheitskliniken) am österreichischen Markt etablieren möchten.

Freilich kann, wie oben ausgeführt, nicht zur Gänze ausgeschlossen werden, dass die Wendung „öffentlich finanzierte Leistungen“ von Schiedsgerichten auch anders interpretiert wird.²⁸⁹ So könnte ein Tribunal zB vertreten, dass als „öffentlich finanzierte Leistungen“ im Fall von Mischfinanzierungen nur solche gelten, die *überwiegend* öffentlich finanziert sind. Dann wären die Leistungen privater gewinnorientierter Krankenanstalten, die nur zu einem geringen Teil durch öffentliche Zuwendungen mitfinanziert werden, nicht vom entsprechenden Vorbehalt erfasst. Beschränkungen des Marktzugangs oder Ungleichbehandlungen kanadischer Unternehmen, die solche Leistungen am österreichischen Markt erbringen wollen, stünden damit im Widerspruch zu CETA.

²⁸⁵ Privatkrankenanstalten-Finanzierungsfondsgesetz BGBl I 165/2004 idF BGBl I 81/2013.

²⁸⁶ Für eine überblicksmäßige Darstellung des KAKuG und der verschiedenen Kategorien von Krankenanstalten *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg) Öffentliches Wirtschaftsrecht I³ (2013) 377 ff; *Damjanovic*, Legal Structure (2015).

²⁸⁷ Dabei ist nach den jeweiligen Leistungen zu differenzieren. Auch öffentliche Fonds-Krankenanstalten können über die Erbringung von Sonderklasse-Leistungen private Einnahmen lukrieren. In einem solchen Fall wäre zu untersuchen, ob es sich dabei um rein privat finanzierte Dienstleistungen handeln könnte.

²⁸⁸ S oben III.G.3.b.

²⁸⁹ S dazu oben III.G.3.b.

- *Privat finanzierte Dienstleistungen*

Weiters behält die EU sich (und den Mitgliedstaaten) das Recht vor, jegliche Maßnahmen in Bezug auf die Erbringung von privat finanzierten Gesundheitsdienstleistungen durch spezielle Einrichtungen – wie medizinische Labors, Blutbanken etc – zu erlassen oder beizubehalten.²⁹⁰ Maßnahmen in Bezug **auf privat finanzierte Krankenanstalten- oder Rettungsdienstleistungen** sind hingegen nicht erfasst.

Zudem kann die Beteiligung privater Betreiber am privat finanzierten Gesundheitsnetzwerk lediglich von der **Erteilung einer Genehmigung** (auf nicht-diskriminierender Basis) abhängig gemacht werden bzw einem **Bedarfstest** unterworfen werden. Als wesentliche Kriterien kommen dabei die Anzahl bestehender Einrichtungen bzw die Auswirkungen auf diese, die geografische Verteilung, die Bevölkerungsdichte, die Verkehrsinfrastruktur sowie die Schaffung neuer Arbeitsplätze in Frage.

Der Zugang privater gewinnorientierter Unternehmen zum österreichischen Markt kann im Einklang mit CETA grundsätzlich von einer **Bedarfsprüfung** abhängig gemacht werden. Das KAKuG sieht eine solche Bedarfsprüfung allerdings nur mehr für jene privaten gewinnorientierten Unternehmen vor, die Versicherungsleistungen erbringen und damit öffentliche Zuwendungen erhalten, nicht allerdings für die rein privat finanzierten Krankenanstalten.²⁹¹ Das ist vor dem Hintergrund der EU-Grundfreiheiten (insb der Niederlassungsfreiheit) und dem hier einschlägigen Judikat *Hartlauer*²⁹² zu sehen: Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch eine Bedarfsprüfung lässt sich rechtfertigen, wenn ohne eine solche Beschränkung die Stabilität und Finanzierung des öffentlichen Gesundheitssystems gefährdet sein könnte. Das ist bei einer Öffnung, also dem Wegfall der Bedarfsprüfung für private gewinnorientierte Unternehmen, die öffentliche Zuwendungen erhalten der Fall, nicht aber zwingend bei rein privat finanzierten Krankenanstalten. Für letztere schränkt also schon das Unionsrecht die Möglichkeit einer Bedarfsprüfung ein. Da der Vorbehalt nur eine **nichtdiskriminierende** Konzessionierung und damit auch Bedarfsprüfung vorsieht, darf eine solche grundsätzlich auch nicht für kanadische, rein privat finanzierte Krankenanstalten vorgesehen werden.

- *Rettungsdienstleistungen*

Zusätzlich zum Vorbehalt der EU für öffentlich (mit)finanzierte Rettungsdienstleistungen hat Österreich einen weitergehenden Vorbehalt hinsichtlich **privat finanzierter Rettungsdienstleistungen** verankert.²⁹³ Dieser bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs, der Inländerbehandlung, Leistungsanforderungen sowie auf Führungskräfte und Angehörige der Unternehmensleitung und erstreckt sich wiederum auf Teile des Investitionskapitels. Österreich behält sich das Recht vor, **jegliche Maßnahmen** in Bezug

²⁹⁰ Die einschlägige *Explanatory Note* zur CPC-Auffangkategorie 93199 (*other human health services n. e. c.*) nennt als mögliche Bereiche “*morphological or chemical pathology, bacteriology, virology, immunology, etc., and services not elsewhere classified, such as blood collection services*“, s <<http://unstats.un.org/UNSD/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=1&Co=93199>> [30.06.2015].

²⁹¹ § 3 (2a) KAKuG.

²⁹² EuGH Rs C-169/07 (*Hartlauer*).

²⁹³ CETA 2014, 1521. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Deutschland und etliche andere Mitgliedstaaten zusätzlich zu den Vorbehalten der EU umfangreiche Vorbehalte zu Gesundheitsdienstleistungen verankert haben. Vgl nur für Deutschland Annex I, CETA 2014, 1335 ff.

auf die Erbringung von privat finanzierten Rettungsdienstleistungen zu erlassen oder beizubehalten.

Konzessionen für Rettungsdienstleistungen werden in Österreich direkt auf der Grundlage von Landesgesetzen typischerweise an gemeinnützige Vereine übertragen. Die Bestimmungen über die Konzessionierung von Rettungsdienstleistungen variieren dabei von Bundesland zu Bundesland erheblich. Nachdem die EU allgemein für alle öffentlich finanzierten Gesundheitsdienstleistungen, wozu auch Rettungsdienstleistungen zählen,²⁹⁴ einen Vorbehalt in Hinblick auf den Marktzugang und die Inländerbehandlung eingetragen hat und Österreich zusätzlich auch für alle privat finanzierten Rettungsdienstleistungen einen weitreichenden Vorbehalt in Annex II eingetragen hat, ist nicht davon auszugehen, dass aus CETA die Verpflichtung folgt, dieses System der Konzessionierung in den Ländergesetzen zu ändern und Rettungsdienstleistungen grundsätzlich auch für kanadische Unternehmen zu öffnen.

Eine solche Verpflichtung zur Öffnung folgt im Übrigen auch nicht aus dem Beschaffungskapitel des CETA, weil Rettungsdienstleistungen vom CETA Beschaffungskapitel nicht erfasst sind: Der sachliche Anwendungsbereich des Beschaffungskapitels wird quasi im Sinne einer Positivliste definiert, dh nicht alle Dienstleistungen sind grundsätzlich erfasst (wie im Rahmen des EU-Vergaberechts), sondern nur jene, die in Annex 5 des Beschaffungskapitels ausdrücklich angeführt sind. Da Gesundheits- oder Rettungsdienstleistungen nicht in Annex 5 ausdrücklich angeführt sind, regelt CETA auch nicht, wie Rettungsdienstleistungen zu beauftragen sind, bzw enthält keine Verpflichtung, dass diese auch gegenüber Anbietern aus dem Gebiet des Vertragspartners auszuschreiben sind.

- *Grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung*

Der zweite Annex II Vorbehalt der EU hinsichtlich Krankenanstalten, Rettungsdienstleistungen sowie sonstigen Gesundheitsdienstleistungen durch andere Gesundheitseinrichtungen bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs und der Inländerbehandlung mit Blick auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.²⁹⁵

Die EU behält sich (und den meisten Mitgliedstaaten, einschließlich Österreichs) das Recht vor, in den erfassten Bereichen **jegliche Maßnahmen** zu erlassen oder beizubehalten, **die eine grenzüberschreitende Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen beschränken** bzw die die Niederlassung oder physische Anwesenheit des jeweiligen Dienstleistungserbringers voraussetzen. Es ist daran zu erinnern, dass die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung in CETA sowohl die Erbringung einer Gesundheitsdienstleistung vom Gebiet einer Partei ins Gebiet einer anderen Partei als auch die Erbringung im Gebiet einer Partei an einen Dienstleistungskonsumenten der anderen Partei erfasst.²⁹⁶

Im ersten Fall wird eine Gesundheitsdienstleistung etwa über das Internet erbracht (zB medizinische Beratung über das Internet). Allerdings haben die EU und ihre

²⁹⁴ Vgl Zuordnung zu CPC 931.

²⁹⁵ CETA 2014, 1509.

²⁹⁶ Vgl Kap 11 Art X-08.

Mitgliedstaaten²⁹⁷ sich vorbehalten, für die Erbringung von Gesundheitsleistungen in ihrem Hoheitsgebiet grundsätzlich eine Niederlassung bzw (in Bezug auf natürliche Personen) die physische Präsenz in ihrem Hoheitsgebiet verlangen zu können. Für den Betrieb einer Krankenanstalt wird eine solche ohnehin *de facto* erforderlich sein, weil diese naturgemäß eine Betriebsanlage voraussetzt.

Im zweiten Fall geht es um die Frage, ob sich ein Unionsbürger in einer in Kanada niedergelassenen Krankenanstalt behandeln lassen kann (**Patientenmobilität**) – eine Konstellation, die wie erwähnt ebenfalls als grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung im Sinne des CETA gilt. Sofern er dies privat finanziert, ist dies auch heute schon (also ohne das Freihandelsabkommen) grundsätzlich möglich. Eine andere Frage ist aber, ob sich aus CETA eine Verpflichtung ergibt, eine derartige grenzüberschreitende medizinische Behandlung durch die gesetzliche Sozialversicherung des Unionsbürgers, der die Leistung in Anspruch nimmt, zu finanzieren.

Gerade dieser Frage der Kostenerstattung für eine im Ausland in Anspruch genommene medizinische Behandlung kommt praktisch besondere Relevanz zu.²⁹⁸ Daraus könnten nämlich erhebliche Kosten für das heimische Gesundheitssystem sowie die Volkswirtschaft im Allgemeinen entstehen. Die negativen Folgen für die Finanzierung bzw Verfügbarkeit der entsprechenden Daseinsvorsorgeleistungen in Österreich lassen sich an dieser Stelle nicht abschätzen, wären aber möglicherweise gravierend.²⁹⁹

Auf Grundlage des genannten Vorbehalts könnte eine entsprechende Kostenersatzpflicht nur dann mit Sicherheit ausgeschlossen werden, wenn die EU sich und den Mitgliedstaaten damit die Erlassung oder Beibehaltung jeglicher Maßnahme hinsichtlich beider Arten der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung vorbehalten hätte. Dies lässt sich dem Wortlaut des Vorbehalts aber nicht mit Sicherheit entnehmen.³⁰⁰ Es ist damit nicht klar, ob sich der Vorbehalt auf die Konstellationen der Patientenmobilität bezieht. Der oben erörterte Vorbehalt in Bezug auf öffentlich finanzierte Gesundheitsdienstleistungen bezieht sich jedenfalls nicht auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung und kann daher von vornherein nicht auf den Fall der Patientenmobilität angewendet werden. Im Ergebnis könnten sich daher aus dem CETA Kostenersatzpflichten in Folge von Patientenmobilitätsfällen ergeben, wodurch die öffentliche Finanzierung von medizinischen Leistungen durch gesetzliche Sozialversicherungsträger im Inland unter Druck geraten könnte.

²⁹⁷ Mit gewissen Ausnahmen, die allerdings Österreich nicht betreffen.

²⁹⁸ EU-intern ist die Patientenmobilität ua in der RL 2011/24/EU geregelt, die in Österreich im EU-Patientenmobilitätsgesetz (EU-PMG) umgesetzt wurde.

²⁹⁹ Hinsichtlich der einschlägigen Verpflichtungen Österreichs im GATS ist zu differenzieren: hinsichtlich der Erbringungsart der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung (*Mode 1*) ist Österreich keine Bindungen eingegangen; hinsichtlich des Konsums einer Dienstleistung im Ausland (*Mode 2*) ist Österreich hingegen eine unbeschränkte Liberalisierungsverpflichtung eingegangen.

³⁰⁰ Die relevante Passage lautet „[...] reserves the right to adopt or maintain any measure requiring the establishment or physical presence in their territory of suppliers and restricting the cross border provision of health services from outside their territory“.

- *Gesundheitsbezogene Berufe*

Bezüglich **Dienstleistungen im Bereich der gesundheitsbezogenen Berufe**³⁰¹ besteht ebenfalls ein Annex II-Vorbehalt der EU.³⁰² Dieser betrifft den Marktzugang mit Blick auf die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung.

Die erfassten Dienstleistungen dürfen demnach nur von natürlichen Personen erbracht werden, die sich physisch im Gebiet der EU aufhalten. In den meisten Mitgliedstaaten der EU, einschließlich Österreichs, setzt die Erbringung der erfassten Dienstleistungen den rechtmäßigen Aufenthalt (*residency*) des Dienstleistungserbringers voraus.

Österreich hat zudem in Annex I einen Vorbehalt verankert, wonach die Erbringung medizinischer Dienstleistungen grundsätzlich voraussetzt, dass der Dienstleistungserbringer über die Staatsangehörigkeit eines EWR-Staats oder der Schweiz verfügt. Dieser Vorbehalt Österreichs bezieht sich auf die Disziplinen des Marktzugangs sowie der Inländerbehandlung und betrifft das Investitionskapitel.³⁰³ Der Vorbehalt bezieht sich allerdings zum Teil auf eine überholte Rechtslage.

In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass die Bestimmung des genauen Umfangs eines Vorbehalts – und damit des verankerten Schutzbereiches – einigermaßen kompliziert sein kann: Zunächst sind Dienstleistungen von Zahnärzten, Psychologen und Psychotherapeuten nicht vom Geltungsbereich erfasst. Mit anderen Worten erstreckt sich das Staatsbürgerschaftserfordernis von vornherein nicht auf die Dienstleistungserbringung durch Zahnärzte, Psychologen oder Psychotherapeuten. Aufgrund der geänderten innerstaatlichen Rechtslage ist das Staatsbürgerschaftserfordernis allerdings auch für Ärzte entfallen. Die einschlägigen – im Vorbehalt angeführten – Bestimmungen im ÄrzteG wurden mit 31.12.2014 aufgehoben.³⁰⁴

Der verbleibende Anwendungsbereich des Vorbehalts umfasst die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der gehobenen medizinisch-technischen Dienste³⁰⁵ sowie im Bereich der medizinischen Masseure und Heilmasseure. Im Vorbehalt sind unter „*Measures*“ sowohl das MTD-Gesetz³⁰⁶ als auch das MMHmG³⁰⁷ angeführt, ohne dass jedoch auf spezifische Bestimmungen in diesen Gesetzen verwiesen wird. Der Vorbehalt ist insofern auch widersprüchlich, als er sich auf den Subsektor „*Medical services*“ bezieht und in der Rubrik „*Industry Classification*“ „*part of CPC 9312*“ angegeben wird; die gehobenen medizinisch-technischen Dienste und wohl auch die medizinischen Masseure und Heilmasseure fallen jedoch unter „*Other human health services*“ (CPC 9319).³⁰⁸

³⁰¹ Konkret handelt es sich um folgende Dienstleistungen: *Medical and Dental Services, Midwife Services, Nursing Services, Physiotherapeutic and Para-medical Services, Psychologist Services.*

³⁰² CETA 2014, 1511.

³⁰³ CETA 2014, 1222 f.

³⁰⁴ BGBl I 82/2014.

³⁰⁵ Diese umfassen gem § 1 MTD-Gesetz den physiotherapeutischen Dienst; den medizinisch-technischen Laboratoriumsdienst; den radiologisch-technischen Dienst; den Diätendienst und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst; den ergotherapeutischen Dienst; den logopädisch-phoniatrisch-audiologischen Dienst; sowie den orthoptischen Dienst.

³⁰⁶ BGBl 460/1992 idF BGBl I 33/2015.

³⁰⁷ BGBl 169/2002 idF BGBl I 33/2015.

³⁰⁸ Die österreichische GATS Verpflichtung hinsichtlich der gehobenen medizinisch-technischen Dienste beschränkt den Marktzugang in der hier relevanten *Mode 3* auf natürliche Personen. Beschränkungen hinsichtlich der Inländerbehandlung wurden hingegen nicht eingetragen. Insofern erscheint das in CETA