

# Strukturprobleme und Lösungen im österreichischen Gesundheitswesen anhand der »Gesundheitsplanungs GmbH«<sup>1</sup>

MAGDALENA FRIEDRICH

## Abstract

Die vorliegende Arbeit gibt einen Überblick über die verschiedenen Problemfelder, durch welche eine österreichweit einheitliche Gesundheitsplanung erschwert wird. Hierfür wurde der Begriff des »Gesundheitswesens« einer kompetenzrechtlichen Einordnung unterzogen, durch welche die starke (kompetenz-) rechtliche Zersplitterung dieser Rechtsmaterie ersichtlich wird. Als vermeintlicher Lösungsansatz zur Umgehung dieser uneinheitlichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern wurde im Zuge der Gesundheitsreform 2017 die Errichtung der sogenannten »Gesundheitsplanungs GmbH« festgelegt. Durch diese sollen im Wege der Beleihung Teile der Strukturpläne Gesundheit (ÖSG, RSG) mittels Verordnung Verbindlichkeit erlangen und somit bundesweit einheitliche Standards geschaffen werden. Die durch diese Konstruktion der Gesundheitsplanungs GmbH aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Bedenken werden sodann eingehend analysiert. Den legitimen Intentionen hinsichtlich einer integrierten Krankenanstaltenplanung zum Trotz, hält die Gesundheitsplanungs GmbH einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand.

## Schlagworte

Beleihung; Gesundheitsplanung; Kompetenzverteilung; Krankenanstaltenrecht; Österreichischer Strukturplan Gesundheit; Regionale Strukturpläne Gesundheit.

## Rechtsquellen

ASVG §§ 84a, 148 Z 10, 338; B-VG Art 2, 10, 11, 12, 15, 15a, 20, 138, 139, 140; Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz §§ 20, 23, 24; KAKuG §§ 2, 3, 3a, 10a, 14, 15, 16, 18, 59; Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens; Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG Zielsteuerung-Gesundheit; Vereinbarungssetzungsgesetz 2017.

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	27
II.	Hauptteil .....	28
A.	Die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung im Österreichischen Gesundheitsrecht .....	28
1.	Bundeskompentenz in Gesetzgebung und Vollziehung (Art 10 B-VG) .....	29
2.	Gesetzgebungskompetenz des Bundes und Vollziehung durch die Länder (Art 11 B-VG) .....	31
3.	Grundsatzgesetzgebung durch den Bund und Ausführungsgesetzgebung sowie Vollziehung durch die Länder (Art 12 B-VG) .....	31
4.	Länderkompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung (Art 15 B-VG) .....	32
5.	Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG) .....	33
B.	Aufbau und Vollziehung des Krankenanstaltenwesens .....	33
1.	Vollziehung der Kompetenz »Heil- und Pflegeanstalten« .....	33
a.	Errichtung und Bewilligung einer Krankenanstalt .....	34
b.	Arten von Krankenanstalten .....	35
c.	Die Landesgesundheitsfonds und Fondskrankenanstalten .....	35

<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag wurde im Rahmen des Diplomstudiums Rechtswissenschaften an der Universität Innsbruck als Diplomarbeit eingereicht und approbiert.

d.	Die Rolle der Sozialversicherungen in der Vollziehung des Krankenanstaltenrechts .....	36
2.	Exkurs: Problemfelder, Grenzen und Reformziele des österreichischen Gesundheitswesens	37
C.	Die Selbstbindung des Bundes und der Länder gem Art 15a B-VG .....	38
1.	Die Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG der Gesundheits-Reform 2017 .....	38
2.	Organstruktur und Aufgabenverteilung seit der Gesundheitsreform 2017 .....	40
3.	Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz .....	40
4.	Die Strukturpläne Gesundheit .....	41
D.	Die »Gesundheitsplanungs GmbH« als beliebene Verordnungsgeberin .....	42
1.	Die Beleihung in Lehre und Rechtsprechung .....	43
2.	Verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit der Beleihungskonstruktion des § 23 G-ZG .	44
a.	Keine vereinzelteten Aufgaben? .....	44
b.	Versorgung der Bevölkerung mit Krankenanstaltspflege als Pflichtaufgabe des Staats? ..	45
c.	Unzulässigkeit der Beleihung zum alleinigen Aspekt der Verordnungserlassung? .....	45
d.	Fehlende Trennung der Vollzugsbereiche? .....	46
e.	Verstoß gegen die Grundsätze mittelbarer Bundesverwaltung? .....	48
f.	Fehlende Weisungsbindung gegenüber einem obersten Organ? .....	48
3.	Etwaige Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Bedenken .....	50
a.	Prüfung der Vereinbarungen nach Art 15a B-VG .....	50
b.	Gesetzesprüfung durch den VfGH .....	51
c.	Verordnungsprüfung durch den VfGH .....	51
E.	Ausblick: Alternative Lösungen zur Koordinierung des Gesundheitswesens .....	52
1.	Die Abschaffung des Art 12 B-VG als zentralistische Lösung? .....	52
2.	Föderalistische Lösungsalternativen .....	53
a.	Gemeinschaftliche Gesetzgebung durch Bund und Länder .....	53
b.	Adaption des Modells einer Ziel- und Rahmengesetzgebung .....	53
III.	Fazit .....	53
IV.	Verzeichnisse .....	53
A.	Abkürzungsverzeichnis .....	55
B.	Literaturverzeichnis .....	55

## I. Einleitung

Die laufenden Gesundheitsausgaben in Österreich betragen jährlich rund 37 Milliarden Euro. Dies entspricht 10,4 % des österreichischen BIP, wobei die Tendenz dieser Zahlen steigend ist. Rund Dreiviertel davon werden als öffentliche Gesundheitsausgaben verbucht.<sup>2</sup> Aufgrund dieser Tatsache und der großen Bedeutung, welche einem funktionierenden Gesundheitswesen beigegeben wird, ist es nicht weiter verwunderlich, dass der österreichische Gesetzgeber einiges an Arbeit aufwendet, um eine langfristige Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems zu bewerkstelligen.

Auf eben diese Reformbestrebungen soll in der vorliegenden Arbeit ein genauerer Blick geworfen werden. Im Speziellen wird das Augenmerk auf der jüngsten Entwicklung im Gesundheitswesen, der Gesundheitsreform 2017 liegen. Diese brachte, neben einer Weiterentwicklung der durch die vorige Reform festgelegten Ziele, eine wesentliche Änderung im Bereich der Umsetzung der Planungsinhalte. Zwar gibt es die »Strukturpläne Gesundheit« als Planungsinstrumente im Gesundheitswesen bereits seit längerem, doch mangelte es diesen an normativer Verbindlichkeit. Um dieses nicht unwesentliche Manko, welches mitunter der kompetenzrechtlichen Zersplitterung der Rechtsmaterie Gesundheitswesen geschuldet ist, zu umgehen, wurde im Rahmen der Gesundheitsreform 2017 ein neuer Weg beschritten: Mithilfe einer zu errichtenden »Gesundheitsplanungs GmbH« sollen Inhalte der Strukturpläne im Wege der Verordnungserlassung Verbindlichkeit erlangen. Besagter Vorstoß eine GmbH mit der Kompetenz der Verordnungserlassung zu beleihen, hat insbesondere aufgrund der dadurch ausgelösten Probleme durchwegs für Aufsehen gesorgt.

Da die Beleihung als Betrauung von Personen des Privatrechts mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung in der österreichischen Verfassungspraxis fest verankert ist, konnte zur allgemeinen Betrachtung dieser Konstruktion daher auf die gängige Lehrbuchliteratur wie bspw *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup>, *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>4</sup> sowie *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>5</sup> zurückgegriffen werden. Auch die unterschiedliche Zuordnung der Bereiche des Gesundheitswesens durch die Kompetenzverteilung der österreichischen Bundesverfassung wurde insbesondere in *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplan-

ation<sup>6</sup>, und *Stöger*, Krankenanstaltenrecht<sup>7</sup>, wissenschaftlich ausführlich aufbereitet. Hierbei sei zudem der Aufsatz von *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht und Verfassung<sup>8</sup> erwähnt. Auch dem Thema des Krankenanstaltenrechts widmeten sich in Österreich einige Autoren, wobei hier stellvertretend die detaillierte Habilitationsschrift von *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, genannt werden soll. Nichtsdestotrotz tut sich in diesem Bereich aufgrund der mangelnden Aktualität der Arbeiten eine Forschungslücke auf. Durch die häufigen Änderungen der Rechtslage im Gesundheitswesen sind auch die Artikel von *Schrattbauer*, Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen<sup>9</sup>, sowie RSG und gesamtvertragliche Stellenplanung<sup>10</sup>, mittlerweile als überholt zu bewerten. Dennoch wird aus gutem Grund von *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* in ihrer Abhandlung zur Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht<sup>11</sup>, zur Erklärung des Entstehungsprozesses der Gesundheitsreform 2017 auf einige grundlegenden Ausführungen von *Schrattbauer* verwiesen. In eben jener Abhandlung widmen sich die beiden eingehend der Konstruktion der Gesundheitsplanungs GmbH und kommen zu dem Schluss, dass diese verfassungsrechtlich sehr kritisch zu sehen ist. Auch *Baumgartner* untersucht die durch die Gesundheitsreform geschaffene Beleihung in seinem Aufsatz »Die Verbindlicherklärung von Strukturplänen durch die Gesundheitsplanungs GmbH«<sup>12</sup> und kommt zu einer etwas mildereren, aber dennoch skeptischen verfassungsrechtlichen Beurteilung dieser.

Mithilfe der erwähnten Literatur wird also zu zeigen sein, dass die Kritik an dieser Beleihungskonstruktion bis in die Tiefen des österreichischen Verfassungsaufbaus reicht. Eine genaue Betrachtung dessen bietet sich somit im Rahmen einer Diplomarbeit geradezu an.

Diese Arbeit soll die Fragen beantworten, vor welchen Herausforderungen eine koordinierte und zukunftsgerichtete Gesundheitsplanung in Österreich steht und welche Lösungsmöglichkeiten zur Überwindung dieser angedacht wurden. Im Speziellen möchte ich die Zusammenhänge zwischen verfassungsrechtlichen-institutionellen Wirklichkeiten, politischen Zielvorstellungen und den daraus resultierenden Gesetzen und Umsetzungs-

2 Vgl Statistik Austria, Tabelle »Gesundheitsausgaben in Österreich«, 2017. Online unter <[http://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/gesundheit/gesundheitsausgaben/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/gesundheit/gesundheitsausgaben/index.html)> [Letzter Zugriff: 07.12.2018].

3 *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>6</sup> (2017).

4 *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2016).

5 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>11</sup> (2016).

6 *Kopetzki*, Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation (1988).

7 *Stöger*, Krankenanstaltenrecht (2008).

8 *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht und Verfassung, in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>2</sup> (2015) 1.

9 *Schrattbauer*, Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen, SozSi 4 (2016) 168.

10 *Dieselbe*, RSG und gesamtvertragliche Stellenplanung, RdM (2017) 141.

11 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Die Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht, RdM (2018) 44.

12 *Baumgartner*, Die Verbindlicherklärung von Strukturplänen durch die Gesundheitsplanungs GmbH, ZfV 3 (2018), 255.

arianten herausarbeiten. Es soll verdeutlicht werden, dass die derzeitige Rechtslage nicht im »luftleeren Raum« entstanden, sondern Resultat der komplizierten kompetenzrechtlichen Ausgangssituation ist.

Dabei sollen eingangs die verschiedenen Rahmenbedingungen, innerhalb welcher sich die österreichische Gesundheitsplanung bewegt, analysiert werden. Dafür muss im Kapitel A. die Kompetenzverteilung des B-VG eingehend Betrachtung finden, da diese durch ihre starke Zersplitterung einige Hindernisse für eine bundesweit abgestimmte Planung in sich birgt. Zur Veranschaulichung dieser Schwierigkeiten soll anschließend im Kapitel B. eine komprimierte Darstellung der Vollziehung des Krankenanstaltenwesens dienen, welches sodann den Kernpunkt der weitergehenden Betrachtungen bilden wird. Zudem sollen neben dem verfassungsrechtlichen Aspekt auch kurz soziale und institutionelle Problemfelder des Gesundheitswesens skizziert werden. Daraufaufgehend beschäftigt sich diese Arbeit mit den Antworten des Bundes- und der Landesgesetzgeber auf diese nicht unproblematischen Rahmenbedingungen. Es werden dabei im Kapitel C. sowohl die Vereinbarungen der Gesetzgeber Bund und Länder nach Art 15a B-VG zur Koordinierung des Gesundheitswesens und die darin enthaltenen Planungsinstrumente vorgestellt, als auch die eingangs bereits erwähnte Neuerung zur Verbindlicherklärung bestimmter Planungsinhalte kritisch betrachtet. In der verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung mit der Verbindlicherklärung der Planungsinhalte durch die beliebige Gesundheitsplanung GmbH wird im Kapitel D. der Schwerpunkt dieser Diplomarbeit liegen. Nachdem etwaige Konsequenzen einer Verfassungswidrigkeit dieser Konstruktion angegriffen werden, soll ein kurzer Ausblick auf alternative Lösungen zur Koordinierung des Gesundheitswesens im Kapitel E. diese Arbeit beschließen.

Bevor nun zum wesentlichen Teil übergegangen werden soll, bedarf es noch eingrenzender Erklärungen: Diese Diplomarbeit konzentriert sich auf den Stand der Rechtslage in der zweiten Jahreshälfte 2018. Die von der 26. österreichischen Bundesregierung angestrebte Organisationsreform des österreichischen Sozialversicherungssystems durch das Sozialversicherungs-Organisationsgesetz steht kurz vor einem Gesetzesbeschluss des Nationalrats<sup>13</sup>, ist jedoch folglich noch nicht in Kraft getreten.<sup>14</sup> Aus diesem Grund konnten diese geplanten

Änderungen nur am Rande behandelt werden, wobei überblicksartig gesagt werden kann, dass sich durch die Organisationsreform im Zusammenhang mit der Thematik dieser Arbeit keine wesentlichen Neuerungen ergeben werden.

Zudem wurde aufgrund des begrenzten Umfangs nicht auf etwaige europarechtliche Zusammenhänge eingegangen. Eine weiterführende Betrachtung der EuGH-Rsp zum in Art 52 AEUV sowie Art 35 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vorgesehenen Gesundheitsschutz ist mit Sicherheit eine lohnende Aufgabe für die Zukunft.

Letztlich kann diese Arbeit natürlich keine endgültigen Antworten zur künftigen Sicherstellung einer bundesländer- und sektorenübergreifenden Steuerung und Planung des Gesundheitswesens liefern. Angesichts der Vielzahl der Herausforderungen und Interessenslagen kann meiner Ansicht nach auch eine komprimierte Darstellung des Status Quo durchaus profitabel sein.

## II. Hauptteil

### A. Die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung im Österreichischen Gesundheitsrecht

Wie das B-VG in Art 2 festlegt, ist Österreich ein Bundesstaat und so wird bereits eingangs eines der Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung proklamiert. Die Aufteilung der staatlichen Funktionen zwischen Bund und den Ländern sowie die autonome Ausübung der entsprechenden Kompetenzen sind charakteristisch für einen materiellen Bundesstaat.<sup>15</sup> Hierbei ist die Wichtigkeit des verfassungsrechtlichen Schutzes der den Ländern zugewiesenen Kompetenzen vor einseitigen Beschränkungen vonseiten des Bundes zu nennen. Zwar geht die österreichische Bundesverfassung von einer rechtlichen Gleichwertigkeit von Bund und Ländern aus, jedoch schwächt die Identität von Bundesverfassungsgeber und Bundesparlament den Schutz der Landeskompetenzen deutlich ab. Lediglich die Vertretung der Länder im Bundesrat als zweiter Kammer sowie die Schranke des Art 44 Abs 3 B-VG schützen eine einseitige Abänderung der Länderkompetenzen durch Bundesorgane.<sup>16</sup>

Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern erfolgt in Österreich grundsätzlich in den Art 10 bis 15 B-VG. Neben dieser Kompetenzordnung finden sich innerhalb, aber auch außerhalb des B-VG verstreute Kompetenzen oder Kompetenzordnungen.<sup>17</sup>

13 Stand 09.12.2018; vgl <[https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I\\_00413/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00413/index.shtml)>, wonach das Sozialversicherungs-Organisationsgesetz auf der Tagesordnung der 57. Sitzung des Nationalrats am 13.12.2018 vermerkt ist.

14 Das geplante Datum des Inkrafttretens wird zwischen 1. Jänner 2019 und 1. Jänner 2020 angeführt. Siehe online unter <<https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/171/Seite.1711023.html>> [letzter Zugriff: 16.12.2018].

15 Vgl *Gamper*, Staat und Verfassung<sup>4</sup> (2018) 72 ff.

16 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 71 f.

17 Vgl *Bußjäger*, Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in Österreich, in *Gamper/Bußjäger/Karlhofer/Pallaver* (Hrsg), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (2016) 523 (525).

Neben der bereits erwähnten Gleichwertigkeit von Bundes- und Landesgesetzen (und somit auch der darauf basierenden Akten der Vollziehung) geht die Bundesverfassung von dem Grundsatz der Kompetenztrennung aus, womit ausgedrückt wird, dass jedes Staatshandeln einem exakten Kompetenztatbestand zuordenbar sein muss. Somit ist dem Grunde nach eine zeitgleiche Zuordnung einer hoheitlichen Angelegenheit zu zwei verschiedenen Kompetenztatbeständen ausgeschlossen.<sup>18</sup> Mit diesem Grundsatz ist auch die herrschende Ansicht verbunden, dass kompetenzfreie Sachverhalte dem österreichischen Rechtssystem fremd sind.<sup>19</sup> Nichtsdestotrotz schließt der Grundsatz der Kompetenztrennung, vor allem aufgrund der immer größer werdenden Komplexität, nicht aus, dass unterschiedliche Sachgebiete von unterschiedlichen Gesetzgebern »nach unterschiedlichen Gesichtspunkten geregelt werden können (sog »Gesichtspunkttheorie«).<sup>20</sup>

Daraus folgt, dass sich alle Teilbereiche des Gesundheitsrechts sich unter einem der vier »Haupttypen der Kompetenzverteilung« subsumieren lassen, nämlich

- ▷ Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache nach Art 10 B-VG;
- ▷ Gesetzgebung Bundessache, Vollziehung Landessache nach Art 11 B-VG;
- ▷ Grundsatzgesetzgebung Bundessache, Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung Landessache nach Art 12 B-VG;
- ▷ Gesetzgebung und Vollziehung Landessache (Art 15 Abs 1 B-VG).

Dies soll im Folgenden für die im Zusammenhang mit dieser Arbeit stehenden Bereiche versucht werden. Nicht unbeachtet bleiben soll hierbei letztlich auch Art 17 B-VG, welcher die sog Privatwirtschaftsverwaltung von der Kompetenzverteilung ausnimmt.<sup>21</sup> Die Nichtzuordenbarkeit des Gesundheitsrechts zu einem einzelnen Kompetenztatbestand deutet auf die starke rechtliche Zersplitterung dieses Rechtsbereichs hin.

## 1. Bundeskompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung (Art 10 B-VG)

Art 10 B-VG regelt die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung. Hierbei wird mittels sog Enumeration dem Bund ein Katalog an Kompetenzen zugewiesen. In diesem Kompetenzkatalog findet sich

unter anderem der für das Gesundheitsrecht zentrale Kompetenztatbestand des »Gesundheitswesens« (Abs 1 Z 12). Dieses wird mit vielen Einschränkungen angeführt, so ua »mit Ausnahme des Leichen- und Bestattungswesens sowie des Gemeindesanitätsdienstes und Rettungswesens« sowie mit der Ausnahme »hinsichtlich der Heil- und Pflegeanstalten, des Kurortwesens und der natürlichen Heilvorkommen jedoch nur die sanitäre Aufsicht«.

Da die Formulierung des Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG eine derartige Fülle von Materien aus dem Begriff »Gesundheitswesen« ausgrenzt, spricht *Kopetzki* von einem »bereinigten [...] Kompetenztatbestand [Hervorhebung iO] des Gesundheitswesens [...] im engeren Sinn«<sup>22</sup>. Diesen stellt er dem Gesundheitswesen »im weiteren [Hervorhebung iO] Sinn«<sup>23</sup> gegenüber, welcher sich inhaltlich mit dem Verfassungsbegriff des Gesundheitswesens zwar deckt, jedoch seinerseits an keine kompetenzrechtlichen Folgen geknüpft ist.<sup>24</sup>

Um festzustellen, ob eine Regelung in die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung fällt, muss zunächst eruiert werden, ob sie dem Begriff des »Gesundheitswesens im engeren Sinn« zuordenbar ist, und falls ja, ob sie nicht unter einen der Ausnahmetatbestände des Art 10 Abs 1 Z 12 zu subsumieren ist.<sup>25</sup>

In diesem Zusammenhang ist die Feststellung *Bußjägers* zu erwähnen, dass, wenngleich die Aufteilung der Kompetenzen nach dem Prinzip der Enumeration und Residualkompetenz erfolgt, zahlreiche Länderkompetenzen nichtsdestoweniger ausdrücklich im B-VG genannt werden, da sie in Art 10 B-VG als Ausnahmetatbestände formuliert sind.<sup>26</sup> Zwar führt dieser in diesem Zusammenhang die »Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Ausnahme der Organisation der Verwaltungsgerichte der Länder« (Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG) sowie die Luftreinhaltekompetenz »unbeschadet der Zuständigkeit der Länder für Heizungsanlagen« (Art 10 Abs 1 Z 12) als Beispiele an, doch wird im Kapitel A.3. versucht zu zeigen, dass sich auch weitere Teile des Art 10 Abs 1 Z 12 als Demonstrationsbeispiele eignen.

Um zu bestimmen, welchen Inhalt der Verfassungsbegriff »Gesundheitswesen« bzw. den von ihm ausgegrenzten Materien zukommt, bedient sich der VfGH der Versteinerungstheorie<sup>27</sup> als Interpretationsmethode. Diese definiert der VfGH wie folgt:

22 *Kopetzki*, Organgewinnung 62.

23 Ebenda.

24 Ebenda.

25 Ebenda.

26 *Bußjäger*, Kompetenzverteilung 524.

27 *Funk* steht, dem Begriff der »Versteinerungstheorie« kritisch gegenüber, handle es sich doch nicht um eine juristische Theorie i.e.S., sondern um ein Interpretationsmuster. Deshalb verwendet dieser sodann den Begriff »Versteinerungsprinzip«; vgl *Funk*, System 69.

18 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 271; *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 18; vgl auch *Bußjäger*, Homogenität und Differenz (2006) 81.

19 Vgl ua VfSlg 7169/1973, 7582/1975, 13.639/1993.

20 *Funk*, Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung (1980) 38.

21 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 238.

»Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH sind Begriffe, die in der Verfassung selbst nicht näher umschrieben sind, in dem Sinn zu verstehen, der ihnen zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der den entsprechenden verfassungsrechtlichen Begriff enthaltenden Verfassungsnormen nach dem Stand und der Systematik der Rechtsordnung zugekommen ist. Dementsprechend fallen unter [...] einen Kompetenztatbestand] alle Vorschriften, die nach dem Stand und der Systematik der einfachgesetzlichen Rechtslage am 1. Oktober 1925 als Vorschriften betreffend [...] diesen Kompetenztatbestand] anzusehen sind.«<sup>28</sup>

Eine Anwendung der Versteinerungstheorie bewirkt eine Verfestigung (vgl. *Gamper* »absolutes Erstarren«<sup>29</sup>) der Kompetenztatbestände und bedarf als Ergänzung der Methode der intrasystematischen Fortentwicklung.<sup>30</sup> Nur durch diese kann Entwicklungen bzw. dem Wandel der Regelungsmaterien seit Erlassung der Kompetenzverteilung im Jahr 1925 Rechnung getragen werden. Durch die Methode der intrasystematischen Fortentwicklung können Neuregelungen einem bestimmten versteinerten Kompetenztatbestand zugeordnet werden, sofern diese Neuregelungen ihrem Inhalt nach eine systematische Fortentwicklung des Kompetenzbegriffs darstellen.<sup>31</sup>

Dazu wird in der Regel auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der des In-Kraft-Tretens der jeweiligen Bestimmung abgestellt.<sup>32</sup> Soweit das in diesem Zeitpunkt geltende Recht zur genauen Bestimmung nicht ausreicht, und somit auf »vorkonstitutionelles Recht« abgestellt wird, können nach hL neben Gesetzen im formellen Sinn auch andere, untergesetzliche Rechtsquellen, Anwendung finden.<sup>33</sup>

Im Zusammenhang mit dem hier betrachteten Begriff des »Gesundheitswesens« standen zum Versteinerungszeitpunkt ua das »Generalsanitätsnormativum«<sup>34</sup> und die »Anlage zur Kundmachung des Ministeriums für Volksgesundheit«<sup>35</sup> in Kraft. Im Generalsanitätsnormativum finden sich berufsrechtliche Regelungen für bspw Hebammen, Wundärzte oder Apotheker, woraus

gefolgt werden kann, dass die Regelung der Gesundheitsberufe vom Kompetenzbereich »Gesundheitswesen« umfasst ist. Weiters finden sich darin Bestimmungen zur sanitätspolizeilichen Seuchenbekämpfung. Zudem legt die Anlage zur Kundmachung des Ministeriums für Volksgesundheit den Wirkungsbereich des Ministeriums selbst fest. Dieser umfasse alle Angelegenheiten der »Volksgesundheit«, zu welcher wiederum sanitätspolizeiliche Maßnahmen zählen, als auch die Vollziehung im Ärzteswesen umfasst.<sup>36</sup> In ihren Ausführungen zum Gesundheitsrecht und Verfassung verweisen *Grabenwarter/Krauskopf* in diesem Zusammenhang auf zwei Erkenntnisse des VfGH, welche das oben gesagte bestätigen bzw. noch näher ausführen.<sup>37</sup> Nach der im sog »Strahlenschutz-Erkenntnis«<sup>38</sup> erklärten Auffassung des VfGH gehören »Maßnahmen der Staatsgewalt, die der Abwehr von Gefahren für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung (für die Volksgesundheit) dienen, [...] zur Sanitätspolizei und damit zum Gesundheitswesen [...], es sei denn, daß [sic] eine für eine bestimmte andere Kompetenzmaterie allein typische Abart dieser Gefahr bekämpft wird«. Wie der VfGH in einem weiteren viel beachtetem Erkenntnis entschieden hat, stellt die Obsorge für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung (»Volksgesundheit«) den Inhalt des Begriffs »Gesundheitswesen« dar.<sup>39</sup>

*Kopetzki* hält in seiner kompetenzrechtlichen Untersuchung zu Organtransplantationen zusätzlich fest, dass auch Regelungen über die Sicherstellung medizinischer Versorgung und die Sicherung der Bereitstellung und Sicherung der Versorgung mit Heilmitteln vom Kompetenzbegriff »Gesundheitswesen« umfasst sind.<sup>40</sup>

Neben dem zentralen Begriff des »Gesundheitswesens« seien noch das in Art 10 Abs 1 Z 11 aufgezählte Sozialversicherungswesen sowie die Z 8, die Zuständigkeit zur Errichtung beruflicher Vertretungen, soweit sich diese auf das gesamte Bundesgebiet erstrecken, erwähnt. Im Übrigen können auch die Kompetenztatbestände des Zivilrechts- und Strafrechtswesens im Zusammenhang mit Heilbehandlungen stehen. Man denke dabei zB an haftungsrechtliche Konstellationen.

Abschließend ist es noch wichtig, die Vollziehung der unter Art 10 B-VG fallenden Materien zu betrachten. So ist nach der Ausgestaltung dieses Artikels der Bund nicht bloß Gesetzgeber, sondern auch für die Vollziehung zuständig. Die Frage, ob diese tatsächlich durch Bundesbehörden passiert (»unmittelbare Bundesverwaltung«), oder durch die Länder im Wege der mittelbaren Bundesverwaltung, ist keine kompetenzrechtliche

28 Vgl. *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012) 172 mwN.

29 *Gamper*, Regeln 180.

30 Anders als *Kopetzki* in *Organgewinnung*, 63, folge ich der Ansicht von *Gamper*, dass die intrasystematische Interpretationsmethode keine Variante der Versteinerungstheorie darstellt, sondern an die Versteinerungstheorie als die Ergebnisse erweiternder Faktor, anknüpft. Vgl. *Gamper*, Regeln 179 f.

31 Vgl. *Gamper*, Regeln 179 f.

32 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 275.

33 Vgl. *Kopetzki*, *Organgewinnung* 63 mwN.

34 2.1.1770; Quelle *Kropatscheg*, Gesetze von Maria Theresia VI (1787) zitiert nach *Grabenwarter/Krauskopf*, *Gesundheitsrecht* Fn 17; vgl. auch *Grabenwarter/Krauskopf*, *Gesundheitsrecht* Rz 12.

35 8.8.1918, RGBL 297, zitiert nach *Grabenwarter/Krauskopf*, *Gesundheitsrecht* Fn 17.

36 *Kopetzki*, *Organgewinnung* 68 ff.

37 *Grabenwarter/Krauskopf*, *Gesundheitsrecht* Rz 12.

38 VfSlg 3650/1959.

39 VfGH 4609/1963.

40 *Kopetzki*, *Organgewinnung* 72.

iSd Art 10 B-VG, sondern ergibt sich aus Art 102 B-VG.<sup>41</sup> Art 102 Abs 1 B-VG legt die mittelbare Bundesverwaltung als Prinzip der Bundesvollziehung fest.<sup>42</sup> Dieses Prinzip wird unter anderem durch den Umfang des Abs 2, welcher die Möglichkeit der Vollziehung durch bundeseigene Behörden festlegt, stark eingeschränkt.<sup>43</sup> Dies ist aus bundesstaatlicher Sicht nicht unproblematisch, ist der VfGH doch der Auffassung, die mittelbare Bundesverwaltung sei ein »tragendes Element des bundesstaatlichen Prinzips«<sup>44</sup> und eine vollständige Aushöhlung dieser jedenfalls eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Soll Bundesrecht in anderen als in Abs 2 aufgezählten Fällen durch bundeseigene Behörden vollzogen werden, so kann dies nach Abs 1 und Abs 4 nur mit Zustimmung der Länder erfolgen. Dies gilt – und wird im Kapitel D.2.e. noch Thema sein – auch im Falle der Übertragung staatlicher Aufgaben an privatrechtliche Rechtsträger.<sup>45</sup>

## 2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes und Vollziehung durch die Länder (Art 11 B-VG)

Art 11 B-VG legt die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und jene der Länder zur Vollziehung (mit Ausnahme von Durchführungsverordnungen) fest. Für das Gesundheitsrecht ist dieser Kompetenztypus von untergeordneter Bedeutung. Erwähnt werden soll aber, dass ua der Tatbestand der beruflichen Vertretung, soweit diese nicht unter Art 10 B-VG fallen, dh sich nicht auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, dem Art 11 B-VG zugeordnet sind.<sup>46</sup>

## 3. Grundsatzgesetzgebung durch den Bund und Ausführungsgesetzgebung sowie Vollziehung durch die Länder (Art 12 B-VG)

Art 12 B-VG regelt die Zuständigkeit des Bundes zur Grundsatzgesetzgebung und jene der Länder zur Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung. Gem Abs 4 dieses Kompetenzartikels müssen die Grundsatzgesetze des Bundes explizit als solche bezeichnet werden und dürfen die Materie – bei sonstiger Verfassungswidrigkeit<sup>47</sup> – weder zu eng, noch zu unbestimmt regeln. Wie *Bußjäger* kritisch anmerkt, akzeptiert der VfGH entgegen seiner eigenen Judikatur in der Praxis mitunter Detailregelungen in Grundsatzgesetzen, sodass sich die

Ausführungsgesetze der Länder in der »bloßen Wieder- gabe der Grundsatzgesetze erschöpfen«<sup>48</sup>.

Diese vom Bund aufgestellten Grundsätze richten sich ausschließlich an die Länder als Ausführungsgesetzgeber<sup>49</sup> und sollen so bloße Grundlagen für die Einzelregelungen der Landesgesetzgeber bieten. Aus diesem Grund dürfen Ausführungsgesetze dem Grundsatzgesetz nicht entgegenlaufen. Sofern es keine bundesrechtliche Regelung gibt, darf die Materie durch die Landesgesetzgebung frei geregelt werden. Nach *Auckenthaler* ist die Grundsatzgesetzgebung daher keine Voraussetzung, sondern vielmehr Schranke für das Handeln der Länder.<sup>50</sup>

Art 12 Abs 1 Z 1 beinhaltet die für das Gesundheitswesen und insbesondere für diese Arbeit wichtigen Angelegenheiten der Heil- und Pflegeanstalten. Der Begriff der »Heil- und Pflegeanstalten« wird in der österreichischen Rechtsordnung synonym mit dem Begriff »Krankenanstalt« verwendet, was laut *Stöger* der Gesetzgeber in § 1 KAKuG durch die Verwendung des Begriffs Heil- und Pflegeanstalten als Klammerausdruck nach Krankenanstalten offen zum Ausdruck bringen wollte.<sup>51</sup>

Auch in diesem Zusammenhang ist für die Auslegung des Kompetenztatbestands »Heil- und Pflegeanstalten« die oben beschriebene Versteinerungstheorie heranzuziehen, wobei in hier insbesondere die »Außengrenzen des Kompetenzbestandes«<sup>52</sup> von Relevanz sind. Das Krankenanstaltenrecht stellt sich als »typische Querschnittsmaterie«<sup>53</sup> heraus, welche insbesondere die Bestimmung der Grenzen zwischen Krankenanstalten und anderen Anstalten erschwert. Die Abgrenzung von Krankenanstalten von namentlich ärztlichen Ordinationen und Pflegeheimen ist wichtig, da, so das Ergebnis, die Formulierung des Art 10 Abs 1 Z 12 erstere sodann in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz des Bundes, letztere durch die Generalklausel des Art 15 in die gänzliche Kompetenz der Länder fallen lässt.

Die Abgrenzung zum Kompetenztatbestand der Pflegeheime ist unschwer auszumachen, weil der VfGH in VfSlg 13.237 unter Heranziehung des § 3 KAG als Versteinerungsmaterial klarstellt, dass in einer unter Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG fallenden »Heil- und Pflegeanstalt« die Pfleglinge einer »andauernden ärztlichen Betreuung be-

41 *Bußjäger*, Kompetenzverteilung 527.

42 *Bußjäger*, Art 102 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Kommentar Bundesverfassungsrecht (2014) Rz 2.

43 Ebenda.

44 VfSlg 11.403/1987.

45 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 261 f.

46 *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 15.

47 Vgl VfSlg 15.279/1998.

48 *Bußjäger*, Kompetenzverteilung 544.

49 Sie sind somit für den Einzelnen/die Einzelne nicht unmittelbar anwendbar. Vgl hierfür *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs, Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts, Band I<sup>3</sup> (2007) 467 (477).

50 *Auckenthaler*, Der Zusammenhang von Grundsatz und Ausführungsgesetzgebung. Bemerkungen zu aktuellen Fragen des Art 15 Abs 6 B-VG, ÖJZ 57 (1984) 57 (60).

51 *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 379.

52 AaO 380.

53 Vgl *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 66.

dürfen«. Im Gegensatz dazu steht in Pflegeheimen – wie der Name schon erahnen lässt – die Pflege im Vordergrund, eine ärztliche Betreuung ist nur fallweise notwendig.<sup>54</sup>

Dagegen bereitet die kompetenzrechtliche Abgrenzung der Heil- und Pflegeanstalten von ärztlichen Ambulatorien größere Probleme. Aus dem Versteinerungsmaterial des § 29 KAG 1920 ist zu entnehmen, dass der Begriff der »Heil- und Pflegeanstalten« Einrichtungen meint, die sowohl bettenführend sind, als auch ambulante Behandlungen durchführen können. Eben diese Möglichkeit der ambulanten Betreuung bereitet kompetenzrechtliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Fragestellung, inwiefern der rein ambulanten Behandlung dienenden Einrichtungen unter den Begriff »Heil- und Pflegeanstalten« fallen, oder ärztliche Ordinationsstätten darstellen. Da das geltende Recht zum Versteinerungszeitpunkt keine genauen Aufschlüsse gibt, bedarf es des Rückgriffs auf vorkonstitutionelles Rechtsmaterial aus Zeiten der Monarchie, insbesondere zweier Erlässe. Aus dem Erlass der niederösterreichischen Statthalterei Zl 88311/1899, welcher teilweise als Ausführungsbestimmung des allgemeinen Erlasses Zl 14498/1891 verstanden wird, wird von der hL und Rsp abgeleitet, dass weder die Behandlungsmethode noch eine gewisse Ausstattung der Ordination abgrenzungsentcheidend ist.<sup>55</sup> Vielmehr arbeitet *Stöger* anhand einer Zusammenschau dieser Erlässe das Kriterium der »konkreten Person des Arztes«<sup>56</sup> als Abgrenzungspunkt zwischen Ordinationen und den Heil- und Pflegeanstalten zurechenbaren Ambulatorien heraus.<sup>57</sup> Bei Ambulatorien, so *Stöger* zutreffend, müsste stets »ein Arzt [Hervorhebung im Original]«<sup>58</sup> die medizinische Aufsicht über eine Behandlung innehaben, wohingegen »es in der Ordination um die Praxis eines bestimmten Arztes [Hervorhebung im Original] ging.«<sup>59</sup> Der VfGH<sup>60</sup> bestätigt die hL, nach der eine Ordination durch eine juristische Person oder einen Nicht-Arzt betrieben werden kann, da hier der behandelnde Arzt austauschbar wäre.<sup>61</sup> Zusammenfassend stellt *Stöger* auf die »medizinische Letztverantwortung«<sup>62</sup> als Abgrenzungskriterium von Ordinationen zu Krankenanstalten ab – »ein in einer Ordination tätiger Arzt darf aus rechtlicher Sicht keiner fachlichen Weisungsbindung hinsichtlich der Durchführung einer Behandlung unterliegen«<sup>63</sup>.

Zudem hat der VfGH in einigen Erkenntnissen herausgearbeitet, dass neben den Heil- und Pflegeanstalten und Kuranstalten auch die Regelungen über die Rechtsbeziehung zwischen Patienten/Patientinnen und Krankenanstalt unter diesen Kompetenztatbestand fallen.<sup>64</sup>

Neben dem für diese Arbeit zentralen Begriffs der Heil- und Pflegeanstalten/Krankenanstalten weist Art 12 B-VG derzeit noch die gesundheitsrechtlich relevanten Kompetenzbereiche der Mutterschafts-, Säuglings- und Jugendfürsorge sowie auch die von einem gesundheitlichen Standpunkt aus zu stellenden Anforderungen an Kurorte sowie Kuranstalten und Kureinrichtungen und natürliche Heilvorkommen (Z 1) dem Bund als Grundsatzgesetzgeber, den Ländern als Ausführungsgesetzgeber und Vollzieher zu. Ein von der Regierung vorgeschlagenes und vom Verfassungsausschuss bereits abgesegnetes Gesetzespaket, welches das Ziel einer Kompetenzvereinbarung verfolgt (siehe dazu Näheres in Kapitel E.1.), sieht vor, dass diese Bereiche nach geplanter Verfassungsänderung sodann zur Gänze an die Länder zur Gesetzgebung und Vollziehung (siehe sogleich) übertragen werden sollen.<sup>65</sup>

#### 4. Länderkompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung (Art 15 B-VG)

Wie bereits erwähnt, erfolgt die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in Österreich nach dem Prinzip der Enumeration und Residualkompetenz, was bedeutet, dass nach der Formulierung des Art 15 B-VG<sup>66</sup> alles das, was nicht dem Bund zur Gesetzgebung oder Vollziehung übertragen ist, im selbständigen Wirkungsbereich der Länder (zur Gesetzgebung und Vollziehung) bleibt.<sup>67</sup> Zu beachten ist dabei: Nicht all jene Kompetenzen, welche nicht ausdrücklich in den Art 10 bis 14 B-VG genannt werden, fallen automatisch in die Kompetenz der Länder, sondern können durch entsprechende Auslegung unter bestehende Kompetenzregelungen fallen.<sup>68</sup> Die Bedeutung dieser entsprechenden Auslegung ist vor allem im Hinblick auf »neue Rechtsmaterien«, welche es selbstverständlich auch im Gesundheitsrecht zuhauf gibt, nicht zu unterschätzen. So verbleiben bspw die (zum Zeitpunkt der Erlassung der Kompetenzverteilung nicht bekannte) medizinisch unter-

54 Vgl *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 380 mwN.

55 Vgl aaO 387 mwN.

56 *Stöger*, Krankenanstaltenrecht, 389.

57 Ebenda.

58 Ebenda.

59 Ebenda.

60 VfSlg 13.023/1992.

61 Vgl *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 389 mwN.

62 Ebenda.

63 Ebenda.

64 Vgl *Stärker*, Krankenanstaltenrecht, in Resch/Wallner (Hrsg), Handbuch Medizinrecht<sup>2</sup> (2015), 403 (421 f) mwN.

65 Vgl *Österreichisches Parlament*, Kompetenzvereinbarung: Gesetzespaket hat Verfassungsausschuss im zweiten Anlauf passiert. Online unter <[https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\\_2018/PK1448/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2018/PK1448/index.shtml)> [Letzter Zugriff: 16.12.2018].

66 »Soweit eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist, verbleibt sie im selbständigen Wirkungsbereich der Länder.«

67 Vgl *Bußjäger*, Kompetenzverteilung 524.

68 Vgl *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 21 f; vgl auch VfSlg 13.237/1992.

stütze Fortpflanzung sowie die Gentechnik nicht im Kompetenzbereich der Länder, sondern sind dem Art 10 Abs 1 Z 12 (Gesundheitswesen) zugeordnet.<sup>69</sup>

Trotz des Prinzips der Residualkompetenz werden in Art 15 Abs 2 und 3, aber auch wie oben erwähnt durch die explizite Ausklammerung aus Art 10 B-VG Kompetenzbereiche im selbständigen Wirkungsbereich der Länder *expressis verbis* im B-VG benannt. Dies gilt wie bereits angeschnitten für das vom Gesundheitswesen ausgenommene Leichen- und Bestattungswesen, aber auch für den Gemeindesaniätsdienst sowie für das Rettungswesen.<sup>70</sup> Für diese Bereiche besitzen somit die Länder eine vollumfängliche Kompetenz zur Regelung.

## 5. Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG)

Als eine Art »Sicherheitsventil«<sup>71</sup> gegen die starke Zentralisierung der Kompetenzverteilung bezeichnet *Bußjäger* den Art 17 B-VG. Diese Bestimmung entbindet die Länder (sowie den Bund) in der sog Privatwirtschaftsverwaltung von der Kompetenzverteilung, wodurch diese sich als Träger von Privatrechten auf allen – auch dem Bund zugeordneten – Gebieten betätigen können.<sup>72</sup> Dabei geht die hL<sup>73</sup> und Rsp inzwischen von einer »transkompetenten« Privatwirtschaftsverwaltung aus, dh Art 17 B-VG nimmt die Privatwirtschaftsverwaltung nicht nur von der Kompetenzverteilung der insbes Art 10 bis Art 15 B-VG aus, sondern schafft für dieses privatrechtsförmige Verwaltungshandeln eine eigene Kompetenzgrundlage.<sup>74</sup> Die im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung erlassenen Normen (Gesetze und Verordnungen) binden als »Statutar- oder Selbstbindungsgesetze« nur die Verwaltung selbst und bewirken keine subjektiven Rechten gegenüber Privatpersonen.<sup>75</sup> Dazu hat der OGH jedoch festgehalten, dass eine Gebietskörperschaft, sofern sie sich zur Leistung unter Voraussetzungen verpflichtet hat, diese jedem und jeder unter denselben Voraussetzungen zukommen lassen muss und somit in Verbindung mit dem Gleichheitssatz ein subjektives Recht entstehen kann.<sup>76</sup>

69 *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 21 mwN.

70 Ebenda.

71 *Bußjäger*, Austria's Cooperative Federalism, in Bischof/Karlhofer (Hrsg), Austrian Federalism in Comparative Perspective (2015) 34 (49).

72 Ebenda.

73 Für alle *Kahl*, Artikel 17 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, (2013) Rz 5 ff, welcher ausführlich die unterschiedlichen Wege zu dieser nun gängigen Sichtweise anhand von Lehre, Judikatur und Staatspraxis aufzeigt; ablehnend dahingehend aber *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 150 mwN.

74 Vgl für alle *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 613.

75 Vgl ebenda; vgl auch *B Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>5</sup> (2016) Rz 565.

76 Vgl hierfür OGH 24.2.2003, 1 Ob 272/02k.

Strittig ist, ob das Privatrechtshandeln von Bund und Ländern vollumfänglich ist oder sich auf Unternehmungen und Geschäfte »im öffentlichen Interesse« beschränkt.<sup>77</sup> *Stöger* vertritt die Auffassung, dass auch eine »rein [aus] erwerbswirtschaftlichen Gründen getätigte Privatwirtschaftsverwaltung«<sup>78</sup> mit dem B-VG im Einklang steht.<sup>79</sup> Nichtsdestoweniger ist diese Ermächtigung zum privatwirtschaftlichen Tätigwerden nicht grenzenlos: es gilt jedenfalls das Effizienzgebot des B-VG und somit sind die Tätigkeiten der Gebietskörperschaften stets nach den Kriterien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu beurteilen.<sup>80</sup>

Unter den eben besprochenen Kriterien besteht eine »prinzipielle Wahlfreiheit des Gesetzgebers«<sup>81</sup>, ob er sich der Hoheitsverwaltung oder der Privatwirtschaftsverwaltung bedient, vorbehaltlich der Ausgestaltung des einzelnen Kompetenztatbestands, durch welcher eine Wahlfreiheit nicht angenommen werden kann.<sup>82</sup>

Das soeben ausgeführte bedeutet in der Praxis, dass bspw die Länder Subventionen im eigentlichen Kompetenzbereich des Bundes vertraglich vergeben dürfen, sofern sie die Interessen der gegenbeteiligten Gebietskörperschaft nicht »torpediert«.<sup>83</sup>

Im Zusammenhang mit dem Betrieb von Krankenanstalten als erwerbswirtschaftliches Handeln der Länder soll auch noch auf den für die Gemeinden einschlägigen Art 116 Abs 2 B-VG (als Pendant zu Art 17 B-VG) hingewiesen werden. Dieser definiert die Gemeinde als eigenen Wirtschaftskörper und räumt dieser das Recht ein, Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen, als auch wirtschaftliche Unternehmen zu betreiben.<sup>84</sup>

## B. Aufbau und Vollziehung des Krankenanstaltenwesens

### 1. Vollziehung der Kompetenz »Heil- und Pflegeanstalten«

Wie im vorigen Kapitel bereits ausgeführt wurde, obliegt die Vollziehung des Kompetenztatbestands der Krankenanstalten den Ländern. Die materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften hierfür finden sich grundsätzlich in den Landeskrankenanstaltengesetzen.

77 Vgl *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 378. Diese weisen darauf hin, dass im zweiten Fall Geschäfte im nicht öffentlichen Interesse gar nicht wirksam zustande kommen würden.

78 Vgl *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 157.

79 Ebenda.

80 *B Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 566; *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 158.

81 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 239.

82 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 239.

83 *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 378.

84 Vgl *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 157.

zen<sup>85</sup>, wobei das KAKuG selbst recht detaillierte Grundsätze aufstellt.<sup>86</sup> Durch diese Bestimmungen wird ua die Verpflichtung festgeschrieben, unter Bedachtnahme auf den Landeskrankenanstaltenplan, entweder durch Errichtung und den Betrieb öffentlicher Krankenanstalten oder durch Vereinbarung mit anderen Rechtsträgern die Krankenanstaltspflege sicherzustellen.

Dabei trifft die Länder eine sog Organisationspflicht, sprich, sie tragen dafür Sorge, dass sowohl eine quantitativ als auch qualitativ ausreichende Versorgungskapazität besteht.<sup>87</sup> Um dieser Organisationspflicht nachzukommen, müssen die Länder nicht selbst Krankenanstalten betreiben, sie haben jedoch, so *Stärker*, »auf die Errichtung und den Betrieb öffentlicher Krankenanstalten hinzuwirken, Vereinbarungen mit anderen Anstaltsträgern abzuschließen oder selbst Trägerfunktion zu übernehmen.«<sup>88</sup> Erst wenn das Land der Pflicht iSe eines Hinwirkens nicht nachkommen kann, besteht eine gesetzliche Einstandspflicht des Landes selbst Trägerfunktionen zu übernehmen und den daraus entstandenen Aufwand selbst zu tragen.<sup>89</sup>

#### a. Errichtung und Bewilligung einer Krankenanstalt

Nach § 3 bzw. § 3a KAKuG bedarf die Errichtung einer Krankenanstalt bzw. eines selbständigen Ambulatoriums und der Betrieb einer/s solchen einer Bewilligung durch die Landesregierung. Eine solche Bewilligung darf die Landesregierung als zuständige Behörde in diesem Verfahren nach § 3 Abs 2 sowie § 3a Abs 2 KAKuG nur nach einer entsprechenden Bedarfsprüfung erteilen – Krankenanstalten unterliegen somit einem Konzessionssystem.<sup>90</sup> Diese Bewilligungspflicht tritt neben andere gesetzlich vorgeschriebene Genehmigungen (bspw Baubewilligung), von der Notwendigkeit einer gewerbebehördlichen Genehmigung ist der Betrieb von Kranken- und Kuranstalten im § 2 Abs 1 Z 11 GewO 1993 explizit ausgenommen.<sup>91</sup> Voraussetzung für eine Bewilligung ist nach § 3 Abs 2 lit a) somit eine positive Bedarfsprüfung. Wie *Kopetzki* darlegt, gehört es zum Wesen einer Bedarfsprüfung nur Krankenanstalten mit einem gleichartigen oder ähnlichen Anstaltszweck zum Vergleich heranzuziehen.<sup>92</sup> Da sich, wie *Souhrada* in sei-

nem Beitrag zum VUG 2017<sup>93</sup> erklärt, in den Wortlauten einiger Bestimmungen des KAKuG aF BGBl Nr 81/2013 (er hebt hier § 3a Abs 2 Z 1 KAKuG aF BGBl NR 81/2013 hervor) »eine interpretationsbedürftige Formulierung an die andere heftet[e]«<sup>94</sup>, konnten die zuständigen Behörden jedoch auf wenig konkrete Entscheidungsgrundlagen im Hinblick auf sonstige Parameter der Bedarfsprüfung zurückgreifen.<sup>95</sup> Eben solche fehlende Planungsunterlagen sollen nun durch den ÖSG und die RSG bereitgestellt werden und, unter anderem aus Gründen der Nachvollziehbarkeit und Planungssicherheit, verbindlich kundgemacht werden.<sup>96</sup> Welche Vorgehensweise der Gesetzgeber zur Verbindlicherklärung einzelner Planungsziele genau gewählt hat, wird insbesondere in Kapitel D. genau behandelt. In diesem Zusammenhang soll vorerst nur interessieren, dass § 3 Abs 2b sowie § 3a Abs 3a KAKuG auf diese in Form von Verordnungen verbindlich kundgemachten Planungsinhalte nach § 23f G-ZG verweisen.

Somit wird durch die in § 3 Abs 2b und § 3a Abs 3a KAKuG vorgenommenen Verweise (auf die verbindlich erklärten Teile des ÖSG und der RSG) die vorige Rechtslage abgelöst. In der Rechtslage vor der Gesundheitsreform 2017 legte § 10a Abs 1 KAKuG idF BGBl I Nr 59/2017 fest, dass die Landesgesetzgebung die Landesregierung zu verpflichten habe, im Rahmen der damaligen RSG Verordnungen für Fondskrankenanstalten zu erlassen (sog Landeskrankenanstaltenpläne), welche sodann als Planungsunterlagen der Bedarfsfeststellung dienen.<sup>97</sup> Diese Vorgehensweise wurde aufgrund der daraus resultierenden neun unterschiedlichen Landeskrankenanstaltenpläne in planungstechnischer Sicht als unbefriedigend wahrgenommen. Nichtsdestotrotz wurde das Instrument der Landeskrankenanstaltenpläne mit dem VUG 2017 nicht zur Gänze abgeschafft, § 10a KAKuG idF legt für Fälle, in denen kein Einvernehmen über die zu verbindlich erklärenden Teile des RSG zustande kommt, fest, dass ein Landeskrankenanstaltenplan durch die Landesregierung zu erlassen ist. Diese Bestimmung gilt somit nun mehr subsidiär, falls entsprechende verbind-

85 Bspw Tiroler Krankenanstaltengesetz LGBl 5/1958.

86 *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht 499.

87 *Stärker*, Krankenanstaltenrecht Rz 9.

88 Ebenda.

89 Vgl *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts<sup>2</sup>, Band I (2007) 467 (474); *Stärker*, Gesundheitsrecht von A bis Z 287 f.

90 *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht 498.

91 Ebenda.

92 AaO, 500 f.

93 *Souhrada* ist Leiter der Geschäftsbereiche Recht und Personal im Hauptverband der Sozialversicherungsträger und war in den Entstehungsprozess des VUG 2017 eingebunden. Da dieses Gesetz und die Vereinbarungen nach Art 15a-BVG nicht dem üblichen Begutachtungsverfahren unterzogen wurden und keine detaillierten Materialien zur Interpretation zur Verfügung stehen, versucht *Souhrada* einige Aspekte und Überlegungen des Entstehungsprozesses festzuhalten. Vgl hierzu dessen Erklärung in *Souhrada*, Planung 104.

94 *Souhrada*, Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten. Zu § 23 G-ZG und §§ 3 ff. KAKuG i.d.F. VUG ab 1. Jänner 2017, SozSi 3 (2017), 104 (107).

95 Ebenda.

96 Ebenda.

97 *Stärker*, Gesundheitsrecht, 339.

liche Verordnungen zu dem ÖSG und den RSG fehlen.<sup>98</sup> Dies gilt auch für den Landeskrankenanstaltenplan. Ein solcher ist nach der Grundsatzbestimmung des § 24 G-ZG iVm § 10a KAKuG, von der zuständigen Landesregierung nur mehr zu erlassen, wenn eine Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH mangels Einvernehmen in den Landes-Zielsteuerungskommissionen (siehe C.2.) nicht zustande kommt.<sup>99</sup>

#### b. Arten von Krankenanstalten

Die rechtlich wichtigste Unterteilung von Krankenanstalten ist jene zwischen »öffentlichen« und »privaten« Krankenanstalten. Ob eine Krankenanstalt als »öffentliche Krankenanstalt« qualifiziert wird, ist nicht abhängig davon, ob das Land oder eine andere Gebietskörperschaft Rechtsträger derselben ist. Ausschlaggebend für diese Bezeichnung und der damit einhergehenden Sonderbestimmungen (siehe Kapitel B.1.c.) ist lediglich die Verleihung des Öffentlichkeitsrechts nach § 14f KAKuG. Eine öffentliche Krankenanstalt muss von einer juristischen Person (dies kann auch eine juristische Person des Privatrechts sein) getragen werden. Diese muss stets gemeinnützig iSd § 16 KAKuG sein, dh ua ihr Betrieb darf nicht die Erzielung von Gewinnen bezwecken, jeder Aufnahmebedürftige muss nach Maßgabe der Anstaltseinrichtungen aufgenommen werden, für die Art und Dauer der Behandlung darf ausschließlich der Gesundheitszustand maßgeblich sein und die Bediensteten der Krankenanstalten dürfen (mit wenigen Ausnahmen) von den Pflinglingen und deren Angehörigen nicht in sonstiger Weise entlohnt werden. Alle Krankenanstalten, welchen nicht das Öffentlichkeitsrecht verliehen wurde, sind dagegen als private Krankenanstalten zu qualifizieren.<sup>100</sup>

Neben dieser Unterteilung, findet sich auch jene nach Zweck und Betriebsform im KAKuG. In § 2 Abs 1 werden folgende »Betriebsformen« unterschieden: Allgemeine Krankenanstalten, welche für Personen unabhängig von Alter, Geschlecht oder Art der ärztlichen Betreuung zugänglich sind (Z 1); Sonderkrankenanstalten, welche für Untersuchung und Behandlung bestimmter Krankheiten oder Personen bestimmter Altersstufen oder bestimmter Zwecke bestimmt sind (Z 2); Pflegeanstalten für chronisch Kranke mit Bedarf nach besonderer Pflege (Z 3); Sanatorien, in welchen aufgrund ihrer besonderen Ausstattung höhere Anforderungen hinsichtlich Verpflegung und Unterbringung zukommen

(Z 4), selbständige Ambulatorien, welche im Groben der Untersuchung und Behandlung von Personen dienen, welche keiner stationären Aufnahme bedürfen, wobei diese Qualifikation auch erhalten bleibt, wenn die Anstalt über eine geringe Anzahl an Betten verfügt (Z 5) sowie vom Bund betriebene militärische Krankenanstalten, welche im Zusammenhang mit der Aufgabenerfüllung des Bundesheeres stehen (Z 6). Auf diese Unterscheidung ist bei Bedarfsprüfungen Bedacht zu nehmen (siehe, da die Kategorie der darin enthaltenen Konkurrenzrichtung auf den Anstaltszweck Bezug nimmt.<sup>101</sup>

Zudem werden in § 2a KAKuG Krankenanstalten nach deren Leistungsumfang und Versorgungsstufe in verschiedene Kategorien unterteilt. An diese Unterteilungen knüpfen seit Entfall des § 18 Abs 2 KAKuG mit dem VUG 2017 der ÖSG und die RSG selbst an, welche sodann abhängig von den Bevölkerungszahlen die Einrichtung einer Allgemeinen Krankenanstalt, einer Schwerpunktanstalt oder Zentralkrankenanstalten vorschreiben.<sup>102</sup> Diese Planungsinhalte der Strukturpläne werden durch die Umsetzung in den Landeskrankenanstaltenplan zu einem wichtigen Teil der Erteilung einer Betriebsbewilligung nach § 3ff KAKuG, worauf im folgenden Unterkapitel noch genauer eingegangen wird.

Je nach Trägerschaft kann zudem unterschieden werden in Krankenanstalten, welche von Gebietskörperschaften betrieben werden, insbesondere durch Bund, Länder, Gemeinden aber auch Gemeindeverbände oder durch Sozialversicherungsträger (Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherungsträger). Zudem finden sich unter den Krankenanstaltenträgern auch kirchliche Organisationen wie rechtlich selbständige Orden und Kongregationen. An diese Unterscheidungen sind jedoch keine juristischen Folgen geknüpft.<sup>103</sup>

#### c. Die Landesgesundheitsfonds und Fondskrankenanstalten

Zwischen Sozialversicherungsträgern und Krankenanstaltenträgern sind seit der 1996 geschlossenen Art 15a-Vereinbarung BGBl I 1997/111 keine Direktzahlungen für die Behandlung von Patienten/Patientinnen mehr vorgesehen. Die vormals geleisteten Direktzahlungen für Behandlungen der Versicherten wurden durch eine sogenannte leistungsorientierte Krankenanstaltenfinanzierung abgelöst.<sup>104</sup> Kern dieser neuen Art der Krankenanstaltenfinanzierung ist die Einbindung von Fonds<sup>105</sup>

98 *Schrattbauer*, Ergänzung zum Beitrag »Zur Bedarfsprüfung bei der geplanten Änderung einer Krankenanstalt« – Auswirkungen des neuen Vereinbarungsumsetzungsgesetzes 2017 (VUG 2017), DRdA 3 (2017) 186 (189).

99 *Schrattbauer*, Ergänzung 189.

100 *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht 492.

101 AaO, 490; *Stärker*, Gesundheitsrecht 288 f.

102 RV 1333 BlgNR 25. GP.

103 *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht 493.

104 *Stöger*, Krankenanstaltenrecht 53.

105 Öffentlich-rechtliche Fonds sind Vermögensmassen, welchen die Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person zugesprochen wird. Diese haben weder Mitglieder noch Benutzer, son-

aus welchen die Krankenanstaltenträger Mittel für die Behandlung sozialversicherter Patienten/Patientinnen erhalten. Art 23 der Vereinbarung über die Finanzierung und Organisation des Gesundheitswesens idGF sieht die Einrichtung öffentlich-rechtlicher Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit durch die Länder vor. Diese »Landesgesundheitsfonds« werden durch Bund, Länder, Gemeinden, Sozialversicherungsträger und Zweckzuschüssen aus dem Finanzausgleich dotiert<sup>106</sup>. Aus diesen Mitteln werden sodann Leistungen sogenannter Fondskrankenanstalten als Ausgleich für die diesen auferlegte Aufnahmepflicht<sup>107</sup> (siehe Kapitel B.1.b.) abgegolten. Fondskrankenanstalten können sowohl öffentliche, als auch private Allgemeine Krankenanstalten gemäß § 2 Abs 1 Z 1 KAKuG (mit Ausnahme der Pflegeabteilungen für Psychiatrien) und Sonderkrankenanstalten gem Z 2 sein, sofern diese gemeinnützig iSd § 16 KAKuG sind. Neben dieser Zahlungsfunktion, werden den Landesgesundheitsfonds weitere Aufgaben zugeschrieben. Auf diese wird an im nächsten Unterkapitel eingegangen.

#### d. Die Rolle der Sozialversicherungen in der Vollziehung des Krankenanstaltenrechts

Sowohl der Hauptverband<sup>108</sup> als auch die Sozialversicherungsträger selbst werden in § 84a Abs 1 ASVG zur Mitwirkung an der regionalen- und sektorenübergreifenden Planung, Steuerung und Finanzierung des Gesundheitswesens verpflichtet. In dieser Bestimmung wird die Rolle der, später noch genauer zu betrachtenden, Strukturpläne Gesundheit betont. Diese sind Teil eines Steuerungs- und Planungssystems, welches sich im Wesentlichen aus interföderalen, hoheitlichen und privatrechtlichen Maßnahmen zusammensetzt.<sup>109</sup>

Der Hauptverband der Sozialversicherungsträger ist am Zustandekommen des sogenannten Zielsteuerungsvertrags sowie des Österreichischen Strukturplans Gesundheit beteiligt, die jeweiligen Sozialversicherungsträger am Zustandekommen der Landes-Zielsteuerungsübereinkommen und des jeweiligen Regionalen Strukturplans Gesundheit. Anhand welcher Organisationsstrukturen dies geschieht, wird in Kapitel C.2. eingehend betrachtet, hier soll im Speziellen noch auf eine rechtliche Konsequenz der Mitwirkung der Sozialversicherung bei der Erstellung der Strukturpläne eingegangen werden.

Nach § 84a Abs 1 2.Satz ASVG gelten die vom Hauptverband der Sozialversicherungsträger bzw den Sozialversicherungsträgern miterstellten Strukturpläne Gesundheit auch für die Vertragsparteien des Vertragspartnerrechts. Das österreichische Vertragspartnerrecht sieht – kurz umrissen – vor, dass die Träger der Sozialversicherungen und die medizinischen Leistungserbringer ihre Beziehung nach § 338 ASVG durch privatrechtliche Verträge zueinander selbst regeln.<sup>110</sup> Dies gilt gem § 338 Abs 2 ASVG grundsätzlich auch zwischen den Trägern der Krankenanstalt (und nach § 148 Z 10 ASVG auch für Fondskrankenanstalten) und den Trägern der Krankenversicherungen. Durch die in der Bestimmung des § 84a Abs 1 2.Satz angeordnete »Beachtlichkeit« werden somit auch die Vertragspartner der Sozialversicherungen, namentlich die Krankenanstaltenträger, die Ärztekammer und Wirtschaftskammer verpflichtet, die Strukturpläne »in ihrem Verwaltungshandeln und bei der Planung und Umsetzung der Versorgung der Versicherten mit dem Ziel eines optimierten Mitteleinsatzes zu beachten«.<sup>111</sup> Dies gilt nach Stöger sowohl für hoheitliches Verwaltungshandeln, als auch für die Privatwirtschaftsverwaltung und dabei im Speziellen das Tätigwerden im Vertragspartnerrecht (§ 338f ASVG). Somit bilden ÖSG und RSG die Verhandlungsgrundlage zum Abschluss der Verträge des Vertragspartnerrechts, der »Gesamt- und Einzelverträge«.<sup>112</sup>

Sofern kein solcher Vertrag mit einer Krankenanstalt nach § 338 Abs 3 ASVG zustande kommt, gelten die Ausführungsbestimmungen der Länder zur Grundsatzregelung des § 148 ASVG, welcher seinerseits die Beziehung der Sozialversicherungsträger zu den Krankenanstalten, die über die Landesgesundheitsfonds finanziert werden, regelt. Durch § 148 ASVG werden Fondskrankenanstalten verpflichtet, auch Patienten/Patientinnen einer Sozialversicherung zu behandeln, mit welcher sie keinen Vertrag abgeschlossen haben, wofür diese, wie oben beschrieben, Zahlungen aus dem Landesgesundheitsfonds erhalten.<sup>113</sup> Im Großen und Ganzen ergibt sich somit, dass die Rechtsbeziehung zwischen Fondskrankenanstalten und Sozialversicherungen überwiegend gesetzlich vorbestimmt ist, und Verträge nach dem Vertragspartnerrecht nur zwischen Sozialversicherungsträgern und Krankenanstalten, welche eben nicht aus den Landesgesundheitsfonds finanziert werden, zustande kommen.<sup>114</sup>

dern nur Begünstigte. Vgl hierfür *B Raschauer* Verwaltungsrecht Rz 84.

106 Vgl Stöger, Krankenanstaltenrecht 115, 345.

107 Stöger, § 148 ASVG, in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Kommentar (2018) Rz 10.

108 Dieser wird durch das geplante Sozialversicherungsorganisationsgesetz – grob umrissen – durch den Dachverband der Sozialversicherungsträger ersetzt. Vgl hierfür ME 75 26. GP.

109 Stöger, § 84a Rz 5 ff.

110 Risak, Der Stellenplan für Kassenärzte. Grundsätze- Anpassung bestehender Stellenpläne – »faktische« Stellenpläne, RdM (2015), 255 (255); vgl auch *N Raschauer*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Weiterentwicklung des ärztlichen Vertragspartnerrechts, RdM (2016), 240 (243 ff).

111 Stöger, § 84a ASVG, Rz 8/3.

112 Ebenda.

113 Stöger, § 148 ASVG, Rz 7 f.

114 Ebenda.

## 2. Exkurs: Problemfelder, Grenzen und Reformziele des österreichischen Gesundheitswesens

Zwar ist es nicht das Ziel dieser Arbeit, einen umfassenden Befund über die Beschaffenheit des österreichischen Gesundheitswesens abzugeben, so sollten aber dennoch einige Problemfelder beispielartig erwähnt werden. Dies nicht deshalb, um in den oft herrschenden Kanon des Pessimismus<sup>115</sup> miteinzustimmen, sondern um die im nachfolgenden Kapitel behandelten Reformen bzw Reformwünsche nachvollziehbarer zu machen.

Dreh- und Angelpunkt der Kritik des bestehenden Systems ist zumeist die befürchtete mangelnde Finanzierbarkeit in der Zukunft.<sup>116</sup> Die Gründe für diese Befürchtungen liegen mehr oder weniger auf der Hand – einerseits führt die demographische Entwicklung Österreichs dazu, dass immer mehr, vor allem ältere Menschen, einer medizinischen Behandlung bedürfen, andererseits wird das immer größer werdende Leistungsangebot als problematisch hervorgehoben. Darüber hinaus werden auch die verschachtelten Finanzierungsströme zwischen den Gebietskörperschaften Bund, Ländern und Gemeinden sowie den Selbstverwaltungskörpern der Sozialversicherungen als negativer Faktor genannt.<sup>117</sup> Auf diese Punkte soll in aller Kürze eingegangen werden:

Dass die Alterung einer Gesellschaft mit einem höheren Bedarf an Gesundheitsleistungen einhergeht, wird kaum jemand bestreiten. Dass nicht primär die erhöhte Lebenserwartung, sondern die größere Zahl älterer Menschen kostentreibende Faktor sind, sei hier nur am Rande erwähnt.<sup>118</sup> Hinsichtlich des Ausmaßes dieser Mehrkosten divergieren die Schätzungen jedoch. Beispielhaft soll die Schätzung des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger erwähnt werden, in welcher von einer durchschnittlichen Gesundheitskostenerhöhung um das Sechsfache für Menschen über 80 Jahren gegenüber Menschen zwischen 20 und 29 Jahren ausgegangen wird.<sup>119</sup>

*Schmadlbauer*<sup>120</sup> verweist in diesem Zusammenhang auf eine Abhandlung von *Breyer/Ulrich*, welche für die Situation in Deutschland den medizinischen Fort-

schritt als oftmals unterschätzten kostentreibenden Faktor hervorheben.<sup>121</sup> Dieser könne nach Schätzungen die Ausgaben für Gesundheitsleistungen pro Kopf bei konstanten Bruttosozialprodukt<sup>122</sup> und konstanter Altersstruktur der Bevölkerung um ein Prozent des BIP steigen lassen.<sup>123</sup>

Hinsichtlich des dritten Kritikpunkts, der komplizierten Finanzierungsströme, weist *Bußjäger* zwar zum einen der Bedarfsorientierung des bestehenden Systems einen hohen Stellenwert zu, zum anderen verweist dieser auch auf institutionelle Schwächen, wie eine ineffiziente Ressourcenallokation aufgrund der Schaffung fehlerhafter Anreizsysteme.<sup>124</sup> So komme es unter anderem durch fehlerhafte Finanzierungssysteme zu einer Konzentration der Gesundheitspolitik in der stationären Betreuung.<sup>125</sup> Die geteilte Zuständigkeit zur Regelung der Heil- und Pflegeanstalten sowie dem vorherrschenden Verständnis des § 2 Finanzverfassungsgesetz folgenden Umgang bei der Tragung von Betriebsabgaben – jener Rechtsträger bezahlt, der die Einrichtung als Aufgabe betreibt – seien als Beispiele für Problemfelder bei der Finanzierung der Krankenanstalten genannt. Das »duale Finanzierungssystem« durch die Mittel der Sozialversicherungsträger und Steuergeldern wird als sehr unübersichtlich beschrieben.<sup>126</sup> Zudem können die Mittel der Sozialversicherungen die Gesundheitsausgaben nicht zur Gänze abdecken; das daraus entstehende Minus wird durch Finanzierungsmittel des Bundes, der Länder und der Gemeinden gedeckt.<sup>127</sup> Dieses Finanzierungsproblem wächst zunehmend an, woran neben dieser »Hydra von Finanzquellen und Finanzströmen«<sup>128</sup> die mangelhafte Koordination zwischen niedergelassenem und hospitärem Bereich Schuld gegeben wird.<sup>129</sup> So kommt den niedergelassenen (Vertrags-)Ärzten/Ärztin-

115 Vgl *Bußjäger*, Die Verflechtung zwischen Bund, Ländern, Gemeinden und Sozialversicherungsträgern in der Gewährleistung des öffentlichen Angebots im Gesundheitswesen und ihre Probleme, in *Bußjäger* (Hrsg), *Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens* (2004) 3 (3).

116 *Dörler*, Einführende Worte, in *Bußjäger* (Hrsg), *Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens*, 1 (1). Ebenda.

117 *Bußjäger*, Verflechtung, 3.

118 *Schmadlbauer*, Finanzierung des österreichischen Gesundheitswesens – eine Problemanalyse (2006) 11. Online unter <<https://www.oegkk.at/cdscontent/load?contentid=10008.576358&version=1391199254>> [Letzter Zugriff: 10.12.2018].

120 Ebenda.

121 *Breyer/Ulrich*, Gesundheitsausgaben, Alter und medizinischer Fortschritt: Eine Regressionsanalyse, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, (2000) 1 (1).

122 Das Bruttosozialprodukt ist eine Messgröße, welche auf die Einkommensgröße abzielt. Es drückt die Summe aller von einer Volkswirtschaft innerhalb eines Jahres produzierten Güter und Dienstleistungen aus. Im Gegensatz zum BIP werden dem Bruttosozialprodukt die Vermögenseinkommen der Inländer im Ausland hinzugezählt und die Erwerbs- und Vermögenseinkommen der Ausländer im Inland abgezogen. Online unter <<https://www.gevestor.de/details/bruttoinlandsprodukt-und-bruttosozialprodukt-einfach-erklart-648506.html>> [Letzter Zugriff 30.10.2018].

123 Vgl *Schmadlbauer*, Finanzierung 11; *Bayer/Ulrich*, Gesundheitsausgaben 11; vgl auch *Bußjäger*, Verflechtung, 4.

124 *Bußjäger*, Verflechtung 4.

125 *Badelt/Österle*, Grundzüge der Sozialpolitik, Bd 2 (2001) 36.

126 *Bischof*, Gesundheitsfonds in den Ländern als Lösungsansatz für die Finanzierungsprobleme im Gesundheitswesen? – Das Modell Vorarlberg, in *Bußjäger* (Hrsg), *Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens* 22.

127 *Bußjäger*, Verflechtung 6 ff.

128 *Bischof*, Gesundheitsfonds 22.

129 Vgl *Souhrada*, Planung 107 f.

nen nicht die Schlüsselrolle zu, welche ihnen das Gesundheitssystem eigentlich zugedacht hätte. Statt als »gatekeeper« zu einer spezialisierten Versorgung eingesetzt zu werden, müssen diese in Konkurrenz mit Krankenanstalten treten, wobei Patienten/Patientinnen oftmals auch in den niedergelassenen Bereich entsprechend versorgt werden könnten.<sup>130</sup> Eine Akkordierung dieser beiden Bereiche ist aufgrund der unterschiedlichen Kompetenzzuordnungen dieser Bereiche – Grundgesetzgebung des Bundes und Ausführungsgesetzgebung der Länder im Krankenanstaltenbereich sowie volle Kompetenz der Länder im Bereiche der niedergelassenen Ärzte (siehe voriges Kapitel) – nicht einfach, wird aber insbesondere durch Vereinbarungen nach Art 15a B-VG verstärkt forciert. Diese Vorgehensweise zur Koordinierung der Finanzierung und Planung des Gesundheitswesens sollen im folgenden Kapitel thematisiert werden. Die Koordinierung des Gesundheitssektors stellt somit eine der zentralen Herausforderungen für die künftige Finanzierbarkeit des österreichischen Gesundheitssystems dar. Entsprechend dem großen Stellenwert, welcher dieser Abstimmung der Gebietskörperschaften eingeräumt wird, ist dieser Punkt in den nun folgenden Ausführungen idealerweise mitzudenken.

### C. Die Selbstbindung des Bundes und der Länder gem Art 15a B-VG

Dem österreichischen Föderalismus wird ein hoher Grad der Verflechtung nachgesagt, was sich mitunter auch an der Vielzahl von Verträgen nach Art 15a B-VG<sup>131</sup> zeigt.<sup>132</sup> Anhand dieser 1974 erlassenen Verfassungsbestimmung können Bund und Länder bzw. die Länder untereinander horizontale bzw. vertikale Verträge über »Angelegenheiten ihres jeweiligen Wirkungsbereichs schließen«.<sup>133</sup> Diese können nach hA sowohl Angelegenheiten der Gesetzgebung und Vollziehung, als auch der Privatwirtschaftsverwaltung zum Inhalt haben<sup>134</sup> und, so der VfGH in VfSlg 17.232/2004, durch privatrechtliche Absprachen der Vertragsparteien weiter konkretisiert werden. Die Vielzahl der auf dieser Rechtsgrundlage geschlossenen Vereinbarungen darf nicht über die zT als unbefriedigend wahrgenommene<sup>135</sup> Verfassungsrechtliche Lage hinwegtäuschen: Allen voran die fehlende unmit-

telbare Anwendbarkeit solcher Vereinbarungen wird als schwerfällig angesehen. Diesem Umstand ist es auch geschuldet, dass keine kompetenzübergreifende einheitliche Maßnahmen vereinbart, sondern nur »Akkordierungen«<sup>136</sup> getroffen werden können; diese wirken einer Kompetenzzersplitterung – wie sie im Gesundheitswesen bspw anzufinden ist – nur bedingt entgegen.<sup>137</sup> Auch die dem völkerrechtlichen Vertragsabschlussverfahren angeglichene Vertragsumsetzung wird als Manko dieses Instrumentariums gesehen, da Gliedstaatsverträge somit nicht *self-executing* sind, sondern verpflichten sie nur die beteiligten Gebietskörperschaften zur Umsetzung. Um also für »normale Rechtsunterworfenen« verbindlich zu werden, müssen diese Verträge in Bundes- oder Landesgesetze oder in eine Verordnung transformiert werden.<sup>138</sup>

#### 1. Die Vereinbarungen gemäß Art 15a B-VG der Gesundheits-Reform 2017

Schon lange Zeit galt das Gesundheitssystem als reformbedürftig. Insbesondere die oben geschilderte zersplitterte Kompetenzverteilung wurde von einigen Seiten als große Schwäche des geltenden Systems bewertet.<sup>139</sup> Die zunächst geplante organisations- und kompetenzübergreifende Gesundheitsreform kam jedoch aufgrund der fehlenden notwendigen Verfassungsmehrheit nicht zustande. So wurde die Lösung eines »partnerschaftlichen Zielsteuerungssystems« zwischen dem Bund und der Länder unter Einbindung der Sozialversicherungsträger forciert.<sup>140</sup> Dieser lag das Ziel einer Effektivierung des Gesundheitssystems zugrunde, was mit Hilfe soeben erläuterten Verträgen nach Art 15a B-VG erreicht werden sollte. Durch die Vereinbarung »Zielsteuerung Gesundheit«<sup>141</sup> sowie der »Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens«<sup>142</sup> (nun VOFG) und deren Umsetzung nach den Vorgaben des B-VG und der Landesverfassungen konnte eine einheitliche Regelung durch den Bundesgesetzgeber einerseits und neun Landesgesetzgeber andererseits vermieden werden.<sup>143</sup> Die zuvor bestehenden Regelungen<sup>144</sup>

130 Bußjäger, Verflechtung, 14 f., Schmadlbauer, Finanzierung 14.

131 Stand 2017 sind 101 Vereinbarungen zwischen dem Bund und mindestens einem Land abgeschlossen worden. Vgl hierfür Institut für Föderalismus 42. Bericht über den Föderalismus in Österreich (2017) 78.

132 Vgl Bußjäger, Federalism 15 f.

133 Thienel, Art 15a B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2000) Rz 5.

134 VfSlg 14.945/1997; vgl Thienel Art 15a B-VG Rz 6.

135 Vgl Thienel, Art 15a B-VG Rz 5 mwN.

136 Thienel, Art 15a B-VG Rz 5.

137 Ebenda.

138 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 320.

139 So spricht Kopetzki bspw von einem »föderalistischen Wildwuchs« und einem »historisch gewachsenen Anachronismus« (vgl Kopetzki, »Normenschungel« im Medizinrecht, RdM (2013) 265 f).

140 N Raschauer, Zielsteuerung-Gesundheit neu. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der »Gesundheitsreform 2013«, RdM (2014) 204 (207); Stöger, § 84a ASVG, Rz 6.

141 BGBl I 97/2017 oder bspw Steiermark LGBL 67/2017.

142 BGBl I 98/2017 oder bspw Tirol LGBL 68/2017.

143 Vgl N. Raschauer, Zielsteuerung-Gesundheit 3.

144 Bundesgesetz zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit, BGBl I 2013/81; Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl I 2008/105.

wurden mit 1. Jänner 2017 mittels Aktualisierungen der »Vereinbarung nach Art 15a B-VG über Organisation und Finanzierung im Gesundheitswesen« (nun VOFG) sowie »Vereinbarung nach Art 15a über die Zielsteuerung Gesundheit« und von Seiten des Bundes durch das Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017 (nun VUG 2017) geändert.<sup>145</sup>

Die VOFG wurde für den Zeitraum von 2017 bis 2021 zeitgleich mit dem Finanzausgleich abgeschlossen und führt die Finanzierungssystematik im Gesundheitswesen der vorigen Vereinbarung grundlegend fort. Als deren wesentliche Zielsetzung hebt *Pabel* die »Entlastung des vollstationären Bereichs und die gleichzeitige Verlagerung von Leistungen in den tagesklinischen oder in den ambulanten Bereich«<sup>146</sup> hervor.

Die VZG ist die Fortführung einer Vereinbarung gem Art 15a B-VG aus dem Jahr 2013, welche an die zukünftigen Erfordernisse an das Gesundheitssystem wie demographische Entwicklung und technischer Fortschritt angepasst wurde. Wichtiges Ziel dieser Vereinbarung ist die Weiterentwicklung sowie Fortführung des implementierten partnerschaftlichen Zielsteuerungssystems zur Koordinierung der österreichischen Gesundheitsversorgung, die Verbesserung der Abstimmung zwischen insbesondere dem niedergelassenen sowie dem stationären Versorgungsbereich (mit dem Ziel der Verlagerung von Leistungen in den tagesklinischen vom vollstationären Bereich) als auch der Weiterentwicklung von Organisationsmechanismen auf Bund- und Länderebene.<sup>147</sup>

So wird durch die beiden Vereinbarungen versucht, Rahmenbedingungen zur Sicherstellung einer umfassenden medizinischen Versorgung für alle unter den Grundsätzen der solidarischen Finanzierung, eines niederschweligen Zugangs zu Leistungen und hoher Qualität und Effizienz bei der Leistungserbringung zu setzen.<sup>148</sup> Wesentliche Instrumentarien in dieser gemeinsamen Planung sind der Österreichische Strukturplan Gesundheit für die Bundesebene (nun ÖSG) und die neun Regionalen Strukturpläne Gesundheit (nun RSG) für die Ebene der Länder. In diesen werden die wesentlichen Ziele und Planungsschritte festgelegt, worauf – aufgrund der Komplexität und Wichtigkeit – noch insbesondere in Kapitel C.4. vertieft eingegangen wird.

In den Bund-Länder-Vereinbarungen werden somit Grundlagen zur Planung des Gesundheitswesens aufgestellt. Die Planung eines Bereichs des gemeinschaftlichen Lebens stellt selbst keine Besonderheit im öffent-

lichen Wirtschaftsrecht dar<sup>149</sup>, auf die Art der Planung und die verwendete Planungstechnik sollen hier aber noch einige Sätze verwendet werden.

Die in den Vereinbarungen formulierten Ziele sind als Eckpunkte der Gesundheitsplanung sehr allgemein gehalten und als Leitsätze formuliert. Als sog »Planungskaskaden«<sup>150</sup> geben diese nur mehr *politisch* verbindliche Ziele vor und ersetzen somit den »klassischen« Weg der direkten Entscheidung des Gesetzgebers durch eine Delegation der operativen Entscheidung an die Verwaltungsebene.<sup>151</sup> Sowohl *B Raschauer* als auch *N Raschauer* sehen diese Art der staatlichen Gesundheitsplanung durchaus positiv und in Einklang mit der »Gedankenwelt der modernen Gesundheitsökonomie und -soziologie«.<sup>152</sup> Hiermit sind, so *N Raschauer*, neben neuer Begrifflichkeiten (bspw »public health« statt »Volksgesundheit«), moderne Lenkungs- und Steuerungsmechanismen, namentlich »Good Governance« und »New Public Management«, im Gesundheitswesen angekommen.<sup>153</sup> Die Rolle der obersten Organe des Bundes und der Länder wird auf die Festlegung einer Führungsstruktur einerseits sowie von Zielvorgaben und Rahmenbedingungen andererseits beschränkt.

Diese Weise der gesetzlichen Ausgestaltung von Regelungen wird auch als »finale Determinierung« umschrieben und vom VfGH grundsätzlich akzeptiert.<sup>154</sup> Wie großen Gestaltungsspielraum der Gesetzgeber den Verwaltungsorganen hier einräumen darf ist abhängig von der konkreten Verwaltungsmaterien.<sup>155</sup> Ob das Zielsteuerungssystem idF 2013 diesem Grad entspricht, kann mit *N Raschauer* nicht in allgemein gültiger Weise gesagt werden,<sup>156</sup> wird aber den »verfassungsrechtlichen Anforderungen an Wirtschaftsplanungssysteme weitgehend gerecht«<sup>157</sup>. Somit könne die insgesamt recht »dünne«<sup>158</sup> Determinierung zwar »rechtspolitisch nicht überzeugen, [...] [sei] aber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden«<sup>159</sup>

145 *Souhrada*, Planung 106.

146 *Pabel* Verfassungsrechtlicher Schutz ärztlicher Gesamtverträge, RdM (2017) 250 (256).

147 *RV* 1339 BlgNR 25. GP.

148 *Stärker*, Gesundheitsrecht 207.

149 *N. Raschauer*, Zielsteuerung-Gesundheit 205.

150 Ebenda.

151 Ebenda.

152 *B. Raschauer*, Gesundheitsreform 2013. Christian Kopetzki zum 60. Geburtstag, RdM (2014) 286 (287).

153 *N. Raschauer*, Zielsteuerung-Gesundheit 212 f.

154 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 606 mwN; vgl auch *Souhrada*, Planung 109.

155 VfSlg 15.468/1999.

156 *N. Raschauer*, Zielsteuerung-Gesundheit 217.

157 AaO, 219; *N Raschauer* verweist hier jedoch auf dünn ausgestalteten Mitwirkungsrechte Betroffener (Österreichische Ärztekammer, Wirtschaftskammer sowie betroffene Öffentlichkeit) im Rahmen des Planungsprozesses.

158 Ebenda.

159 Ebenda.

## 2. Organstruktur und Aufgabenverteilung seit der Gesundheitsreform 2017

Die VOFG schafft eine Umgestaltung der Organisation und Entscheidungsstrukturen auf dem Gebiet der Gesundheitsplanung. Im fünften Abschnitt der VOFG finden sich die Rechtgrundlagen für die Einrichtung der Organe auf Bundesebene, namentlich der Bundesgesundheitsagentur (BGA) und der Bundes-Zielsteuerungskommission (B-ZK) sowie des ständigen Koordinierungsausschusses als Organe der Bundesgesundheitsagentur. Die BGA bleibt<sup>160</sup> ein selbständiger Fonds des Bundes mit neu gestalteten Organen. Der B-ZK als Organ der BGA gehören nach Art 20 Abs 1 VOFG jeweils vier Vertretern/Vertreterinnen des Bundes, vier der Sozialversicherung sowie neun Vertretern/Vertreterinnen der Länder an, den Vorsitz in dieser Kommission hat der/die Gesundheitsminister/in inne. Anhand dieses Vorsitzes, so *Stöger*<sup>161</sup>, lasse sich die »politische« Funktion der Behandlung mit Grundsatzfragen dieses Organs ableiten. Neben dieser B-ZK besteht nach Art 21 VOFG ein Ständiger Koordinierungsausschuss, welcher mittels seiner dreimal neun (von jeweils Bund, Ländern und Sozialversicherungen entsandten) Mitglieder die Aufgaben der Vorbereitung, Koordination und Umsetzung von Beschlüssen der B-ZK bzw die Beschlussfassung von ihm übertragenen Aufgaben zu besorgen hat. Hervorzuheben ist, dass beide Organe der BGA in den meisten Fällen nur einvernehmliche Entscheidungen treffen können.<sup>162</sup> Die Bundesgesundheitskommission, als ehemaliges Organ der BGA, deren Kreis der Mitglieder neben Vertretern/Vertreterinnen der Gemeinden, der Krankenanstaltenträger, der Selbstverwaltungskörper nun um Interessensvertreter/Interessensvertreterinnen der Kammern, Gewerkschaft und pharmazeutischen Industrie deutlich erweitert wurden, kommt nunmehr bloß beratende Funktion als Beirat der Gebietskörperschaften zu.<sup>163</sup>

Die im sechsten Abschnitt der VOFG geregelte Struktur auf Landesebene stellt sich wie folgt dar: Auch auf Landesebene werden Landesgesundheitsfonds (siehe auch B.1.c.) als öffentlich-rechtliche Fonds eingerichtet, welche ebenfalls zwei Organe haben. Die Gesundheitsplattform als Organ der Landesgesundheitsfonds ist aus Mitgliedern mit und ohne Stimmrechten zusammengesetzt. Jene mit Stimmrecht sind fünf Vertreter/Vertre-

terinnen des Landes sowie fünf der Träger der Sozialversicherung sowie eine Vertreterin/ein Vertreter des Bundes, jene ohne Stimmrecht gehören dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger<sup>164</sup> an. Zusätzlich kann der Landesgesetzgeber Vertreter/Vertreterinnen der Ärztekammer, der Gemeinden und Städten, der Patientenvertretungen sowie der Rechtsträger der Krankenanstalten ein Stimmrecht einräumen. In Finanzierungsfragen besteht innerhalb der Gesundheitsplattform eine Landesmehrheit nach Art 25 Abs 3 Z 1 VOFG, ansonsten können Land und Sozialversicherungen gemeinsame Mehrheiten bilden, sich aber auch gegenseitig blockieren (»Zustimmung von mindestens drei Viertel der Vertreterinnen/Vertreter«). Dem Bund kommt nach Z 3 ausschließlich ein Vetorecht bei Beschlüssen zu, welche gegen die Bund-Länder-Vereinbarungen, den Zielsteuerungsvertrag oder Beschlüsse der Organe der BGA verstoßen. Die Beschlüsse der Gesundheitsplattform umfassen nach Abs 5 grob die landesspezifischen Finanzierungen, Weiterentwicklungen von Gesundheitszielen und Umsetzungen von Qualitätskriterien.

Hinsichtlich des zweiten Organs, der Landes-Zielsteuerungskommissionen (L-ZK), gilt Folgendes: Dieses Organ ist durch jeweils fünf Vertreter/Vertreterinnen des Landes und der Sozialversicherung und ein Vertreter/eine Vertreterin des Bundes besetzt. Für einen Beschluss muss Einvernehmen zwischen Land und Sozialversicherung hergestellt werden; auch hier kommt dem Bund ein Vetorecht zu. Aufgabe der L-ZK ist nach Art 26 Abs 3 VOFG »in wechselseitige und rechtzeitige Information und Konsultation über Festlegungen zu wesentlichen operativen und finanziellen Angelegenheiten der Leistungserbringung im Gesundheitswesen von Land und Sozialversicherung.« *Stöger* vergleicht die Aufgaben der L-ZK mit der vorberatenden Rolle der B-ZK.<sup>165</sup>

Der aus der Gesundheitsreform 2017 resultierten Umgestaltung der Organaufgaben, attestiert *Stöger*<sup>166</sup> eine bessere Überblickbarkeit der Akteure und eine Beibehaltung des starken bundesstaatlichen Elements im österreichischen Gesundheitswesen, während hingegen die korporatistische Komponente geschwächt wurde.

## 3. Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz

Wie eingangs besprochen bedürfen Vereinbarungen nach Art 15a B-VG einer Umsetzung durch den jeweiligen Gesetzgeber – dies geschah für die beiden gerade besprochenen Vereinbarungen auf Bundeseite mit dem Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017. Durch die-

160 *Stöger*, Die Gesundheitsreform 2017 im Überblick – Neue Rechtsprobleme der Gesundheitsplanung, in Baumgartner (Hrsg), Jahrbuch öffentliches Recht 2018 (2018) 11 (15); ders, § 84a ASVG Rz 2 ff.

161 *Stöger*, Gesundheitsreform 15; vgl auch *derselbe*, § 83a ASVG, Rz 2 ff.

162 Ebenda.

163 Ebenda.

164 Nach dem geplanten In-Kraft-Treten des Sozialversicherungsorganisationsgesetzes werden diese vom Dachverband der Sozialversicherungsträger entsandt. Vgl hierfür ME 75 BlgNR 26.

165 *Stöger*, Gesundheitsreform 16.

166 AaO 17.

ses Sammelgesetz wurde auch das Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz (G-ZG) erlassen, welches die, in den Vereinbarung gem Art 15a B-VG festgelegten, mehrstufigen Zielsteuerungsprozesse näher ausführt.<sup>167</sup> Für die folgenden Ausführungen sind insbesondere der sechste Abschnitt des G-ZG über die Planung der österreichischen Gesundheitsversorgung und der siebte Abschnitt des G-ZG über die Entscheidungsstrukturen und -organisation von Bedeutung. Auf die darin festgelegten Bestimmungen wird an den entsprechenden Stellen näher einzugehen sein.

#### 4. Die Strukturpläne Gesundheit

Der für den Bund direkt<sup>168</sup> geltende ÖSG wurde schon durch das Gesundheitsreformgesetz 2005<sup>169</sup> eingeführt. Laut § 20 Abs 3 G-ZG ist dieser zwischen Bund, Ländern und Sozialversicherungen »einvernehmlich abzustimmen«. Diese Abstimmung erfolgt in Form eines auf vier Jahre abzuschließenden privatrechtlichen Vertrags, dem sogenannten Zielsteuerungsvertrags (§ 10 Abs 1 G-ZG).<sup>170</sup> In diesem werden die Rahmenbedingungen zur Planung der stationären und ambulanten Versorgung festgelegt. Der ÖSG enthält als Planungsunterlage sowohl qualitative als auch quantitative Planungsaussagen für alle Gesundheitsversorgungsbereiche, wie bspw Standortregionen und Ausstattungen von Krankenanstalten, die Anzahl von ungefähr benötigten (Vertrags-)Ärzten/Ärztinnen pro Region oder Vorgaben betreffend spezialisierter Leistungen.<sup>171</sup> Zusätzlich macht er den Ist-Zustand der bestehenden Versorgungsstrukturen (stationär, ambulant, Rehabilitation und Pflege) ersichtlich.<sup>172</sup>

2008 wurden für die Landesebenen die RSG eingeführt, welche nach § 21 Abs 7 G-ZG<sup>173</sup> vom jeweiligen Land und der jeweiligen Sozialversicherung festzulegen sind und dem bestehenden ÖSG nicht widersprechen dürfen. Diese Strukturpläne enthalten die Detailplanungen auf regionaler Ebene, welche sich an den vom ÖSG vorgegebenen Rahmenplan orientieren.<sup>174</sup>

Zusammenfassend soll durch die Instrumente des ÖSG und der RSG trotz der bereits vielfach angesprochenen Kompetenzzersplitterung wiederum eine länderübergreifende Planung des Gesundheitswesens ermöglicht

werden.<sup>175</sup> Durch die Überwindung der strikten Trennung der einzelnen Bereiche des Gesundheitswesens, kann eine bessere Abstimmung in Planung, Steuerung und Finanzierung und dadurch eine langfristige Finanzierbarkeit des Gesundheitswesens erreicht werden.<sup>176</sup>

Weder dem ÖSG, noch den RSG kommt nach hA Rechtsnormcharakter zu, was eine unmittelbare Verbindlichkeit der in ihnen festgelegten Planungsinhalten gegenüber Dritten ausschließt<sup>177</sup> Durch die in den Art 15a-Vereinbarungen festgelegte Verpflichtung zur Umsetzung der Strukturpläne in ihrem jeweiligen Kompetenzbereich binden die Strukturpläne »nur« Bund und Länder. Zwar hat der Bundesminister/die Bundesministerin den ÖSG, die Landeshauptleute den jeweiligen RSG im RIS zu veröffentlichen – was für eine rechtliche Einordnung als Verordnung sprechen könnte – jedoch definiert der Gesetzgeber den ÖSG in § 59k KAKuG explizit als »objektiviertes Sachverständigengutachten«.

*Schrattbauer* verweist hier auf die Intention des Gesetzgebers, welcher den ÖSG somit als »antizipiertes generelles Gutachten«<sup>178</sup> wissen wollte.<sup>179</sup> Diese antizipierten generellen Gutachten definiert *B Raschauer* als »generelle Leitlinien für die Beurteilung von Einzelfällen durch Amtssachverständige [, welche] im Interesse einer Vereinheitlichung der Beurteilungspraxis an nachgeordnete Dienststellen gerichtet [werden]«<sup>180</sup> und somit, insbesondere wenn sie die Beurteilungen der Behörde nur anleiten, nicht als außenwirksame Verordnungen einzustufen sind.<sup>181</sup> Nach *Stöger* bildet dieser somit nur eine »Richtschnur [...] von der im Einzelfall auch abgewichen werden kann«<sup>182</sup>.

Für diese Einordnung als Sachverständigengutachten und gegen die Einteilung als Verordnung spricht für *Schrattbauer* weiter, dass einerseits der Gesetzgeber in § 59k KAKuG klar die Absicht zum Ausdruck bringt, er wolle eben keine hoheitlichen Befugnisse an die B-ZK übertragen<sup>183</sup>, und andererseits die Deutung als Verordnung verfassungswidrig wäre. Mit einem Verweis auf *Stöger*<sup>184</sup> führt *Schrattbauer* aus, dass der ÖSG insbesondere für Bewilligungsverfahren der Krankenanstalten

167 *Pabel*, Schutz 259.

168 Als Grundlage für die RSG bindet der ÖSG auch die Länder indirekt.

169 BGBl I 2004/179.

170 *Stöger*, § 84a ASVG Rz 6/1f.

171 AaO, Rz 6/2.

172 *Stärker*, Gesundheitsrecht 574.

173 Mit Verweis auf Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens.

174 *Schrattbauer*, Rechtsnatur 169.

175 Vgl *Schrattbauer*, Ergänzung 2; vgl auch RV 308 BlgNR 18. GP.

176 *Schrattbauer* Rechtsnatur 169 mit Verweis auf RV 308 BlgNR 18. GP.

177 Vgl für alle *Schrattbauer*, Ergänzung 187.

178 *Schrattbauer*, Rechtsnatur 171.

179 Ebenda.

180 *B Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 746.

181 Vgl ebenda; vgl auch *Schrattbauer*, Rechtsnatur 171.

182 *Stöger*, § 84a ASVG Rz 8/2.

183 Dass er dies nach der Novellierung des G-ZG durch das VUG 2017 nun doch tut und die daraus resultierenden Probleme wird eingehend im Kapitel D.2.d. behandelt.

184 *Stöger*, Qualitätssicherung an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht, in *Jobornegg/Resch/Seewald* (Hrsg.): Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (2003), 35 (50 ff.).

von Bedeutung ist. Diese Bewilligungsverfahren fallen unter den Kompetenztatbestand des Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG »Heil- und Pflegeanstalten«, die B-ZK, welche den ÖSG festlegt, ist aber – wie der Name bereits erahnen lässt – keinesfalls als Landesbehörde zu qualifizieren. Aus einer verfassungskonformen Interpretation<sup>185</sup> folgt, dass die B-ZK für den Vollzugsbereich der Länder somit keine außenwirksame Verordnung erlassen kann.<sup>186</sup>

Aufgrund der in den RSG beschriebenen Bewilligungserfordernisse für die Errichtung und den Betrieb von Krankenanstalten scheint es auf den ersten Blick, als würde den RSG eine normative Qualität bei der Planung zukommen. Nichtsdestotrotz attestiert *Schrattbauer* auch den RSG fehlenden normativen Charakter und dadurch fehlende Ordnungsqualität.<sup>187</sup> Dies wird erneut anhand der Intention des Gesetzgebers bzw der Gesetzgeber erklärt: Sowohl § 10a KAKuG (als Grundsatzzbestimmung) als auch der damalige Art 4 Abs 5 der Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens 2013 sahen im Bereich der Krankenanstaltenplanung eine Umsetzung des RSG durch Verordnung des Landes vor. Dadurch wurde festgelegt, dass eine Wirkung des RSG gegenüber Dritten (in diesem Fall den Krankenanstaltenträgern) erst durch eine Verordnungserlassung zukommen sollte, was im Falle einer Deutung des RSG selbst als Verordnung ein freilich entbehrlicher Umsetzungsschritt gewesen wäre.<sup>188</sup> Die in den RSG enthaltenen Planungsvorgaben erlangen somit – dieser Punkt ist insbesondere für die folgenden Kapitel zentral – erst durch die Verbindlicherklärung als Landeskrankenanstaltenplan durch die jeweilige Landesregierung Verbindlichkeit.<sup>189</sup>

Die nunmehr geltende VOFG sieht zwar eine andere Vorgangsweise bei der Verordnungserlassung vor (siehe im speziellen Kapitel D.), dies ändert jedoch nichts am zuvor Gesagtem: auch hier wären bei einer Qualifikation des RSG als Verordnung weitere Umsetzungsschritte überflüssig. So sind die in den Strukturplänen festgehaltenen Planungen zunächst nur für den Bund und die Länder aus den Art 15a-Vereinbarungen bindend. Die fehlende Bindung Dritter an die Strukturpläne steht einer vollständigen Umsetzung der sektorenübergreifenden Planung überall dort, wo keine Umsetzung der

Planungsvorgaben der RSG in eine Verordnung erfolgt ist, entgegen. In diesen Fällen wäre der RSG nur zu »berücksichtigen«.

#### D. Die »Gesundheitsplanungs GmbH« als beliehene Verordnungsgeberin

Die besondere Bedeutung ÖSG und der RSG im Bereich des Krankenanstaltenrechts wurde im vorigen Kapitel bereits erwähnt. Besonders die Verbindlichmachung der darin enthaltenen Planungsvorgaben stellt den Bundesgesetzgeber vor Herausforderungen. Dieser sieht zwar die Notwendigkeit einer Krankenanstaltenplanung unter bundesweit einheitlichen Grundsätzen, jedoch ist die Erlassung des Krankenanstaltenplans als Verordnung außerhalb seiner Kompetenz und unterliegt nach Art 12 B-VG der Vollzugskompetenz der Länder. Schon vor der Aktualisierung der Vereinbarungen nach Art 15a B-VG und der Gründung der Gesundheitsplanungs GmbH wurden verschiedene Möglichkeiten der Behebung des Mangels der fehlenden Normativität der Strukturpläne erwogen, jedoch stießen alle auf gravierende Hindernisse:

Neben dem nicht verfassungskonformen Deutungsversuch der Strukturpläne als Verordnung<sup>190</sup>, scheiterte die Eingliederung der Strukturpläne in die Art 15a-Vereinbarungen aufgrund der auch hier fehlenden Außenwirksamkeit und Schwerfälligkeit.

Als ebenso ungeeignet erweisen sich Verweisungen auf die Strukturpläne in einem Gesetz. Diese direkten Verweisungen auf die Strukturpläne in Bundes- oder Landesgesetzen, um somit Dritte zu binden, wäre nach *Schrattbauer* kompetenz- und somit verfassungswidrig;<sup>191</sup> dabei handle es sich sodann nämlich um dynamische Verweisungen auf die Regelungen von Bundesrecht auf Landesrecht und umgekehrt.<sup>192</sup>

Im Rahmen der Gesundheitsreform 2017 wurde ein neuer Weg in der verbindlichen Planung der Gesundheitsversorgungsstruktur versucht. Im G-ZG, welches, wie beschrieben, an den Planungsinstrumenten des ÖSG und der RSG festhält, werden in § 23 die Schritte zu einer Verbindlicherklärung des ÖSG festgelegt:

Die B-ZK hat im Sinne des öffentlichen Interesses nach § 23 Abs 1 G-ZG jene Teile des von Bund, Ländern und Sozialversicherung einvernehmlich abgestimmten ÖSG (§ 20 Abs 3 G-ZG) *auszuweisen*, welche »für die nachhaltige Versorgung der Bevölkerung unerlässlich« sind. Dazu zählen nach dieser Bestimmung »insbesondere definierte Planungsrichtwerte und -kriterien sowie

185 Unter der verfassungskonformen Interpretation versteht man die Auslegung von unterverfassungsgesetzlichem Recht (insbes von Gesetzen und Verordnungen) im Einklang mit dem Verfassungsrecht (hier: der Kompetenzverteilung). Dies bedeutet, dass innerhalb einer auf die Gesamtrechtsordnung abstellenden systematischen Interpretation, jene Ergebnisse ausgeschlossen werden, welche nicht vereinbar mit dem Verfassungsrecht sind. Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 36.

186 Vgl *Schrattbauer*, Rechtsnatur 172.

187 Ebenda.

188 Vgl *Schrattbauer*, Rechtsnatur 171f.

189 AaO 175.

190 Siehe oben unter Kapitel C.4. mit Verweis auf *Schrattbauer*, Rechtsnatur. Diese geht auch auf weitere Deutungsversuche näher ein.

191 *Schrattbauer*, Ergänzung 189.

192 Vgl *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 46.

die überregionale Versorgungsplanung, die eine rechtlich verbindliche Grundlage für Planungsentscheidungen des RSG bilden sollen«.

Die Verbindlicherklärung selbst erfolgt durch die Erlassung einer Verordnung durch die eigens dafür gegründete, nicht gewinnorientierte<sup>193</sup> Gesundheitsplanungs GmbH gemäß Abs 3 durch einen einstimmigen Beschluss der Generalversammlung der GmbH. In dieser Generalversammlung sind mit je einem Vertreter/einer Vertreterin die drei Gesellschafter der GmbH – Bund, Länder und der Hauptverband der Sozialversicherungsträger – stimmberechtigt, wobei die Beschlussfassung jedenfalls einstimmig zu erfolgen hat. In Angelegenheiten des Art 10 B-VG erklärt die Gesundheitsplanungs GmbH die von B-ZK und L-ZK ausgewiesenen Teile für verbindlich (Abs 4), in Angelegenheiten des Art 12 B-VG trifft § 23 Abs 5 G-ZG eine Grundsatzbestimmung. Hier ist durch die Landesgesetzgebung vorzusehen, dass die Gesundheitsplanungs GmbH die für ihren Vollzugsbereich entsprechenden Teile verbindlich erklärt. Diese Verordnung hat die GmbH sodann im RIS kundzumachen (Abs 6).

Die Verbindlicherklärung einzelner Teile der RSG wird nicht im G-ZG selbst geregelt, sondern dieses verweist in § 21 Abs 7 G-ZG für Angelegenheiten, welche Art 12 B-VG betreffen, auf die VOFG, und hierbei insbesondere auf Art 5 Abs 10: Hier haben die L-ZK jene Teile des von Land und Sozialversicherung abgestimmten RSG, welche verbindlich erklärt werden sollen, wiederum als solche *auszuweisen*. Die Verbindlicherklärung als Verordnung erfolgt sodann auch durch einen einstimmigen Beschluss der Generalversammlung der Gesundheitsplanungs GmbH.

Diese von *Kopetzki* beschrieben als »ebenso phantasiervolle wie kühne«<sup>194</sup> Konstruktion basiert auf grundlegenden Überlegungen zur Beleihung von Privaten mit Normsetzungskompetenz. Nach Ansicht des Gesetzgebers<sup>195</sup> könne somit eine »umfassende und integrative Planung des österreichischen Gesundheitswesens im Rahmen der kompetenz- und verfassungsrechtlichen Gegebenheiten [eigene Hervorhebung]«<sup>196</sup> umgesetzt werden. Inwiefern dieser Erläuterung zuzustimmen ist bzw welche Bedenken und Kritik die Beleihung der Gesundheitsplanungs GmbH in der Lehre aufwirft, soll im Folgenden thematisiert werden.

## 1. Die Beleihung in Lehre und Rechtsprechung

Ganz generell wird nach der hL unter einer Beleihung eine »Beauftragung eines Privaten mit der Durchführung *hoheitlicher* [Hervorhebung im Original] Aufgaben«<sup>197</sup> verstanden. Diese Beauftragung muss entweder durch Gesetz oder auf diesem beruhenden Hoheitsakt basieren. Im Falle der Gesundheitsplanungs GmbH basiert die Beleihung auf § 23 Abs 4 G-ZG bzw auf der grundsatzgesetzlichen Bestimmung nach § 23 Abs 5 G-ZG und der korrespondierenden landesgesetzlichen Bestimmung<sup>198, 199</sup>. Aufgrund der Wahrnehmung von mit *imperium* ausgestatteten Aufgaben durch andere Rechtsträger und dem somit gelockerten Band zum Staat, tun sich einige interessante Rechtsfragen und Probleme hinsichtlich der Ausformung und Grenzen dieser rechtlichen Institution auf.

Als wegweisend in diesem Zusammenhang soll auf die »Austro-Control-Entscheidung«<sup>200</sup> des VfGH aus dem Jahr 1996 hingewiesen werden. In dieser hatte der Gerichtshof die Zulässigkeit der Beleihung einer GmbH (als juristische Person des Privatrechts) mit Aufgaben der zivilen Luftfahrt zu beurteilen und kam zu dem Schluss, dass die Betrauung einer GmbH mit behördlichen Aufgaben nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Ausgliederung von Hoheitsaufgaben überschreitet. Zugleich trifft der VfGH in diesem Erkenntnis Aussagen über die Grenzen der verfassungskonformen Ausgliederung: So dürfen erstens, »angesichts des Umfangs und der Bedeutung der den Staatsorganen zur unmittelbaren Wahrnehmung verbleibenden Kompetenzen« nur *vereinzelte Aufgaben* ausgegliedert werden. Zweitens, gibt es »*nicht ausgliederbare Aufgaben*« (hier bspw allgemeine Sicherheitspolizei, Militärwesen und zentrale verwaltungspolizeiliche Aufgaben des Zivilluftfahrtwesens). Drittens, darf es durch die Beleihungskonstruktion zu *keiner Verletzung des Aufbaus der staatlichen Verwaltung* kommen.

Aus diesen drei Aussagen leitet die hL<sup>201</sup> bestimmte Kategorien verfassungsrechtlicher Grenzen ab: Erstens muss eine Beleihung von Privaten mit dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes (Art 7 B-VG) sowie dem verfassungsrechtlichen Effizienzgebot in Einklang stehen; eine Ausgliederung muss sachlich gerechtfertigt sein und den Grundsätzen der Sparsamkeit,

193 *Schrattbauer*, RSG 147.

194 *Kopetzki*, Die Rechtsetzungsgesellschaft mit beschränkter Haftung, RdM (2017) 1.

195 RV 1333 BlgNr 15. GP 9.

196 Ebenda.

197 *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 271.

198 Bspw § 62a Abs 2 Tiroler Krankenanstaltengesetz.

199 Vgl *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 46.

200 VfSlg 14.473/1996.

201 Vgl *Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 13 (2005) 221 (223); *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 229; mitunter werden diese Kategorien verschieden zusammengefasst: *Öhlinger/Eberhard* bspw führen das Kriterium der Sachlichkeit getrennt vom Effizienzkriterium an (Verfassungsrecht, Rz 565) wohingegen *Pabel* diese gemeinsam anführt.

Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechen. In diesem Punkt misst der VfGH dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum zu. Zweitens, zieht der VfGH eine qualitative Grenze, indem nur vereinzelt Aufgaben ausgegliedert werden dürfen. Hier bleibt der VfGH jedoch eine Bezugsgröße, was noch vereinzelt Aufgaben und was als ganzer Bereich der Vollziehung gewertet werden soll, schuldig. Drittens, wird aus der Rsp<sup>202</sup> eine qualitative Grenze im Sinne einer Leitungs- und Organisationsverantwortung eines obersten Organs gegenüber dem beliehenen Rechtsträger abgeleitet. Der VfGH bringt dies durch das Kriterium des »Wesensgehalt[s] der Bundesverfassung allgemein bestimmten Aufbau der staatlichen Verwaltung« zum Ausdruck und fordert vom Gesetzgeber im Rahmen der Übertragungsgesetze (für die Gesundheitsplanungs GmbH das G-ZG und die ausführenden Landesgesetze) die Sicherstellung der Leitungs- und Organisationsverantwortung eines obersten Organs der Verwaltung (insbesondere eines Bundesministers/einer Bundesministerin oder der Landesregierung) und entsprechende Weisungsbefugnisse gegenüber dem Beliehenen und Informationspflichten der juristischen Person gegenüber dem obersten Organ der Verwaltung. Viertens führt der VfGH das Kriterium der staatlichen »Kernaufgaben« ein, welche aufgrund des durch die Verfassung konstituierten Systems »abschichtungsfest« sein sollen.<sup>203</sup> Welche Aufgaben genau unter den »Kernbereich von Staatsaufgaben« zu subsumieren sind, bleibt der VfGH schuldig, nennt jedoch beispielhaft die Vorsorge für die Sicherheit im Inneren und nach außen sowie das Strafrecht mitsamt Verwaltungsstrafrecht und Bereiche der Verwaltung des Zivilrechts. Hier soll im Zusammenhang mit dem Thema dieser Arbeit die in VfSlg 16.995/2003 vertretene Auffassung hervorgehoben werden, wonach die Übertragung der Befugnis zur Erlassung genereller Normen an einen Beliehenen verfassungsrechtlich zwar zulässig ist, jedoch als besonders sensibel gilt.<sup>204</sup> Auf diesen Punkt der Kernbereichsthese soll weiter unten bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der Gesundheitsplanungs GmbH erneut eingegangen werden.

Aus den gerade ausgeführten Grenzen von Beleihungen ergeben sich für die Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH einige, nun zu erör-

ternde, Rechtsfragen. Dabei sei vorweg die Abhandlung von *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*<sup>205</sup> erwähnt, welche sich als erstes an eine verfassungsrechtliche Bewertung dieser Konstruktion gewagt haben. Die Abhandlungen von *Baumgartner*<sup>206</sup> und auch *Stöger*<sup>207</sup> folgten zeitlich nah, wobei die Meinungen hierbei zum Teil sehr gegensätzlich ausgefallen sind. Im Folgenden werden diese einander gegenübergestellt und einer näheren Einschätzung unterzogen.

## 2. Verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit der Beleihungskonstruktion des § 23 G-ZG

### a. Keine vereinzelt Aufgaben?

*Kopetzki/Perthold-Stoitzner* äußern gewichtige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an die Gesundheitsplanungs GmbH als ausgegliederte Rechtsträgerin. Dabei komme es sowohl auf eine quantitative als eben auch auf eine qualitative Dimension dieser Aufgabe an.<sup>208</sup> Der Stellenwert, welchen die Gesundheitsplanung ganz generell und im Speziellen die Planungsdokumente ÖSG sowie die RSG für die Bevölkerung einnehmen, lasse nicht zu, dass in diesem Zusammenhang von »bloß vereinzelt Aufgaben« gesprochen werden könne. *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* berufen sich dabei auf die zentrale Bestimmung des § 23 Abs 1 G-ZG, wonach die wichtigsten Weichenstellungen »für die nachhaltige Versorgung unerlässlichen Teile des ÖSG« mittels Verbindlicherklärung durch die Gesundheitsplanungs GmbH erfolgen sollen.<sup>209</sup>

Des Weiteren berühre die Gesundheitsplanung mehrere Kompetenzbereiche (siehe ausführlich in Kapitel A.), wodurch letztlich jeder Bereich des Gesundheitswesens und des Versorgungsanspruchs der Bevölkerung von den Strukturplänen durchdrungen werde. Im Besonderen das in § 19 G-ZG festgelegte Verständnis der ÖSG und RSG als »integrierte Versorgungsplanung«, bei welcher »alle Ebenen und Teilbereiche der Gesundheitsversorgung und Nahstellen zu angrenzenden Bereichen« umfasst sein sollen, lasse den Schluss zu, dass es sich bei der Betrauung der Gesundheitsplanungs GmbH nicht um »bloß vereinzelt Aufgaben« handle. Über die Verfassungswidrigkeit dieser Konstruktion könne, so *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, auch nicht der Umstand, dass die GmbH nur eine Aufgabe, jene zur Verordnungserlassung, habe, hinwegtäuschen.<sup>210</sup>

202 Der VfGH bestätigte seine Diktion weiters im sog BWA-Erkenntnis (VfSlg 16.400/2001) und dem sog Zivildienst-Erkenntnis (17.341/2004).

203 Vgl Kritik zur sogenannten Kernbereichsthese ua bei *Pabel*, Grenzen 224 ff.

204 In diesem Erkenntnis beruft sich der VfGH auf sein Erkenntnis zur Austro Control GmbH und verweist darauf, dass in dieser Fallgestaltung die Verordnungserlassungskompetenzen beim zuständigen Bundesminister verblieben sind, was für die Beurteilung der Zulässigkeit dieser Konstruktion von besonderem Gewicht war.

205 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung.

206 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung.

207 *Stöger*, Gesundheitsreform.

208 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 46 f.

209 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 46.

210 Ebenda.

Diese Einschätzung muss kritisch hinterfragt werden, da es sich, so *Baumgartner*, bei der zentralen Aufgabe der Gesundheitsplanungs GmbH – der Verbindlicherklärung der bereits durch die B-ZK und L-ZK ausgewiesenen Teile der Strukturpläne – um reine Formalakte handle. Als Begründung für diesen Befund lässt sich anführen, dass der Gesetzgeber der Gesundheitsplanungs GmbH eben keine eigene inhaltliche Entscheidungskompetenz zukommen lässt, diese erklärt nur die bereits durch die Zielsteuerungskommissionen (ZK) ausgewiesenen Texte für verbindlich.<sup>211</sup> In dieselbe Kerbe schlägt auch *Stöger*, wenn er ausführt, dass der GmbH ein bloßer »Teilschritt« in der Umsetzung der Gesundheitsplanung obliege und die Argumentation von *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* diesen Aspekt vollkommen ausblende.<sup>212</sup>

Als weitere Begründungshilfe für dieses damit verfassungsmäßig unproblematische Vorgehen, wird von *Baumgartner* § 9 Normengesetz 2016 als Beispiel angeführt, wonach eine ÖNORM durch dieselbe Vorgangsweise – ein bereits feststehender Text einer dritten Einrichtung wird durch eine Bundes- oder Landesbehörde als Verordnung erlassen<sup>213</sup> – verbindlich erklärt werden kann.<sup>214</sup>

Zudem ist meiner Ansicht nach *Baumgartner* in seiner Einschätzung zu folgen, dass es bei sich »der Beurteilung des Kriteriums »vereinzelten Aufgabe« um eine letztlich vom VfGH zu beurteilende Wertungsfrage handelt und die Beurteilung demnach mit gewissen Unsicherheiten behaftet bleibt.«<sup>215</sup> Der VfGH lasse nämlich, entgegen *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, offen, ob bei der Beurteilung des übertragenen Aufgabenumfanges Quantität oder Qualität dieser entscheidend seien. Dadurch bleibt das Kriterium der »vereinzelten Aufgaben«, wie bereits eingangs ausgeführt, weiterhin unklar. Unter Bedachtnahme auf das zuvor angeführte Argument, dass es sich bei der Verordnungserlassung um einen reinen Formalakt handle, würde das Wertungsurteil wohl zugunsten der Zulässigkeit dieser Konstruktion ausfallen.

#### b. Versorgung der Bevölkerung mit Krankenanstaltspflege als Pflichtaufgabe des Staats?

*Kopetzki/Perthold-Stoitzner* werfen zudem die Frage auf, ob die Ausgliederung an die Gesundheitsplanungs GmbH zur Verordnungserlassung unter die ausgliederungsfesten Kernbereiche des staatlichen Handelns fallen könne. Ohne genauer darauf einzugehen, wäre diese

Annahme, ihrer Ansicht nach, speziell im Lichte verfassungs- und unionsrechtlicher Schutzpflichten zugunsten der Gesundheitsversorgung vertretbar.<sup>216</sup> Dass dem Staat eine grundrechtliche Gewährleistungspflicht aus dem Art 2 (Recht auf Leben) und Art 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) EMRK zukommt, betonen sowohl *Grabenwarter/Krauskopf*<sup>217</sup> als auch *Stöger*<sup>218</sup>. Diese Gewährleistungspflicht beinhaltet zwar die Verpflichtung, für ein geordnetes, nicht bedrohliches Gesundheitswesen zu sorgen, jedoch steht *Stöger* einer weiten Auslegung iSe staatlichen Gewährleistung des Zugangs zu Gesundheitseinrichtungen selbst skeptisch gegenüber.<sup>219</sup>

Die angeführten Bedenken von *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* müssen auch hier mit dem Verweis, es handle sich bei der Verordnungserlassung um einen bloßen Formalakt, mehr als kritisch hinterfragt werden. Entgegen *Souhrada* vertrete zwar ich die Meinung, dass der Wirkungsbereich der Gesundheitsplanungs GmbH nicht als reine »Bürotätigkeiten«<sup>220</sup> abgetan werden darf, und stimme mit *Baumgartner* überein, dass sich das Vorliegen einer ausgliederungsfesten Kernaufgabe »mit Gewissheit« verneinen lässt.<sup>221</sup> Dies auch deshalb, weil der VfGH in seiner Rsp eine Tendenz hin zu einem »In-Beziehung-Setzen« der ausgegliederten Kernaufgaben mit der Intensität der Ausgliederung zeigt. Diese Entwicklung in der Rsp spricht anhand des hier ausgegliederten Formalakts gegen eine Annahme von Kernaufgaben.<sup>222</sup>

Abschließend soll in diesem Punkt noch die Auffassung *Pabels* Eingang finden: Staatsaufgaben sollen nicht als Voraussetzung oder Folge einer bestimmten staatlichen Ordnung gesehen werden dürfen, sondern einem stetigen Wandel unterliegen. Letztlich, und dieser Feststellung kann auch in diesem Zusammenhang einiges abgewonnen werden, ist »die Entscheidung, welche Aufgaben der Staat wahrzunehmen hat, [...] eine im Wesentlichen politische Entscheidung.«<sup>223</sup>

#### c. Unzulässigkeit der Beleihung zum alleinigen Aspekt der Verordnungserlassung?

*Kopetzki/Perthold-Stoitzner* gehen zudem von der Gleichheitswidrigkeit des in § 23 G-ZG geschaffenen Beleihungsmodells aus. Ich stimme mit ihnen überein, wenn sie die Übertragung zu Verordnungserlassung mit Ver-

211 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 259 f.

212 *Stöger*, Gesundheitsreform 21, Fn 18.

213 *Stöger*, Gesundheitsreform 24.

214 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 260 mit Verweis auf *Stöger*, Gesundheitsreform 24.

215 AaO 259.

216 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 46.

217 *Grabenwarter/Krauskopf*, Gesundheitsrecht Rz 40.

218 *Stöger*, Gesundheitsreform 21.

219 Ebenda.

220 *Souhrada*, Planung 117.

221 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 260.

222 Vgl *Lachmayer*, Ausgliederung und Beleihung im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsgerichtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte, JBl 12 (2007) 750 (760).

223 *Pabel*, Grenzen 225.

weis aus VfSlg 16.995 (siehe bereits unter D.1.) als »verfassungsrechtlich besonders sensibel«<sup>224</sup> charakterisieren. Folglich muss eine Beleihung zur ausschließlichen Verordnungserlassung – wie dies für die Gesundheitsplanungs GmbH der Fall ist – besonders kritisch hinterfragt werden. Laut *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* habe diese GmbH, anders als andere Beliehene, weder besondere Fachkunde vorzuweisen, noch könne sich auf einen sonstigen Sachzusammenhang berufen werden.<sup>225</sup>

Überdies wird der Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art 7 B-VG schon dadurch ersichtlich, dass die die Übertragung der Kompetenz zur Verordnungserlassung »einzig und allein deshalb erfolgt, um die kompetenz- und organisationsrechtlichen Vorgaben der Verfassung zu umgehen.«<sup>226</sup> *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* ist zu folgen, dass wenn die Wahl von Rechtsinstrumenten des Privatrechts zur absichtlichen Umgehung von öffentlich-rechtlichen Bindungen als unsachlich iSd Art 7 B-VG gilt, es anhand eines Größenschlusses auch nicht sachlich gerechtfertigt sein kann, die Beleihung eines Privatrechtsträgers als Umgehungslösung zur Kompetenzverteilung der Bundesverfassung zu wählen.<sup>227</sup>

Nach *Stöger* sei aus dogmatischer Sicht sowohl eine Beanstandung iS von *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* als auch eine verfassungskonforme Deutung eines geordneten Vorgehens zwischen Bund und Ländern iSd Effizienzgebots der Bundesverfassung möglich.<sup>228</sup> Zu letzterem führt *Souhrada* aus, dass man bei der Gesetzwerdung des nunmehrigen Modells darauf bedacht war, »ein Netzwerk aus Rechtsvorschriften im Rahmen der Bundesverfassung [...] zu überlegen.«<sup>229</sup> Diese Absicht der »integrative Planung des österreichischen Gesundheitswesens im Rahmen der kompetenz- und verfassungsrechtlichen Gegebenheiten« wird auch in den Erläuterungen zum VUG 2017 betont.<sup>230</sup> Noch deutlicher hinsichtlich der Zulässigkeit der Verordnungserlassung im Wege der Privatwirtschaftsverwaltung argumentiert *Baumgartner*: es sei nicht nachvollziehbar warum eine vom Gesetzgeber forciert verfassungskonforme Lösung für ein rechtspolitisches Vorhaben unsachlich sein soll. So seien nicht die Motive des Gesetzgebers entscheidend, sondern komme es auf die objektive Rechtslage an. Die dadurch bewerkstelligte Erreichung des öffentlichen Ziels einer integrativen, bundesweiten Planung eines effizienten Gesundheitswesens spreche nach *Baumgartner* vielmehr für die Sachlichkeit der Regelung.<sup>231</sup>

224 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 49.

225 AaO 49f.

226 Ebenda.

227 Ebenda.

228 *Stöger*, Gesundheitsreform 2017 21.

229 *Souhrada*, Planung 111.

230 RV 1333 BlgNR 25. GP 9.

231 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 260.

Dem muss meiner Ansicht nach mit *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* widersprochen werden, da anhand einer Argumentation mit einem »Appell an wichtige Ziele«<sup>232</sup> die Bundesverfassung jederzeit schlicht ausgehebelt werden könne. Anders als die Wahrnehmung von Aufgaben<sup>233</sup> durch den Staat ist die Verteilung staatlicher Aufgaben zwischen den verschiedenen Gebietskörperschaften meiner Ansicht nach eben keine politische Entscheidung, sondern sie bildet »den Kern jeder Bundesstaatsverfassung«.<sup>234</sup>

#### d. Fehlende Trennung der Vollzugsbereiche?

Die von *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* geäußerten Bedenken, durch die Verbindlicherklärung nach § 23 Abs 6 G-ZG werde eine »Mischverordnung« erlassen, welche keinem der beiden Vollzugsbereiche des Art 10 sowie Art 12 B-VG eindeutig zuordenbar sei, können anhand der folgenden Überlegungen meiner Ansicht nach rasch entkräftet werden.

Es ist zwar unstrittig, dass eine Verordnung, welche aus Angelegenheiten von Bund und Ländern zusammengesetzt ist, dem verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung der Vollzugsbereiche widerspricht,<sup>235</sup> dies ist in der gegebenen Konstruktion aber nicht der Fall. *Baumgartners* Einwand, § 23 G-ZG lasse sich auch verfassungskonform interpretieren, halte ich für zulässig und geboten.<sup>236</sup> So lässt § 23 G-ZG eine Lesart der getrennten Erlassung von einer Bundesverordnung einerseits und einer Landesverordnung andererseits zu. Im ersten Fall wird die Gesundheitsplanungs GmbH funktionell als Bundesbehörde, in Letzterem als funktionelles Landesorgan tätig.<sup>237</sup> Geht man wie *Baumgartner*<sup>238</sup> von einem Versehen des Gesetzgebers bei der fehlenden Differenzierung in § 23 Abs 6 G-ZG<sup>239</sup> zur Kundmachung im RIS aus, lässt sich auch diese Bestimmung iS einer sich nur auf Angelegenheiten des Art 10 B-VG beziehenden Regelung verfassungskonform interpretieren.<sup>240</sup> Als weiteren treffenden Grund, welcher gegen eine Qualifikation als Mischverordnung spricht, führt *Stöger* die fehlende Bezeichnung des § 23 Abs 6 G-ZG als Grundsatzbestim-

232 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 50.

233 Vgl *Pabels* Kritik an den Kernaufgaben im vorigen Unterkapitel.

234 Vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 235.

235 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 262.

236 Vgl Fn 158 zur Definition der verfassungskonformen Interpretation.

237 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 263.

238 Dieser verweist dazu auf den Beitrag von *Souhrada*, Planung 117, in welchem nachzulesen ist, dass »die nochmalige Erwähnung der Erlassung von Verordnungen in § 23 Abs 6 G-ZG [...] nach Erinnerung des Verfassers auf einen früheren Textstand zurückzuführen und nicht weiter von Bedeutung [ist].«

239 Diese Bestimmung spricht von einer Kundmachung »im Wege einer Verordnung«.

240 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 263.

mung an.<sup>241</sup> Somit könne sich diese Bestimmung bloß auf Bundesverordnungen beziehen, da eine Kundmachung in Bereichen des Art 12 B-VG nur mittels ausdrücklich so gekennzeichnete Grundsatzbestimmung angeordnet werden dürfe.<sup>242</sup>

Allerdings bestehen nach *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* des Weiteren Bedenken, § 23 G-ZG schaffe neben einer Mischverordnung auch eine Mischbehörde, da die Gesundheitsplanungs GmbH sowohl Aufgaben der Landesvollziehung als auch der Bundesvollziehung übernehme. Die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mit diesen Bedenken muss hier unter zwei Gesichtspunkten stattfinden – einerseits ist diese Frage in organisatorischer Hinsicht zu betrachten, andererseits in Zusammenhang mit ihrer Übereinstimmung mit der VOFG.

Im Zusammenhang mit ersterem betont *Stöger*, dass die Gesundheitsplanungs GmbH insofern sie als Mischbehörde zu qualifizieren sei, dies jedenfalls bloß im *funktionellen* Sinn ist.<sup>243</sup> Organisatorisch müsse sie als juristische Person des Privatrechts gesehen werden, wodurch ihre Organe jene einer Kapitalgesellschaft sind. Obgleich an dieser Kapitalgesellschaft sowohl Bund und Länder als auch die Sozialversicherungsträger beteiligt sind, lassen diese gemischten Beteiligungen an der GmbH jedoch noch keine Qualifikation als »Mischorgane« im *organisatorischen* Sinn zu.<sup>244</sup> Geht man daher davon aus, dass es sich somit bloß um funktionelle Mischorgane handelt, so argumentieren sowohl *Stöger* als auch *Baumgartner* für die Zulässigkeit dieser Konstruktion:

Auf Grund der eher lockereren Einbindung eines Beliehenen in die jeweilige Verwaltungsorganisation, sei es nach *Stöger* nicht ausgeschlossen, dass eine Person bspw als bundesrechtliches Forstschutzorgan und zudem als landesrechtliches Jagdschutzorgan bestellt wird.<sup>245</sup> Zudem halte ich auch *Baumgartners* Ansicht für zutreffend, wenn dieser sich unter Einbeziehung der gängigen Staatspraxis für die Verfassungskonformität der Betrauung mit Agenden aus den Bereichen der Landes- und Bundesvollziehung ausspricht. Als Beispiel führt dieser die GIS Gebühren Info GmbH, welche ihrerseits sowohl mit Aufgaben der Bundes- und Landesvollziehung beliehen ist, an. Diese GmbH ist neben der

Einhebung der Rundfunkgebühren im Bereich der Bundesvollziehung auch mit der Einhebung von Länderabgaben betraut. Auch wenn diese Beleihungskonstruktion durch das amtswegige Gesetzesprüfungsverfahren des VfGH VfSlg 17421/2004 aufgrund fehlender effektiver Steuerungs- und Lenkungsfunktionen eines obersten Organs aufgehoben wurde, geht die hL<sup>246</sup> von der impliziten Anerkennung der Zulässigkeit einer solchen Doppelfunktion einer Beliehenen durch den VfGH aus.

Nichtsdestotrotz muss zur vollständigen Betrachtung der kompetenzübergreifenden organisatorischen Zulässigkeit im zweiten Schritt erneut auf den Entstehungsprozess der Verordnungen und den Entscheidungsumfang daran beteiligten Organe eingegangen werden. Dass die Festlegung des Inhalts der als Verordnung zu erlassenden Teile der Strukturpläne nicht der Gesundheitsplanungs GmbH, sondern den ZK obliegt, wurde bereits in Kapitel C.2. und einleitend in diesem Kapitel näher ausgeführt. Nach hA<sup>247</sup> spricht bereits die normative Ausgestaltung der Verordnungen (vgl § 23 Abs 1 G-ZG sowie Art 5 Abs 10 VOFG) durch die jeweiligen ZK für eine Zurechnung dieser Ausweisungen zum Verordnungserlassungsverfahren. Daraus ergibt sich, dass die Tätigkeiten der ZK nach § 23 Abs 1 und Abs 2 G-ZG als hoheitlich zu qualifizieren sind, wodurch sich nun in der Tat ein Kompetenzproblem ergibt:

Sowohl ÖSG als auch die RSG enthalten Inhalte, welche Art 10 B-VG als auch Art 12 B-VG zuordenbar sind. Die getroffenen Festlegungen durch die B-ZK bzw die entsprechenden L-ZK sind demnach nicht zur Gänze in deren kompetenzrechtlicher Zuständigkeit angesiedelt. Somit wird durch § 23 G-ZG »genau jenes Problem, das man zu vermeiden trachtete, [...] schlagend.«<sup>248</sup>

Überdies ist *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* dahingehend zu folgen, dass sich diese Überschneidung von Vollzugsbereichen auch nicht durch Schaffung von Einrichtungen zur Erlassung sog »interföderaler Rechtsakte« durch die Vereinbarungen nach Art 15a B-VG rechtfertigen lasse. Zum einen dürften solche interföderalen Rechtsakte nur die Vertragsparteien binden – die durch die Gesundheitsplanungs GmbH erlassene Verordnung bindet darüber hinaus (wie in Kapitel B.1.d. ausgeführt) auch die Sozialversicherungen sowie Ärzte/Ärztinnen und Krankenanstalten.<sup>249</sup> Zum anderen ist die Konstruktion der Gesundheitsplanungs GmbH und die Verordnungserlassung dieser gar nicht Gegenstand der

241 Vgl zur Notwendigkeit der expliziten Kennzeichnung als Grundsatzbestimmungen die Ausführungen unter A.4.

242 *Stöger*, Gesundheitsreform 2017 23.

243 Mit *Bußjäger*, Art 102 B-VG Rz 8, kann allgemein gesagt werden, dass die inhaltliche Erledigung einer Aufgabe eine Frage der funktionellen Zuordnung, die Regelung mit welchen Mitteln die Erledigung erfolgt, eine organisatorische Frage ist; Vgl auch *B Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 216 f, nach welchem ein Organ einer Gebietskörperschaft funktionell zugeordnet wird, wenn es eben für diese tätig wird.

244 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 263.

245 *Stöger*, Gesundheitsreform 23.

246 *C. Mayr*, Organisationsrechtliche Fragen einer einzigen nationalen Akkreditierungsstelle, in Lienbacher/Wielinger (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 93 (99 ff).

247 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 264; *Stöger*, § 84a ASVG Rz 8/4; derselbe, Gesundheitsreform 24; vorsichtig bejahend auch *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 47 Fn 27.

248 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 265.

249 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 47.

Bund-Länder-Vereinbarungen. Zwar wird in Art 5 Abs 9 Z 2 sowie Art 5 Abs 10 Z 2 VOFG für Bund und Länder angeordnet, die Bundesgesundheitsagentur bzw. die Landesgesundheitsfonds bundes- und landesgesetzlich zu ermächtigen und organisatorisch in die Lage zu versetzen, die entsprechend gekennzeichneten Teile der Strukturpläne »als verbindlich festzulegen und durch Verordnung kundzumachen«, von einer Beleihung, geschweige denn von einer GmbH, ist darin nichts zu lesen. Folglich stellt sich die Frage nach einer möglichen Sanierbarkeit der fehlenden Vollzugstrennung durch die Art 15a-Vereinbarungen gar nicht.<sup>250</sup>

e. *Verstoß gegen die Grundsätze mittelbarer Bundesverwaltung?*

Wie im Eingangskapitel dieser Arbeit bereits erwähnt wurde, werden Angelegenheiten des Art 10 B-VG, welche grundsätzlich dem Bund zur Gesetzgebung und Vollziehung zugewiesen sind, dennoch im Regelfall im Wege der mittelbaren Bundesverwaltung vollzogen. Aufgrund der fehlenden Aufzählung des Gesundheitswesens im Ausnahmekatalog des Art 102 Abs 2 B-VG bedarf es für die Übertragung der Vollziehung des Gesundheitswesens auf eine Bundesbehörde der Zustimmung der einzelnen Länder. Folgt man *Bußjäger*, so ist die Beleihung Privater mit den Grundsätzen der mittelbaren Bundesverwaltung vereinbar, sofern auch in diesem Fall eine Zustimmung durch die Länder erfolgt.<sup>251</sup>

Somit wäre eine solche Einwilligung auch für die Beleihung des § 23 G-ZG – im Speziellen für Abs 4 und Abs 6 dieser Bestimmung – einzuholen. Da die Konstruktion nach § 23 Abs 4 und Abs 6 G-ZG nicht in der Art 15a-Vereinbarung Deckung findet, weil Art 5 eben keine Errichtung einer Bundesbehörde festlegt, kann diese auch nicht als Zustimmung der Länder zur Ausgliederung der Vollziehung gewertet werden.<sup>252</sup> Da zudem auch sonst in den Materialien des VUG 2017 nicht ersichtlich wird, ob die Länder hierzu tatsächlich ihre Zustimmung gegeben haben, kann die Frage nach der Verfassungskonformität in diesem Zusammenhang nicht eindeutig beantwortet werden.<sup>253</sup>

*Kopetzki/Perthold-Stoitzner* verweisen noch auf eine zweite mögliche, jedoch verfassungsrechtlich nicht weniger bedenkliche Auslegungsvariante: Kommt man zu dem Schluss, bei der Betrauung der Gesundheitsplanungs GmbH handle es sich nicht um die Errichtung einer Bundesbehörde, sondern einer Landesbehörde,

so wird in diesem Fall die in Art 102 Abs 1 B-VG geforderte Unterstellung unter den Landeshauptmann nicht eingehalten. Die Weisungsbindung der Beliehenen wird in § 23 Abs 7 G-ZG nämlich explizit gegenüber dem zuständigen Gesundheitsminister/der zuständigen Gesundheitsministerin eingeräumt und eben nicht, wie Art 102 Abs 1 explizit verlangt, gegenüber dem Landeshauptmann.<sup>254</sup>

Bevor vertieft auf das Zulässigkeitskriterium der Weisungsbindung beliehener Rechtsträger eingegangen werden soll, muss noch die Frage nach dem Umfang der Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Bereich der Vollziehung beantwortet werden. Angesichts der Tatsache, dass § 23 G-ZG in seinem Abs 5 in Form eines Bundesgesetzes dem Landesgesetzgeber grundsatzgesetzlich vorschreibt, die Gesundheitsplanungs GmbH mit Aufgaben der Vollziehung nach Art 12 B-VG zu betrauen, ist die Verfassungsmäßigkeit eben dieser Bestimmung zu prüfen.

Zwar wurde, so *Baumgartner*, die Kompetenz des Grundsatzgesetzgebers zur Ausgestaltung der »Organisation der Verwaltung in den Ländern« durch die B-VG Novelle 1974 (BGBl 444/1979) beseitigt, so seien doch spezifische, die Materien betreffende Organisationsvorgaben der Angelegenheiten des Art 12 B-VG weiterhin von der Grundsatzgesetzgebungskompetenz mitumfasst. Dadurch dürfe der Grundsatzgesetzgeber in Angelegenheiten der Heil- und Pflegeanstalten Organisationsvorgaben zur Vollziehung treffen.<sup>255</sup> Somit ist die in § 23 Abs 5 G-ZG getroffene Vorgabe des Bundes zur Aufgabenbetrauung durch den Landesgesetzgeber als zulässig zu beurteilen.

f. *Fehlende Weisungsbindung gegenüber einem obersten Organ?*

Die Frage nach der Weisungsbindung eines beliehenen Rechtsträger ist vor allem aus demokratiepolitischer Sicht von besonderem Interesse. Als Pendant zur parlamentarischen Verantwortlichkeit der obersten Organe der Verwaltung<sup>256</sup>, stellt die in Art 20 Abs 1 B-VG normierte Weisung einen Verantwortungszusammenhang zwischen obersten Organen und den nachgeordneten Verwaltungsorganen her. Dementsprechend können die obersten Organe für ihnen nachgeordnete Verwaltungsorgane parlamentarisch verantwortlich gemacht werden.<sup>257</sup> Eine solche demokratische Verantwortlichkeit verlangt der VfGH auch für beliehene und ausgeglie-

250 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 47; *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 262.

251 *Bußjäger*, Art 102 B-VG Rz 20.

252 Vgl *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 48 Fn 36.

253 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 48; *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 262.

254 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 48.

255 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 262.

256 Namentlich die Mitglieder der Bundesregierung nach Art 69 Abs 1 B-VG, die Landesregierungen nach Art 101 B-VG sowie Bundespräsident nach Art 19 Abs 1 B-VG.

257 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 510 ff; vgl auch *B Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 355 ff.

derte Rechtsträger, indem er als qualitative Grenze eine gewisse »Ingerenz« iSe der Verantwortung der obersten Organe gleichwertigen Bindung beliehener bzw. ausgliederter Rechtsträger fordert.<sup>258</sup>

Unstrittig ist, dass § 23 G-ZG eine Weisungsbefugnis – in Abs 7 für Angelegenheiten des Art 10 B-VG hinsichtlich des Bundesministers sowie in Abs 8 als Grundsatzbestimmung für Angelegenheiten des Art 12 B-VG hinsichtlich der Landesregierung – vorsieht. *Baumgartner* führt hierzu aus, dass von einer effektiven Leitungs- und Steuerungsbefugnis nur gesprochen werden kann, wenn bei Verletzen dieser Weisungspflicht eine staatliche Sanktionsmöglichkeit besteht. Zudem fordert er eine ständige Informationspflicht gegenüber dem obersten Verwaltungsorgan. Ob die Einräumung dieser in § 23 Abs 7 und 8 G-ZG formulierten Weisungsrechte als umfassend iSe vom VfGH geforderten *effektiven* Leitungs- und Steuerungsfunktion<sup>259</sup> qualifiziert werden können, soll im Folgenden genau beleuchtet werden. Dementsprechend ist auf die genaue Ausgestaltung der Weisungsbindung und effektiven Steuerungsmöglichkeiten des § 23 Abs 7 und Abs 8 G-ZG einzugehen.

Aus den Formulierungen dieser Bestimmungen geht nicht eindeutig hervor, wer genau Adressat/Adressatin der Weisungen der obersten Organe sein soll. Grundsätzlich stellt die hL<sup>260</sup> fest, dass hierfür nur Organwalter als physische Personen in Frage kommen. Zudem fordert der VfGH – sehr weit formuliert – in Fällen der Ausgliederung eine solche Weisungsgebundenheit auch gegenüber dem »Personal«<sup>261</sup>. Wenn in Abs 7 »die Gesellschaft« und in Abs 8 »die Tätigkeit der Gesellschaft« der Weisung des jeweilig obersten Organs unterstellt wird, so lässt dies nach *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* mehrere Deutungen zu. So könnten mit »der Gesellschaft« einerseits nur bestimmte Organe wie bspw die Geschäftsführung gemeint sein, andererseits ist auch eine umfassendere Auslegung der Weisungsbindung auf sämtliche Organe der GmbH einschließlich der Gesellschaftervertreter in der Generalversammlung der GmbH denkbar. Bezogen auf die erstere, einschränkende Auslegungsvariante vertreten *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* die Auffassung, eine umfassende Leistungs- und Steuerungsbefugnis sei nicht gewährleistet.<sup>262</sup>

Legt man § 23 Abs 7 und 8 G-ZG hingegen dahingehend aus, als diese eine umfassende Weisungsbindung aller Organe der GmbH festlegen, so verstoßen diese Re-

gelungen laut *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* erneut (siehe D.2.d.) gegen die gebotene Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Ländern. Die Generalversammlung der GmbH besteht gem § 23 Abs 3 G-ZG aus je einem Vertreter/einer Vertreterin des Bundes, der Länder sowie dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger, wonach es sich um ein – wenn auch nur funktionelles<sup>263</sup> – Mischorgan handelt. Insbesondere durch die geforderte Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung in der Generalversammlung müssten zur entsprechenden Durchsetzung des Weisungsrechts jeweils alle Vertreter/Vertreterinnen in der Generalversammlung an die Weisung des jeweiligen obersten Organs gebunden werden. Sprich Bund und Länder wären dadurch an die Weisungen der jeweils anderen Gebietskörperschaft gebunden. Dies ist *Kopetzki/Perthold-Stoitzner* zufolge nach dem bundesstaatlichen Grundprinzip unzulässig und widerspricht zudem Art 20 Abs 1, Art 77 Abs 1 und Art 101 Abs 1 B-VG.<sup>264</sup>

Diesem Ergebnis folgt auch *Baumgartner*, welcher zusammenfassend darauf verweist, dass die Gesellschafterrechte durch das in § 23 Abs 3 G-ZG festgelegte Einstimmigkeitsprinzip nicht durch ein rein dem Nationalrat bzw. rein dem jeweiligen Landtag gegenüber verantwortlichen Organ wahrgenommen werden.<sup>265</sup> Diese getroffene Feststellung wird für die Weisungsbefugnisse der Landesregierungen umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass die Bestimmung des § 23 Abs 3 G-ZG keine gesetzliche Aussage über die Verteilung der Anteile an der Gesellschaft trifft. Zur Verbildlichung dessen sei auf das Land Tirol verwiesen, welches bspw nur mit 3,7% an der Gesundheitsplanungs GmbH beteiligt ist. Bei Verletzung der Weisung könne zwar nach der momentanen gesetzlichen Regelung die jeweilige Landeregierung bzw. der Bundesminister/die Bundesministerin seinen/ihren Vertreter/Vertreterin in der Generalversammlung austauschen, ein »Veto« eines/einer anderen Gesellschaftervertreter/Gesellschaftervertreterin kann jedoch durch keine entsprechende Weisung verhindert werden.<sup>266</sup> Zusammenfassend folgt meiner Einschätzung nach *Baumgartner* zutreffend der allgemeinen Beurteilung von *C Mayr*, dass sofern Bund und Länder gemeinsam eine GmbH betreiben, in dieser aber eben keiner Gebietskörperschaft eine Alleingesellschafterstellung zukommt, die verfassungsrechtlich notwendige Lenkungs- und Steuerungsbefugnisse allein durch Weisungen mittels § 20 Abs 1 GmbH nicht erfüllt werden können.<sup>267</sup>

Betrachtet man den sich aus § 23 Abs 3 G-ZG ergebenden Aufbau der GmbH, stellt sich darüber hinaus

258 Vgl Lachmayer, Ausgliederungen 752.

259 Statt aller VfSlg 16.400/2001.

260 Vgl *B. Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 934 ff; *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht Rz 225 f, welche mitunter eine Weisung an Organe wie bspw eine Weisung des Landeshauptmanns an alle Bezirksverwaltungsbehörden für denkbar halten.

261 Vgl VfSlg 16.400/2001 sowie VfSlg 17.421/2004.

262 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 49.

263 Siehe auch Kapitel D.2.d.

264 *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Verbindlicherklärung 49.

265 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 261.

266 Vgl ebenda.

267 *C. Mayr*, Fragen 99 ff.

die Frage, ob auch die allein aus der gesellschaftsrechtlichen Ausformung resultierenden Steuerungsbefugnisse als effektiv genug gelten könnten. *Baumgartner* führt hier meiner Einschätzung nach zutreffend aus, dass zwar der Geschäftsführer/die Geschäftsführerin einer GmbH den Eigentümern dieser Gesellschaft<sup>268</sup> schon durch die Rechtsform der GmbH selbst weisungsgebunden ist und der Geschäftsführer/die Geschäftsführerin dadurch im Falle der Nichtbefolgung durch Absetzung sanktioniert werden könne, die gesellschaftsrechtlichen Weisungsbefugnisse des § 20 Abs 1 GmbHG jedoch klar hinter die in Art 20 Abs 1 B-VG normierten Weisungsbefugnisse zurücktreten.<sup>269</sup>

Mit *Baumgartner* muss zudem der Vollständigkeit halber darauf verwiesen werden, dass den gesellschaftsrechtlich eingeräumten Steuerungsmöglichkeiten nicht jegliche verfassungsrechtliche Relevanz abgesprochen werden dürfen, da bspw der VfGH in seinem Austro Control Erkenntnis<sup>270</sup> positiv auf die durch diese GmbH-Konstruktion geschaffene Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte durch ein oberstes Organ verwiesen hat. Nichtsdestotrotz wird auch eine rein gesellschaftsrechtliche Weisungsbindung der verfassungsmäßig geforderten Ingerenz sicher nicht gerecht werden können.

Eine dritte, meiner Auffassung nach fragwürdige, Auslegung der durch § 23 G-ZG Abs 7 und Abs 8 geschaffenen Weisungsbindung bietet *Stöger*, indem er die funktionelle Organfunktion der für »die GmbH tätigen Organwalter«<sup>271</sup> – gemeint sind vermutlich die Vertreter/Vertreterinnen in der Generalversammlung – in den Fokus der verfassungsrechtlichen Bewertung rückt. So seien diese Organwalter als physische Personen, immer entweder als Bundes- oder Landesorgane tätig, wonach sie bei einer Kollision zwischen einer Weisung des Rechtsträgers, von welchem sie entsendet wurden und einer Weisung des im konkreten Zusammenhang obersten Bundesorgans, jene des obersten Bundesorgans befolgen müssten. Ich stimme mit *Stöger* dahingehend überein, wenn er dies »undogmatisch gesprochen«<sup>272</sup> als »eine interessante Konstruktion«<sup>273</sup> bezeichnet, dennoch muss an seiner Einschätzung kritisch hinterfragt werden, inwieweit ein Organwalter selbst funktionell dem Bund oder einem Land zuordenbar ist. So ist die als Organwalter bestellte Person und deren Handeln doch letztlich immer einer juristischen Person zurechenbar<sup>274</sup>.

### 3. Etwaige Konsequenzen der verfassungsrechtlichen Bedenken

Es wurde gezeigt, dass die Beleihung der Gesundheitsplanungs GmbH in § 23 G-ZG die verfassungsmäßig zulässigen Grenzen einer solchen Konstruktion überschreitet. Nun soll auf die möglichen Konsequenzen eines solchen Befunds eingegangen werden. Naheliegender werden hier die dem VfGH als »Hüter der Verfassung«<sup>275</sup> eingeräumten Möglichkeiten näher betrachtet.

#### a. Prüfung der Vereinbarungen nach Art 15a B-VG

Zuerst ist auf eine mögliche Prüfung der entsprechenden Art 15a-Vereinbarungen im Bereich des Gesundheitswesens durch den VfGH einzugehen. Art 138a B-VG überträgt dem VfGH eine bestimmte Zuständigkeit im Hinblick auf Vereinbarungen nach Art 15a B-VG, indem er diesem eine Feststellungsbefugnis hinsichtlich des Vorliegens einer gültigen Vereinbarung sowie Erfüllung der Vertragspflichten einräumt.<sup>276</sup> Da der VfGH in diesem Zusammenhang also keine Verfassungswidrigkeit feststellen kann und die Beleihungskonstruktion der Gesundheitsplanungs GmbH, wie bereits argumentiert wurde, auf § 23 G-ZG und nicht auf einer Art 15a-Vereinbarung beruht, kann in einem Verfahren nach Art 138a B-VG die Verfassungswidrigkeit der Beleihung nicht aufgegriffen werden.

Weitaus interessanter könnte hier die Schlussfolgerung sein, dass die Beleihung nicht nur nicht auf einer solchen Vereinbarung nach Art 15a B-VG beruht, sondern dieser dadurch sogar widerspricht. Somit könnte, wie Art 138a B-VG festlegt, eine Feststellung hinsichtlich einer fehlerhaften Umsetzung des Bundes betreffend seiner Verpflichtung aus Art 5 Abs 9 Z 2 sowie Art 5 Abs 10 Z 2 VOFG durch eine Landesregierung begehrt werden. Ob eine Landesregierung ein Interesse hinsichtlich einer solchen Feststellung hegt, ist nicht bekannt, jedoch aufgrund der mangelnden Vollstreckbarkeit einer solchen Feststellung nicht sehr wahrscheinlich.<sup>277</sup>

Als effektiveres Instrument im Kontext der Möglichkeiten des VfGH, muss dessen Befugnis zur Prüfung von Verordnungen und Gesetzen angesprochen werden. Nach Art 139 und Art 140 B-VG kann der VfGH vom Amt wegen bzw auf Antrag einer dazu berechtigten Stelle (vgl Art 139 Abs 1 sowie Art 140 Abs 1 B-VG) die Gesetzwidrigkeit einer Verordnung bzw eines Gesetzes prüfen.

268 In diesem Fall ja Bund, Länder und Sozialversicherungen.

269 *Baumgartner*, Verbindlicherklärung 258, mwN.

270 VfSlg 14.473/1996.

271 *Stöger*, Gesundheitsreform 23.

272 Ebenda.

273 Ebenda.

274 Vgl *B Raschauer*, Verwaltungsrecht Rz 109 ff.

275 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium (2018), Rz 987.

276 *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 1132; vgl auch *Thienel*, Art 15 B-VG.

277 Vgl *Mayr/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015), Rz 1104, welche den Antrag auf Feststellung der Erfüllung von Vertragsverpflichtungen nur in besonderen rechtlichen Situationen als sinnvoll einstufen.

### b. Gesetzesprüfung durch den VfGH

Als vermutlich rechtspolitisch bedeutsamste Kompetenz steht dem VfGH nach Art 140 B-VG die Aufhebung von verfassungswidrigen Gesetzen zu. In einem Verfahren nach Art 140 B-VG kann der VfGH sowohl Bundes- als auch Landesgesetze prüfen, wobei als Prüfungsmaßstab das gesamte Bundesverfassungsrecht (im materiellen Sinn), bei Landesgesetzen auch das Landesverfassungsrecht herangezogen werden muss.<sup>278</sup>

Damit der VfGH als »negativer Gesetzgeber«<sup>279</sup> tätig werden kann, bedarf es verschiedener Prozessvoraussetzungen, welche im Folgenden für die oben festgestellten Verfassungswidrigkeiten geprüft werden sollen. Da derzeit kein Gesetzesprüfungsverfahren in diesem Zusammenhang beim VfGH anhängig ist, ist die Prüfung der Prozessvoraussetzungen natürlich als rein hypothetisch zu verstehen.

Von Amts wegen kann der VfGH nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit b) B-VG nur tätig werden, sofern das zu prüfende Gesetz präjudiziell ist, sprich, er dieses in einem anderen Verfahren anzuwenden hat. Ansonsten dürfen einen Antrag auf Prüfung eines Gesetzes nach Abs 1 Z 1 dieser Bestimmung folgende Stellen einbringen: ordentliche Gerichte, unmittelbar Betroffene des verfassungswidrigen Gesetzes in Form eines sogenannten Individualantrags, Parteien einer von einem ordentlichen Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtsache in Form des sogenannten Parteienantrags auf Normenkontrolle, die Bundesregierung hinsichtlich Landesgesetzen sowie Landesregierungen hinsichtlich Bundesgesetzen, ein Drittel der Mitglieder des Nationalrats oder Bundesrats hinsichtlich Bundesgesetzen als »Drittelantrag« sowie ein Drittel des Landtags hinsichtlich Landesgesetzen, sofern die jeweilige Landesverfassung dies vorsieht.

Bezüglich der festgestellten Verfassungswidrigkeit der Beilehung der Gesundheitsplanungs GmbH wegen des Verstoßes gegen das Sachlichkeitsgebot (Art 7 B-VG), der fehlenden Trennung der Vollzugsbereiche sowie der fehlenden Weisungsbindung der Gesundheitsplanungs GmbH ist meiner Ansicht nach ein Drittelantrag sowie eine Anfechtung durch eine der neun Landesregierungen durchaus denkbar.<sup>280</sup>

Im Falle einer solchen haben der Antragsteller/die Antragstellerin die anzufechtende Bestimmung genau abzugrenzen, sodass nicht mehr als erforderlich aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird und zudem der Sinn einer Regelung bzw Bestimmung durch eine Aufhebung nicht inhaltlich verändert wird. Da § 23 Abs 3 G-ZG aufgrund der darin festgelegten mangelnden Weisungs-

bindung gegenüber obersten Organen und der darin angestrebten unsachlichen Umgehung der Kompetenzverteilung in der vorangegangenen Untersuchung als verfassungswidrig eingestuft wurde, ist dieser Absatz jedenfalls als Teil des Anfechtungsgegenstands zu sehen. Zudem wurde festgehalten, dass § 23 Abs 1 und Abs 2 G-ZG hoheitliche Aufgaben enthalten und dadurch die Vollzugsbereiche von Bund und Ländern verfassungswidrig vermischt werden. Somit wären auch diese Bestimmungen vom VfGH auszuschneiden. Wahrscheinlich würde jedoch der ganze § 23 G-ZG aufzuheben sein, da sich alle folgenden Absätze auf die in Abs 3 verfassungswidrig errichtete GmbH beziehen.

Zudem könnte ein Individualantrag einer betroffenen Person nach Art 140 B-VG angestrebt werden. Um mit einem solchen Individualantrag vor dem Gerichtshof erfolgreich zu sein muss nach stRsp des VfGH<sup>281</sup> das Gesetz jedoch nachteilig in die Rechtssphäre der antragsstellenden Person eingreifen und verletzen, was im vorliegenden Fall durch § 23 G-ZG jedoch nicht zutrifft. Die betreffende Norm regelt lediglich das Verfahren zur Verordnungserlassung selbst, die Rechtsposition von Personen berührt diese nicht.

### c. Verordnungsprüfung durch den VfGH

Somit ist auf die Kompetenz des VfGH nach Art 139 B-VG einzugehen, wonach dieser ähnlich dem Verfahren nach Art 140 B-VG Verordnungen von (funktionellen) Bundes- oder Landesbehörden prüfen und im Fall eines Widerspruchs mit höherrangigen Rechtsnormen aufheben kann.<sup>282</sup>

Grundsätzlich gelten in diesem Verfahren die gleichen Prozessvoraussetzungen wie in einem Gesetzesprüfungsverfahren nach Art 140 B-VG, weswegen auf das oben Ausgeführte verwiesen wird.

Hinsichtlich eines etwaigen Individualantrags muss hier auf einen möglichen Eingriff in die Rechtsposition der betroffenen Person – bspw eines antragsstellenden Rechtsträgers im Verfahren zur Erteilung einer Errichtungsbewilligung – näher eingegangen werden. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, muss einerseits in die Rechtssphäre der Person eingegriffen werden und diese andererseits als Normadressatin von dieser unmittelbar betroffen sein. Da, wie in 1.6.1. ausgeführt, die von der Gesundheitsplanungs GmbH erlassenen Verordnungen in einem Bewilligungsverfahren nach § 18 KAKuG heranzuziehen sind, könnten antragsstellende Personen, deren Antrag anhand einer auf diesen Verordnungen basierenden Bedarfsprüfung negativ erledigt wird, in ihrer Rechtssphäre berührt sein. Falls der VfGH dieses

278 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 1001 ff.

279 AaO Rz 1002.

280 Vgl auch aaO Rz 1010 ff.

281 Für alle VfSlg 8009/1977.

282 AaO, Rz 1001 ff.

Kriterium im Sinne des Individualantragsstellers/der Individualantragstellerin beurteilt, muss jedoch die Betroffenheit in einer Rechtsposition dieser verneint werden. Soweit ersichtlich, trifft das zweite Kriterium für die Zulässigkeit des Individualantrags nicht zu: Ein Antragssteller/eine Antragstellerin ist nämlich nicht unmittelbar als Normadressat/Normadressatin von den Verordnungen der Gesundheitsplanungs GmbH betroffen.<sup>283</sup>

Angenommen der VfGH würde, wie oben prognostiziert, den ganzen § 23 G-ZG aufheben, so würde damit die gesetzliche Grundlage für die von der Gesundheitsplanungs GmbH erlassenen Verordnungen wegfallen. Da die nach dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 2 B-VG geforderte Zuständigkeit der Gesundheitsplanungs GmbH vom VfGH aufgehoben werden würde, würden die von der Beliehenen erlassene Verordnungen außer Kraft treten. Dieser Vorgang des Außer-Kraft-Tretens, auch Invalidation genannt, geschieht *ipso iure*.<sup>284</sup> Würde der VfGH somit § 23 G-ZG wegen Verfassungswidrigkeit aufheben, so würden die von der Gesundheitsplanungs GmbH erlassenen Verordnungen automatisch ihrer Wirkung verlustig werden.

## E. Ausblick: Alternative Lösungen zur Koordinierung des Gesundheitswesens

### 1. Die Abschaffung des Art 12 B-VG als zentralistische Lösung?

Die Kompetenzzersplitterung im Gesundheitswesen und die daraus resultierenden Probleme für eine zukunftsorientierte Planung des Gesundheitsbereichs ziehen sich als roter Faden durch diese Arbeit. Bereits seit längerer Zeit wird eine Bereinigung der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung angedacht. Hier rückt immer wieder der Kompetenztyp des Art 12 B-VG in den Fokus des Gesetzgebers. Das wechselseitige Zusammenwirken von Bund und Ländern durch Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung wird von der Praxis als problematisch empfunden, dies unter anderem aufgrund der fehlenden justiziablen Kriterien der Detailliertheit von Grundsatzgesetzen und der daraus resultierenden Überdeterminierung von Seiten des Bundes.<sup>285</sup> Zudem würden die Länder die zT geschaffenen Spielräume nicht ausnützen.<sup>286</sup> So stellt sich die Frage nach der Zukunft dieser Kompetenzbestimmung, welche mit dem

Begriff der »Heil- und Pflegeanstalten« den zentralen Bereich dieser Arbeit umfasst.

Die vom derzeitigen Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Josef Moser, forcierte Strukturbereinigung und Kompetenzverteilung beinhaltet auch eine Reduzierung des Kompetenztypus des Art 12 B-VG. Mit der als »größte Verfassungsreform auf dem Gebiet der Kompetenzverteilung seit 1929«<sup>287</sup> angekündigten Verfassungsreform soll der erste Schritt in Richtung Entflechtung der Kompetenzverteilung gemacht werden.<sup>288</sup> Dieses geplante Vorhaben scheint auf den ersten Blick voranzuschreiten: Das von der Regierung vorgeschlagene Gesetzespaket (301 BlgNR 26. GP) hat den Verfassungsausschuss passiert, womit die notwendige Zweidrittelmehrheit im Nationalrat als gesichert gilt.<sup>289</sup> In der Regierungsvorlage sollen somit von den ursprünglich sechs in Art 12 B-VG aufgezählten Angelegenheiten nur zwei Ziffern (drei Kompetenzbestände) übrig bleiben: Z 1: Armenwesen; Heil und Pflegeanstalten und Z 2: Elektrizitätswesen.<sup>290</sup>

Der Bereich der Krankenanstalten stellt in diesem Zusammenhang ein heikles Feld dar, da der Justizminister und die Landeshauptleute sich zwar einigen konnten, dass eine einheitliche Regelung notwendig sei, wichtige »Details«<sup>291</sup> wie die Zuordnung der Kompetenz zu einer Gebietskörperschaft jedoch noch zu verhandeln seien. Eine eigens dafür eingesetzte Arbeitsgruppe tagt seit September 2018.

Neben einer Aufteilung der Materien des Art 12 B-VG hin zu anderen Kompetenztypen und somit einer Abschaffung der Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung, gibt es weitere Vorschläge zur zeitgemäßen Reform dieses Kompetenztypus. Diese sollen abschließen in aller Kürze hier vorgestellt werden.

283 Vgl Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH zur Verbindlichmachung von Teilen des Österreichischen Strukturplanes Gesundheit 2017 (ÖSG-VO 2018).

284 Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 602.

285 Bußjäger, Homogenität 83.

286 Schrameck, Die Zukunft der Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung, (2017). Online unter <[http://www.foederalismus.at/blog/die-zukunft-der-grundsatz-und-ausfuhrungsgesetzgebung\\_142.php](http://www.foederalismus.at/blog/die-zukunft-der-grundsatz-und-ausfuhrungsgesetzgebung_142.php)> [Letzter Zugriff 29. 10. 2018].

287 Bundeskanzleramt, Bundeskanzler Kurz: Größte Verfassungsreform seit 1929 gelungen. (2018), Online unter <<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/-/bundeskanzler-kurz-gro-te-verfassungsreform-seit-1929-gelungen>> [Letzter Zugriff 7. 12. 2018].

288 Vgl Lehofer, Kompetenzentflechtung Bund-Länder: der erste Schritt, ÖJZ 124 (2018) 937 (937 ff).

289 Vgl Österreichisches Parlament, Kompetenzbereinigung: Gesetzespaket hat Verfassungsausschuss im zweiten Anlauf passiert (2018). Online unter <[https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\\_2018/PK1448/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2018/PK1448/index.shtml)> [Letzter Zugriff: 07. 12. 2018].

290 Ebenda.

291 Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz, Vortrag an den Ministerrat zur Strukturbereinigung und Kompetenzverteilung; Landeshauptleutekonferenz vom 18. Mai 2018, (2018) 3. Online unter <[https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/849801/20\\_19\\_mrv.pdf/72c28fbd-9b78-469a-b0fd-d8726f92515c](https://www.bundeskanzleramt.gv.at/documents/131008/849801/20_19_mrv.pdf/72c28fbd-9b78-469a-b0fd-d8726f92515c)> [Letzter Zugriff 07. 12. 2018].

## 2. Föderalistische Lösungsalternativen

### a. Gemeinschaftliche Gesetzgebung durch Bund und Länder

Das *Institut für Föderalismus* hat im Jahr 2014 die Schaffung eines neuen Kompetenztypus, welcher insbesondere auch das Krankenanstaltenwesen umfassen könnte, vorgestellt. Diese würde, so *Schramek*<sup>292</sup> die *Kompetenzwahrnehmung flexibilisieren und an die konkreten Bedürfnisse der Gesetzgebung anpassen. Dieser Kompetenztyp, so der Vorschlag, ist überwiegend bei den Ländern angesiedelt, wodurch diesen grundsätzlich die Gesetzgebungshoheit in diesem Bereich zustehen würde. Auch dem Bundesgesetzgeber soll in diesem neuen Kompetenztyp eine Möglichkeit eingeräumt werden, wonach dieser mit Hilfe einer deutlichen Mehrheit der beteiligten Länder (Schramek führt hier als Bsp eine Zweidrittelmehrheit an) eine abschließende Regelung für das ganze Bundesgebiet treffen könne. Alternativ könne dem Bund auch ein ähnliches Recht eingeräumt werden, welche sich auf die Erlassung bestimmter Grundsätze beschränken würde.*<sup>293</sup>

### b. Adaption des Modells einer Ziel- und Rahmengesetzgebung

Der Art 12 B-VG hat sich in seiner Bestimmung durch das B-VG, bundesweit einheitliche Regelungen mit regionaler Differenzierung zu schaffen, nicht bewährt. Die österreichische Verfassungspraxis zeigt, dass einerseits die überschießende Grundsatzgesetzgebung durch den Bund sowie andererseits die geringe Bereitschaft der Länder, vorhandene Spielräume auszunutzen, dazu führen, dass dieses Modell der Gesetzgebung diskreditiert wird,<sup>294</sup> weshalb *Bußjäger*<sup>295</sup> als mögliche Alternative die Adaption dieses Kompetenztyps an das Modell einer sogenannten Ziel- und Rahmengesetzgebung formuliert. Kernidee einer solchen Gesetzgebungsform ist die Schaffung einheitlicher außenwirksamer Normen wie bundesweit einheitlicher Standards (bspw als Abbau von wirtschaftlichen Erschwernissen) und materieller Rechte von Bürger/Bürgerinnen. Die mit den Begriffen »Ziel- und Rahmengesetzgebung« verbundenen Formen der Gesetzgebung lassen sich wie folgt charakterisieren: Unter »Zielgesetzgebung« wird die Vorgabe von allgemeinen Zielen an die Ausführung verstanden,

wohingegen eine »Rahmengesetzgebung« insbesondere Grenzen für die Ausführung vorgibt.

Für den Bereich des Spitalswesens (bzw. den Kompetenztyp Heil- und Pflegeanstalten) wäre anhand eines Vergleichs mit einem von der Bertelsmann-Kommission für Deutschland unterbreiteten Vorschlag<sup>296</sup> eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundes für das Krankenversicherungswesen anzudenken. Im Übrigen wäre bei diesem Modell der Bund zudem für die Grundsätze der Ausbildung der Ärzte/Ärztinnen und die Finanzierung der Krankenanstalten zuständig, wohingegen den Ländern die Verantwortung für die Ausgestaltung dieser Grundsätze zukommen würde.

Dies wird von *Bußjäger*<sup>297</sup> mit Verweis auf die damit zu gewinnende regionale Verantwortung für das Spitalswesen und dem Bedarf an Gewährleistung bundesweiter Standards und überregionaler Spitalsplanung als *durchaus positiv bewertet. Zudem, so Bußjäger*<sup>298</sup>, könne durch eine Ziel- und Rahmengesetzgebung eine »qualitative Aufgabenverteilung« ermöglicht werden, welche die Aufgaben nicht horizontal verteilt, sondern »nach qualitativen Kriterien«. Diese qualitative Verteilung könnte im Krankenanstaltenbereich im in dieser Arbeit vielfach angesprochene Genehmigungsverfahren Anwendung finden: Eine Rahmenvorgabe des Bundes kann für die Errichtung einer Krankenanstalt ein Genehmigungsverfahren inklusive Bedarfsprüfung vorsehen. Die Ausgestaltung dieser Bedarfsprüfung obliege jedoch der jeweiligen Landesgesetzgebung, welche somit in der Lage wäre den Bedarf an Krankenanstalten aufgrund unterschiedlicher Infrastruktur und Topografie zu decken.

## III. Fazit

In der vorangegangenen Arbeit wurde versucht, das österreichische Gesundheitswesen und dabei insbesondere die Herausforderungen, welche sich im Bereich des Kompetenztyps »Heil- und Pflegeanstalten« ergeben, einer Analyse zu unterziehen. Diese Analyse fand ihren Ausgangspunkt in der zersplitterten Kompetenzverteilung im Gesundheitswesen und hat sich sodann mit den daraus resultierenden verschiedenen Aspekten und Lösungsalternativen beschäftigt.

292 *Schramek*, Zukunft.

293 Vgl *Bußjäger/Lütgenau/Thöni*, Föderalismus im 21. Jahrhundert: Effizienz und Verantwortung im modernen föderalistischen Staat (2012) 21.

294 *Bußjäger*, Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen für die Diskussion über die Reform der bundesstaatlichen Kompetenzordnung in Österreich, in *Gamper/Bußjäger/Karlhofer/Pallaver/Obwexer* (Hrsg), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (2016) 807 (813).

295 *Bußjäger*, Homogenität 83 ff.

296 *Bertelsmann-Kommission »Verfassungspolitik und Regierungsfähigkeit«* (Hrsg), Entflechtung 2005, 21.

297 *Bußjäger*, Homogenität, 87 f.

298 *Bußjäger*, Homogenität 91 f, mit Verweis auf *Öhlinger*, Die Aufgabenverteilung zwischen Bund, Ländern und der Europäischen Union, in *Österreichischer Gemeindebund/Österreichischer Städtebund* (Hrsg), 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle (2002) 44 f.

Daraus ergeben sich folgende Schlussfolgerungen:

- ▷ Die Materie des Gesundheitswesens ist aus juristischer Sicht durch eine starke kompetenzrechtliche Zersplitterung charakterisiert.
- ▷ Der Begriff »Gesundheitswesen« ist nicht deckungsgleich mit dem »bereinigten Kompetenztatbestand« des Gesundheitswesens nach Art 10 B-VG. Ersterer umfasst als »Gesundheitswesen im weiteren Sinn« auch jene Bereiche, welche durch die Bundesverfassung explizit vom Kompetenztyps des Art 10 B-VG ausgenommen wurden.
- ▷ Da der Kompetenztatbestand Heil- und Pflegeanstalten vom »Gesundheitswesen im weiteren Sinn« ausgeklammert und durch Art 12 B-VG dem Bund zur bloßen Grundsatzgesetzgebung zugewiesen wird, wird eine bundesweit einheitliche Vollziehung dieses Bereichs erschwert.
- ▷ Nach Art 12 B-VG erfolgt die Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung des Krankenanstaltenrechts durch die Länder, weshalb letztere mitunter deutlich unterschiedlich ist. Besonders die mangels einheitlicher Entscheidungsgrundlagen unterschiedlichen Bewilligungsverfahren wurden als unbefriedigend wahrgenommen.
- ▷ Eine bundesweit koordinierte, zukunftsgerichtete Steuerung und Planung des Gesundheitswesens ist insbesondere aufgrund der demographischen Entwicklung Österreichs und des prognostizierten medizinischen Fortschritts von wesentlicher Bedeutung.
- ▷ Die Vereinbarungen nach Art 15a B-VG zwischen Bund und Ländern zur Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens sowie gemeinsamen Zielsteuerung Gesundheit sind wichtige Instrumente zur Koordinierung, jedoch mangels unmittelbarer Anwendbarkeit nicht ausreichend, um den Problemen der Kompetenzzersplitterung entgegenzuwirken.
- ▷ Auch die im Wege der Gesundheitsreform 2017 eingeführte Beileihung der Gesundheitsplanungs GmbH zur Verordnungserlassung bestimmter, zuvor ausgewiesener und gekennzeichnete Teile des ÖSG und der RSG, stellt aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit keinen geeigneten Weg dar, die Probleme, welche sich angesichts der Kompetenzzersplitterung ergeben, zu umschiffen.
- ▷ Die Beileihung einer GmbH mit der Kompetenz zur Verordnungserlassung zum Zwecke der Umgehung der kompetenzrechtlichen Vorgaben der Verfassung verstößt gegen das Sachlichkeitsgebot des Art 7 B-VG. Eine solche Vorgehensweise kann auch nicht mit dem Verweis auf die Motive des Gesetzgebers gerechtfertigt werden.
- ▷ Die normative Ausgestaltung einer Verordnung zählt neben der Erlassung derselben bereits zum Verordnungserlassungsverfahren und ist daher eine hoheitliche Tätigkeit. Indem die B-ZK und die L-ZK Festlegungen treffen, welche nicht zur Gänze ihrem jeweiligen Kompetenzbereich zuordenbar sind, wird gegen die Kompetenzverteilung des B-VG verstoßen.
- ▷ Aufgrund der in § 23 Abs 3 G-ZG geforderten Einstimmigkeit in der Generalversammlung der Gesundheitsplanungs GmbH steht keinem obersten Organ ein Weisungsrecht iSe effektiven Leitungs- und Steuerungsrechts zu. Weder der Bundesminister/die Bundesministerin, noch die Landeshauptleute können dem »Veto« der anderen Gebietskörperschaft entgegentreten.

Alles in allem ist die Sinnhaftigkeit einer kompetenzübergreifenden, zukunftsorientierten Ausrichtung des Gesundheitswesens nicht in Zweifel zu ziehen.

Auch wenn die derzeitige Konstruktion der Gesundheitsplanungs GmbH den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Beileihungen nicht standhält, sollte der gewählte Ansatz, unter Zuhilfenahme von verfassungsrechtlich anerkannten Instrumenten neue Wege in einer länderübergreifenden Planung zu gehen, nicht per se verworfen werden.

## IV. Verzeichnisse

### A. Abkürzungsverzeichnis

aaO	am angegebenen Ort
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIP	Bruttoinlandsprodukt
B-ZK	Bundes-Zielsteuerungskommission
BlgNR	Beilage(n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
B-VG	Bundesverfassungsgesetz
dh	das heißt
EuGH	Europäischer Gerichtshof
gem	gemäß
GP	Gesetzgebungsperiode
G-ZG	Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber/Herausgeberin/Herausgeberinnen
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinn
insbes	insbesondere
iO	im Original
iSd	im Sinne des
f(f)	und der/die folgende/n
Fn	Fußnote(n)
KAKuG	Kranken- und Kuranstaltengesetz
LGBL	Landesgesetzblatt
L-ZK	Landes-Zielsteuerungskommission(en)
ME	Ministerialentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖSG	Österreichischer Strukturplan Gesundheit
RSG	Regionaler Strukturplan Gesundheit/ Regionale Strukturpläne Gesundheit
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
sog	sogenannte/r/s
ua	unter anderen/m
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	vergleiche

VOFG	Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens
VUG 2017	Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017
ZK	Zielsteuerungskommissionen
zT	zum Teil
zB	zum Beispiel

### B. Literaturverzeichnis

*Auckenthaler Kurt*, Der Zusammenhang von Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung. Bemerkungen zu aktuellen Fragen des Art 15 Abs 5 B-VG, ÖJZ 57 (1984), 57.

*Badelt Christoph/Österle August*, Grundzüge der Sozialpolitik, Band 2 (Wien 2001).

*Baumgartner Gerhard*, Die Verbindlicherklärung von Strukturplänen durch die Gesundheitsplanungs GmbH, ZfV 3 (2018) 255.

*Berka Walter*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium<sup>7</sup> (Wien 2017).

*Bertelsmann-Kommission »Verfassungspolitik und Regierungsfähigkeit«* (Hrsg), Entflechtung 2005 (Gütersloh 2000).

*Bischof Hans-Peter*, Gesundheitsfonds in den Ländern als Lösungsansatz für die Finanzierungsprobleme im Gesundheitswesen? – Das Modell Vorarlberg, in Bußjäger (Hrsg), Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens. Institut für Föderalismus – Schriftenreihe Band 93 (Wien 2004) 21.

*Breyer Friedrich/Ulrich Volker*, Gesundheitsausgaben, Alter und medizinischer Fortschritt: Eine Regressionsanalyse, Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, 220 (2000) 1.

*Bußjäger Peter*, Art 102 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (Wien 2014).

*Bußjäger Peter*, Austria's Cooperative Federalism, in Bischof/Karlhofer (Hrsg), Austrian Federalism in Comparative Perspective (Innsbruck 2015) 34.

*Bußjäger Peter*, Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung in Österreich, in Gamper/Bußjäger/Karlhofer/Pallaver/Obwexer (Hrsg), Föderale Kompetenzverteilung in Europa (Baden-Baden 2016) 523.

*Bußjäger Peter*, Die Verflechtung zwischen Bund, Ländern, Gemeinden und Sozialversicherungsträgern in der Gewährleistung des öffentlichen Angebots im Gesundheitswesen und ihre Probleme, in Bußjäger (Hrsg), Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens. Institut für Föderalismus – Schriftenreihe Band 93 (Wien 2004) 3.

*Bußjäger Peter*, Homogenität und Differenz. Zur Theorie der Aufgabenverteilung zwischen Bund und Ländern in Österreich. Institut für Föderalismus – Schriftenreihe Band 100 (Wien 2006).

*Bußjäger Peter*, Schlussfolgerungen und Handlungsempfehlungen für die Diskussion über die Reform der bundesstaatlichen Kompetenzordnung in Österreich, in *Gamper/Bußjäger/Karlhofer/Pallaver/Obwexer* (Hrsg), *Föderale Kompetenzverteilung in Europa* (Baden-Baden 2016) 807.

*Bußjäger Peter/Lütgenau Stefan August/Thöni Erich*, *Föderalismus im 21. Jahrhundert. Effizienz und Verantwortung im modernen föderalistischen Staat*. Institut für Föderalismus – FÖDOK 34 (Innsbruck 2012).

*Dörler Manfred*, Einführende Worte, in *Bußjäger* (Hrsg), *Föderalistische Lösungen für die Finanzierung des Gesundheitswesens*. Institut für Föderalismus – Schriftenreihe Band 93 (Wien 2004), 1.

*Funk Bernd-Christian*, *Das System der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung im Lichte der Verfassungsrechtsprechung* (Wien 1980).

*Gamper Anna*, *Regeln der Verfassungsinterpretation. Forschungen aus Staat und Recht* 169 (Wien, New York 2012).

*Gamper Anna*, *Staat und Verfassung*<sup>4</sup> (Wien 2018).

*Grabenwarter Christoph/Krauskopf Beatrix*, *Gesundheitsrecht und Verfassung*, in *Resch/Wallner* (Hrsg) *Handbuch Medizinrecht*<sup>2</sup> (Wien 2015), 1.

*Kahl Arno*, Artikel 17 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* (Wien 2014).

*Kahl Arno/Weber Karl*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>6</sup> (Wien 2017).

*Kopetzki Christian*, *Die Rechtsetzungsgesellschaft mit beschränkter Haftung*, RdM (2017), 1.

*Kopetzki Christian*, *Krankenanstaltenrecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, Band I<sup>2</sup> (Wien, New York 2007) 467.

*Kopetzki Christian*, *Organgewinnung zu Zwecken der Transplantation. Eine systematische Analyse des geltenden Rechts*. Forschungen aus Staat und Recht 82 (Wien, New York 1988).

*Kopetzki Christian/Perthold-Stoitzner Bettina*, *Die Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht*, RdM (2018), 44.

*Lachmayer Konrad*, *Ausgliederung und Beleihung im Spannungsfeld der Verfassung. Reflexionen zur verfassungsrechtlichen Rsp in der Ausgliederungsdebatte*, JBl 12 (2007), 750.

*Lehofer Hans Peter*, *Kompetenzentflechtung Bund-Länder: der erste Schritt*, ÖJZ 124 (2018) 937.

*Öhlinger Theo/Eberhard Harald*, *Verfassungsrecht*<sup>11</sup> (Wien 2016).

*Mayr Clemens*, *Organisationsrechtliche Fragen einer einzigen nationalen Akkreditierungsstelle*, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2010, 93.

*Mayr Heinz/Kucsko-Stadlmayer Gabriele/Stöger Karl*, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*<sup>11</sup> (Wien 2015).

*Pabel Katharina*, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung*, JRP 13 (2005), 221.

*Pabel Katharina*, *verfassungsrechtlicher Schutz der ärztlichen Gesamtverträge*. Sonderheft Gmundner Medizinrechtskongress 2017, RdM (2017), 250.

*Raschauer Bernhard*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*<sup>5</sup> (Wien 2016).

*Raschauer Bernhard*, *Gesundheitsreform 2013*. Christian Kopetzki zum 60. Geburtstag, RdM 184 (2014), 286.

*Raschauer Nicolas*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Weiterentwicklung des ärztlichen Vertragspartnerrechts*. Sonderheft Gmunder Medizinrechtskongress 2016, RdM 135 (2016), 240.

*Raschauer Nicolas*, *Zielsteuerung-Gesundheit neu*. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Fragen der »Gesundheitsreform 2013«, RdM (2014), 204.

*Risak Martin*, *Der Stellenplan für Kassenärzte*. Grundsätze- Anpassung bestehender Stellenpläne – »faktische« Stellenpläne, RdM (2015), 255.

*Schmadlbauer Harald*, *Finanzierung des österreichischen Gesundheitswesens – eine Problemanalyse*. Online unter <[http://www.isw-linz.at/themen/dbdocs/LF\\_schmadlbauer\\_2\\_2005.pdf](http://www.isw-linz.at/themen/dbdocs/LF_schmadlbauer_2_2005.pdf)> [Letzter Zugriff: 5.11.2018]

*Schrimeck Christoph*, *Die Zukunft der Grundsatz- und Ausführungsgesetzgebung*, (2017). Online unter <[http://www.foederalismus.at/blog/die-zukunft-der-grundsatz--und-ausfuehrungsgesetzgebung\\_142.php](http://www.foederalismus.at/blog/die-zukunft-der-grundsatz--und-ausfuehrungsgesetzgebung_142.php)> [Letzter Zugriff 07.12.2018]

*Schrattbauer Birgit*, *Ergänzung zum Beitrag »Zur Bedarfsprüfung bei der geplanten Änderung einer Krankenanstalt« – Auswirkungen des neuen Vereinbarungsumsetzungsgesetzes 2017 (VUG 2017)*, DRdA 3 (2017), 186.

*Schrattbauer Birgit*, *Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen*, SozSi 4 (2016), 168.

*Schrattbauer Birgit*, *RSG und gesamtvertragliche Stellenplanung*, RdM (2017), 141.

*Souhrada Josef*, *Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten*. Zu § 23 G-ZG und §§ 3 ff. KAKuG i.d.F. VUG ab 1. Jänner 2017, SozSi 104 (2017) 104.

*Stärker Lukas*, *Gesundheitsrecht von A-Z* (Wien 2010).

*Stärker Lukas*, *Krankenanstaltenrecht*, in *Resch/Wallner* (Hrsg), *Handbuch Medizinrecht*<sup>2</sup> (Wien 2015) 403.

*Stöger Karl*, *Die Gesundheitsreform 2017 im Überblick – Neue Rechtsprobleme der Gesundheitsplanung*, in *Baumgartner* (Hrsg), *Jahrbuch öffentliches Recht* 2018 (Wien 2018) 11.

*Stöger Karl*, *Krankenanstaltenrecht* (Wien 2008).

*Stöger Karl*, Qualitätssicherung an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht, in Jobornegg/Resch/Seewald (Hrsg.): Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung (Wien 2003), 35.

*Stöger Karl*, § 84a ASVG. Grundsätze, in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Kommentar (Wien 2017).

*Stöger Karl*, § 148 ASVG, in Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg), Der SV-Kommentar (Wien 2018).

*Thienel Rudolf*, Art 15a B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Kommentar (Wien 2000).

Korrespondenz:

Mag. Magdalena Friedrich, BA,  
wissenschaftliche Mitarbeiterin  
am Propter Homines Lehrstuhl für Bank- und  
Finanzmarktrecht, Institut für Wirtschaftsrecht,  
Universität Liechtenstein,  
Fürst Franz Josef Strasse, FL-9490 Vaduz,  
Mail: finanzmarktrecht@uni.li, Tel: +423/265 11 11.