



Verbindlichkeit der Gesundheitsplanung

– ÖSG-VO 2018 verfassungskonform?

1 Ausgangslage

Gesundheitsplanung ist eine äußerst herausfordernde Aufgabe. Es gilt, mit begrenzten finanziellen Mitteln den gesetzlichen Auftrag zur Sicherstellung einer ausreichenden Krankenbehandlung im Sinne einer Sachleistungsversorgung zu erfüllen. Dies stellt insbesondere vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung, aber auch der (an sich höchst begrüßenswerten, doch auch mit beachtlichen Kostensteigerungen verbundenen) Fortschritte im medizinischen Bereich schon für sich genommen eine Herkulesaufgabe dar. Umso wichtiger erscheint es, die vorhandenen Ressourcen so effizient wie möglich zu nutzen. Dies wird in Österreich jedoch nachhaltig dadurch erschwert, dass ausgerechnet in diesem ebenso wichtigen wie politisch sensiblen Bereich die Zuständigkeiten nicht bei einer Gebietskörperschaft gebündelt, sondern zwischen Bund und Ländern geteilt sind: Während der Bund bekanntlich umfassend zuständig ist für Gesetzgebung und Vollziehung im niedergelassenen Bereich (Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG), sind die Zuständigkeiten betreffend den stationären Bereich zwischen dem Bund (Grundsatzgesetzgebung) und den Ländern (Ausführungsgesetzgebung und Vollziehung) geteilt. Dies erschwert eine bundesländer- und sektorenübergreifende Gesundheitsplanung ganz erheblich und führt (nicht zuletzt durch die

mit diesem System verbundenen Unterschiede in der Finanzierung von Gesundheitsausgaben) dazu, dass die Versorgung von Patienten und Patientinnen nicht immer am „best point of service“ stattfindet, sondern stattdessen, oft abgekoppelt von fachlichen bzw. von Effizienzüberlegungen, Anreize zur Verschiebung von Leistungen in jenen Sektor bestehen, in denen das eigene Budget am wenigsten belastet wird.

Da eine Kompetenzvereinbarung bislang politisch nicht umsetzbar war, hat man pragmatisch nach anderen Wegen zur Umsetzung einer umfassenden Gesundheitsplanung gesucht. Entstanden ist dabei mittlerweile ein höchst komplexes Geflecht aus Bund-Länder-Vereinbarungen, Zielsteuerungsverträgen und anderen Planungsinstrumenten, das selbst für Experten nur mehr schwer zu überblicken ist. Die zentralen Planungsinstrumente stellen seit der Gesundheitsreform 2005¹ die damals eingeführten Strukturpläne dar, also der von der Bundeszielsteuerungskommission (BZK) zu beschließende Österreichische Strukturplan Gesundheit (ÖSG) auf Bundesebene sowie die Regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) auf Landesebene, die von den jeweiligen Landeszielsteuerungskommissionen (LZK) beschlossen werden. Die dahinterstehende Idee ist durchaus bestechend: Alle wichtigen Financiers (Bund, Länder, Sozialversicherung) sollen in die Erstellung dieser einvernehmlich zu beschließenden Planungsinstrumente eingebunden werden,



© Foto Weirkgarner

Univ.-Ass. MMag. Dr. Birgit Schratlbauer

forscht im Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Salzburg mit den Schwerpunkten Arbeits- und Sozialrecht. Von 2015 bis 2018 betreute sie die dort von SV-Wissenschaft eingerichtete „Forschungsstelle Sozialversicherung“.

¹ BGBl I 2004/179.

um so die Umsetzung der Planungen sicherzustellen. Als Pferdefuß stellte sich aber sehr rasch die fehlende Rechtsverbindlichkeit der Planungen heraus.² Eine direkte Anwendbarkeit der Pläne, z. B. in Bewilligungsverfahren, ist damit ausgeschlossen. Nun lässt der Gesetzgeber zwar erkennen, dass er die über das Versorgungsangebot entscheidenden Träger trotz der fehlenden Normwirkung doch relativ eng an diese in aufwendigen Prozessen erarbeiteten Planungen binden möchte; in unterschiedlichen gesetzlichen Bestimmungen ist von der „Bedachnahme“³ auf die bzw. von der Beachtung⁴ oder der „Berücksichtigung“⁵ der Strukturpläne bzw. deren Ergebnisse die Rede; auch die Schiedskommissionen (§§ 344 bis 346 ASVG) haben „die Ergebnisse der Strukturpläne ihren Entscheidungen in einschlägigen Angelegenheiten zu Grunde zu legen“⁶. Daraus ließe sich durchaus eine abgeschwächte Bindungswirkung ableiten, und zwar in dem Sinne, dass die unterschiedlichen Träger bei ihren Entscheidungen zumindest so lange verbindlich von den Vorgaben der Strukturpläne auszugehen haben, wie deren Schlüssigkeit und Richtigkeit nicht durch gegenteilige Beweise infrage gestellt werden. Auch dies würde freilich noch keine strikte Verbindlichkeit der Planungen bedeuten, sondern Abweichungen in begründeten Einzelfällen zulassen (was angesichts der auf Prognosen aufbauenden Kapazitätsplanungen auch angemessen erscheint). Der VwGH hat freilich selbst eine derart abgeschwächte Bindung bislang abgelehnt und den Strukturplänen weder im Hinblick auf die kassenärztliche Stellenplanung⁷ noch im Zusammenhang mit krankenanstaltenrechtlichen Bewilligungsverfahren⁸ maßgebliche Bedeutung beigegeben. Vor diesem Hintergrund wurde mit der Gesundheitsreform des Jahres 2017⁹ ein neuer Weg eingeschlagen, um die Umsetzung der Strukturpläne zu gewährleisten: Es wurde ein eigenes Verfahren zur

Verbindlicherklärung von Teilen des ÖSG bzw. der RSG durch Verordnung geschaffen; mit der Verordnungserlassung wurde gemäß § 23 Gesundheits-Zielsteuerungsgesetz (G-ZG) die neu gegründete Gesundheitsplanungs GmbH betraut. Gesellschafter dieser GmbH sind der Bund, die Länder und der Dachverband der Sozialversicherungsträger, die jeweils einen Vertreter bzw. eine Vertreterin in die Generalversammlung entsenden; Beschlüsse in der Generalversammlung kommen nur mit den Stimmen aller drei Gesellschafter zustande. Die Auswahl der für verbindlich zu erklärenden Teile der Strukturpläne obliegt nicht der Gesundheitsplanungs GmbH selbst, sondern den jeweiligen Zielsteuerungskommissionen, die nicht nur die Strukturpläne zu beschließen, sondern darin auch jene Teile auszuweisen haben, die Eingang in eine Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH finden sollen.¹⁰ Es besteht somit für die Gesundheitsplanungs GmbH keinerlei Spielraum für die inhaltliche Gestaltung der von ihr zu erlassenden Verordnungen; ihre Aufgabe ist vielmehr auf den Formalakt der Verordnungserlassung beschränkt.¹¹ Gemäß § 23 Abs. 1 G-ZG soll vor allem den in den Strukturplänen ausgewiesenen Planungsrichtwerten und -kriterien (ÖSG) bzw. den konkreten Kapazitätsplanungen (RSG) sowie der überregionalen Versorgungsplanung durch Verordnungserlassung normative Wirkung verliehen werden.¹² Die Planungsvorgaben sind dabei so konkret festzulegen, dass sie für Bedarfsprüfungen herangezogen werden können.

Mittlerweile (Stand 31. Jänner 2020) sind auf Basis des § 23 G-ZG fünf Verordnungen erlassen worden. Die erste Verbindlicherklärung betraf Teile des ÖSG 2017 (ÖSG-VO 2018),¹³ diese Verordnung wurde zuletzt durch die ÖSG-VO 2019¹⁴ geändert. Darüber hinaus sind bereits Verordnungen zu den RSG Steiermark¹⁵, Vorarlberg¹⁶ und Wien¹⁷ in Kraft getreten.

Durch Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH soll Teilen der Strukturpläne (ÖSG, RSG) normative Wirkung verliehen werden; die Auswahl der entsprechenden Planungsteile obliegt den Zielsteuerungskommissionen.

2 Dazu ausführlich (zum Rechtsstand 2016) Schratlbauer, Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen, Soziale Sicherheit 2016, 382; siehe auch Stöger, Die Gesundheitsreform 2017 im Überblick – Neue Rechtsprobleme in der Gesundheitsplanung, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (17).

3 §§ 342 Abs. 1 Z 1, 342a Abs. 5, 342c Abs. 13 ASVG.

4 § 84a Abs. 1 ASVG.

5 §§ 342 Abs. 3, 343 Abs. 1b ASVG; § 52c Abs. 2 ÄrzteG.

6 § 347 Abs. 3a ASVG.

7 Vgl. VwGH Ra 2016/08/0114, DRdA 2017/36, 357 (kritisch Mosler) = RdM 2017/96, 141 (kritisch Schratlbauer) = JAS 2017, 419 (L. Mayer).

8 VwGH Ra 2016/11/0132, DRdA 2019/1, 34 (kritisch Schratlbauer).

9 BGBl I 2017/49; vgl. dazu näher Probst/Souhrada, Verbindlichkeit gemeinsamer Planung in der österreichischen Gesundheitsreform, in Gedenkschrift Robert Rebhahn (2019), 467 (471 ff.).

10 Vgl. § 23 Abs. 1 G-ZG.

11 In diesem Sinne auch Baumgartner, Die Verbindlicherklärung von Strukturplänen durch die Gesundheitsplanungs GmbH, ZfV 2018/22, 255 (258 f. bzw. 263 f.); Stöger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (23); Souhrada, Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten, Soziale Sicherheit 2017, 104 (114).

12 Vgl. § 23 Abs. 1 und 2 G-ZG.

13 Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH zur Verbindlichmachung von Teilen des Österreichischen Strukturplanes Gesundheit 2017 (ÖSG-VO 2018), Nr. 1/2018.

14 Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH zur Verbindlichmachung von Teilen des Österreichischen Strukturplanes Gesundheit 2017 (ÖSG-VO 2019), Nr. 6/2019.

15 Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH vom 13. März 2019 über die Verbindlicherklärung von Teilen des Regionalen Strukturplans Gesundheit Steiermark 2025 (StRSG-VO), Nr. 2/2019.

16 Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH über die Verbindlicherklärung des Regionalen Strukturplanes Gesundheit Vorarlberg 2020, Nr. 3/2019.

17 Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH zur Verbindlichmachung von Teilen des Regionalen Strukturplans Gesundheit Wien, Nr. 1/2020.

2 Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verbindlicherklärung durch die Gesundheitsplanungs GmbH

2.1 Unzulässige Ausgliederung einer „staatlichen Kernaufgabe“ bzw. einer nicht nur „vereinzelteten Aufgabe“?

Die vom Gesetzgeber konstruierte, ebenso komplizierte wie ungewöhnliche Methode, um den Planungen im Gesundheitswesen verbindliche Wirkung zu verleihen, wirft viele Fragen auf; insbesondere ihre verfassungsrechtliche Beurteilung war und ist Gegenstand einer durchaus kontroversen literarischen Auseinandersetzung mit der neuen Rechtslage. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des VfGH zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von Ausgliederungen wurde zum einen infrage gestellt, ob nicht die für das gesamte Gesundheitswesen so eminent wichtige Gesundheitsplanung zu den – nach Ansicht des VfGH einer Ausgliederung generell nicht zugänglichen¹⁸ – Kernaufgaben des Staates zu zählen ist oder aber mit der gewählten Vorgangsweise zumindest die verfassungsrechtliche Schranke der Zulässigkeit von Beleihungen nur für „vereinzelte Aufgaben“¹⁹ überschritten ist.

Überwiegend wird hier jedoch mit guten Gründen vertreten, dass diese verfassungsrechtlichen Grenzen durch die Beleihung der Gesundheitsplanungs GmbH mit der Umwandlung von Teilen der Strukturpläne in Verordnungen nicht verletzt werden.²⁰ Dabei spielt unter anderem die Tatsache eine entscheidende Rolle, dass der Aufgabenbereich der Gesundheitsplanungs GmbH sich nur auf den finalen Akt der Verordnungserlassung bezieht, während die Festlegung des Inhalts der Verordnung in den Zuständigkeitsbereich der BZK fällt, sodass nicht davon gesprochen werden kann, dass hier entscheidende Weichenstellungen, die der unmittelbaren staatlichen Verwaltung vorbehalten bleiben sollten, an die Gesundheitsplanungs GmbH als beliehenen Rechtsträger ausgelagert werden.²¹

2.2 Unzulässige Vermischung der Vollzugsbereiche von Bund und Ländern?

Verfassungsrechtliche Fragen wirft zum anderen die Tatsache auf, dass die Verordnungen der Gesund-

heitsplanungs GmbH Bundes- und Landesmaterien gleichermaßen betreffen und die GmbH somit im Ergebnis funktional sowohl als Bundes- als auch als Landesorgan tätig wird. Nun steht zwar nicht schon die Beleihung eines privaten Rechtsträgers sowohl mit Bundes- als auch mit Landesaufgaben für sich genommen zwingend in einem Widerspruch zur Verfassung;²² es stellt sich jedoch die Frage, ob bzw. wie die konkrete Ausgestaltung der Beleihung in § 23 G-ZG mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Ländern in Einklang zu bringen ist. Dieses Gebot ergibt sich nach Lehre und Rechtsprechung aus dem verfassungsrechtlichen Grundprinzip der Bundesstaatlichkeit Österreichs: Die Staatsaufgaben sind vollständig und überschneidungsfrei zwischen Bund und Ländern aufgeteilt (Art. 10 bis 15 B-VG); damit einher geht das Erfordernis der klaren Trennung der jeweiligen Vollziehungsbereiche. Jeder Verwaltungsakt muss entweder der Bundes- oder der Landesverwaltung zuordenbar sein; verbandsübergreifende Konstruktionen (ohne verfassungsrechtliche Grundlage) widersprechen diesem Grundprinzip. Nicht vereinbar mit dem Gebot der organisatorischen Trennung wären etwa Rechtsmittelzüge zwischen Bundes- und Landesorganen oder verbandsüberschreitende Weisungszusammenhänge (von einem Bundesorgan an ein Landesorgan oder umgekehrt).²³ Wird ein privater Rechtsträger mit hoheitlichen Aufgaben aus beiden Vollziehungsbereichen beliehen, so folgt aus dem Gebot der organisatorischen Trennung, dass in Bezug auf den einzelnen Hoheitsakt klar zuordenbar sein muss, ob der Beliehene nun funktional als Bundes- oder als Landesorgan tätig wird.

Ob die vorliegende Konstruktion der Beleihung bzw. der Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH in § 23 G-ZG diesen Anforderungen genügt, ist umstritten. Einige der sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen haben mittlerweile zur Einleitung eines Verordnungsprüfungsverfahrens gemäß Art. 139 B-VG geführt; es ist also zu erwarten, dass der VfGH in absehbarer Zeit dazu Stellung beziehen wird.

Im Mittelpunkt des vom LVwG Salzburg eingebrachten Verordnungsprüfungsverfahrens stehen dem Vernehmen nach die in der ÖSG-VO 2018

Die bloße Erlassung der Verbindlichkeitsverordnung ist keine „Kernaufgabe“ des Staates, die einer Ausgliederung nicht zugänglich wäre.

18 VfGH G 269/01, VfSlg 16.400; vgl. mit weiteren Nachweisen nur Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung (2003), 86 ff.

19 Vgl. für viele erneut mit weiteren Nachweisen Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung, 85 f.

20 In diesem Sinne etwa Baumgartner, ZfV 2018/22, 255 (258 f.); Stöger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (20); Souhrada, Soziale Sicherheit 2017, 104 (117); zuletzt auch (im Hinblick auf die fragliche Bewertung der Gesundheitsplanung als ausgliederungsfeste „Kernaufgabe“ des Staates) Berka, Die Verantwortung des Staates für die medizinische Versorgung, RdM 2019/121, 227 (228); andere Auffassung aber insbesondere Kopetzki/Perthold-Stoitzner, Die Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht, RdM 2018/46, 44 (46 f.).

21 Stöger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (20).

22 Ausführlich Baumgartner, ZfV 2018/22, 255 (262 f.) unter Verweis auf die GIS GmbH, die ebenfalls sowohl mit (hoheitlichen) Aufgaben des Bundes (Einhebung der Rundfunkgebühren) als auch der Länder (Einhebung von je nach Bundesland unterschiedlichen Landesabgaben) betraut ist. Ähnlich Stöger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (22).

23 Vgl. dazu für viele nur B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht (2017)⁵ Rz 214 ff.

enthaltenen Regelungen zum Großgeräteplan (§ 4 ÖSG-VO 2018 sowie Anlage 2 zur Verordnung). Im Großgeräteplan wird für jede Versorgungsregion die Anzahl der für die öffentliche Versorgung bestimmten medizinisch-technischen Großgeräte festgelegt, und zwar sowohl für den intra- als auch für den extramuralen Bereich. Der Großgeräteplan stellt einen Teil des ÖSG dar und ist – so wie der ÖSG im Allgemeinen – nicht unmittelbar rechtsverbindlich. Durch Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH für verbindlich erklärt wurden nun in der ÖSG-VO 2018 unter anderem die Auflistung der vom Großgeräteplan umfassten medizinisch-technischen Großgeräte (§ 4 Abs. 1 ÖSG-VO 2018),²⁴ die Aufzählung und Benennung jener Planungskriterien, die etwaigen Änderungen des Großgeräteplans zugrunde zu legen sind (§ 4 Abs. 5 ÖSG-VO 2018),²⁵ sowie – in Anlage 2 zur ÖSG-VO 2018 – die konkrete Verteilung der bereits öffentlich finanzierten bzw. in Zukunft öffentlich zu finanzierenden Großgeräte intra- und extramural, gegliedert nach Bundesländern und Versorgungsregionen. Ärztliche Gesamt- und Einzelverträge dürfen nur nach Maßgabe dieser Festlegungen in Anlage 2 abgeschlossen werden;²⁶ im krankenanstaltenrechtlichen Zulassungsverfahren hat die erforderliche Bedarfsprüfung seit Vorliegen der ÖSG-VO 2018 ausschließlich im Wege der Überprüfung der Übereinstimmung des Vorhabens mit den Planungsvorgaben der Verordnung zu erfolgen.²⁷ Der Großgeräteplan betrifft also den stationären Sektor und den niedergelassenen Bereich gleichermaßen, durch die ÖSG-VO 2018 ist sowohl der Vollzugsbereich des Bundes als auch jener der Länder unmittelbar betroffen. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des LVwG richten sich in erster Linie gegen die normative Verknüpfung der beiden Kompetenzbereiche in einer einheitlichen, verbandsübergreifenden Verordnung.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur ist schon zuvor intensiv die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer sowohl Bundes- als auch Landesangelegenheiten umfassenden „Mischverordnung“ diskutiert worden. Kopetzki/Perthold-Stoitzner gehen in ihrer Analyse des § 23 G-ZG von der Prämisse aus, dass die Verbindlicherklärung von Teilen der Strukturpläne durch die Gesundheitsplanungs GmbH nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen einer



© Andrey Popov – fotolia.com (stock.adobe.com)

einheitlichen, sowohl den Vollzugsbereich des Bundes als auch jenen der Länder betreffenden Verordnung erfolgen soll. Vor diesem Hintergrund kommen sie zum Ergebnis, dass § 23 G-ZG mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung von Bundes- und Landesverwaltung nicht zu vereinbaren sei.²⁸ Dem sind sowohl Stöger²⁹ als auch Baumgartner³⁰ mit dem Einwand entgegengetreten, dass der Gesetzestext durchaus eine verfassungskonforme Lesart dahingehend zulasse, dass die Gesundheitsplanungs GmbH getrennte Bundes- bzw. Landesverordnungen zu erlassen habe, sodass eindeutig zuordenbar sei, ob sie bei der Verordnungserlassung funktional als Bundes- oder als Landesorgan tätig geworden sei.³¹ Beide Positionen verbindet trotz gegenteiliger Beurteilung der Verfassungskonformität des § 23 G-ZG die einhellige Annahme, dass eine einheitliche, sowohl den niedergelassenen als auch den krankenanstaltenrechtlichen Bereich betreffende Verordnung kompetenz- und damit verfassungswidrig wäre. Insofern ist es doch einigermaßen überraschend, dass die nun vorliegende ÖSG-VO 2018 entgegen diesen Bedenken als eine einheitliche, sowohl Bund als auch Länder bindende Verordnung konzipiert ist.

Nun scheint auf den ersten Blick die dem VfGH vorgelegte Fragestellung, ob nur die Erlassung getrennter Bundes- und Landesverordnungen den Vorgaben der Bundesverfassung entspricht oder aber auch eine einheitliche Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH zulässig ist, eine sehr formale zu sein. Schließlich ist auch bei Vor-

Rechtlich umstritten ist die Vereinbarkeit der ÖSG-VO 2018 mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Ländern.

24 Konkret erfasst sind darin folgende Großgeräte: Computertomographiergeräte (CT), Magnetresonanz-Tomographiergeräte (MR), Emissions-Computer-Tomographiergeräte (ECT), coronarangiographische Arbeitsplätze (COR), Strahlen- bzw. Hochvolttherapiegeräte (STR) sowie Positronen-Emissions-Tomographiergeräte (PET inklusive PET-CT, PET-MR).

25 Die ÖSG-VO 2019 brachte bereits die ersten Änderungen in Anlage 2, so wurden insbesondere zwei zusätzliche MR-Geräte in Niederösterreich (Versorgungsregion NÖ Mitte bzw. Thermenregion) sowie drei zusätzliche COR-Geräte in Wien (jeweils eines in den Versorgungsregionen Wien-Mitte-Südost, Wien-West und Wien-Nordost) in den Großgeräteplan aufgenommen.

26 § 338 Abs. 2a ASVG.

27 §§ 3 Abs. 2b, 3a Abs. 3a KAKuG.

28 Kopetzki/Perthold-Stoitzner, RdM 2018/46, 44 (47).

29 Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (22 f.).

30 ZfV 2018/22, 255 (261).

31 In diesem Sinne wohl auch Souhrada, Soziale Sicherheit 2017, 104 (117).



Die verfassungskonforme Beleihung eines ausgegliederten Rechtsträgers mit hoheitlichen Aufgaben setzt effektive Leitungs- und Steuerungsmöglichkeiten des jeweils obersten Bundes- bzw. Landesorgans voraus.

liegen einer einheitlichen Verordnung klar erkennbar, welche Inhalte sich auf Angelegenheiten des Art. 10 B-VG und welche sich auf solche des Art. 12 B-VG beziehen, sodass wohl kaum Probleme bei der Zuordnung der verschiedenen Planungselemente zum jeweiligen Vollziehungsbereich zu erwarten sind. Eng mit der Frage der Zulässigkeit einer kompetenzübergreifenden Verordnung verknüpft ist freilich ein weiterer Aspekt, den der VfGH als wesentlich für die Zulässigkeit einer Beleihung Privater mit hoheitlichen Aufgaben ansieht, nämlich ob dem jeweils obersten Organ des Bundes bzw. des betroffenen Landes hinsichtlich der den eigenen Kompetenzbereich betreffenden Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH effektive Leitungs- und Steuerungsbefugnisse zukommen. Eine verfassungskonforme Beleihung erfordert nach der Rechtsprechung des VfGH unter anderem die Sicherstellung ausreichender Steuerungsmöglichkeiten, die es dem gemäß Art. 76 Abs. 1 bzw. Art. 105 Abs. 2 sowie Art. 142 B-VG rechtlich verantwortlichen obersten Organ ermöglichen, in effektiver Weise für die Gesetzmäßigkeit der Vollziehung zu sorgen.³² Dies scheint unter anderem dann fraglich zu sein, wenn ein und derselbe beliehene Rechtsträger gegenüber einer Mehrzahl oberster Organe weisungsunterworfen ist und so zumindest potentiell die Gefahr widersprüchlicher Weisungen besteht.³³

Der Gesetzgeber hat aus diesem Grund in § 23 G-ZG dem in der Beleihungsjudikatur des VfGH

entwickelten Erfordernis einer ausdrücklichen Einräumung von Weisungsbefugnissen³⁴ Rechnung getragen: So wird in Abs. 7 explizit angeordnet, dass die Gesundheitsplanungs GmbH in ihrer Tätigkeit, soweit Angelegenheiten des Art. 10 B-VG berührt sind, der Aufsicht und den Weisungen des für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesministers bzw. der zuständigen Bundesministerin unterliegt und diesem bzw. dieser auf Verlangen zur jederzeitigen Information verpflichtet ist; berührt die Tätigkeit dagegen eine Landesangelegenheit im Sinne des Art. 12 B-VG, so bestehen die Aufsichts- und die Weisungsunterworfenheit sowie die Informationsverpflichtung gemäß Abs. 8 gegenüber der jeweiligen Landesregierung. Diese „doppelte“ Weisungsunterworfenheit wirft selbst dann Fragen auf, wenn man mit Baumgartner und Stöger von der Notwendigkeit getrennter Verordnungen für den Bereich der Bundes- respektive der Landesvollziehung ausgeht. Zwar kann in diesem Fall zunächst trennscharf unterschieden werden, ob die Gesundheitsplanungs GmbH bei der Erlassung der jeweiligen Verordnung funktional als Bundesorgan oder aber als Organ eines einzelnen Bundeslandes tätig werden soll; da aber neben dem Dachverband sowohl der Bund als auch die Länder je einen Gesellschafter in die Gesundheitsplanungs GmbH entsenden (dessen Veto den Beschluss zur Verordnungserlassung verhindern könnte), sind widersprüchliche Weisungen des entsendenden Rechtsträgers und des nach § 23 G-ZG zuständigen obersten Bundes- bzw.

32 Vgl. etwa VfGH G 269/01, VfSlg 16.400 (BWA); G 57/04, VfSlg 17.421 (GIS); zuletzt z. B. VfGH G 365/2015, VfSlg 20.038 (Österreichischer Integrationsfonds).

33 Ausführlich dazu in anderem Zusammenhang C. Mayr, Organisationsrechtliche Fragen einer einzigen nationalen Akkreditierungsstelle – Aktuelle Fragen des öffentlichen Rechts im Jahr 2009, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 93 (105).

34 Art. 20 B-VG wirkt im Falle der Beleihung Privater nach der Rechtsprechung des VfGH nicht unmittelbar, sondern verpflichtet den Gesetzgeber zur Erlassung von Rechtsvorschriften, die dem obersten Organ eine effektive Leitungs- und Steuerungsmöglichkeit einräumen, wofür insbesondere der Gewährleistung einer umfassenden Weisungsbefugnis besondere Bedeutung zukommt (vgl. z. B. VfGH G 269/01, VfSlg 16.400).

Landesorgans nicht gänzlich ausgeschlossen. Die verfassungsrechtlich erforderliche Gewährleistung effektiver Leitungs- und Steuerungsmöglichkeiten des obersten Organs verlangt in einem solchen Fall wohl – je nachdem welcher Vollzugsbereich betroffen ist – den Vorrang der Weisung des Gesundheitsministers oder der Gesundheitsministerin bzw. der Landesregierung vor einer allenfalls abweichenden Weisung des entsendenden Rechtsträgers.³⁵ Dies führt freilich zu einer weiteren Schwachstelle der gegebenen Konstruktion, da keine Sanktionsmöglichkeit (z. B. Abberufung des betreffenden Gesellschafters)³⁶ ersichtlich ist, mit dem auf eine allfällige Weisungsverweigerung des vom jeweils anderen Verband entsandten Gesellschafters reagiert werden könnte – was wiederum das Vorliegen ausreichender Steuerungsmöglichkeiten infrage stellt.³⁷

Mit der nun realisierten Umsetzung der Verbindlicherklärung von Teilen des ÖSG im Rahmen einer einheitlichen, sowohl Bund als auch Länder bindenden Verordnung stellt sich dieses Problem insofern in verschärfter Weise, als dabei im Hinblick auf ein und denselben Akt der Verordnungserlassung eine Bindung der Gesundheitsplanungs GmbH an eine Mehrzahl oberster Organe besteht; eine allfällige Kollision divergierender Weisungen lässt sich hier nicht durch Anwendung einer Vorrangregel auflösen. Die ausdrückliche Herstellung von Weisungsbefugnissen der obersten Organe von Bund und Ländern in § 23 Abs. 7 und 8 G-ZG läuft vor diesem Hintergrund ins Leere.

Zu bedenken bleibt freilich, dass die Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH nur der letzte (freilich aber der einzig normativ wirkende) Akt im Rahmen einer aufwendigen Planungskaskade ist, deren Ausgestaltung³⁸ bereits in der zwischen Bund und Ländern getroffenen Art.-15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens (mit bindender Wirkung für die Vertragsparteien) festgelegt wurde.³⁹ Für die Zulässigkeit einer gewissen Lockerung des Erfordernisses effektiver Steuerungsmöglichkeiten in diesem finalen Akt der Verordnungserlassung ließe sich weiters die Tatsache ins Treffen führen, dass

die Auswahl der für verbindlich zu erklärenden Teile des ÖSG ohnehin von der BZK vorgenommen wird, deren Beschluss wiederum nur im Einvernehmen der drei Kurien (Bund, Länder, Sozialversicherung) zustande kommt, da letztlich davon auszugehen ist, dass sowohl der Bund als auch jedes einzelne Land schon im Vorfeld die Ausweisung bestimmter Teile des ÖSG für die Verbindlicherklärung durch sein Veto verhindern kann.⁴⁰ Ob der VfGH dies als ausreichende Begründung für die ausnahmsweise gegebene Zulässigkeit einer „Mischverordnung“ anerkennen wird, bleibt vorerst abzuwarten.

Es sei abschließend aber darauf hingewiesen, dass ein zu starkes „Herunterspielen“ der Rolle der Gesundheitsplanungs GmbH bei der Transformation der Strukturpläne in eine normativ wirkende Verordnung auch die Gefahr in sich birgt, dass sich die gesamte Konstruktion der Verbindlicherklärung als verfassungswidrig herausstellen könnte. Der ungewöhnliche Umweg zur Herstellung von Rechtsverbindlichkeit für Teile der Strukturpläne über die Gründung einer „Rechtsetzungsgesellschaft“⁴¹ wurde wohl deshalb gewählt, weil dem Gesetzgeber die Problematik einer kompetenzübergreifenden Normsetzung unmittelbar durch die von Bund, Ländern und Sozialversicherung beschickte BZK bewusst war und er die damit verbundenen verfassungsrechtlichen Probleme durch Auslagerung der hoheitlichen Tätigkeit an die Gesundheits GmbH vermeiden wollte. Dass dieser nach der gegebenen rechtlichen Ausgestaltung keinerlei Gestaltungsspielraum für die Verordnungserlassung zukommt, ist insofern nicht ganz unproblematisch, als dies die Qualifikation jener Tätigkeit der BZK, mit der sie die Verbindlicherklärung durch die Gesundheitsplanungs GmbH vorbereitet (Auswahl der für verbindlich zu erklärenden Teile des ÖSG), als „schlicht hoheitliches“⁴² Handeln nahelegen könnte – womit erneut eben jene verfassungsrechtlichen Bedenken schlagend würden, die den Gesetzgeber von einer unmittelbaren Verordnungserlassung durch die BZK Abstand nehmen ließen.⁴³ Dieses Problem tritt noch deutlicher zutage, wenn man der Auswahlentscheidung der BZK entgegenstehende Weisungen

Die Umsetzung der Verbindlicherklärung von Teilen des ÖSG in einer einheitlichen Verordnung führt zur mehrfachen Weisungsunterworfenheit der Gesundheitsplanungs GmbH im Hinblick auf ein und denselben Akt der Verordnungserlassung.

35 So Stöger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (22).

36 Zum Erfordernis der Sanktionierbarkeit von weisungswidrigem Verhalten vgl. insbesondere C. Mayr, Jahrbuch Öffentliches Recht 2010, 93 (107 ff.).

37 Baumgartner, ZfV 2018/22, 255 (260).

38 Inklusive der Verbindlicherklärung von Teilen der Strukturpläne durch Verordnung, vgl. Art. 5 Abs. 9 und 10 der Art.-15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens (BGBl I 2017/98); nicht im Wege der Bund-Länder-Vereinbarung akkordiert war allerdings die Gründung einer eigenen GmbH zum Zwecke der Auslagerung der Verordnungserlassung auf einen privaten Rechtsträger.

39 Darauf weisen insbesondere Probst/Souhrada (in Gedenkschrift Rebhahn, 467, 478 ff.) hin, die vor diesem Hintergrund von der Verfassungskonformität einer verbandsübergreifenden Verordnung ausgehen.

40 Unterstellt wird hier, dass die gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte Entscheidungsfindung betreffend das Stimmverhalten der Kurie der Länder in der BZK ein Einvernehmen der neun Ländervertreter voraussetzt und somit eine Zustimmung zur Ausweisung bestimmter Teile des ÖSG für die Verbindlicherklärung durch die Gesundheitsplanungs GmbH nicht gegen den Widerstand eines einzelnen Bundeslandes zustande kommen kann.

41 So Kopetzki, Die Rechtsetzungsgesellschaft mit beschränkter Haftung, RdM 2017/1, 1.

42 Zur Begrifflichkeit vgl. nur B. Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵, Rz 700 ff.

43 So auch Baumgartner, ZfV 2018/22, 255 (263 f.); ähnliche Bedenken bei Stöger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (23).



© zinkevych - fotolia.com (stock.adobe.com)

Die Sinnhaftigkeit der Herstellung von Verbindlichkeit für die sektoren- und bundesländerübergreifenden Gesundheitsplanung steht außer Zweifel; ob der VfGH die derzeitige Umsetzung als verfassungskonform beurteilen wird, bleibt abzuwarten.

des jeweils obersten Bundes- bzw. Landesorgans als grundsätzlich unzulässig (weil der Art.-15a-Vereinbarung widersprechend) ansieht und man damit die Rückbindung der Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH an diese Weisungen relativiert.

3 Ausblick

Es darf mit Spannung erwartet werden, wie sich der VfGH in der Frage der Verfassungskonformität der ÖSG-VO 2018 positionieren wird. Aufgrund der Besonderheiten des Rechts der Gesundheitsplanung und mangels vergleichbarer Konstruktionen in anderen Rechtsbereichen ist eine Prognose schwierig. Es bleibt zu hoffen, dass der VfGH die Gelegenheit nützen wird, um einige grundsätzliche Aussagen zur Zulässigkeit dieser einzigartigen Beleihungskonstruktion zu treffen.

Die vom Gesetzgeber verfolgte Zielsetzung ist eine durchaus hehre: Da für die an sich notwendige Kompetenzvereinbarung im Bereich des Gesundheitswesens offensichtlich keine ausreichenden Mehrheiten zu gewinnen sind, soll eben auf Umwegen eine sektoren- und bundesländergrenzenübergreifende Gesundheitsplanung sichergestellt werden; die Herstellung einer weitestgehenden Verbindlichkeit von vereinbarten Planungen liegt dabei nicht nur im Interesse der Versicherten an der Sicherstellung einer möglichst effizienten Versorgung im Gegenzug zu ihrer Beitragsleistung, sondern letztlich auch im Interesse der Gesundheitsdienstleister, für die eine für alle maßgeblichen Träger verbindliche Gesundheitsplanung auch mehr Transparenz und vor allem mehr Rechtssicherheit bringt. Vor diesem Hintergrund und angesichts des im Vorfeld der Verordnungserlassung vorgesehenen aufwendigen Planungsverfahrens unter Einbeziehung aller letztlich von den Planungen betroffenen „Kostenträger“ erscheint eine etwas großzügigere Beurteilung der Zulässigkeit der vorliegenden Beleihungskonstruktion durch den VfGH zumindest nicht ganz ausgeschlossen.

Sollte der VfGH den in § 23 G-ZG normierten Weg

der Verbindlicherklärung grundsätzlich als verfassungskonform akzeptieren, jedoch die Umsetzung des § 23 G-ZG im Rahmen einer verbandstübergreifenden Verordnung der Gesundheitsplanungs GmbH ablehnen, so stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob bzw. wie das Ziel einer sektoren- und insbesondere einer bundesländerübergreifenden Planung anderweitig sichergestellt werden könnte. Eine Aufteilung der Inhalte der jetzigen ÖSG-VO auf mehrere Verordnungen je nach kompetenzrechtlicher und territorialer Betroffenheit wäre im Hinblick auf das Ziel einer gesamthaften Planung auf der Grundlage bundesländerübergreifender Versorgungsregionen in der Tat nicht zweckmäßig. Eine Umsetzung könnte aber derart realisiert werden, dass den von der BZK ausgewählten Teilen des ÖSG in einer Bundes- und in neun Länderverordnungen jeweils in vollem Umfang normative Wirkung verliehen wird; die Tatsache, dass für das einzelne Bundesland nur bestimmte Festlegungen, z. B. des Großgeräteplans, schlagend werden, steht einer solchen Vorgangsweise wohl nicht von vornherein entgegen. Freilich bleibt bei dieser Vorgangsweise das Risiko, dass einzelne Länder ausscheren und (mit Wirksamkeit für den eigenen Wirkungsbereich) Weisungen zur Unterlassung der Verbindlicherklärung erteilen könnten, sodass das Ziel der bundesweiten Planung verfehlt würde. Das Risiko der fehlenden Einigung ist jedoch zwingende Konsequenz der Kompetenzzersplitterung im Bereich des Gesundheitswesens, deren potentiell negative Auswirkungen sich wohl auch durch die mittlerweile installierte, hochkomplexe Vorgangsweise in der Gesundheitsplanung nicht vollends neutralisieren lassen. Letztlich zeigen auch die derzeit in § 23 G-ZG vorgesehenen Weisungsbindungen, dass das letzte Wort in der Verbindlicherklärung trotz des aufwendigen Planungsprozesses weiterhin beim jeweils obersten Organ des betroffenen Verbandes liegen soll. Um trotz getrennt zu erlassender Verordnungen das Ziel einer lückenlosen, beide Sektoren des Gesundheitswesens und das gesamte Bundesgebiet umfassenden Planung sicherzustellen, könnte allenfalls das Inkrafttreten der einzelnen Verordnungen an das Vorliegen gleichlautender Verordnungen der übrigen Gebietskörperschaften geknüpft werden.

Weitaus schwerer wiegende Folgen würde freilich die Ablehnung der gesamten Konstruktion der Verbindlicherklärung durch den VfGH nach sich ziehen. In diesem Fall wäre man wieder auf den (unbefriedigenden) Status vor Inkrafttreten der Gesundheitsreform des Jahres 2017 zurückgeworfen. Dies würde zweifellos die Dringlichkeit einer Kompetenzvereinbarung im Gesundheitswesen erneut verschärfen.