

# Erlässe am Prüfstand der Gerichte

## RECHT DER MEDIZIN

24. Jahrgang 2017

RdM 2017/100

**Medieninhaber:** MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Sitz der Gesellschaft: Kohlmarkt 16, 1010 Wien, FN 124 181 w, HG Wien. Unternehmensgegenstand: Verlag von Büchern und Zeitschriften.

**Verlagsadresse:** Johannesgasse 23, 1015 Wien (verlag@manz.at).

**Geschäftsleitung:** Mag. Susanne Stein (Geschäftsführerin) sowie Prokurist Mag. Heinz Korntner (Verlagsleitung).

**Herausgeber:** Österreichische Ärztekammer, Weihburggasse 10–12, 1010 Wien.

**Redaktion:** Hon.-Prof. Sekt.-Chef Dr. Gerhard Aigner, Wien; Univ.-Prof. Dr. Erwin Bernat, Graz; Univ.-Prof. Dr. Daniel Ennöckl, LL. M., Wien; MR DR. Meinhild Hausreither, Wien; KAD Dr. Thomas Holzgruber, Wien; Univ.-Prof. Dr. Dietmar Jahnel, Salzburg; Univ.-Prof. DR. Christian Kopetzki, Wien; Univ.-Prof. Sen.-Präs. Dr. Matthias Neumayr, Wien; Univ.-Prof. Dr. Magdalena Pöschl, Wien; Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch, Linz; Univ.-Prof. Dr. Hannes Schütz, Graz; KAD Doz. (FH) Dr. Lukas Stärker, Wien; Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur, Graz; Hon.-Prof. KAD Dr. Felix Wallner, Linz; Hon.-Prof. KAD Dr. Johannes Zahl, Wien.

**Schriftleitung:** Univ.-Prof. DR. Christian Kopetzki, Universität Wien.

**Autoren dieser Ausgabe:** Gerhard Aigner, Verena Christine Blum, Daniel D'Orlando, Gisela Ernst, Meinhild Hausreither, Christian Huber, Gerhard W. Huber, Dietmar Jahnel, Ingrid Jez, Christian Kopetzki, Danielle Monika Noe, Eckhard Pitzl, Mathias Preuschl, Hubertus Schumacher, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Sibel Uranüs, Armin Windhager.

**Verlagsredaktion:** Mag. Verena Jaziri,

E-Mail: verena.jaziri@manz.at

**Druck:** Printera Grupa d.o.o., 10431 Sveta Nedelja.

**Verlags- und Herstellungsort:** Wien.

**Grundlegende Richtung:** Zeitschrift für das gesamte Recht der Medizin, im Besonderen für Aktuelles aus Rechtsprechung, Gesetzgebung und Berufsrecht aller medizinischen Berufe.

**Zitiervorschlag:** RdM 2017/Nummer.

**Anzeigen:** Heidrun R. Engel, Tel: (01) 531 61-310, Fax: (01) 531 61-181, E-Mail: heidrun.engel@manz.at

**Bezugsbedingungen:** Die Zeitschrift RdM erscheint 6x jährlich. Der Bezugspreis 2017 beträgt € 153,- (inkl Versand in Österreich). Einzelheft € 30,60. Auslandspreise auf Anfrage. Nicht rechtzeitig vor ihrem Ablauf abbestellte Abonnements gelten für ein weiteres Jahr als erneuert. Abbestellungen sind schriftlich bis spätestens sechs Wochen vor Jahresende an den Verlag zu senden.

**Manuskripte und Zuschriften erbitten wir an folgende Adres-**

**sen:** E-Mail: christian.kopetzki@univie.ac.at oder verena.jaziri@manz.at. Wir bitten Sie, die Formatvorlagen zu verwenden (zum

Download unter [www.manz.at/formatvorlagen](http://www.manz.at/formatvorlagen)) und sich an die im Auftrag des Österreichischen Juristentages herausgegebenen „Abkürzungs- und Zitierrichtlinien der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechtsquellen (AZR)“, 7. Aufl (Verlag MANZ, 2012), zu halten.

**Urheberrechte:** Sämtliche Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten. Kein Teil der Zeitschrift darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlags reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

**Grafisches Konzept:** Michael Fürnsinn für buero8, 1070 Wien (buero8.com).

**Covergestaltung:** bauer – konzept & gestaltung, 1040 Wien (erwinbauer.com).

**Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem Papier.**

Impressum abrufbar unter [www.manz.at/impressum](http://www.manz.at/impressum)

Nach der bisherigen Rsp des VfGH zu Art 89 Abs 1 B-VG hatten Gerichte nicht gehörig kundgemachte generelle Normen von Verwaltungsbehörden unangewendet zu lassen. Auch ministerielle Erlässe waren daher von der Justiz zu ignorieren: Als generelle Weisungen vermochten sie die rechtsprechende Gewalt schon wegen der richterlichen Unabhängigkeit (Art 87 Abs 1 B-VG) nicht zu binden. Und wenn solche Erlässe – entgegen ihrem Selbstverständnis als Weisungen – die Rechtssphäre eines unbestimmten Kreises von Betroffenen gestalteten, waren sie wegen ihres Verbindlichkeitsanspruchs für einen außerhalb der Verwaltung stehenden externen Adressatenkreis als Rechtsverordnungen zu deuten und für die Gerichte ebenfalls irrelevant: Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Kundmachung im BGBl II (§ 4 Abs 1 Z 2 BGBIG) fehlte dann die „gehörige Kundmachung“ iSd Art 89 Abs 1 B-VG.

Diese Rsp hat der VfGH mit Erk v 28. 6. 2017, V 4/2017 aufgegeben, indem er die Gleichsetzung einer „gehörigen“ mit einer „gesetzmäßigen“ Kundmachung verabschiedete. Der VfGH vertritt nun mit guten Gründen die Auffassung, dass eine „gehörig kundgemachte“ Norm, also eine für einen unbestimmten Adressatenkreis verbindliche Anordnung von Staatsorganen, die von Gerichten gem Art 89 B-VG anzuwenden ist, schon dann vorliegt, wenn sie ein Mindestmaß an Publizität erlangt hat, wenn auch nicht in der rechtlich vorgesehenen Weise. Daraus folgt, dass jeglicher Akt von staatlichen Organen, der einen normativen Inhalt für einen unbestimmten Adressatenkreis aufweist und in einer den Adressaten zugänglichen Form allgemein kundgemacht worden ist, als generelle Norm anzuwenden ist. Zugleich bedeutet das, dass die Gerichte solche Normen gem Art 139 B-VG beim VfGH anzufechten haben, wenn sie Bedenken gegen ihre rechtmäßige Kundmachung haben.

Diese Änderung der Rsp hat nicht nur, aber gerade auch für das Medizinrecht Bedeutung, da wichtige Rechtsfragen im Gesundheitswesen durch ministerielle „Erlässe“ geregelt sind, in denen mitunter Rechte und Pflichten außenstehender Adressaten normiert werden. Beispiele betreffen etwa den Einsatz von Netzbetten in Heimen und Krankenanstalten („Netzbett-Erlass“ des BMG im Einvernehmen mit dem BMJ v 22. 7. 2014, RdM 2014/131), die religiös motivierte Beschneidung (Erlass des BMJ v 31. 7. 2012, JABl 2012/28 = RdM 2012/147), die Knochenmarkspende von Kindern (Erlass des BMJ v Juni 1998, RdM 1998, 144) oder die personenstandsrechtliche Stellung Transsexueller („Transsexuellen-Erlass“ des BMI v 27. 11. 1996, teilweise Aufhebung als nicht gehörig kundgemachte VO durch VfSlg 17.849).

Künftig werden die Gerichte solche ministeriellen Erlässe darauf hin zu prüfen haben, ob sie 1. das für eine Anwendung nötige Mindestmaß an Publizität erfüllen (was zB bei einer Veröffentlichung in der RdM zu bejahen sein wird), 2. einen normativen Inhalt (und nicht bloß Informationscharakter) haben und 3. die Rechtssphäre externer Adressaten gestalten. Trifft all dies zu, sind sie – Präjudizialität vorausgesetzt – zur Anfechtung beim VfGH gem Art 139 B-VG verpflichtet, weil und sofern diesen Normen die verfassungskonforme Kundmachung im BGBl fehlt.

Christian Kopetzki