

Die Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht

RdM 2018/46

VUG 2017;
§ 23 G-ZG;
Art 7, 10, 12, 20,
76, 102 B-VG

Gesundheits-
planung;

ÖSG;

RSG;

Beleihung;

mittelbare Bun-
desverwaltung;

Weisungs-
bindung;

Sachlichkeits-
gebot

§ 23 G-ZG BGBl I 2017/26 sieht vor, dass Teile der Strukturpläne Gesundheit (ÖSG, RSG) durch Verordnung einer vom Bund errichteten „Gesundheitsplanungs GmbH“ für verbindlich zu erklären und „die für verbindlich zu erklärenden Teile im Wege einer Verordnung zu erlassen und im RIS kundzumachen“ sind. Der vorliegende Beitrag widmet sich den verfassungsrechtlichen Aspekten dieser kühnen Konstruktion.¹⁾

Von Christian Kopetzki und Bettina Perthold-Stoitzner

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die „Verbindlichkeitserklärung“ nach dem G-ZG
 1. ÖSG
 2. RSG
- C. Verfassungsrechtliche Grenzen von Beleihungen
- D. Keine bloß „vereinzelten Aufgaben“
- E. Trennung der Vollzugsbereiche Bund/Länder
- F. Widerspruch gegen Grundsätze der mittelbaren Bundesverwaltung
- G. Weisungsbindung und effektive Steuerungsmöglichkeit
- H. Gleichheitssatz
- I. Zusammenfassung

A. Einleitung

Das Ziel einer umfassenden und „integrierten“, sowohl Vollzugsbereiche der Länder (insb Krankenanstalten) als auch des Bundes (insb niedergelassener ärztlicher Bereich) einschließenden Planung der Gesundheitsversorgung ist wegen der kompetenzrechtlich zersplitterten Zuordnung dieser Rechtsmaterien nicht leicht zu verwirklichen. Entsprechende Planungsinstrumente gibt es zwar seit langem sowohl für die Ebene des Bundes (Österreichischer Strukturplan Gesundheit, ÖSG) als auch der Länder (Regionale Strukturpläne Gesundheit, RSG). Eines der Probleme liegt aber bekanntlich darin, dass es sich weder beim ÖSG noch bei den RSG um unmittelbar anwendbare Rechtsnormen handelt.²⁾ Dies wäre jedoch nötig, um die angestrebte Bindungswirkung auf der Ebene der Vollziehung (zB bei der Bewilligung von Krankenanstalten) oder im Vertragspartnerrecht herbeizuführen.

Alle Strategien, diesen Mangel zu kompensieren, hatten bisher mit gravierenden Hindernissen zu kämpfen. Man könnte die Pläne direkt in die Art 15a-Vereinbarungen zwischen dem Bund und den Ländern integrieren;³⁾ das ist aber schwerfällig und führt auch nicht zu außenwirksamen Normen.⁴⁾ Die Deutung als V scheidet nicht zuletzt an der bunten Zusammensetzung der für die inhaltliche Formulierung zuständigen Zielsteuerungskommissionen, die sich keinem Vollzugsbereich klar zuordnen lassen.⁵⁾ Und direkte dyna-

mische Verweisungen auf die Pläne im Gesetz stellen nicht nur eine unzulässige Delegation der Rechtssetzungsbefugnis dar, sie werden auch den verfassungsrechtlichen Bestimmtheits- und Publizitätsanforderungen nicht gerecht.⁶⁾ Daran konnte auch die listige Etikettierung des ÖSG als „objektiviertes Sachverständigengutachten“ und dessen Publikation auf der Homepage des Gesundheitsministeriums nichts ändern.⁷⁾

Mit dem im Rahmen des VereinbarungsumsetzungsgG 2017 erlassenen Gesundheits-ZielsteuerungsgG (G-ZG) (BGBl I 2017/26) hat der Gesetzgeber nun einen neuen Vorstoß für eine verbindliche Planung der Gesundheitsversorgungsstruktur gemacht.⁸⁾ Er basiert auf der (erst später kundgemachten) Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens (BGBl I 2017/98). Darin werden ua Vorgaben zur Verbindlichkeit dieser Strukturpläne getroffen, die allerdings von dem im

- 1) Dem Beitrag liegt ein Rechtsgutachten im Auftrag der Ärztekammer für Wien zugrunde.
- 2) Dazu und zur Vorgeschichte *Schrattbauer*, Rechtsnatur und rechtliche Verbindlichkeit der Strukturpläne im Gesundheitswesen, *SozSi* 2016/4, 168 ff; *Stöger* in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), *Der SV-Komm* (Stand 1. 6. 2017) § 84 a ASVG Rz 5 ff; *Kopetzki*, *Krankenanstaltenrecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*³ I (2013) 377 (385 ff). Die Rechtsnatur des ÖSG offenlassend *VfSlg* 18.730/2009, Die V-Qualität der RSG verneinend *VwGH* 19. 1. 2017, Ra 2016/08/0114 *RdM* 2017/98 (Anm *Schrattbauer*).
- 3) So beim früheren ÖKAP/GGP, der noch Bestandteil der Art 15a-Vereinbarung war, *Stöger*, *Qualitätssicherung an der Schnittstelle zwischen Medizin und Recht*, in *Jabornegg/Resch/Seewald* (Hrsg), *Qualitätssicherung für Leistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung* (2003) 35 (52 ff).
- 4) Zur fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit von Art 15a-Vereinbarungen zB *VfSlg* 15.972/2000.
- 5) *MwN Schrattbauer*, *SozSi* 2016/4, 170 ff, dort auch zu anderen Deutungsversuchen.
- 6) *MwN Kopetzki*, *Krankenanstaltenrecht* 386. Dazu *Stöger*, *Ausgewählte öffentlichrechtliche Fragestellungen des österreichischen Krankenanstaltenrechts* (2008) 7 ff, insb 9.
- 7) Vgl § 59j Z 1 KAKuG idF BGBl I 2011/147; ebenso nun § 59k Z 1 KAKuG idF BGBl I 2017/26. Dazu zB *Kopetzki*, *Gibt es verbindliche Gutachten?* *RdM* 2016/40.
- 8) Dazu *Souhrada*, *Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten*, *SozSi* 2017/3, 104; *Schrattbauer*, *Entscheidungsbesprechung*, *RdM* 2017, 145 ff; *dies*, *Ergänzung zum Beitrag „Zur Bedarfsprüfung bei der geplanten Änderung einer Krankenanstalt“ – Auswirkungen des neuen Vereinbarungsumsetzungsgesetzes 2017 (VUG 2017)*, *DRdA* 2017/3, 186; *Stöger* in *SV-Komm* § 84 a ASVG Rz 8/4 ff.

G-ZG verwirklichten Konzept abweichen.⁹⁾ Das G-ZG hält an den Planungsinstrumenten des ÖSG und der RSG fest und sieht erstmals vor, dass Teile dieser Pläne als V zu erlassen sind. Die dazu führenden Verfahrensschritte sind ebenso komplex wie die dadurch ausgelösten verfassungsrechtlichen Probleme.

B. Die „Verbindlichkeitserklärung“ nach dem G-ZG

1. ÖSG

Der ÖSG ist gem § 20 Abs 3 G-ZG auf Bundesebene zwischen *Bund, Ländern und Sozialversicherung* „abzustimmen“. Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister hat gem § 22 Abs 1 G-ZG die jeweils aktuelle Fassung des ÖSG jedenfalls im RIS zu veröffentlichen. Dieser ÖSG hat zunächst noch keine Außenwirksamkeit, sondern bindet nur die Vertragsparteien; eine „Verbindlichkeitserklärung“ erfolgt aufgrund des in § 23 G-ZG geregelten Verfahrens. Im nächsten Schritt hat die *Bundes-Zielsteuerungskommission* gem § 23 Abs 1 G-ZG die für die nachhaltige Versorgung der Bevölkerung unerlässlichen Teile des ÖSG (dazu zählen insb Planungsrichtwerte und -kriterien sowie die überregionale Versorgungsplanung, die eine rechtlich verbindliche Grundlage für Planungsentscheidungen des RSG bilden sollen) als solche *auszuweisen*. Die Bundes-Zielsteuerungskommission ist nach § 25 Abs 1 G-ZG ein Organ der Bundesgesundheitsagentur. Ihr gehören nach § 26 Abs 1 G-ZG vier Vertreter des Bundes, vier Vertreter der Sozialversicherung sowie neun Vertreter der Länder an. Für die Beschlussfassung ist nach § 26 Abs 3 Z 1 G-ZG ein Einvernehmen zwischen der Kurie des Bundes, der Kurie der Länder und der Kurie der Sozialversicherung erforderlich, wobei die Kurien jeweils eine Stimme haben.

Die folgenden Verfahrensschritte sind von der nach § 23 Abs 3 G-ZG eingerichteten *Gesundheitsplanungs GmbH* durchzuführen. Deren Gesellschafter sind nach § 23 Abs 3 G-ZG der Bund, die Länder und der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger (HV), die jeweils einen Vertreter in die Generalversammlung entsenden. Die Beschlussfassung in der Generalversammlung erfolgt einstimmig. Jene Teile, die Verbindlichkeit erlangen sollen, sind nach § 23 Abs 1 G-ZG vorab von der Gesundheitsplanungs GmbH einem *Begutachtungsverfahren* zu unterziehen. Ergeben sich nach der Begutachtung Änderungen, so ist eine nochmalige Beschlussfassung in der Bundes-Zielsteuerungskommission herbeizuführen.

Hinsichtlich des weiteren Verfahrens unterscheidet das G-ZG nach den Angelegenheiten, die von der Verbindlichkeitserklärung erfasst sind: Nach § 23 Abs 4 G-ZG hat die Gesundheitsplanungs GmbH die von der Bundes-Zielsteuerungskommission ausgewiesenen Teile des ÖSG – soweit dies Angelegenheiten des *Art 10 B-VG* betrifft – durch V für verbindlich zu erklären. Nach der Grundsatzbestimmung des § 23 Abs 5 G-ZG ist für die ausgewiesenen Teile des ÖSG, die Angelegenheiten des *Art 12 B-VG* betreffen, durch die Landesgesetzgebung vorzusehen, dass die Gesundheitsplanungs GmbH diese Teile ebenfalls durch V für

verbindlich erklärt. Abschließend normiert § 23 Abs 6 G-ZG – ohne Unterscheidung, ob es sich um eine Materie nach Art 10 oder eine nach Art 12 B-VG handelt –, dass die *GmbH* die für verbindlich zu erklärenden Teile im Wege einer V zu erlassen und im RIS (www.ris.bka.gv.at) kundzumachen hat.

2. RSG

Die Festlegung des Inhalts der RSG regelt das G-ZG nicht selbst, sondern verweist diesbezüglich auf die Art 15a-Vereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens. Nach § 21 Abs 7 G-ZG sind die RSG auf Landesebene zwischen dem jeweiligen Land und der Sozialversicherung festzulegen. Vor Einbringung zur Beschlussfassung ist mit dem Bund insb die Rechts- und ÖSG-Konformität abzustimmen. Nach § 22 Abs 2 G-ZG hat der Landeshauptmann die jeweils aktuelle Fassung des RSG im RIS zu veröffentlichen. Auch die RSG haben an sich noch keine Außenwirksamkeit.

Nach § 23 Abs 2 G-ZG haben die Vertreter des Bundes und der Sozialversicherung in der jeweiligen *Landes-Zielsteuerungskommission* sicherzustellen, dass jene Planungsvorgaben des RSG, die rechtliche Verbindlichkeit erlangen sollen, als solche *ausgewiesen* werden. Die Planungsvorgaben sind nach § 23 Abs 2 G-ZG so konkret festzulegen, dass sie für die Bedarfsprüfung herangezogen werden können. Nähere Regelungen über Landes-Zielsteuerungskommissionen enthält das G-ZG nicht. Diese Organe sind aufgrund der Art 23 ff der Art 15a-Vereinbarung als Organe des Landesgesundheitsfonds einzurichten. Den Landes-Zielsteuerungskommissionen haben die Kurie des Landes mit fünf Vertretern, die Kurie der Träger der Sozialversicherung mit fünf Vertretern sowie ein Vertreter des Bundes anzugehören (§ 26 Abs 1 der Vereinbarung). Für Beschlussfassungen ist nach § 26 Abs 2 der Vereinbarung Einvernehmen zwischen der Kurie des Landes und der Kurie der Träger der Sozialversicherung erforderlich. Der Vertreter des Bundes verfügt über ein Vetorecht gegen Beschlüsse, die gegen geltendes Recht, Vereinbarungen gem Art 15a B-VG, den Zielsteuerungsvertrag oder gegen Beschlüsse der Organe der Bundesgesundheitsagentur verstoßen.

Jene Teile der RSG, die rechtliche Verbindlichkeit erlangen sollen, sind nach § 23 Abs 2 G-ZG wiederum von der *Gesundheitsplanungs GmbH* vorab einem Begutachtungsverfahren zu unterziehen. Ergeben sich nach der Begutachtung Änderungen, ist eine nochmalige Beschlussfassung in der Landes-Zielsteuerungskommission herbeizuführen.

Ähnlich wie beim ÖSG hat die GmbH gem § 23 Abs 4 G-ZG die von den Landes-Zielsteuerungskommissionen ausgewiesenen Teile der RSG – soweit dies Angelegenheiten des *Art 10 B-VG* betrifft – durch V für verbindlich zu erklären. Nach der Grundsatzbestimmung des § 23 Abs 5 G-ZG hat die Landesgesetzgebung für die ausgewiesenen Teile der jeweiligen RSG, die Angelegenheiten des *Art 12 B-VG* betreffen,

9) Vgl insb Art 5 Abs 9 der Art 15a-Vereinbarung (BGBl I 2017/98; 1340 BlgNR 25. GP).

vorzusehen, dass die GmbH diese Teile ebenfalls durch V für verbindlich erklärt. Gem § 23 Abs 6 G-ZG hat dann – ohne Unterscheidung zwischen Materien nach Art 10 oder Art 12 B-VG – die GmbH die für verbindlich zu erklärenden Teile im Wege einer V zu erlassen und im RIS kundzumachen.

C. Verfassungsrechtliche Grenzen von Beleihungen

Die in § 23 Abs 4 bis 6 G-ZG geregelte „Verbindlichkeitserklärung“ von Teilen der Strukturpläne durch V der Gesundheitsplanungs GmbH erfolgt durch einen hoheitlichen generellen Verwaltungsakt. Es handelt sich also um eine Beleihung (§ 23 Abs 4 G-ZG) bzw um die grundsatzgesetzliche Verpflichtung zu einer landesgesetzlichen Beleihung (§ 23 Abs 5 G-ZG) eines Privatrechtsträgers mit Aufgaben der Hoheitsverwaltung.¹⁰⁾

Beleihungen ausgegliederter Rechtsträger sind nur unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig: Nach stRsp des VfGH¹¹⁾ müssen sie den bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben, wie zB dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes,¹²⁾ entsprechen. Darüber hinaus darf eine Beleihung nur für „vereinzelte Aufgaben“ erfolgen.¹³⁾ Bei „Kernaufgaben“ des Staates ist eine Betrauung von außerhalb der Staatsorganisation stehenden Rechtsträgern schlechthin unzulässig.¹⁴⁾ Weiters bedarf es der Unterstellung unter ein oberstes Organ, das gem Art 76 Abs 1 B-VG (bzw gem Art 105 Abs 2 B-VG) und Art 142 B-VG verantwortlich ist.¹⁵⁾ In der Folge hat der VfGH wiederholt bekräftigt,¹⁶⁾ dass die Übertragung hoheitlicher Aufgaben nur verfassungskonform ist, wenn ein verantwortliches oberstes Organ effektive Steuerungsmöglichkeiten besitzt und ihm entsprechende Weisungsbefugnisse ausdrücklich eingeräumt sind.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt:

D. Keine bloß „vereinzelten Aufgaben“

Selbst wenn man die Strukturpläne (bzw die für verbindlich zu erklärenden Teile) nicht zum ausgliederungsfesten „Kernbereich“ der Staatsaufgaben zählt (was im Lichte verfassungs- und unionsrechtlicher Schutzpflichten¹⁷⁾ zugunsten der Gesundheitsversorgung durchaus argumentierbar wäre¹⁸⁾), sprechen gute Gründe dafür, dass die Beleihungsschranke der bloß „vereinzelten Aufgaben“ überschritten ist. Dabei kommt es sowohl auf die *quantitative* als auch auf die *qualitative* Dimension – also die Bedeutung – jener Aufgabenbereiche an, die der beliehene Rechtsträger wahrzunehmen hat.¹⁹⁾

Schon ein kurzer Überblick über den Stellenwert der Gesundheitsplanung im Allgemeinen und der einzelnen Planungsdokumente auf Bundesebene (ÖSG) und Landesebene (RSG) im Besonderen zeigt, dass dabei *nicht von „bloß vereinzelten Aufgaben“* gesprochen werden kann: Die zentralen Weichenstellungen erfolgen zu einem erheblichen Umfang nicht im G-ZG, sondern erst auf der Ebene der Strukturpläne, insb der für verbindlich zu erklärenden Teile des ÖSG: Dabei handelt

es sich nämlich explizit um jene „im Sinne des öffentlichen Interesses [...] für die nachhaltige Versorgung der Bevölkerung unerlässlichen Teile des ÖSG“ (§ 23 Abs 1 G-ZG). Auch berührt die verbindliche Gesundheitsplanung die Vollzugsbereiche *mehrerer Kompetenztatbestände*,²⁰⁾ was schon für sich genommen gegen die Annahme bloß „vereinzelter“ Aufgaben spricht. Der Steuerungsanspruch der Strukturpläne betrifft sämtliche Facetten des Gesundheitswesens und des Versorgungsanspruchs der Bevölkerung: Die Planung – deren zentrale Instrumente der ÖSG und die RSG sind (§ 19 G-ZG) – versteht sich als „integrierte Versorgungsplanung“, bei der „alle Elemente des Versorgungssystems sowie deren Beziehungen und Wechselwirkungen gleichzeitig in eine Gesamtschau einbezogen“ werden (§ 3 Z 6 G-ZG). Sie ist daher auch „sektorenübergreifend“ (§ 3 Z 7 G-ZG) und umfasst „alle Ebenen und Teilbereiche der Gesundheitsversorgung und Nahtstellen zu angrenzenden Bereichen“ (§ 18 Abs 1 G-Z). Die Strukturpläne definieren Ziele, Grundsätze und Strukturen der Gesundheitsversorgung und deren quantitative und qualitative Dimensionierung. Das ist keine „bloß vereinzelte“ Aufgabe, mag es sich bei der Betrauung der Gesundheitsplanungs GmbH mit der Verbindlichkeitserklärung der Strukturpläne bei isolierter Betrachtung auch „nur“ um eine einzige Verordnungskompetenz handeln.²¹⁾

10) Zur Begriffsbildung mwN *Wiederin*, Die Beleihung, in *Fuchs/Meril/Pöschl/Stum/Wiederin/Wimmer* (Hrsg), Staatliche Aufgaben, private Akteure II (2017) 31 ff.

11) Vgl statt aller VfSlg 14.473/1996.

12) Vgl etwa VfSlg 8457/1978; 11.369/1987; 11.639/1988.

13) VfSlg 3685/1960; 10.213/1984; 14.473/1996 uvm.

14) VfSlg 16.400/2000. MwN statt vieler *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT 2003, I/1, 1 (75 ff); *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung der Zivildienstverwaltung – Eine juristische Nachlese, in FS Schäffer (2006) 69 (80 ff); *Heller*, Zum Begriff der Kernaufgaben des Staates, in FS Schäffer (2006) 241 ff; *Pabel*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgliederung, JRP 2005, 221 (223 ff).

15) VfSlg 3096/1956, bestätigend VfSlg 4117/1966.

16) ZB VfSlg 16.400/2001; 17.341/2004; 17.421/2004.

17) Insb aus Art 2 und 8 EMRK: MwN *Grabenwarter/Krauskopf* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht² (2015) 20 Rz 40; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK-Kommentar⁶ (2016) 322 § 22 Rz 58; *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte in der Europäischen Union (2004) 836 Rz 1048. Zu unionsrechtlichen Schutzpflichten zB Art 35 GRC betreffend einen Anspruch „auf einen Mindest- und Grundbestand ärztlicher Versorgung“ (mwN *Ribarov* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar [2014] Art 35 Rz 12–14, 32), wobei die Verantwortung für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung bei den Mitgliedstaaten liegt (*Ribarov* Rz 20; idS auch Art 168 Abs 7 AEUV, der die Verantwortung für die Festlegung der Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens den Mitgliedstaaten zuordnet).

18) Zur grundrechtlichen Begründung von „Kernaufgaben“ zB *Kucsko-Stadlmayer*, 15. ÖJT 2003, I/1, 90; *Lachmayer*, JBl 2007, 760 ff; mwN; *Walzel von Wiesentreu*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT 2003, I/2, 28 ff; *Baumgartner* in FS Schäffer 84; *Pabel*, JRP 2005, 228.

19) Zur Relevanz der „Bedeutung“ VfSlg 14.473/1996; *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46 (50 ff); *Kucsko-Stadlmayer*, 15. ÖJT 2003, I/1, 85 f.

20) ZB Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen), Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG (Heil- und Pflegeanstalten), Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG (Sozialversicherungswesen). Zusätzlich sind auch Landesvollzugsmaterien iSd Art 15 B-VG einbezogen (zB Rettungswesen, § 18 Abs 1 Z 3 G-ZG, und Pflegeheime, § 18 Abs 1 Z 2 G-ZG).

21) Auch aus VfSlg 14.256/1995 (Vergabe von Rundfunklizenzen) wurde abgeleitet, dass zentrale politische Fragen nicht durch eine Verordnungsermächtigung an ausgegliederte Rechtsträger übertragen werden dürfen: *Heller* in FS Schäffer 248 f.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die inhaltliche Festlegung der Planungsgesichtspunkte ohnehin in der Hand staatlicher Organe verbleibe, da sie zwischen Bund, Ländern und Sozialversicherung „invernehmlich abzustimmen“²²⁾ sind und die für verbindlich zu erklärenden Teile sodann von den Zielsteuerungskommissionen „als solche ausgewiesen“ werden.²³⁾ Denn all diese vorgelagerten Planungsebenen bringen keine rechtsverbindlichen Planungsvorgaben hervor. Gerade der für die Bindungswirkung entscheidende Akt der Verbindlicherklärung liegt nicht in der Kompetenz staatlicher Organe, sondern bei der mit der Verordnungserlassung beliehenen GmbH.²⁴⁾ Auch der Umstand, dass nicht die Strukturpläne als Ganzes, sondern nur bestimmte Teile für verbindlich erklärt werden sollen, macht dies nicht zu einer „vereinzelten“ Angelegenheit: Es sind nicht irgendwelche vereinzelten Details, sondern gerade die gesundheitspolitisch *besonders wichtigen Teile* der Strukturpläne, die von der Verbindlicherklärung erfasst werden sollen (also die „im Sinne des öffentlichen Interesses [...] für die nachhaltige Versorgung der Bevölkerung unerlässlichen Teile“, § 23 Abs 1 G-ZG).

E. Trennung der Vollzugsbereiche Bund/Länder

Die Bundesverfassung geht vom Grundsatz der Kompetenztrennung aus, auch hinsichtlich der Vollziehung. Daraus folgt, dass die einzelnen Kompetenzbereiche streng voneinander abgegrenzt sind, soweit die Verfassung keine Ausnahmen vorsieht.²⁵⁾ Dieses verfassungsrechtliche Trennungsgebot schließt nicht nur bereichsübergreifende Instanzenzüge aus,²⁶⁾ sondern auch bereichsübergreifende Weisungsbeziehungen oder „gemischte“ Behörden.

Folgt man dem Wortlaut des Gesetzes in § 23 Abs 4 bis 6 G-ZG und rechnet man die Verbindlicherklärung der Strukturpläne ausschließlich der Gesundheitsplanungs GmbH zu,²⁷⁾ dann ist dies mit dem bundesstaatlichen Trennungsgebot nicht in Einklang zu bringen:

Da die gem § 23 G-ZG eingerichtete GmbH sowohl behördliche Aufgaben der Bundesvollziehung als auch solche der Landesvollziehung besorgen soll, entsteht im Ergebnis eine *funktionelle „Mischbehörde“*, die – je nach kompetenzrechtlicher Zuordnung der einzelnen Planungsinhalte – im einen Fall als Bundesbehörde, im anderen Fall als Landesbehörde tätig wird.²⁸⁾ Diese eigentümliche Variante des Zusammenwirkens ist verfassungsrechtlich nicht vorgesehen.

Zur Rechtfertigung dieser Verzahnung von Bundes- und Landesvollziehung kann man sich nicht darauf berufen, dass durch Vereinbarungen nach Art 15 a B-VG Einrichtungen geschaffen werden dürfen, die „interföderale“ Rechtsakte mit Bindungswirkung für die Vertragsparteien (Bund/Länder) setzen.²⁹⁾ Denn erstens geht die Bindungswirkung der von der GmbH erlassenen V über den Kreis der Vertragspartner der Art 15 a Vereinbarung hinaus und erfasst neben der Sozialversicherung auch unbeteiligte Dritte (zB Ärztekammern, Krankenanstaltenträger). Und zweitens ist die in § 23 G-ZG verwirklichte Beleihungsvariante nicht Gegenstand des Vertrags gem Art 15 a B-VG über die Orga-

nisation und Finanzierung des Gesundheitswesens: Art 5 des Vertrags sieht eine Beleihung nicht vor, so dass sich die Frage erübrigt, ob eine Art 15 a-Vereinbarung überhaupt in der Lage wäre, eine Verfassungswidrigkeit zu sanieren.

Abgesehen davon verstößt die in § 23 Abs 4 bis 6 G-ZG vorgesehene Verbindlicherklärung durch V der GmbH und deren Kundmachung noch aus anderen Erwägungen gegen die Bundesverfassung. Diese V enthält nämlich – wie die Bezugnahme auf Angelegenheiten der Art 10 bzw 12 B-VG in § 23 Abs 4, 5, 7 und 8 G-ZG unmissverständlich zeigt – Planungsinhalte, in denen sowohl Angelegenheiten der *Bundesvollziehung* als auch solche der *Landesvollziehung* betroffen und *miteinander vermischt* sind. Nichtsdestoweniger geht § 23 Abs 6 G-ZG hinsichtlich der *Kundmachung* erkennbar von *einer* (einzigen) V aus (arg „im Wege einer Verordnung“), die – sozusagen als konsolidierte Rechtsquelle – beide Vollzugsbereiche umfasst.³⁰⁾ Man hat es daher mit einer „*Mischverordnung*“ zu tun, die keinem der beiden Vollzugsbereiche eindeutig und exklusiv zuordenbar ist, sondern die sich aus Teilrechtsakten verschiedener Gebietskörperschaften zusammensetzt. Auch das ist mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Trennung von Bundes- und Landesverwaltung unvereinbar.³¹⁾

§ 23 Abs 6 G-ZG ist im Übrigen auch kompetenzwidrig: Da sich die darin geregelte V-Erlassung auch auf Angelegenheiten des Art 12 B-VG bezieht, müsste dies – soweit Materien des Art 12 B-VG betroffen sind – als Grundsatzbestimmung erlassen werden. Der Um-

22) Vgl zB zum ÖSG § 20 Abs 3 G-ZG.

23) Zum ÖSG § 23 Abs 1 G-ZG, zum RSG § 23 Abs 2 G-ZG.

24) Dass die GmbH nur der „büromäßige, gemeinsame, und möglichst neutrale Apparat zur Erfüllung der bereits auf anderen [...] Ebenen vorliegenden Ziele“ sei (*Souhrada*, *SozSi* 2017/3, 117) stellt die Verhältnisse auf den Kopf: Die GmbH ist hier nicht administrativer Hilfsapparat anderer Behörden, sondern selbst Träger der Hoheitsbefugnisse. Bedenken auch bei *Schratlbauer*, *DRdA* 2017/3, 188 FN 12 („hybride Konstruktion“).

25) Nach der stRsp des VfGH ist die „Trennung der Vollziehungsbereiche des Bundes und der Länder“ Teil des föderalistischen Prinzips (zB VfSlg VfSlg 1030/1928; 4413/1963; 9536/1982; 15.986/2000 uvam). MWN nur *Grabenwarter/Krauskopf* in *Resch/Wallner*, *Handbuch Medizinrecht*² 4f Rz 8.

26) Dazu – zur Rechtslage vor der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit – VfSlg 4413/1963; 15.986/2000.

27) Diese alleinige Zurechnung zur GmbH ist freilich zweifelhaft: Insb im Hinblick auf die vorangehende (von der GmbH nicht beeinflussbare) „Ausweisung“ der für verbindlich zu erklärenden Teile der Pläne durch die Zielsteuerungskommission könnte von einem zusammengesetzten Verfahren zur Verordnungserlassung durch mehrere Organe gesprochen werden (zur Einbindung der Kommissionen in die Erlassung der V auch *Stöger* in *SV-Komm* § 84 a ASVG Rz 8/4). Die verfassungsrechtlichen Probleme verstärken sich dann noch, weil dies auch im organisatorischen Sinn zu einer „gemischten Behörde“ führen würde.

28) In diese Richtung auch *Schratlbauer*, *DRdA* 2017/3, 188 FN 10 („Mischorgan“).

29) Dazu zB *Thienel* in *Korinek/Holoubek*, *Bundesverfassungsrecht Art 15 a B-VG* Rz 40 ff; *Stöger*, *Krankenanstaltenrecht* (2008) 8.

30) Anders aber *Souhrada*, *SozSi* 2017/3, 117, der von „mehreren getrennten Verordnungen“ ausgeht. Das mag für die Verbindlicherklärungen nach § 23 Abs 4 und 5 G-ZG zutreffen, nicht jedoch für die darüber hinausgehende Kundmachung „der für verbindlich zu erklärenden Teile“ nach § 23 Abs 6 G-ZG. Andernfalls hätte sich die Kundmachungsanordnung des § 23 Abs 6 G-ZG erübrigt.

31) Dass sich dieses Trennungsgebot auch auf V bezieht, folgt auch aus Art 139 Abs 1 Z 5 und 6 B-VG, die eine differenzierte Anfechtungslegitimation für V von Bundes- und Landesbehörden vorsehen. Das setzt voraus, dass eine V einem der beiden Vollzugsbereiche exklusiv zuordenbar ist; ebenso Art 139 Abs 5 B-VG betreffend die Kundmachung der Aufhebung.

stand, dass § 23 Abs 5 G-ZG eine Grundsatzbestimmung enthält, kann diesen Mangel nicht heilen, da § 23 Abs 6 G-ZG betreffend die Erlassung und Kundmachung der V³²⁾ einen eigenen – über die Regelung des Abs 5 hinausgehenden – normativen Gehalt hat.

F. Widerspruch gegen Grundsätze der mittelbaren Bundesverwaltung

Welche Schranken sich aus Art 102 B-VG für die Beleihung privater Rechtsträger mit Hoheitsaufgaben des Bundes ergeben, ist bisher nicht eindeutig geklärt. Folgt man *Raschauer*, so steht Art 102 B-VG der bundesgesetzlichen Heranziehung von Beliehenen weder in der mittelbaren noch in der unmittelbaren Bundesverwaltung im Wege.³³⁾ Dem steht allerdings die Judikatur des VfGH entgegen, der schon in VfSlg 3685/1960 iZm den verfassungsrechtlichen Grenzen der Einräumung von „Behördenqualität“ an Beliehene explizit „auch das dem Art 102 B-VG innewohnende Hindernis“ genannt hat, „bestimmte Angelegenheiten aus der Kompetenz des Landeshauptmanns als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung herauszunehmen“. Von diesem „Beleihungshindernis“ ist der VfGH auch in seiner späteren Judikatur ausgegangen.³⁴⁾

Vergleichbare Bedenken im Lichte des Art 102 B-VG zieht auch die Beleihung der GmbH mit der Verbindlicherklärung der Strukturpläne gem § 23 Abs 4 und 6 G-ZG nach sich. Dabei stehen mehrere Auslegungsvarianten zur Diskussion:

Entweder deutet man die Betrauung der Gesundheitsplanungs GmbH mit Hoheitsaufgaben des Bundes in diesem Kontext – entgegen dem ansonsten organisatorischen Behördenbegriff des Art 102 B-VG³⁵⁾ – als „Errichtung einer Bundesbehörde“ iSd Art 102 Abs 2 und 4 B-VG in Angelegenheiten des Art 10 B-VG, dann liegt ein Fall der unmittelbaren Bundesverwaltung vor. Hiefür könnte jedenfalls sprechen, dass hier ja nicht nur ein Privatrechtsträger mit Bundesvollziehungsaufgaben betraut wird, sondern die GmbH eigens und ausschließlich für Zwecke der Hoheitsverwaltung durch den Gesundheitsminister gem § 23 Abs 3 G-ZG errichtet wird. Bei diesem Verständnis entstehen insofern Bedenken, als es um die Verbindlicherklärung von Planungsteilen aus dem Kompetenzbereich des Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG geht, da die Errichtung einer Bundesbehörde in Angelegenheiten des Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG (Gesundheitswesen) – anders als beim Sozialversicherungswesen – nicht vom Ausnahmekatalog des Art 102 Abs 2 B-VG umfasst ist und folglich nicht in unmittelbarer Bundesverwaltung vollzogen werden darf. Dies wäre nur zulässig, wenn – was aus den Gesetzesmaterialien nicht hervorgeht – die Zustimmung aller Länder gem Art 102 Abs 4 B-VG erteilt worden wäre.³⁶⁾

Deutet man die Errichtung und Betrauung der GmbH hingegen nicht als „Errichtung einer Bundesbehörde“, so verschieben sich die verfassungsrechtlichen Bedenken lediglich, da die Grundsätze der mittelbaren Bundesverwaltung auch dann nicht eingehalten sind: Bei der im Bereich der Bundesvollziehung mit Behördenqualität ausgestatteten GmbH handelt es sich weder um eine dem „Landeshauptmann unterstellte Landesbehörde“ noch um eine Betrauung von Bundesbe-

hörden in Unterordnung unter den Landeshauptmann iSd Art 102 Abs 1 B-VG, da die Weisungsbindung gem § 23 Abs 7 G-ZG ausdrücklich gegenüber dem Gesundheitsminister und nicht – wie in Art 102 Abs 1 B-VG vorgesehen – gegenüber dem Landeshauptmann verankert ist.³⁷⁾

G. Weisungsbindung und effektive Steuerungsmöglichkeit

Eine obligate Voraussetzung von Beleihungen ist die Unterstellung unter ein oberstes Organ, das gem Art 76 Abs 1 B-VG (bzw gem Art 105 Abs 2 B-VG) und Art 142 B-VG verantwortlich ist.³⁸⁾ Der die Beleihung regelnde Gesetzgeber ist verpflichtet, Rechtsvorschriften zu erlassen, die einem obersten Organ eine *effektive Leitungs- und Steuerungsfunktion* einräumen, und dabei insb ein *umfassendes Weisungsrecht* einzurichten.³⁹⁾

32) Zweifelhafte ist überdies, ob derartige Bund-Land-„Mischerordnungen“ in dem unter der Leitung des Bundeskanzlers stehenden Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS, §§ 1, 6 BGBIG) kundgemacht werden dürfen. Umso bedenklicher erscheint die in § 22 Abs 1 und 2 G-ZG verankerte *konkurrierende* Kundmachung der ursprünglichen *Pläne* (OSG, RSG) im RIS. Das betrifft insb die in § 22 Abs 2 G-ZG vorgesehene Kundmachung der RSG. Da die Inanspruchnahme des RIS zur authentischen elektronischen Kundmachung durch die Länder dem Grundsatz zuwiderläuft, dass oberste Bundesorgane an der Landesvollziehung nicht mitwirken dürfen (*Höllbacher in Kneibls/Lienbacher, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht* [11. Lfg 2013] Art 101 a B-VG Rz 6), kann eine Kundmachung von Dokumenten der Länder im RIS nur nach Maßgabe des Art 101 a B-VG zulässig sein. Dieser sieht aber eine Kundmachung nur für die „im Landesgesetzblatt zu verlautbarenden Rechtsvorschriften“ vor (*Höllbacher Art 101 a B-VG Rz 15*). Die in § 22 Abs 2 G-ZG vorgesehene Veröffentlichung der RSG durch den Landeshauptmann ist durch Art 101 a B-VG nicht gedeckt, weil es sich beim RSG um keine „Rechtsvorschrift“ handelt. Abgesehen davon wäre die Entscheidung über die Kundmachung im LGBI vom Landes(Verfassungs)Gesetzgeber zu entscheiden, nicht vom Bundesgesetzgeber.

33) *Raschauer in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht* Art 102 Rz 46f, 74.

34) Vgl zB VfSlg 20.038/2016, wo der Vorwurf, die verfahrensgegenständliche Beleihung sei in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung entgegen Art 102 Abs 2 B-VG erfolgt, nur im Hinblick auf die im konkreten Fall vorliegende Zustimmung der Länder gem Art 102 Abs 4 B-VG nicht weiter geprüft worden ist, vgl Rz 28 des Erk unter 2.3. Auch der VwGH geht unter Hinweis auf die Rsp des VfGH davon aus, dass bei Heranziehung von ausgliederten Rechtsträgern die Schranken des Art 102 B-VG zu wahren sind (VwGH 22. 6. 2017, A 2017/0001).

35) *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht*¹¹ (2015) Rz 836; *Mayer/Muzak, B-VG*⁵ (2015) Art 102 III. In VfSlg 19.953/2015 wurde freilich die Auffassung verworfen, wonach unmittelbare Bundesverwaltung nicht vorliegen könne, wenn ein Organ eines anderen Rechtsträgers als des Bundes tätig wird.

36) Nach Art 102 Abs 4 B-VG muss sich diese Zustimmung auf jene Norm beziehen, mit der die „Errichtung“ der Behörde erfolgt, hier also auf § 23 Abs 4 und 6 G-ZG. Dass die Länder in der Art 15a-Vereinbarung ihre Zustimmung zur Verbindlicherklärung der Strukturpläne durch V (damals noch: der Bundesgesundheitsagentur, vgl Art 5 Abs 9 Z 1) erteilt haben (vgl zB Art 5 Abs 9 der Vereinbarung), kann die von Art 102 Abs 4 B-VG geforderte Zustimmung nicht ersetzen, weil die (nicht unmittelbar anwendbaren) Bestimmungen des Art 15a-Vertrags nicht zu einer „Errichtung“ von Behörden führen. Abgesehen davon gehen die allgemein gehaltenen Bestimmungen des Art 5 der Vereinbarung von einem anderen Modell der Verbindlicherklärung aus, als es im G-ZG verwirklicht wurde (insb ist in der Vereinbarung keine Rede von der Beleihung einer GmbH).

37) Dass die Weisungsbindung in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung auch bei Selbstverwaltungskörpern und Beliehenen gegenüber dem Landeshauptmann bestehen muss, hat der VwGH nun in einem Gesetzesprüfungsantrag an den VfGH eingehend begründet (VwGH 22. 6. 2017, A 2017/0001).

38) *MwN zB VfSlg* 14.473/1996; vgl schon VfSlg 3096/1956 und 4117/1966.

39) Statt aller VfSlg 16.400/2001.

Diese verfassungsrechtlich gebotene Ingerenz der obersten Organe ist hier nicht gegeben:

Zunächst ist unklar, wer *Adressat der Weisungen* der obersten Organe sein soll. Da Weisungsadressaten nur Organwähler als physische Personen sein können,⁴⁰⁾ ist die Formulierung in § 23 Abs 7 bzw 8 G-ZG, wonach „die Gesellschaft“ (Abs 7) bzw die „Tätigkeit der Gesellschaft“ (Abs 8) den Weisungen des Gesundheitsministers bzw der „jeweiligen“ Landesregierung unterliegt, mehrdeutig. Geht man mit VfSlg 16.400/2001 davon aus, dass dem Obersten Organ ein *direkter Durchgriff* gegenüber dem Personal des ausgegliederten Rechtsträgers zur Verfügung stehen muss,⁴¹⁾ dann bestehen zwei Auslegungsvarianten:

Entweder interpretiert man die Weisungsbindung „der Gesellschaft“ gem § 23 Abs 7 und 8 G-ZG insofern einschränkend, als sie nur gegenüber *bestimmten* Organen (insb gegenüber der Geschäftsführung) besteht; dann ist die durch Art 20 Abs 1 B-VG gebotene umfassende Leitungs- und Steuerungsmöglichkeit nicht gewährleistet.⁴²⁾ Oder man versteht § 23 Abs 7 und 8 G-ZG iS einer umfassenden Weisungsbindung sämtlicher Organe der GmbH einschließlich der Gesellschaftervertreter in der Generalversammlung. Dann liegt ein Verstoß gegen das Gebot der Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Land (oben E.) vor, weil es sich bei der Generalversammlung um ein Mischorgan handelt, dessen Vertreter von Bund, Ländern und dem HV entsendet werden (vgl § 23 Abs 3 G-ZG). In der Generalversammlung erfolgt die Beschlussfassung durch die Vertreter der Gesellschafter Bund, Länder und dem HV einstimmig. Nach § 23 Abs 7 G-ZG ist dem Bund in Angelegenheiten des Art 10 B-VG ein Weisungsrecht eingeräumt (bzw nach § 23 Abs 8 G-ZG durch Landesgesetz ein Weisungsrecht der Länder in Angelegenheiten des Art 12 B-VG einzuräumen). Um das Weisungsrecht durchsetzen zu können, müssten im Hinblick auf die normierte Einstimmigkeit jeweils alle Vertreter der Generalversammlung an die Weisung gebunden werden. Damit wären auch die Länder an Weisungen des Bundes (und umgekehrt) gebunden, was jedoch im Hinblick auf das bundesstaatliche Grundprinzip unzulässig ist und Art 20 Abs 1, Art 77 Abs 1 und Art 101 Abs 1 B-VG widerspricht.⁴³⁾

Weitere Bedenken wirft § 23 Abs 8 G-ZG auf, der die Landesgesetzgebung dazu verpflichtet, die Tätigkeit der Gesellschaft den Weisungen „*der jeweiligen Landesregierung*“ zu unterstellen, „insoweit Angelegenheiten des Art 12 B-VG berührt sind“. Sofern etwa der ÖSG Planungsinhalte enthält, die kompetenzrechtlich dem Art 12 B-VG zuzuordnen sind, aber bundesweit gelten sollen (zB hinsichtlich der Kriterien für die Bedarfsfeststellung bei Krankenanstalten gem § 20 Abs 1 Z 8 G-ZG), dann stellt sich die Frage, was die Bindung der Gesellschaft an Weisungen „*der jeweiligen Landesregierung*“ (Abs 8) bedeuten soll, da sich bundesweit formulierte Vorgaben nicht einem bestimmten Land zuordnen lassen. Im Ergebnis dürfte das zu einer kumulativen Bindung der Gesellschaft an Weisungen *aller* Landesregierungen führen. Auch das ist verfassungsrechtlich nicht haltbar, weil sich das Gebot der Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Län-

dern⁴⁴⁾ auch auf die Vollzugskreise der Länder untereinander bezieht.⁴⁵⁾

Schließlich trifft das G-ZG auch keinerlei Vorkehrungen, um die Verantwortung der Gesundheitsplanungs GmbH und ihrer Organe für die *Befolgung der Weisungen angemessen sicherzustellen*.⁴⁶⁾ § 23 G-ZG sieht weder eine Abberufung der Geschäftsführung noch andere Sanktionsmittel vor. Darüber hinaus zeigt das Gebot der *Einstimmigkeit bei der Beschlussfassung* in der Generalversammlung gem § 23 Abs 3 G-ZG, dass das jeweils weisungsbefugte Organ seinen Willen nie gegen jenen der anderen Gesellschafter durchsetzen kann. Im Konfliktfall kann die Weisung daher immer nur zu einer Blockade der einstimmigen Willensbildung führen, nicht aber dem eigenen Willen zum Durchbruch verhelfen.

H. Gleichheitssatz

Die Übertragung der Befugnis zur Verordnungserlassung an einen Beliehenen ist zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, gilt aber als „verfassungsrechtlich besonders sensibel“⁴⁷⁾ insb dann, wenn ein privater Rechtsträger ausschließlich mit der Erlassung einer V beliehen wird.⁴⁸⁾ Das ist hier der Fall, da die Gesundheitsplanungs GmbH neben der „Geltungsbeschaffung“ für die Pläne keine Aufgaben hat und man sich daher nicht auf einen spezifischen Sachzusammenhang zu den sonstigen Vollzugsaufgaben dieses Rechtsträgers berufen kann.⁴⁹⁾

Die gleichheitsrechtlichen Bedenken gegen das in § 23 G-ZG verwirklichte Beleihungsmodell ergeben sich jedoch unabhängig von der Handlungsform der V schon daraus, dass die Betrauung der GmbH *einzig und allein deshalb erfolgt, um die kompetenz- und organisationsrechtlichen Vorgaben der Verfassung zu um-*

40) Walter, Bundesverfassungsrecht (1971) 428.

41) Näher *Kucsko-Stadlmayer*, 15. ÖJT 2003, I/1, 83; VfSlg 16.400/2001.

42) Zumal die Geschäftsführung gem § 20 GmbHG auch den Weisungen der Gesellschafter unterliegt und diese Gesellschafterweisungen – wären die Gesellschaftervertreter ihrerseits nicht weisungsgebunden – von der Weisung des obersten Organs abweichen könnten.

43) Dazu kommt, dass sich die Weisungsbindung bei diesem Verständnis auch auf die Vertreter des Hauptverbands beziehen würde, obwohl deren Funktion in der Generalversammlung – mangels anderweitiger gesetzlicher Anordnung des übertragenen Wirkungsbereichs iSd Art 120b Abs 2 B-VG – dem *eigenen Wirkungsbereich eines Selbstverwaltungskörpers* zuzurechnen ist.

44) VfSlg 4413/1963; 9536/1982; *Aichreiter*, Verordnungsrecht I 314.

45) Vgl insb Art 101 B-VG; VfSlg 9536/1982.

46) Zur gebotenen Sanktionierbarkeit zB *Rill*, Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung, ÖBA 1996, 749 (insb 754, 756); *Korinek*, ÖZW 2000, 52f.

47) VfSlg 16.995/2003; 18.543/2008; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 565; *Heller* in FS Schäffer 247 ff.

48) Manche halten die Beleihung *ausschließlich* mit der Verordnungserlassung für unzulässig; mwN *Walzel von Wiesentreu*, ÖZW 2004, 127 ff; *Mayer*, Die Verordnung (1977) 18; *Walter*, Bundesverfassungsrecht (1972) 415 FN 19; zweifelnd *Korinek*, Diskussionsbeitrag, 15. ÖJT 2003, I/2, 133; aM *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht I (1988) 315. Der VfGH hat diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht explizit beantwortet. In VfSlg 19.307/2011 betreffend die – vom VfGH nicht beanstandete – V-Kompetenz der RTR-GmbH nach dem TKG 2003 hatte die GmbH noch zahlreiche andere Aufgaben.

49) ZB im Hinblick auf die besondere Fachkunde Privater, näher *Walzel von Wiesentreu*, ÖZW 1994, 131. Zum notwendigen Sachzusammenhang zwischen übertragenen Hoheitsaufgaben und dem Unternehmenszweck *Kucsko-Stadlmayer*, 15. ÖJT 2003, I/1, 80.

gehen: Die GmbH ist ein bloßes Etikett in Gestalt eines fiktiven Zurechnungspunkts für die Verbindlicherklärung der Strukturpläne, deren eigentliche Autoren diese außenwirksame Verbindlichkeit aus verfassungsrechtlichen Gründen selbst nicht herbeiführen könnten. Wenn das Sachlichkeitsgebot es verbietet, dass Rechtsinstrumente des Privatrechts „geradezu mit der Absicht gewählt werden, materiell gegebenen öffentlichrechtlichen Bindungen zu entgehen“,⁵⁰ dann lässt sich auch die Beleihung eines Privatrechtsträgers nicht rechtfertigen, deren Zweck sich in der Verwirklichung eines verfassungswidrigen Ziels erschöpft. Eine generelle Norm, die von staatlichen Organen nicht – jedenfalls nicht in der angestrebten „integrativen“ und vollzugsbereichsübergreifenden Weise – erlassen werden darf, kann nicht allein dadurch verfassungsrechtlich zulässig werden, dass ihre normative Kraft über den Umweg einer beliebigen „Rechtsetzungsgesellschaft“ bereitgestellt wird, die den Beschlüssen der Zielsteuerungskommissionen jene Rechtswirkungen verschaffen soll, die ihnen die Verfassung verwehrt. Der Einwand, bei Verzicht auf die Beleihung ließe sich das Ziel einer bundesweiten integrativen und verbindlichen Gesundheitsplanung überhaupt nicht umsetzen, genügt als Rechtfertigung nicht, weil andernfalls die gesamte Bundesverfassung durch den Appell an „wichtige“ Ziele ausgehebelt werden könnte.

Dazu kommt noch ein Weiteres: Die für verbindlich erklärten Teile der Strukturpläne entfalten ihre Steuerungswirkung nicht nur bei der Bewilligung von Krankenanstalten,⁵¹ sondern auch beim Abschluss der Gesamtverträge im Kassenarztrecht, insb auch bei der ärztlichen Stellenplanung;⁵² sie binden daher auch die Ärztekammern. Das steht in Konflikt mit dem *Ordnungssystem des Vertragspartnerrechts*.⁵³ Dessen Grundgedanke beruht darauf, dass die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenversicherungsträgern und Ärzten durch „privatrechtliche“ Verträge zwischen Krankenversicherungsträgern bzw HV und den Ärztekammern zu regeln sind (vgl § 342 ASVG). Dahinter steht das Motiv, dass im „vertragspartnerlichen“ Zustandekommen der Verträge zugleich ein Indiz für die sachliche Rechtfertigung und die Verhältnismäßigkeit der getroffenen Regelung erblickt wird.⁵⁴ Nun mag es sachliche Gründe dafür geben, den Spielraum der Gesamtvertragspartner durch Planungsvorgaben im öffentlichen Interesse einzuschränken. Bedenklich erscheint allerdings, dass (nur) einer der beiden Partner der Gesamtverträge – nämlich der HV – zugleich

in jener GmbH repräsentiert ist, die die Verbindlicherklärung durch V herbeiführt.⁵⁵

I. Zusammenfassung

Gegen die „Verbindlicherklärung“ von Teilen der Strukturpläne (ÖSG, RSG) durch V einer beliebigen „Gesundheitsplanungs GmbH“ gem § 23 G-ZG bestehen gravierende verfassungsrechtliche Bedenken: Diese Beleihung überschreitet nicht nur die verfassungsrechtlichen Schranken von Beleihungen, da es sich nicht um „*vereinzelte Aufgaben*“ iS der Rsp des VfGH handelt. Indem sich die Verbindlicherklärung und Kundmachung der V auf Planungsinhalte aus Vollzugsbereichen von Bund und Ländern bezieht, führt dies überdies zu einer funktionellen „Mischbehörde“ und einer „Mischverordnung“. Das widerspricht sowohl dem verfassungsrechtlichen Gebot der *Trennung der Vollzugsbereiche von Bund und Ländern* als auch den *Grundsätzen der mittelbaren Bundesverwaltung* gem Art 102 B-VG, da auf diese Weise Vollzugsbereiche der Bundesverwaltung, die nicht in Art 102 Abs 2 B-VG erwähnt sind, aus der Kompetenz des Landeshauptmanns herausgenommen werden. Dazu kommt, dass die in § 23 Abs 7 bis 8 G-ZG vorgesehenen *Weisungszusammenhänge* keine umfassende und effektive Leitungs- und Steuerungsfunktion der obersten Bundes- und Landesorgane gewährleisten, wie dies verfassungsrechtlich geboten wäre. Schließlich ist diese Beleihungskonstruktion auch im Lichte des *Sachlichkeitsgebotes des Gleichheitssatzes* nicht zu rechtfertigen, da sie ausschließlich dem Zweck dient, die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu umgehen.

50) Kucsko-Stadlmayer, 15. ÖJT 2003, I/1, 94; vgl auch Walzel von Wiesentreu, ÖZW 2004, 131.

51) Vgl zB § 3 Abs 2 b KAKuG idF BGBl I 2017/26.

52) Vgl § 84 a Abs 1 ASVG idF BGBl I 2017/26, wonach die „Vertragsparteien nach dem Sechsten Teil“ (vgl § 341 Abs 1 ASVG) die abgestimmten Planungsergebnisse zu beachten haben. In dem Maße, als diese Planungsakte als V rechtsverbindlich sind, läuft die in § 84 a Abs 1 ASVG vorgeschriebene „Beachtung“ auf eine Bindung an die Strukturpläne hinaus. Ähnlich in § 342 Abs 1 ASVG hinsichtlich der Stellenpläne, ebenso für die Entscheidungen der Schiedskommissionen (§ 347 Abs 3 a ASVG).

53) Das Abweichen von bestimmten Ordnungsprinzipien steht unter besonderem Rechtfertigungsdruck: mwN Berka in Rill-Schäffer-Kommentar (1. Lfg 2001) Art 7 B-VG Rz 60.

54) Vgl zu dieser „Vermutung der Angemessenheit“ VfSlg 15.698/1999; 16.607/2002; ebenso VwGH 19. 1. 2017, Ra 2016/08/01147 RdM 2017/98 (Anm Schratlbauer) („Richtigkeitsvermutung“).

55) Die Einbindung des anderen Vertragspartners – der Ärztekammern – ist auf ein Anhörungsrecht reduziert (vgl § 20 Abs 4, § 21 Abs 10 G-ZG).

→ In Kürze

Die Verbindlicherklärung von Teilen der Strukturpläne (ÖSG, RSG) durch Verordnung einer mit Hoheitsaufgaben beliebigen „Gesundheitsplanungs GmbH“ steht mit den Grundsätzen der Bundesverfassung nicht im Einklang.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Medizinrecht, der Universität Wien.

E-Mail: christian.kopetzki@univie.ac.at

ao. Univ.-Prof. Dr. Bettina Perthold-Stoitzner lehrt am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

E-Mail: bettina.perthold@univie.ac.at